



DOI : 10.12763/L511-02

Présentation du corpus

Le programme de numérisation et de valorisation des collections anciennes, présenté par la Bibliothèque Universitaire de Droit de Nancy, la Bibliothèque Municipale de Nancy et le Centre Lorrain d'Histoire du Droit de l'Institut François Gény, et porté par l'Université de Lorraine, a été retenu par le Conseil Scientifique et Technique du programme de numérisation concertée en sciences juridiques réuni autour des instances de la BnF.

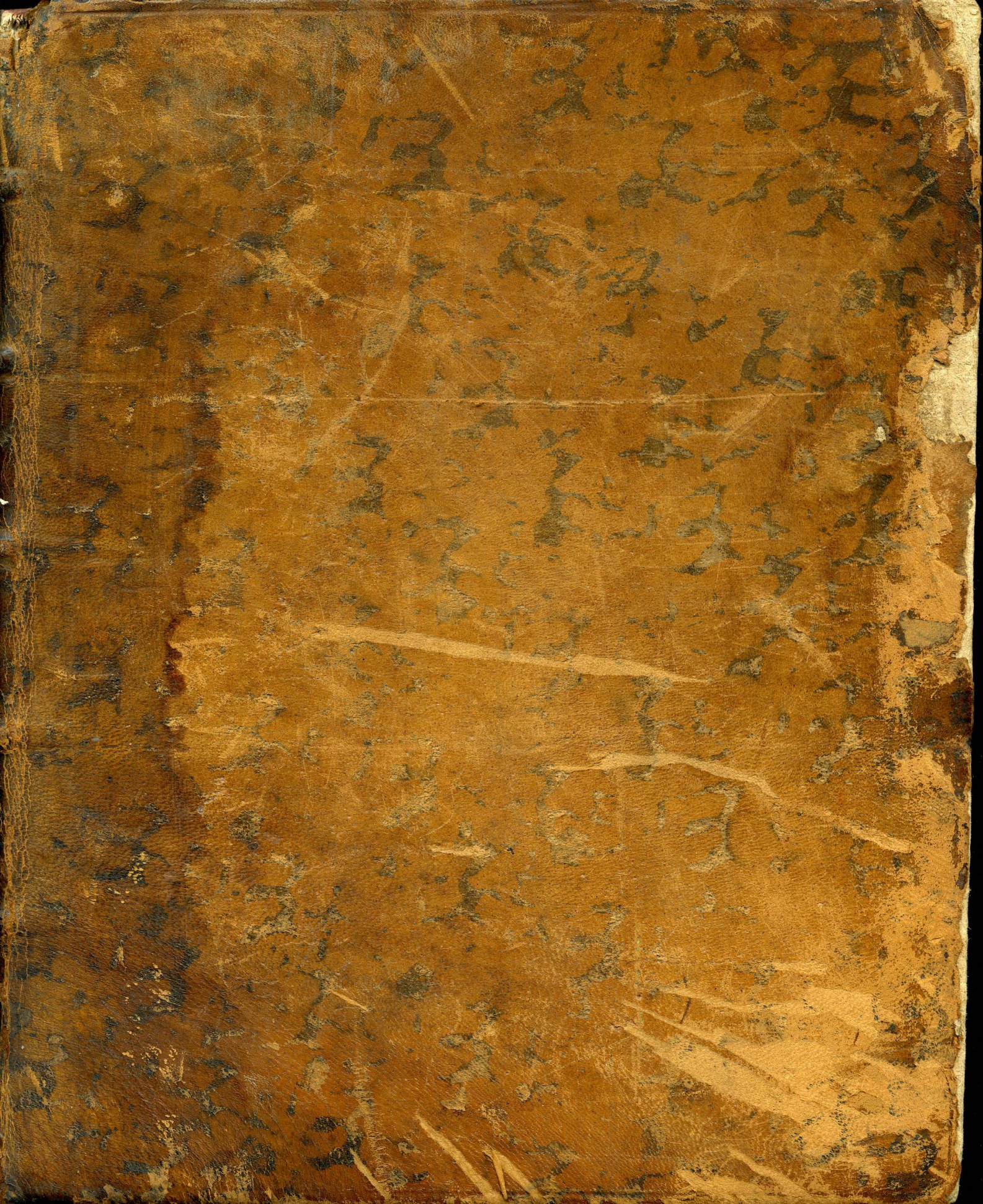
Ce projet, piloté par la BnF et Cujas, met la Direction de la Documentation et de l'Édition de l'Université de Lorraine au rang des partenaires du réseau documentaire de la Bibliothèque Nationale de France dans le domaine des sciences juridiques. Il trouve son origine en 2010, avec la convention signée entre le Centre Lorrain d'Histoire du Droit et le Service Valorisation, Innovation et Transfert du PRES de l'Université de Lorraine.

L'enjeu était de pouvoir présenter un ensemble cohérent de sources historiques du Droit lorrain. Les responsables scientifiques ont retenu une collection de documents des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles relatifs au Droit coutumier et écrit du Duché de Lorraine, indépendant et souverain jusqu'en 1766, date du rattachement à la France. Ces documents proviennent des collections anciennes du Centre Lorrain d'Histoire du Droit et de la BU Droit, et ils ont été complétés par un apport significatif des fonds anciens de la Bibliothèque d'études de la ville de Nancy.

L'Université de Lorraine prend pleinement sa part dans le vaste projet national de constitution d'une bibliothèque numérique patrimoniale et encyclopédique dans le cadre du réseau mis en place par la Bibliothèque Nationale de France.



INSTITUT FRANÇOIS GENY :
CENTRE LORRAIN
D'HISTOIRE DU DROIT



OBSERVATIONS

DÉTACHÉES

SUR

LES COUTUMES ET LES USAGES

ANCIENS ET MODERNES

DU RESSORT DU PARLEMENT DE METZ.

TOME II.

OBSERVATIONS

DÉTACHÉES

SUR

LES COUTUMES ET LES USAGES

ANCIENS ET MODERNES

DU RESSORT DU PARLEMENT DE METZ.

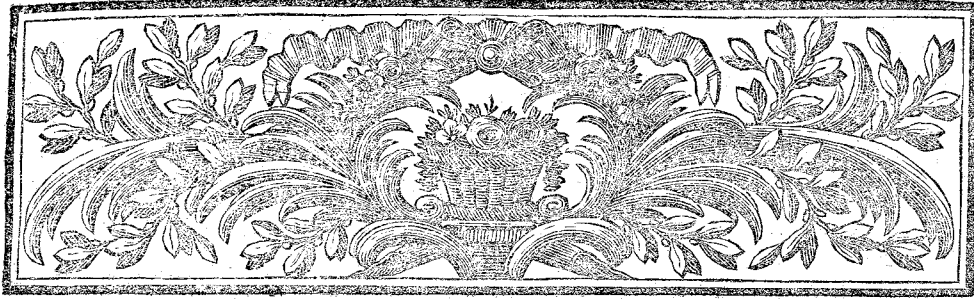
Par Feu M. GABRIEL, Doyen & ancien Bâtonnier de l'ordre
des Avocats au Parlement de Metz.

TOME II.



A BOUILLON,
AUX DÉPENS DE LA SOCIÉTÉ TYPOGRAPHIQUE.

M. D. C. C. LXXXVIII.



TITRE QUATRIEME.

Des Mineurs, Tuteurs, Curateurs & Gardiens.

TIT. IV.
Observ. III.

OBSERVATION PREMIERE.

De la Tutelle légitime du Pere.

PRESQUE tous les animaux perdroient la vie en naissant, si ceux qui la leur ont donnée, ou quelqu'autre pour eux ne prenoient soin de la leur conserver. Mais les hommes sont bien plus long-tems que les autres animaux hors d'état de se suffire à eux-mêmes. La raison plus tardive que l'instinct, se développe & se perfectionne très-lentement : & lorsque la lumière commence à éclairer les enfans, elle est si foible, qu'incapables de se conduire eux-mêmes, les secours d'autrui leur sont encore nécessaires pendant bien des années.

r.
Les affections naturelles sont la source de la puissance paternelle, des tutelles & des gardes.

La nature, ou plutôt la providence y a pourvu par les sentimens plus ou moins vifs qu'elle a gravés dans le cœur humain. L'enfance, moins peut-être par ses graces que par sa foiblesse, touche & intéresse. La seule humanité suffit pour s'attendrir sur le sort d'un enfant abandonné, & pour en prendre soin sans le connoître. Ceux de nos concitoyens, de nos voisins, de nos amis nous sont beaucoup plus chers, l'affection augmente à mesure que les rapports se resserrent. La tendresse est très-vive pour ceux qui nous sont unis par les liens du sang : & dans le cœur des peres, des meres & des aïeux l'amour n'a plus de bornes. S'il y a dans tous ces genres des exemples contraires, ceux qui les donnent sont des monstres dans l'ordre moral, plus odieux que ceux qui s'écartent de l'ordre physique.

Cette marche de la nature est la baste des loix civiles qui réglent les droits de la puissance paternelle, des tutelles & des gardes. La reconnoissance que les enfans doivent à ceux qui leur ont donné la vie, & qui par des soins pénibles & conti-

TIT. IV.
Observ. 1re.

nuels la leur ont conservée, me paroît être le principal, ou plutôt l'unique fondement des prérogatives qui coulent de la puissance paternelle, du moins dans nos coutumes, qui attribuent également cette puissance au pere & à la mere, & où elle finit à certain âge.

2.
Addition à l'observation 8 du titre 1er.

J'en ai parlé dans l'observation 8 du tit. 1, & j'ai dit qu'elle' approchoit de la tutelle, avec laquelle il ne falloit pas cependant la confondre; & que ce qui regarde plus directement la minorité & les tutelles feroit la matiere de ce titre. Mais en expliquant les droits des peres sur les enfans qui sont sous leur puissance, je n'ai rien dit d'une question souvent agitée; savoir si les peres sont responsables civilement des délits commis par leurs enfans, & doivent réparer les dommages par eux causés. Avant donc de passer à ce qui concerne les peres en qualité de tuteurs, il me semble à propos d'examiner s'ils sont tenus des fautes de leurs enfans à cause de la puissance paternelle.

3.
En Bretagne le pere est tenu des délits de ses enfans.

La coutume de Bretagne, art. 656, rend le pere civilement garant des délits de son enfant qu'il a en son pouvoir. Cette disposition est d'autant plus singuliere que l'art. 535 suppose que le fils, même majeur de 25 ans, reste au pouvoir du pere. La regle est toute différente dans les coutumes qui n'ont pas la même disposition.

4.
Les impuberes sont exempts de peine.

On doit d'abord distinguer les enfans impuberes de ceux qui sont au dessus de la puberté. La raison est encore si imparfaite dans les premiers, qu'on les compare à ceux qui en sont entièrement privés, & qu'on regarde les délits par eux commis plutôt comme des accidens imprévus que comme des fautes punissables: *Infans vel furiosus, si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur: cum alterum innocentia concilii* (1), *alterum facti infelicitas excusat. L. 12. ff. ad leg. corn. de Sicar.* Si donc l'impubere délinquant est exempt de peine, ce qui comprend même la réparation civile, à plus forte raison eile ne peut pas être demandée à son pere.

5.
Et leurs peres.

Un enfant passant tranquillement son chemin, un autre enfant âgé de dix ans & six mois, vint par derriere lui jeter du mortier composé de chaux & de terre, dans l'oeil qu'il perdit sur le champ. Jugé par arrêt du 24 Janvier 1651, que le pere n'étoit tenu d'aucuns dommages & intérêts. Dufresne, liv. 6, rapporte les moyens des parties. On faisoit valoir la malice noire de l'action qui paroissoit préméditée, & que rien n'avoit provoquée; l'âge de l'enfant qui l'avoit commise, & qui approchoit de la puberté, l'infortune irréparable du blessé, &c. On répondoit par l'autorité des loix, & par les décisions des jurisconsultes. M. l'avocat-général Talon y ajouta les préjugés. *Le pere & le fils, dit-il, sont tous deux dignes d'excuse. C'est ce que la cour a déjà jugé en l'année 1633. . . La seule différence étoit que les deux yeux avoient été crevés à un enfant; & aussi toutes les fois que ces causes se sont*

(1) Il paroît par ces termes qu'il y a des crimes dont l'impubere doit être puni, parce que *malitia supiet etatem*. Son âge fait cependant toujours miuger la peine.

présentées à la Tournelle où nous avons porté la parole, il y a eu semblables arrêts : & auparavant nous, M. le président Brisson plaïda autrefois en cette audience comme avocat des parties une semblable cause, & fut le pere déchargé. Lors de l'arrêt du 11 Septembre 1673 dont je vais parler, M. le Laboureur, avocat général au parlement de Metz, établit le même principe ; & je l'ai fait confirmer par sentence du bailiage de Metz du 11 Février 1730, en faveur de Jean Robert, Me. boulanger, contre Nicolas Bringue, aux droits de Jean Bringue son fils, qui dans une rixe arrivée entre lui & le fils de Robert, impubere, avoit eu la cuisse cassée.

Il y a plus de difficulté lorsque le délit a été commis par un enfant au dessus de la puberté. Alors il est personnellement sujet à la peine. Mais le pere qui a cet enfant sous sa puissance, peut-il être civilement poursuivi pour la réparation, ou les dommages & intérêts ? La jurisprudence du parlement de Metz a varié sur cette question. L'arrêt du 11 Septembre 1673, rapporté au premier tome du journal du palais, l'a décidée contre le pere. M. le Laboureur remarqua que Jean Thorel, auteur du délit, étoit sur sa quinziesme année lorsqu'il avoit commis l'action qui donnoit lieu à la cause. Par conséquent il étoit en pleine puberté, & dans un âge capable de malice. Ce magistrat prétendit que quand de semblables contestations s'étoient présentées, on avoit toujours distingué les enfans impuberes de ceux qui étoient au dessus de la puberté : & que si les peres avoient été déchargés, c'étoit seulement lorsque le délit avoit été commis par des enfans au dessous de la puberté. Ses conclusions furent suivies, & la cour condamna à une somme de 600 liv. pour tous dépens, dommages & intérêts le pere de Jean Thorel, âgé de 14 ans & 4 mois, qui voulant jeter un peloton de neige à un enfant, nommé Marcheret, en avoit atteint Michel Baltus, fils de Jean Baltus, aman à Metz, & lui avoit crevé l'oeil. Par un autre arrêt du 4 Décembre 1716, j'ai vu juger de même, que le pere étoit tenu des dommages & intérêts, frais de pansemens & de médicamens de celui que son fils pubere, mais mineur, avoit battu, & excédé.

Cependant la distinction que M. le Laboureur attribue à Mornac, *ad leg. aquil.*, où néanmoins je n'en trouve rien, peut-elle fonder les condamnations prononcées par ces arrêts contre les peres ? On peut l'admettre, cette distinction ; car pour absoudre, ou condamner l'enfant qui a délinqué, il est très juste de considérer son âge : c'est de là que dépend ordinairement le degré de sa raison, & par conséquent celui de la malice de son action. Que de l'impunité due à l'enfant, parce qu'il est au dessous de la puberté, & de l'âge de raison, on tire un argument *a fortiori*, pour la décharge du pere, cela est encore juste. Si l'enfant, auteur du fait, n'est pas coupable d'un délit, comment en faire retomber la peine sur le pere ? Mais que le pere soit personnellement condamné à réparer le dommage causé par l'action d'un fils qui est sous sa puissance, par le seul motif que le fils étant au dessus de la puberté, son action est criminelle ; je ne vois pas ce qui peut fonder la conséquence, ni pourquoi le fils seul étant coupable, on puniroit le pere innocent.

TIT. IV.
OBSERV. IRE.

6.
Les enfans au
dessus de la pu-
berté sont pu-
nissables.

7.
Mais le pere
n'est pas res-
ponsable de
leurs fautes.

S'il y avoit une raison de rendre le pere civilement responsable d'un délit auquel il n'a eu aucune part, ce seroit la faute qu'on pourroit lui imputer de n'avoir pas suivi son fils d'assez près pour l'empêcher de nuire à autrui. Or, l'obligation de veiller sur les enfans est bien plus étroite, & bien plus facile à remplir quand ils sont en bas âge, que quand ils ont acquis des forces, & qu'ils commencent à faire usage de leur liberté. Ainsi la distinction de M. le Laboureur seroit plus propre à faire condamner le pere de l'impubere délinquant, que celui d'un enfant au dessus de la puberté; & puisque le premier est déchargé, l'autre doit l'être à plus forte raison; car enfin les liens du sang & l'union étroite qui est entre le pere & le fils n'empêchent pas que l'un ne soit innocent du crime de l'autre, & ne doive être exempt de toute espece de peine, dès qu'il n'y a rien de personnel à lui imputer (1) : *Pater non portabit iniquitatem filii. Ezech. 18, 20*:

Le parlement de Metz l'a jugé ainsi dans une espece bien plus forte que celle de son arrêt de 1673. Le fils de Henry Thuyat, bourgeois de Metz, âgé d'environ 17 ans, & apprentif chez un boulanger, étant de patrouille à la place de son maître, avoit brusquement tué d'un coup de fusil Nicolas Mars qui n'avoit pas répondu au premier *Qui va-là*. Il avoit été condamné aux galeres pour trois ans, & en 300 francs de dommages & intérêts envers Jeanne L'Eveillé, veuve de Mars. Elle demandoit ses dommages & intérêts au pere, & se fondeoit sur l'arrêt de 1673, dans l'espece duquel il y avoit plus de hafard que de malice, ou au moins plus d'imprudence que de délit, au lieu qu'il s'agissoit d'un crime procédant d'un excès de brutalité qui pouvoit faire soupçonner le pere d'avoir négligé l'éducation de son fils. Cependant par arrêt du 26 Janvier 1680, Henry Thuyat fut renvoyé de la demande. Voy. mes extraits des arrêts d'Ancillon, pag. 61 & 92. La question s'est renouvelée il y a quelques années : & il a encore été jugé qu'un particulier qui avoit reçu des blessures considérables n'avoit aucune action contre le pere de celui qui l'avoit maltraité, qui étoit un mineur au dessus de la puberté, & qui fut condamné, & par corps à des dommages & intérêts considérables.

Ces derniers arrêts me paroissent beaucoup plus justes que les autres. *Usquequo ex suo admissio sorti subicitur, nec alicui criminis successor constituitur. L. 26, ff. de pœnis*. On connoît le titre du code : *Ne filius pro patre, nec pater pro filio conveniatur*.

Il en est des peres comme des maîtres. Ceux-là sont civilement garants du fait de leurs enfans, & ceux-ci du fait de leurs domestiques, quand ils les ont employés, & que le délit a été commis à l'occasion de l'œuvre où ils les occupoient. C'est ainsi qu'il faut entendre les réglemens, & notamment les articles 7 & 10 du titre dernier de l'ordonnance des eaux & forêts. *S'ils (les serviteurs) délinquent hors la charge que leurs maîtres ont accoutumé de leur donner, il n'y a raison d'en rendre les maîtres responsables; car il n'y a rien de leur faute*. Coquille en ses quest. & rep. chap.

8.
Quand les peres répondent du fait de leurs enfans, & les maîtres de celui de leurs domestiques.

Secus si le pere étoit présent. Voy. le Grand, art. 168, gl. 5, n. 26.

174. Les valets d'un laboureur nommé Marchal ayant été couper pendant la nuit huit ballivaux dans le bois de Grimont, les conduisirent au devant de la maison de leur maître, sur son charriot & avec ses chevaux, & en planterent trois à sa porte, où il les vit, & les laissa pendant plusieurs jours. Le sieur De Luc, seigneur de Grimont, poursuivit le maître & les domestiques, contre lesquels il obtint en la maîtrise de Metz une condamnation solidaire. Les valets y acquiescerent; mais Marchal en porta l'appel à la table de marbre, où par arrêt du 25 Janvier 1731, il fut déchargé de la condamnation, quoique j'eusse soutenu le bien jugé de la sentence, fondé sur la disposition de l'ordonnance, & sur les circonstances qui sembloient rendre le maître complice du délit. Comme il n'y avoit aucune preuve qu'il eut su avant qu'il fut commis, ni qu'il en eut profité, cet arrêt m'a détrompé, & je le crois très-juste. Voy. le journ. des aud. tom. 5 de l'ancienne édition, liv. 14, ch. 9.

Mais si, en vertu de la puissance paternelle, ou à titre de garde-noble, ou bourgeoise, le pere jouit des revenus de son fils, ne sera-t-il pas tenu, au moins jusqu'à concurrence de ses revenus, des dommages & intérêts prononcés contre son fils? Je ne le crois pas: le pere tient son droit de la loi, & non de son fils qui ne peut pas plus lui faire perdre en délinquant, qu'en contractant. Il doit donc en être des condamnations pécuniaires prononcées contre un enfant sous la puissance de son pere, comme de celles énoncées par une femme sous puissance de mari. Pour mettre la condamnation à exécution sur les biens de la femme, ou du fils, il faut ou attendre que le droit du mari, ou du pere soit cessé, ou ne faire vendre les propres de la femme, ou de l'enfant, qu'en réservant la jouissance au mari, ou au pere. Voy. tom. 1er. pag. 196 & suiv.

Mais si l'enfant décède, le droit du pere cesse, parce qu'il n'a plus son fils sous sa puissance. Il ne peut donc plus empêcher la discussion de ses biens; & s'il en hérite, il devient lui-même débiteur de la réparation civile dûe par son fils. Je rapporterai à ce propos une espece singuliere qui s'est présentée. Deux mois après le décès d'un mineur qui avoit quelques biens échus, une fille se déclare enceinte de ses œuvres. Elle fait assigner le pere du mineur aux fins de le faire condamner de se charger de l'enfant, & en ses dommages & intérêts. Le premier juge fait droit sur sa demande. Appel de la part du pere, qui soutenoit que son fils n'étoit point l'auteur de la grossesse, qu'il étoit décédé six mois avant l'accouchement, qu'il avoit été plus de six semaines malade, & que l'intimée ne l'avoit accusé qu'assez long-tems après sa mort: enfin que quand même la demande auroit été fondée contre son fils, elle ne l'étoit pas contre lui. L'intimée détruisoit les premiers moyens par l'incertitude de la grossesse dans les premiers mois, & par la preuve des fréquentations, blandices & familiarités qui étoit très-complète. Elle répondoit au dernier moyen, que la seule qualité d'aïeul suffisoit pour charger l'appellant de son petit-fils: que suivant les arrêts de la cour il étoit civilement tenu de réparer l'outrage à elle fait

TIT. IV.
 §. serv. 116.

par son fils qui étoit sous sa puissance, & qu'elle auroit pu s'adresser à lui quand même il n'en auroit pas hérité : mais qu'ayant appréhendé sa succession, il pouvoit encore moins se disculper de la condamnation de dommages & intérêts prononcée contre lui. Par arrêt du 21 Novembre 1721, la cour infirma la sentence, en ce que l'appellant avoit été condamné de se charger de l'enfant : & par la raison qu'il professoit la R. P. R., elle en confia l'éducation à la mere qui étoit catholique : mais au moyen d'une pension annuelle de 50 liv. que l'appellant fut condamné de lui payer, la sentence au surplus sortissant son effet ; si mieux n'aimoit l'appellant abandonner à l'intimée les biens dépendans de la succession de son fils. Quoique les parties fussent des gens de campagne, la valeur de cette succession excédoit de beaucoup les dommages & intérêts adjugés. D'ailleurs l'appellant étoit héritier pur & simple, & par conséquent indéfiniment tenu des faits de son fils. Ainsi on doit croire que l'option ne lui fut laissée que parce que la cour voulut marquer qu'elle ne l'avoit pas chargé des dommages & intérêts comme pere, ni comme ayant son fils sous sa puissance, mais comme son héritier ; & qu'indépendamment de cette qualité il auroit été tenu de faire élever son petit-fils, parce que l'illégitimité de la naissance de cet enfant ne détruisant pas entièrement les liens de la nature, quoiqu'elle les relâchât, ils auroient suffi pour charger l'aïeul de le nourrir : ce que je crois vrai, au moins dans le cas où l'indigence de la mere l'auroit exigé.

Tout ce que je viens de dire peut paroître une digression, mais n'est pas tout-à-fait hors d'œuvre, parce que la puissance paternelle est une espece de tutelle. La premiere & la plus naturelle des tutelles est de celle du pere. Comme il n'y a point de tendresse plus forte que celle des peres & meres, c'étoit à eux, par préférence à tous autres, à prendre soin de leurs enfans. Aussi toutes les loix les mettent sous leur garde. Si on n'avoit égard qu'à l'étymologie, *tutelle* & *garde*, pourroient être regardées comme expressions synonymes. Il y a même des coutumes qui les confondent. Les unes nomment tutelle une administration non comptable ; & d'autres nomment garde celle dont on doit rendre compte ; & la distinguent du bail, qui ailleurs n'est autre chose que la garde : nous les verrons ci-après. Mais dans l'usage le plus commun on ne désigne sous le nom de gardien que celui qui a droit de s'approprier le tout, ou partie des revenus des biens immeubles ou autres de son mineur, soit qu'il y ait un autre tuteur, ou qu'il le soit lui-même.

» On distingue en droit trois sortes de tutelles, la légitime, la testamentaire & » la dative . . . ainsi appelée, parce qu'au défaut des deux autres, le juge donne » un tuteur aux mineurs sur l'avis & le choix des parens ». *De Laistre sur l'art. 11 de la coutume de Chaumont, n°. 3.* Cependant on trouve par-tout qu'en France, & sur-tout *en pays coutumier la tutelle est dative.* Mais cela doit être entendu sainement : & Le Paige s'explique trop fortement sur l'art. 74 de la coutume de Bar, en ajoutant » qu'on n'y pratique point la légitime, ni la testamentaire introduite par le » droit romain ». Il est seulement vrai que les tuteurs légitimes, ou testamentaires

9.
 Différence de
 la tutelle & de
 la garde.

10.
 Tutelles sont
 légitimes, ou
 testamentaires,
 ou datives.

11.
 En quel sens
 toutes tutelles
 sont datives.

doivent être confirmés par le juge , parce qu'il peut y avoir des motifs de ne pas leur confier l'administration de la personne & des biens du mineur. Mais il faut de fortes raisons pour la leur ôter : & si les parens ou la partie publique n'en alleguent point qui puissent raisonnablement faire naître des suspicions graves contre celui qui est désigné pour la tutelle par la loi , il doit être préféré au tuteur que les parens voudroient lui substituer. Je crois que c'est ce qu'a voulu faire entendre Saligny sur l'art. 64 de la coutume de Vitry. » C'est une maxime reçue , dit-il , qu'en » France les tutelles & curatelles se donnent par le magistrat à la nomination des » parens & des amis ; tellement que le titre de tuteur légitime est inutile , s'il n'est » confirmé par acte en justice : & ce qu'on en peut dire , c'est que la tutelle appartient légitimement à certaines personnes plutôt qu'à d'autres « ; car dès qu'elle leur appartient légitimement , elle ne peut leur être ôtée sans cause légitime par la seule volonté des parens.

TIT. IV.
Observ. 116.

Cependant ceux-ci doivent être entendus ; & le pere lui-même , quoique le premier des tuteurs légitimes , & celui qui , à l'exclusion de tous autres , doit avoir la tutelle de ses enfans , à moins qu'il n'y ait de très-fortes raisons de la lui ôter , doit être confirmé par le juge sur avis de parens. » Quoiqu'un pere soit tuteur naturel & légitime de ses enfans , (dit l'auteur des traités des majorités , part. 1 , sect. » 2 , où il propose les maximes du droit françois sur cette manière) il pourroit » dans une assemblée de parens , dûment convoqués devant le juge , être reçu & » exclu de la tutelle. Mais il faudroit pour cela qu'il y eut des causes très-grandes » & importantes , pour ne pas dire extraordinaires : telle que seroit sa conduite dé- » réglée , ou incapacité totale de pouvoir gérer , soit par infirmité de son corps , ou » foiblesse d'esprit «.

12.
Le pere doit être confirmé tuteur.

Au surplus , il n'est d'usage d'assembler les parens pour confirmer la tutelle au pere , que lorsque les enfans ont perdu leur mere. *Incontinent après le décès de pere , ou mere , ou de tous deux* , dit l'art. 140 de la coutume de Sedan , *s'il y a enfans mineurs de 25 ans , tuteurs & curateurs seront créés , &c.* Ainsi , tant que le mariage dure , le pere , d'un état entier , est tuteur naturel de ses enfans , & a droit d'agir pour eux en cette qualité , sans qu'elle lui ait été déferée , ni confirmée par le magistrat. Ce qui ne provient pas de ce que les enfans dont le pere & la mere vivent , n'ont ordinairement aucun bien : mais du droit naturel qui met les enfans sous la garde de leur pere ; car 1°. le tuteur se donne à la personne ; 2°. les enfans peuvent avoir des droits à exercer , comme des injures à venger , un retrait à tenter , &c. & le pere poursuit ces actions comme pere & tuteur naturel , sans y être autorisé par le juge ; 3°. il est possible que les enfans aient des biens à eux obvenus par les donations entre vifs , ou testamentaires à eux faite par un aïeul , ou collatéral , ou un étranger. Le pere en est de plein droit l'administrateur , même dans les coutumes & dans les cas où il n'en a pas la pleine jouissance.

13.
Après la mort de la mere.

14.
Pendant le mariage il est tuteur naturel.

On lit cependant à la fin du ch. 2 du traité des minorités , que dans la coutume

15.
Quelques uns lui en ôrent le non.

TIT. IV.
Observ. 1re.

de Poitou où le pere, par vertu de la puissance paternelle gagne les fruits, il est administrateur, & non pas tuteur. L'auteur semble donc ne reconnoître dans les peres la qualité de tuteurs que quand ils sont comptables. Coquille sur l'art. 2 du tit. 30 de la coutume de Nivernois dit aussi : *tutelle légitime & administration légitime, à parler proprement, sont deux choses diverses. Le pere se dit légitime administrateur de son enfant qui est en sa puissance ; & quand l'enfant est émancipé, le pere devient légitime tuteur. Mais selon le commun usage les deux sont confondus : & même le traité des minorités immédiatement après ce que j'en ai rapporté, ajoute que sous les tutelles naturelles on peut comprendre les gardes de nobles & bourgeoises : ainsi, de son aveu, on peut avoir la tutelle naturelle, & gagner les fruits. Aussi celles de nos coutumes qui déchargent le pere de rendre compte, ne laissent pas de lui donner la qualité de tuteur. Evêché, art. 1 du tit. 4 ; St. Michel, art. 23 du tit. 1, &c.* Et comme personne ne prétend qu'avant la mort de la mere, les enfans mineurs ne soient pas confiés tant pour leurs personnes que pour leurs biens & l'exercice de leurs droits & actions, au soin & à l'autorité de leur pere. Ceux qui alors ôtent au pere le nom de tuteur, lui en laissent toutes les fonctions & tous les droits, il me sembleroit donc bien inutile de disputer des mots.

16.
Et lui en laissent
les droits.

17.
La mere & les
ascendans y
participent.

Enfin si le donataire est mineur, l'art. 7 de l'ordonnance du mois de Février 1731 valide la donation acceptée pour lui, non-seulement par son pere, mais aussi par sa mere, ou par un autre ascendant, même du vivant du pere & de la mere, sans qu'il soit besoin d'aucun avis de parens : & puisque dans cette espece on ne peut attribuer qu'aux liens du sang le droit accordé à tous les ascendans de contracter pour & au nom des mineurs, il me semble qu'on doit dire à plus forte raison, que les peres tiennent de la nature seule la qualité de tuteurs de leurs enfans.

18.
La tutelle peut
être ôtée au
pere.

Cependant, & quoiqu'avant la dissolution du mariage, il ne soit pas d'usage d'assemler les parens pour confirmer la tutelle au pere, on peut & on doit la lui ôter, même du vivant de sa femme, mere des enfans, s'il en devient incapable, & s'il se rencontre quelques-unes de ces causes graves dont parle l'auteur du traité des majorités, qui ajoute tout de suite que la mere & l'aïeule peuvent être nommées tutrices. Ce qui est vrai, non-seulement après la mort du pere, mais aussi lorsque dans le cas susdit on lui ôte la tutelle ; car on peut la déferer à sa femme, pourvu qu'elle se soit fait séparer de biens, comme il arrive presque toujours en ce cas.

19.
Et donnée à la
mere.

20.
Elle ne peut
être ôtée au pe-
re s'il en est sa-
pable.

Mais si on ne peut alléguer aucune de ces causes, le pere a nécessairement la tutelle de ses enfans, personne ne peut la lui ôter, & il ne peut la refuser.

1°. On ne peut pas la lui ôter, on ne peut pas même, en lui laissant le nom de tuteur, & le soin de la personne de son enfant, confier à un autre sous le nom de curateur, ni sous aucun autre l'administration des biens du pupille. *Cum furiosus, quem mortuus detinet perpetuus, in sacris parentis sui constitutus est, indubitate curatorem habere non potest ; quia sufficit ei ad gubernationem rerum . . . paterna verrecundia. Quis enim talis affectus extraneus inveniat ut vincat paternum ? vel cui alii creandum*

credendum est res liberorum gubernandas parentibus derelictis ? L. §, ff. de curat. furio. Un texte de Bâsnage sur l'art. 383 de la coutume de Normandie prouvera tout à la fois ce que je viens de dire, que le pere du vivant de sa femme est tuteur de leurs enfans communs, & qu'après la mort de leur mere on ne peut pas leur donner un autre tuteur. » Le pere est le gardien & le tuteur naturel de ses enfans, & jamais » on n'a pensé que par la mort de la mere, il soit besoin de donner un tuteur à un » mineur qui a son pere. C'est une regle de droit, que *tutorem habenti tutor non » datur*. Ce seroit agir contre l'ordre naturel que de chercher pour les mineurs d'au- » tres gardiens que leurs propres peres . . . Que si l'on ne pourroit sans impiété ar- » racher les enfans du sein de leurs peres, l'on ne pourroit aussi, sans une ex- » trême injustice, leur ôter l'administration des biens de leurs meres ». Nous ver- » rons ci-après que la mere & les aïeux qui ont droit de nommer des tuteurs tes- » tamentaires à leurs enfans, ne le peuvent plus, même pour les biens qu'ils leur » délaissent, si le pere est vivant, & n'est pas incapable de la tutelle. Rien n'est donc » plus conforme au droit commun que l'art. 6 du tit. 9 de la coutume de Metz. *Le pere est tuteur, & légitime administrateur des corps & des biens de ses enfans, » encore que cette charge ne lui ait été donnée par le magistrat : idem évêché, tit. 4, » art. 1, & autres coutumes.*

TIT. IV.
Observ. 1re.

L'on doute, dit l'auteur anonyme des notes manuscrites sur la coutume de Lor- » raine, note 13 : *Si le pere ou l'aïeul peuvent être contraints de prendre la tutelle lé- » gitime qui leur est déferée par la coutume. Coquille (1) a donné avis qu'ils y peuvent » être contraints comme les tuteurs datifs, s'ils n'ont excuse reçue de droit, comme il est » prouvé en la loi 1re, COD. DE LEGIT. TUT. Il n'en est pas comme de la mere ou » aïeule qui ne prennent la tutelle légitime sinon de leur plein gré. AUTENT. MATRI. » QUANDO MUL. TUT. OFF.* Je crois tout cela incontestable.

21.
Il ne peut la re-
fuser

Mais il y a des coutumes où le pere n'est pas comptable, & fait les fruits siens. Ce droit de gérer les biens de ses enfans sans être tenu d'en rendre compte, est de pure faculté, & le pere peut y renoncer, soit pour favoriser ses enfans, soit pour s'affranchir des charges attachées à ce privilege; car comme il est introduit en sa faveur, il seroit injuste de le forcer d'en user s'il le trouvoit onéreux. Mais par cette rénonciation je ne crois pas qu'il puisse s'affranchir de la tutelle; car c'est en faveur des enfans qu'il en est chargé par la nature & par la loi. Elle devient seulement alors une tutelle ordinaire & comptable.

22.
Mais il peut re-
noncer au gain
des fruits.

Par l'art. 1 du tit. 4 de la coutume de l'évêché, le pere tuteur *fait les fruits siens durant son administration, & doit nourrir & entretenir ses enfans selon leur qualité, & comme il appartient, poursuivre leurs droits & actions, & à ses frais, &*

23.
Coutumes qui
le lui donnent,
& charges
qu'elles y atta-
chent.

(1) Sur l'art. 2 du tit. 30 de la coutume de Nivernois; voy. aussi Le Grand sur l'art. 21 de la coutume de Troyes, gl. 1, n°. 65 & suiv.

TIT. IV.
Observ. 1re.

décharger leurs biens de toutes charges & rentes foncières. L'art. 23 du tit. 1 de la coutume de St. Mihiel ne le charge expressément que d'entretenir, nourrir & alimenter ses enfans selon leur état & qualité. Mais les autres charges exprimées par la coutume de l'évêché doivent être suppléées dans celle de St. Mihiel. Il faut même dans l'une & dans l'autre y ajouter les arrérages des rentes constituées qui courent pendant l'administration non comptable du pere, comme l'observe le commentateur anonyme de la coutume de Lorraine sur ces mots de l'art. 1 du tit. 4 : *Cens & redevances, conséquemment*, dit-il dans sa note manuscrite, *les rentes de constitutions, ou obligations simples : puisque les héritages & biens des mineurs en sont chargés hypothécairement, quoiqu'ils n'en soient chargés foncièrement.* Cette décision est très-juste, & doit être suivie par-tout ailleurs, comme en Lorraine; car le droit de faire les fruits siens est trop approchant de la garde, pour qu'on ne doive pas considérer le pere qui en jouit, comme tenu de toutes les obligations du gardien, que j'expliquerai dans l'observation 15. Cette disposition, dit très-bien M. D... en parlant de celle de la coutume de l'évêché, sur les art. 1 & 2 du tit 4, est l'écho de ce qui est dit à l'égard des devoirs & charges des gardiens, & tuteurs légitimes, soit dans l'art. 267 de la coutume de Paris, soit dans l'art. 1 du tit. 4 de celle de Lorraine.

24.
Il y a lieu, non-obstant la stipulation de communauté, dans l'évêché.

Mais ce magistrat s'est trompé quand, sur les art. 8 & 9 du même titre de la coutume de l'évêché, il a dit que les peres & meres devoient comptables, lorsque par un contrat de mariage il y a été stipulé qu'il y auroit entre les conjoints une communauté parfaite de tous meubles & acquêts, pour être partagée entre le survivant & les enfans du prédécédé. La coutume dispose d'une maniere absolue. On ne doit pas y faire une distinction dont on ne peut trouver le moindre vestige dans aucune de ses dispositions, & qui d'ailleurs n'est admise dans aucune autre coutume; car ni la stipulation ni le partage de la communauté ne privent nulle part les peres & meres du droit de garde, ni du gain des fruits: quoique ce partage, lorsqu'il est convenu, empêche le gain des meubles en propriété. M. D... parle de la mere comme du pere: & cependant loin que la communauté soit un obstacle au droit de la mere, l'art. 2 veut que, pour en jouir, la mere tutrice demeure en communauté avec ses enfans. Aussi l'usage constant de l'évêché dément cette opinion échappée à M. D...

25.
Quoique le pere se remarie.

26.
Secus à St. Mihiel.

27.
En Lorraine les peres & meres roturiers & tuteurs sont comptables.

Dans la même coutume le pere continue de faire les fruits siens, quoiqu'il passe à de secondes noces; & ces fruits ne sont pas même sujets à la réserve de l'édit, parce qu'il ne les tient pas de sa premiere femme, mais de la coutume. Au contraire à St. Mihiel le pere qui se remarie devient comptable. Ce qui est plus sage & plus juste.

Faber sur l'art. 6 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, n°. 449, est tombé dans une autre erreur. Il faut noter, dit-il, que les peres & meres roturiers, tuteurs légitimes de leurs enfans, font les fruits leurs des biens de leurs enfans, comme les gardiens nobles. Pour se convaincre du contraire, il ne faut que lire l'art. 1 de ce titre: entre

gentilshommes & annoblis la garde noble, & entre roturiers la tutelle . . . De-là on peut déjà conclure que cette coutume n'admet pas la garde bourgeoise, qui d'ailleurs n'est connue que dans un petit nombre de coutumes. Elle distingue très-expressément la garde de la tutelle; & à quel propos le feroit-elle, si l'une & l'autre finissant en même tems, & donnant également le même pouvoir sur la personne & les actions des mineurs, devoient aussi produire absolument les mêmes effets. Mais ce qui tranche toute difficulté, c'est aux gardiens seuls qu'elle accorde le gain des fruits. Et tant & si long-tems, continue l'article, que les peres & meres en demeurent gardiens, ils font les fruits leurs. Sur quoi Canon forme ce raisonnement qui ne peut être ébranlé, puisque par cet article les peres & meres gardiens nobles font les fruits leurs: . . . y étant disposé, qu'entre gentilshommes & annoblis, la garde noble, & entre roturiers la tutelle de leurs enfans mineurs appartient légitimement aux peres & meres: . . . il s'ensuit que lesdits gentilshommes & annoblis font seuls les fruits leurs, & non les peres roturiers qui en sont exclus par l'inclusion desdits gentilshommes & annoblis . . . & ainsi a été jugé pour les enfans du mariage premier d'Antoine Parmentier de Buffang, contre leur pere, par arrêt du conseil de son Altesse, . . . environ l'an 1620.

Ainsi en Lorraine les peres roturiers, & tous les peres indistinctement à Metz, tit. 9, art. 6; à Sedan, art. 149; à Vitry, art. 63; à Chaumont, art. 11, & généralement dans toutes les coutumes qui n'ont pas de disposition contraire, sont tenus à la majorité de leurs enfans, de leur rendre compte de leurs biens meubles, & immeubles, & des fruits, revenus, rentes & intérêts qu'ils en ont perçu, ou dû percevoir pendant leur minorité, & peuvent leur répéter la dépense qu'ils ont faite pour leur nourriture, leur entretien, la conservation & l'amélioration de leurs biens, comme les autres tuteurs.

Mais souvent le bien du mineur est si modique que la dépense excède la recette. Le tuteur peut-il en ce cas, toucher au fonds? Ancillon sur l'art. cité V^{bo}. répéter la nourriture, donne comme une regle certaine & indubitable qu'il ne le peut qu'avec pleine connoissance de cause, avis de parens, & decret du juge. Il ajoute qu'il faut de bonne heure occuper au travail les mineurs des deux sexes, tirer d'eux le service que leur âge permet, & qui, quelque petit qu'il soit, vaut le pain & la nourriture; enfin le tuteur doit exhorter les parens de recevoir chez eux les mineurs, & de se contenter de leurs revenus, quelques modiques qu'ils soient, pour leurs pensions.

Ces avis sont très-sages, & regardent tous les tuteurs. Mais j'ajoute qu'il faut distinguer les personnes qui peuvent être chargées de la tutelle. Si c'est un collatéral, ou un étranger, & qu'après avoir épuisé toutes les autres ressources, on ne puisse subvenir à la nourriture & à l'entretien du mineur sans toucher à son fonds, le tuteur le peut, après s'y être fait autoriser. Mais cette autorisation ne peut être accordée à un ascendant que quand il s'agit d'une dépense extraordinaire & nécessaire

28.
Les peres sont comptables dans toutes les coutumes, quand elles n'ont pas de disposition contraire.

29.
Et peuvent répéter la dépense.

30.
Cette dépense, quant à la nourriture & l'entretien du mineur, ne peut excéder la recette.

31.
Si le tuteur est un ascendant.

pour la conservation des biens des mineurs, & non pour sa nourriture & son entretien ordinaire.

Les peres, meres & aïeux sont tenus de nourrir & d'entretenir leurs enfans, & la qualité de tuteurs comptables ne les dispense pas de cette obligation naturelle. Ainsi cette partie de la dépense de leur compte ne peut jamais former un reliquat à leur profit, & quand la dépense annuelle excède le revenu, notre usage, qui est très-bien fondé, est de compenser la pension des mineurs & les frais de leur entretien, de leur éducation, & autres semblables, avec leurs revenus & les services que des enfans de cet âge rendent toujours dans la maison, quelques modiques que soient ces revenus, & quelques légers que soient ces services.

Le compilateur de la prétendue coutume de Gorze avoit eu une idée qui, quoique très-singulière, n'étoit pas absolument dénuée de fondement. Il vouloit, *tit. 15, art. 77 & suivans*, que le pere tuteur légitime de ses enfans, & administrateur comptable des biens à eux échus par le décès de leur mere, ne fut déchargé de l'obligation naturelle de les nourrir, & de les entretenir que pour la moitié seulement, & ne put répéter que cette moitié avec la totalité de la dépense par lui faite à l'occasion de leurs biens & de leurs droits. Mais cela n'a lieu nulle part, parce que l'obligation du pere n'étant fondée que sur la nécessité de pourvoir à la subsistance des enfans qui n'ont rien, elle cesse lorsqu'ils ont des revenus qui peuvent y subvenir, au moins jusqu'à concurrence de ces revenus.

Mais ils ne peuvent que les absorber : il y auroit de l'inhumanité de leur part de consommer les fonds pour se décharger de la nourriture de leurs enfans, qui à leur majorité se trouveroient dénués de tout, & dans l'indigence. *Quod si habeant, sed non satis, an id quod habent distrahi primum oporteat, & ultra id quod habent infumi ? negat Alexander*, dit M. d'Argentré sur l'art. 102 de l'ancienne coutume de Bretagne, gl. 2, n°. 1. » Il ne faut point d'autre loi que la tendresse naturelle, dit le traité des minorités, chap. 1, n°. 6, pour obliger les peres & meres à donner les secours nécessaires à l'enfant qui leur est né ». Or un de ces secours est de lui conserver les biens modiques qui lui sont échus. Il est donc de leur devoir de n'en consommer que les revenus à leur nourriture & à leur entretien, & de suppléer à ce qui manque.

Dans un acte de notoriété du Châtelet, du 18 Janvier 1701, rapporté par Ferrière sur l'art. 240 de la coutume de Paris, il est dit, n°. 10, que » le tuteur (c'est du » pere dont il s'agit) ne peut jamais faire de dépense qui excède le produit des » revenus du pupille, & s'il la fait plus grande, il la perd sans répétition sur les » biens des mineurs : de maniere que s'ils n'ont aucuns revenus, le tuteur est obligé personnellement de les fournir sans répétition ; mais s'ils ont des revenus, » cette dépense réduite avec équité, doit être passée au tuteur ». Quelques générales que soient ces expressions, je crois qu'à Paris même elles ne doivent être entendues que de la dépense faite pour la personne du mineur. En tout cas il est

certain dans notre usage, que les tuteurs, même les ascendans, répètent sur les fonds des mineurs la dépense faite pour la conservation de ces fonds, en cas que les revenus n'aient pas suffi. Mais il faut y employer d'abord les revenus, & s'ils sont absorbés, c'est au tuteur à nourrir ses enfans sans répétition. Par exemple, deux mineurs n'ont pour tout bien qu'une maison louée 300 liv. Pendant la tutelle qui pour l'ainé des enfans a duré 4 ans, il est survenu des réparations que le pere tuteur a été autorisé de faire, & qui ont coûté 1500 liv. Comme les loyers de ces quatre années n'en ont produit que 1200 liv., le pere est en avance de 300 liv., & son fils aîné sera reliquataire envers lui de 150 liv.; mais ce reliquat n'augmentera pas par la nourriture & l'entretien que le pere lui a fournis. Ces articles de dépenses resteront absolument à son compte. La tutelle a continué encore trois ans pour le cadet, pendant lesquels le pere a reçu pour sa moitié des loyers 450 liv. Cette somme excède de 300 liv. la moitié de ce qui, lors du premier compte, restoit dû au pere pour les réparations. Ainsi il n'en pourra plus rien répéter au cadet. Mais réciproquement il ne sera pas reliquataire envers lui des 300 liv. Cette somme se compensera avec la nourriture & l'entretien qu'il lui a fourni pendant 7 ans, & quoiqu'évidemment insuffisante, elle en couvrira la dépense.

Il n'en est pas de même des parens collatéraux ou des étrangers chargés d'une tutelle. Si, après avoir suivi les conseils d'Ancillon, ils sont forcés de faire pour la nourriture, l'entretien & l'éducation des mineurs, des dépenses qui entament leurs fonds, ou même qui les absorbent, on ne peut pas refuser de les leur allouer dans la dépense de leurs comptes tutélaires. Mais ils doivent se conduire avec la plus grande économie; & quelques nécessaires que soient les dépenses, si elles sont considérables eu égard à la petite fortune des mineurs, la prudence veut qu'ils se fassent autoriser à les faire sur avis de parens. L'art. 152 de la coutume de Bretagne veut que les enfans soient pourvus sur les biens du pere ou de la mere, au cas qu'ils n'eussent jugement, & moyens de pourvoir à leurs nécessités: & s'ils n'avoient rien, justice les doit faire pourvoir sur les biens de leurs prochains lignagers. L'humanité a dicté la seconde partie de cet article. Mais ce qu'elle ordonne est une espece d'aumône, à laquelle on doit exhorter par-tout les collatéraux; mais qui, ce me semble, ne doit pas être forcée ailleurs qu'en Bretagne.

Je parlerai dans l'observation 7 des traités que les ascendans font souvent avec les parens des mineurs, & par lesquels pour se dispenser de rendre compte, ils se font abandonner les revenus de leurs pupilles, & quelquefois leurs meubles, à charge de les nourrir & éduquer jusqu'à certain âge & sous les autres conditions convenues. Je finis celle-ci en remarquant après Ancillon sur le même art. 6, que l'ancien usage de la ville de Metz donnoit au pere non seulement l'administration des biens de ses enfans, mais aussi le gain des fruits durant leur minorité, & qu'il ne perdoit point ce droit, quoiqu'il convolât en secondes noces. Il cite le coutumier manuscrit; c'en-à-dire d'Abocourt, dont voici les termes, fol. 44^{ro}. : le pere a tellement ses

TIT. IV.
Observ. Ire.
32.
Secus des dépenses faites pour les fonds.

33.
Et des tuteurs, parens collatéraux ou étrangers.

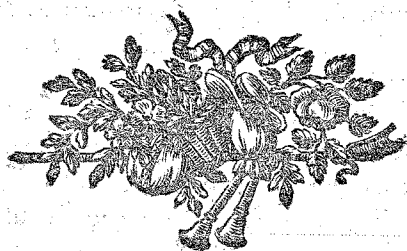
34.
Le pere faisoit autrefois les fruits siens à Metz.

TIT. IV.
Observ. 1re.

enfants procréés de légitime mariage, sous, & en sa puissance, que pendant icelle & jusqu'à émancipation, ils ne peuvent disposer par aliénation de leurs biens maternels ou autres à eux échus, ou obvenus par droits successifs : ains en est le pere le vrai administrateur, sans qu'il soit comptable des fruits & revenus d'iceux, laquelle puissance il ne perd, ors qu'il convole en secondes noces. Il y a jugement conforme à cet art. de l'an 1332... qui dit que les parens du côté dont le bien procède ne peuvent ôter au pere telle administration, sinon que le pere laissât aller les héritages à ruine. Ancillon dit qu'on ne voit pas la raison pourquoi les rédacteurs de la coutume ont abrogé cet usage. Il est, en effet, singulier qu'ils aient ôté ce droit au pere en le laissant à la mere, comme nous l'allons voir. Un jugement de 1356, rapporté ibid. par d'Abocourt, & qui obligeoit le pere de restituer une année des levées des terres d'alleu, franche, à son enfant, après qu'il est marié, n'étoit sans doute fondé que sur la dureté du pere qui n'avoit pas doté son enfant : & d'ailleurs en laissant au pere le gain du revenu de toutes les autres années, même des terres d'alleu, auxquelles la disposition étoit bornée, il confirmoit l'usage plutôt qu'il n'y dérogeoit.

35.
Ils lui font quelquefois donnés par contrat de mariage.

Quoi qu'il en soit, la différence bizarre que la coutume de Metz met entre le pere & la mere quant à l'obligation de compter des fruits, est souvent corrigée par les contrats de mariage qui établissent à cet égard l'égalité entre eux. Lorsqu'on stipule ainsi, il est à propos de convenir de la coutume qui réglera les charges & les conditions sous lesquelles le pere fera les fruits siens. Mais si on n'en a pas parlé, les obligations du pere me paroissent devoir être les mêmes que celles imposées à la mere par la coutume.



OBSERVATION II.

TIT. IV.
Oblerv. 22.*De la Tutelle légitime de la Mere & des Aïeux.*

AU défaut du pere, la mere pendant sa viduité est tutrice légitime de ses enfans. *Évêché, tit. 4, art. 2; Metz, tit. 9, art. 4; St. Mihiel, tit. 1, art. 24; Lorraine, tit. 4, art. 1 & 3, &c.:* & où il n'y a ni pere, ni mere, les aïeux, aïeules & autres ascendans leur succèdent en la tutelle légitime, dit la coutume de l'évêché, même art. 4. Ce qui est conforme à la disposition des coutumes de Lorraine, art. 1 du tit. 4; de Vitry, art. 6; de Chaumont, art. 11, &c.; en sorte que ces deux points sont de droit commun.

L'anonyme qui a écrit sur la coutume de Lorraine, dit sur l'art. 1 du tit. 4, note B, *en la tutelle légitime le pere est préféré à la mere, la mere aux aïeux, & les aïeux aux aïeules, & n'appartient la tutelle légitime à d'autres personnes.* Si les deux époux vivent, comme la femme est sous la puissance de son mari, il est bien certain que la tutelle de leurs enfans appartient au pere par préférence à la mere, pourvu qu'il n'en soit pas incapable. Mais s'il y avoit des raisons suffisantes pour l'en priver, j'ai dit, n°. 19, observ. 1re, qu'elle pouvoit être donnée à la femme séparée.

Il me paroît encore certain que la veuve doit être préférée pour la tutelle de ses enfans, si elle la demande, aux aïeux paternels & maternels, & pour la lui ôter je crois qu'il ne faudroit pas des causes moins graves que celles qu'on exige pour en priver le pere.

Il est assez naturel de préférer l'aïeul à l'aïeule. Cependant je crois que dans la concurrence de l'aïeul d'un côté, & de l'aïeule de l'autre ligne, celle-ci l'emporteroit si elle avoit pour elle le suffrage des parens, dont le choix décideroit sans difficulté entre deux aïeux, ou deux aïeules; c'est, ce me semble, une suite nécessaire de la maxime que toutes tutelles sont datives en pays coutumiers.

Enfin il n'est pas vrai que la tutelle légitime n'appartienne pas à d'autres qu'aux peres, meres & aïeux. Nous venons de voir les coutumes qui la défèrent expressément à tous les ascendans; ce qui doit avoir lieu en Lorraine comme ailleurs; car par quelle raison la refuseroit-on à un bifaïeul capable de la bien remplir? On peut être bifaïeul à 60 ans, & même plutôt. L'anonyme a ici confondu la tutelle avec la garde comptable que les coutumes ne font pas ordinairement remonter au-delà des aïeux.

Par tout où les aïeux n'ont que la qualité de tuteurs, & dans quelques-unes des coutumes qui leur donnent celle de gardiens, ils sont comptables. La mere, sim-

1.
La mere est tutrice à défaut du pere. Les aïeux sont tuteurs à défaut de l'un & de l'autre.

2.
Même la mere si le pere est incapable.

3.
Entre les aïeux le choix des parens décide.

4.
La tutelle légitime passe aux bifaïeux.

5.
La mere & les aïeux sont comptables de droit commun.

TIT. IV.
Observ. 26.

6.
La mere ne l'est pas dans quelques coutumes tant qu'elle reste veuve.

plement tutrice, l'est aussi, & la disposition de l'art. 24 du tit. 1 de la coutume de St. Mihiel, qui la charge de compter, est de droit commun. Il faut cependant excepter quelques coutumes qui l'en dispensent, tant qu'elle ne se remarie pas. Telle est la coutume de Metz, art. 7 du tit. 9 : disposition d'autant plus singulière que, comme nous l'avons vu dans cette coutume, le pere, quoiqu'il demeure en viduité, ne laisse pas d'être comptable des revenus de ses enfans; & que dans d'autres coutumes, au contraire, le pere gagne les fruits pendant son veuvage, & non la mere: comme à St. Mihiel, tit. 1, art. 23 & 24. Je crois, comme Ancillon sur l'art. cité de notre coutume, qu'elle a présenté cet appas aux veuves pour les détourner de se marier. Mais il a raison d'ajouter qu'il produit rarement l'effet qu'on pouvoit en espérer.

7.
Quid dans l'évêché?

Dans l'évêché, la mere tutrice & qui est demeurée veuve, peut se dispenser de rendre compte à ses enfans; mais ce n'est qu'à charge de leur accorder part dans les profits & acquêts qu'elle peut avoir faits pendant la tutelle. Art. 2 du tit. 4. J'ai expliqué cet article, tom. 11. ti. 2, obs. 16, n^o. 6 & 58. J'ajouterai donc seulement ici que, toute singulière qu'en soit la disposition, elle avoit été adoptée par le compilateur de la prétendue coutume de Gorze; tit. 15, art. 34 & suivans.

8.
La tutelle peut être ôtée à la mere par le testament du pere.

D'Abocourt, fol. 72 verso, demandoit si les tuteurs nommés par testament du pere, devoient être préférés à la mere demeurant en viduité? Il remarquoit qu'il y avoit plusieurs jugemens rendus entre des veuves & les tuteurs testamentaires de leurs enfans: d'où il concluoit que *tuteurs testamentaires sont en cette charge préférés à la mere*. C'est ce qui a été statué par l'art. 3 du tit. 9: il porte en général que *les tuteurs testamentaires sont préférés à la mere & à tous autres*. Ce qui est décidé de même à l'égard de la mere par l'art. 25 du tit. 1 de la coutume de St. Mihiel. Ainsi, à Metz & dans plusieurs autres coutumes, le mari peut ôter à sa femme la tutelle & le gain des fruits, en nommant par son testament un autre tuteur. Il le peut même à Metz, sans en nommer un, & en ordonnant simplement qu'il fera par le juge établi à ses enfans un tuteur autre que leur mere; car l'art. 4 ne donne à celle-ci la qualité de tutrice, que *s'il n'y a ordonnance du mari au contraire*. Ancillon, sur ces mots de l'art. 3, *sont préférés*, dit, après d'Argentré sur l'art. 474 de la coutume de Bretagne, gl. 1, n^o. 2, & sur l'art. 480, gl. 1, n^o. 4, *qu'un mari peut avoir diverses raisons particulieres pour ne pas laisser à sa femme la tutelle de leurs enfans, & qu'il ne doit pas être obligé de les déclarer. Il suffit qu'elles lui soient connues, & il n'importe si elles ne le sont pas aux autres*. D'Argentré en remarque plusieurs, & il dit que ce sont raisons secretes. Le commentateur anonyme de la coutume de Lorraine va plus loin sur l'art. 9, qui porte que, *tutelles données par le testament du pere ou de la mere mourant en veuvage, sont préférables à toutes autres*. Des termes de cet article se collige, dit-il note B, que le pere, par son testament, peut donner un tuteur à ses enfans, partant priver la mere de la garde noble & profits en résultans, & se pratique ainsi en Lorraine.

9.
Même en Lorraine.

Mais

Mais nous verrons qu'il se trompe ; que l'opinion commune est que la garde ne peut pas être ôtée par le testament de celui dont la mort y donne ouverture, & qu'on suit cette règle en Lorraine.

Mais si le pere n'a pas ôté la tutelle légitime à la mere, & qu'elle lui ait été confirmée par le juge sur avis de parens, l'aïeul ou l'aïeule peuvent-ils la lui ôter par leur testament ? Il semble d'abord qu'ils le peuvent à Metz, & dans les coutumes semblables ; car, comme je l'ai dit, la nôtre s'exprime en termes généraux & absolus : *Les tuteurs testamentaires sont préférés à la mere.* Cependant il me paroît plus vraie que l'aïeul ne peut pas détruire le decret du juge qui, sur avis de parens, a confirmé la tutelle légitime à la mere : & dès qu'elle conserve la qualité de tutrice, on ne peut donner aux mineurs un autre tuteur, même en bornant son administration aux biens de l'aïeul testateur ; parce que, comme je l'ai dit après Basnage, n°. 20 de l'observ. précédente : *Tuorem habenti tutor non datur.*

Je crois qu'il en seroit autrement si l'aïeul étoit tuteur, & non la mere. Alors il me semble que l'aïeul pourroit nommer à la tutelle vacante par sa mort un autre que la mere, à laquelle ce tuteur testamentaire seroit préféré.

Que doit-on dire si l'aïeul laissant la tutelle au pere, ou à la mere, lui ôte seulement les fruits dont il n'étoit pas comptable suivant la coutume, en l'obligeant d'en rendre compte à ses enfans ? Une autre question approchant de celle-ci est de savoir si dans l'évêché, *la tutelle testamentaire doit être préférable à la maternelle.* Ce sont les termes d'une note ajoutée à l'art. 2 du tit. 4 de cette coutume, où il est dit que la question se proposera à l'état, ce qui ne paroît pas avoir été fait. Ce doute est donc très-ancien & très-considérable. Cependant M. D... sur cet article veut qu'on considère la note comme non écrite, » parce qu'il est certain, dit-il, que ledit art. 2 n'a point reçu d'atteinte, & que dans l'usage la tutelle testamentaire n'a pas été » préférée à celle que la loi du sang & la coutume défèrent à la mere. « Tout ce que cela signifie c'est, ce me semble, que la question ne s'est pas présentée. M. D... ne cite ni préjugé ni exemple d'une mere à qui la tutelle ait été confirmée, malgré le testament de son mari, qui nommoit un autre tuteur à leurs enfans. On peut donc croire qu'il n'en connoissoit point. Le cas d'un mari qui donne à ses enfans un autre tuteur que leur mere, ne peut pas être bien fréquent, & je ne l'ai pas vu arriver une seule fois. Il n'y auroit eu cependant que des exemples réitérés de la préférence accordée à la mere, sur le tuteur nommé par le pere, qui auroient pu dissiper le doute, & mettre M. D... en droit d'invoquer l'usage. Il avoue que par le droit romain, le tuteur nommé par le pere, étoit préféré à la mere : mais, continue-t-il, toutes tutelles étant datives en pays coutumier, *on a cru que lorsqu'on a vu la conduite d'une mere est entière, & reconnue telle, il ne falloit pas ajouter à sa douleur d'être veuve, celle d'être exclue de la tutelle de ses enfans, sans autre raison que la volonté seule, & quelquefois le caprice seul du pere.* J'avoue que ce raisonnement me paroît peu concluant. Toute tutelle étant dative, dans l'évêché comme

TIT. IV.
Observ. 20.

10.
Mais non la
garde noble.

11.
Les aïeux ne
peuvent ôter la
tutelle à la me-
re, confirmée
tutrice.

12.
Mais bien à
celle qui ne
l'est pas.

13.
La tutelle testa-
mentaire est-
elle préférable
à la maternelle
dans l'évêché ?

TIT. IV.
Oblig. 26.

ailleurs, ce qui en résulte c'est que la mere, quoiqu'elle ait droit d'y prétendre, en est si peu assurée, que l'avis des parens peut la lui ôter, s'ils ont des motifs de l'en exclure. A plus forte raison le jugement bien plus sûr de son mari. Mais ce jugement peut n'être dicté que par le caprice, ou la mauvaise humeur du pere. Cela n'est pas impossible. Mais la loi ne le présume pas. Elle présume tout au contraire, que le pere n'a consulté que l'avantage de ses enfans. *Pietas paterna optimum consilium pro liberis capit.* Quoiqu'on ignore les motifs qui l'ont décidé, on ne doit pas le soupçonner d'avoir agi par caprice. Nous venons de lire qu'il peut avoir des raisons secretes qu'il n'est pas obligé de déclarer; qu'il suffit qu'elles lui soient connues, & qu'il n'importe si elles ne le sont pas aux autres. Voy. ci-devant n^o. 9.

Mais si je pense que M. D... ne prouve point du tout son opinion, je ne regarde cependant pas comme certain que dans l'évêché la tutelle testamentaire soit préférable à la maternelle. Quoique dans cette coutume le droit de la mere se borne à continuer avec ses enfans une communauté plus étendue que celle qui étoit entre elle & son défunt mari, on peut cependant assimiler jusqu'à certain point la jouissance que la coutume lui donne à celles qu'ont ailleurs les meres gardiennes. Or, selon De Renusson, traité de la garde, à la fin du chap. 2, » la garde noble ou » bourgeoise ne peut être prohibée par testament ni autrement; c'est-à-dire, que » le premier mourant des pere & mere qui laisse des enfans mineurs, ne peut pas » empêcher que les biens de sa succession ne tombent en garde, & que le survi- » vant des peres & meres ne fasse les fruits siens des biens de sa succession, si le » survivant veut accepter la garde de ses enfans: parce que le droit de garde est » légal; c'est-à-dire, qu'il est attribué par la coutume, & n'est ouvert que par le » décès de celui qui prédécède, auquel tems le prédécédé n'est plus au monde, & » ne peut plus avoir de volonté ni de pouvoir. Il ne pouvoit pas de son vivant » disposer d'un droit qui n'étoit pas ouvert ni existant; en un mot, c'est la coutu- » me qui donne ce droit de garde au survivant. Il est vrai qu'une partie de ces » raisons paroît frivole. Les testateurs ne disposent jamais que pour le tems où ils ne » feront plus; s'ils ne le pouvoient pas, tous les testamens seroient nuls. En parti- » culier, on ne pourroit jamais ôter à la mere par testament la tutelle légitime qui, » comme la garde, ne s'ouvre que par la mort du pere. De Renusson auroit dû se » contenter de dire que la garde est un droit utile & profitable, attribué par la cou- » tume au survivant, & que le prémourant ne peut lui ôter, parce qu'il est légal, » comme le douaire coutumier dont le mari ne peut pas priver sa femme par son » testament.

Mais si on peut comparer à la garde la tutelle non comptable de la mere dans la coutume de Metz, cette tutelle est dans la coutume de Metz une véritable garde bourgeoise. Elle en a tous les avantages & toutes les charges. Le droit de la mere n'est pas moins légal dans une de ces coutumes que dans l'autre. Or il n'est pas douteux qu'à Metz le mari peut l'ôter à sa femme. Pourquoi donc ne le pourroit-il pas dans l'évêché?

14.
La garde ne
peut être ôtée
par testament.

D'ailleurs la coutume de l'évêché admet les tutelles testamentaires, comme il paroît par l'art. 4: ainsi, pour y déroger au droit romain, qui permet au pere de donner à ses enfans un tuteur autre que leur mere, il auroit fallu une disposition expresse. La note prouve que les rédacteurs n'ont pas cru pouvoir faire cette dérogation sans consulter les trois états. Ceux-ci ne se sont pas expliqué; les choses sont donc restées dans les termes du droit commun.

Enfin les deux coutumes voisines avec lesquelles celle de l'évêché fraternise le plus, qui sont celle de Metz & celle de Lorraine, préfèrent expressément à la mere le tuteur que le pere a nommé. Ce qui a lieu dans toutes les autres coutumes voisines qui ne s'en expliquent pas.

Par ces raisons je n'ai lieu à accorder dans l'évêché au tuteur testamentaire la même préférence sur la mere; mais je conviens que les compilateurs de la coutume ayan laissé cette question indécidée, il faudroit pour dissiper entièrement le doute, que la cour l'eut jugée contre la mere.

Quant à l'autre question que j'ai proposée auparavant; savoir si dans les coutumes qui donnent, soit en général au survivant, soit en particulier au pere, ou à la mere la tutelle non comptable, un aïeul laissant au survivant la qualité & les fonctions de tuteur, peut l'obliger de compter des fruits: je me déterminerois volontiers pour l'affirmative, au moins pour tout ce qui excède la légitime des petits-enfans; car le testateur est le maître d'opposer telle condition que bon lui semble à la disposition qu'il lui étoit libre de ne pas faire en leur faveur. La condition dont s'agit ne leur est pas onéreuse; au contraire, elle leur est avantageuse: ce qui la rend favorable. Le pere ou la mere diroient en vain que le testament ne peut leur ôter le droit qu'ils tiennent de la loi sur les biens de leurs enfans. De quoi auroient-ils joui si le testateur n'eut gratifié leurs enfans de rien? Il le pouvoit pour tout ce qui excédoit sa légitime; & s'il l'eut fait, ils n'auroient eu rien à dire. Ils ne perdent donc que ce que le testateur étoit le maître de leur ôter: & ils auroient mauvaise grace de se plaindre qu'en le leur ôtant, il ait donné à leurs enfans. Mais si l'aïeul entreprenoit d'ôter au pere ou à la mere, soit la tutelle que la coutume leur a donnée, soit seulement l'administration des biens qu'il laisse à ses petits-enfans, & qui leur appartient nécessairement dès que la tutelle leur a été confirmée par le juge, je crois que cette disposition ne seroit pas valable.

L'excepte cependant la coutume de Lorraine, à la fin de laquelle on trouve une ordonnance du 16 Septembree 1594, dont il est aussi fait mention dans la note ajoutée à l'art. 1 du tit. 14, par laquelle il est voulu que les gardiens nobles ne fassent les fruits leurs que de ce qui peut avenir aux mineurs pendant leur minorité, que quand celui de qui le bien provient n'a pas par testament ou autre ordonnance, nommé un autre que le pere ou la mere pour gouverner le bien qui doit échoir aux mineurs, & à leur profit rendre compte des fruits: mais que quand il l'a ainsi ordonné, sa volonté doit être suivie. Je ne conclus pas de-là qu'un testateur puisse,

15.
L'aïeul peut ôter le gain des fruits au pere & à la mere, pour ce qui excède la légitime.

16.
Mais il ne peut leur ôter la tutelle ni l'administration.

17.
Excepté en Lorraine.

TIT. IV.
OBSERV. 20.

en Lorraine, ôter la tutelle des mineurs qu'il institue ses héritiers, ou auxquels il fait des legs, à leur pere ou à leur mere. L'ordonnance ne va pas jusques-là. Mais quoiqu'ils restent tuteurs de leurs enfans, & que régulièrement tous les biens des mineurs doivent être administrés par leurs tuteurs, elle permet aux testateurs de leur ôter non-seulement les fruits qui sans cela leur auroient appartenus en qualité de gardiens nobles, mais aussi l'administration des biens donnés à leurs enfans par testament. Ce qui, quant à l'administration, ne me paroît pas devoir être ailleurs. (Voy. ci après observ. 3, n°. 7); car s'il est permis à celui qui donne d'apposer telle condition qu'il veut à sa libéralité, ce ne doit pas être une condition qui déroge au droit naturel des peres & meres des donataires, ni qui leur soit injurieuse. Or les peres & meres ont de droit naturel l'administration des biens de leurs enfans mineurs, & la leur ôter c'est leur faire injure.

18.
Les peres & meres mineurs ne peuvent être tuteurs de leurs enfans.

On fait que les mineurs ne peuvent être tuteurs. Les loix sur ce point de droit sont vulgaires. L'auteur du traité des majorités, part. 1, sect. 2, donne comme une maxime de notre droit françois, que « les peres & meres ne pourront pas même être tuteurs de leurs propres enfans, soit par autorité de justice, ou autrement, quand même ce seroit dans une coutume où la tutelle leur est déferée de plein droit, & *in vim legis*. Tout ce qu'on fait dans cette rencontre, c'est, continue-t-il, qu'on nomme le plus proche parent pour administrer, & gérer en qualité de tuteur les biens des mineurs, jusqu'à la pleine majorité des pere & mere, qui est à vingt-cinq ans accomplis. C'est sans doute le parti le plus régulier. Cependant l'auteur des notes manuscrites sur la coutume de Lorraine, art. 1 du tit. 4, note B, qui cite Coquille sur l'art. 6 du tit. 30 de Nivernois, paroît comme lui, ou plutôt comme cette coutume de Nivernois, se contenter que les peres & meres soient âgés de vingt ans. Ce que j'aurois peine à admettre, même en Lorraine, depuis que la majorité y est reculée jusqu'à 25 ans, & à plus forte raison, dans toute autre coutume qui n'en dispose pas comme celle de Nevers.

Je goûte encore moins l'opinion très-peu plausible de l'auteur du traité des minorités, chap. 11, n°. 10., où il dit, que « s'il est vrai que le mariage émancipe, & rende les mineurs capables de jouir de leurs biens, il semble que ce pouvoir ait en vue l'éducation des enfans... Si le soin de l'éducation, continue-t-il, fait présumer les peres & meres capables de gouverner les personnes de leurs enfans, pourquoi n'auront-ils pas le même pouvoir pour le gouvernement du bien de leurs enfans dont ils ont l'éducation? Les biens ne sont que pour la personne, ils n'en sont que l'accessoire, & qui gouverne la personne peut bien gouverner les biens. Ces raisonnemens captieux confondent la tutelle & l'éducation. Ils prouveroient qu'elles ne sont pas séparables, ce qui est manifestement faux. Ils prouveroient encore que celui qui est en curatelle, & qui a par conséquent le gouvernement absolu de la personne, puisque le curateur n'est jamais donné qu'aux biens, doit aussi avoir la pleine administration de son bien. L'auteur est forcé d'avouer à la page

« suivante » que le pere mineur , ou la mere mineure ne pourront pas ester en jugement quand il s'agira d'action réelle, ou de quelque contestation formelle. Il faudra pour cela un tuteur « . De-là il est aisé de conclure que le pere & la mere, avant d'être majeurs, ne peuvent avoir véritablement cette qualité de tuteur. Il reconnoît si bien qu'ils ne l'ont pas, qu'il est réduit à hasarder qu'en ce cas les enfans n'en doivent point avoir. » Tant que le pere & la mere resteront en viduité, il semble qu'en général il ne soit pas nécessaire de donner aux enfans de tuteur ni de curateur « : paradoxe si choquant, qu'il n'a pas besoin d'être réfuté.

Il y a bien de la bizarrerie dans l'usage qu'on fait sur ce point au bailliage de Metz. J'y ai vu plus d'une fois déférer la tutelle à l'aïeul des mineurs, parce que leur pere qui venoit de perdre sa femme, n'avoit pas 25 ans. Mais si c'est le mari qui décède, & la mere qui survive, on la nomme tutrice, quoiqu'elle soit encore mineure. C'est en particulier ce qui est arrivé à la mort du sieur de Bienassise. Par le même procès-verbal on créa M. Le-Chartreux, conseiller au parlement, curateur de la dame de Bienassise, attendu sa minorité, & on déféra à cette dame la tutelle de ses enfans. Le bailliage fonde la différence qu'il met ici entre le pere & la mere, sur ce que dans la coutume de Metz le pere étant comptable, on ne le prive de rien en lui ôtant la tutelle : au lieu que si on ne la déféroit pas à la mere, elle perdrait les fruits que la coutume lui donne. Mais cette raison est frivole : il ne seroit pas impossible de conserver les fruits à la mere, en chargeant le tuteur de lui en rendre compte pendant sa minorité & sa viduité. Ce seroit assimiler le droit de la mere dans la coutume de Metz à la garde qui, comme je le dirai observ. 13, n°. 28, appartient dans plusieurs coutumes au mineur, & lui donne les fruits, sans qu'il soit tuteur. Il seroit donc plus supportable de les conserver à Metz, à la mere mineure & non tutrice, que de la charger seule de la tutelle de ses enfans, de peur de les lui faire perdre. On peut cependant douter si cela seroit juste & régulier ; car quoiqu'à Metz le droit de la mere ressemble beaucoup à la garde-bourgeoise, on ne peut pas en rigueur la regarder comme distincte de la tutelle, puisque la coutume ne donne les fruits à la mere qu'en qualité de tutrice. Elle ne les auroit pas si elle refusoit la tutelle. Elle ne doit donc les avoir qu'au cas qu'elle puisse l'accepter. Or sa minorité l'en rend incapable. Non-seulement les loix le disent, mais la raison le suggere. Si la mere mineure pendant cette tutelle irréguliere occasionnoit à ses enfans un dommage irréparable ; par exemple, si elle louoit une maison à un forgeron insolvable qui y mit le feu ; si faute de faire une réparation légère à un moulin, ou à un étang, sa négligence en entraînoit la ruine totale ; si elle faisoit un mauvais emploi des deniers de ses mineurs, &c. sur qui tomberoit la perte ? Il seroit aussi injuste de la faire supporter aux enfans sans recours contre leur mere, que de rendre cette mere responsable des fautes que la foiblesse & l'inconsidération de son âge lui auroient fait commettre. Si on la restitue contre ce qu'elle fait de

TIT. IV.
Observ. 20.

19.
Usage bizarre
& abusif du
bailliage de
Metz.

TIT. IV.
Observ. 26.

mal dans l'administration de son bien, on doit à plus forte raison la relever de ce qu'elle a omis de faire, ou de ce qu'elle a fait mal à propos dans la gestion du bien d'autrui. Comme mineure elle n'est pas moins que ses enfans sous la protection des loix ; & on ne peut pourvoir en même tems à sa sûreté & à la leur, qu'en leur donnant un autre tuteur.

C'étoit donc avec raison que d'Abocourt, fol. 70 v^{so}., proposoit de décider *si la mere demeurant veuve, & en vie viduelle, au dessous de l'âge de 25 ans, sera tutrice & curatrice idoine*. Il semble qu'il pensoit que non ; car immédiatement après il ajoute : *La mere COMPÉTEMENT AGÉE, gardant une vie viduelle, est tutrice de ses enfans légitimement procréés*. Il ne parle que d'une mere majeure, & cependant il dit que *pour son soulagement l'on lui adjoint un parent paternel*. Mais je crois que ce n'étoit qu'un curateur. Il avoit déjà demandé un peu plus haut, *au dessous de quel âge personne ne peut être institué tuteur ni curateur*, & remarquez que le droit porte 25 ans.

L'abus est cependant ancien à Metz. Ancillon sur l'art. 4 du tit. 9 disoit déjà que, quoique la regle de droit soit que le mineur de 25 ans ne peut être tuteur d'un autre mineur. Toutefois dans cette coutume le mariage donnant la libre administration des biens, avec pouvoir de contracter, & s'obliger, & d'ester en jugement, & la mere ayant cet avantage de n'être pas comptable des fruits & revenus des biens de ses enfans, tandis qu'elle demeure en viduité, il semble que nonobstant sa minorité de 25 ans, elle garde la qualité de tutrice : mais il ajoutoit que le plus sûr est d'établir un tuteur pour administrer les biens conjointement avec la mere, suivant l'avis de Balde, si mieux elle n'aime bailler caution, auquel cas elle demeure seule tutrice. Il puisoit cette ouverture dans le commentaire de Le Grand sur la coutume de Troyes, qu'il cite sur l'art. 21, gl. 1^{re}. n^o. 3, & qu'il dit que tel est l'usage. M. Davot, traité du droit françois, à l'usage du duché de Bourgogne, tom. 1, traité 6, n^o. 81, pag. 450, pose en général après Loysel, que le mineur n'a ni bail, ni tutelle d'autrui. Ce qu'il limite cependant aux coutumes, où la garde, le bail & la tutelle sont confondus, comme en Bourgogne. Il avoit déjà dit, n^o. 42, pag. 430, que le mineur nommé tuteur par testament, ne peut administrer la tutelle que lorsqu'il est parvenu à la majorité ; mais en ajoutant que cependant la tutelle déferée à une mere mineure par le testament du pere & par l'avis des parens fut confirmée par arrêt du 5 Mai 1662, en faveur de Dlle. Louise Dupont, & en observant après M. Favre, qu'en ce cas, quoique les tuteurs testamentaires ne soient pas tenus de donner caution, le juge peut en exiger une de la mere tutrice nommée par le testament du pere. Par l'art. 27 des arrêtés de M. le P. P. de la Moignon, au tit. des tutelles : » la » mere mineure de 25 ans, ne peut au contraire être donnée pour tutrice à ses » enfans, encore qu'elle ait été nommée par testament de son mari, sinon en bail- » lant un co-tuteur qui demeure responsable solidairement de l'administration par

» elle faite durant sa minorité «. Mais un co-tuteur qui seroit élu à cette condition pourroit-il être forcé d'accepter ?

Je crois donc que l'usage du bailliage de Metz qui confie aux meres mineures la tutelle de leurs enfans sans leur adjoindre un autre tuteur , & sans exiger d'elle une caution , est un véritable abus à réformer. Je pense même que , malgré les autorités qu'on vient de voir , il n'est pas à propos de les nommer seules tutrices , en exigeant d'elle une caution. A la vérité on pourvoiroit par là à l'intérêt des enfans ; mais cette précaution ne mettroit pas à couvert celui de la mere : car il seroit bien difficile & même bien injuste de ne pas donner contre la mere une action recusive à la caution , qui ne pourroit pas l'empêcher de mal gérer , ni de négliger ses devoirs de tutrice. D'ailleurs qui voudroit s'engager de réparer toutes les fautes d'une mere mineure sans espérance d'en être indemnisé ? Cependant la regle de droit qui ne la protège pas moins que ses enfans , doit la mettre à couvert des suites de tout ce qu'elle peut faire , ou omettre pendant sa minorité. C'est donc un co-tuteur qu'il faut lui adjoindre ; & c'est à elle à en fournir un que les parens puissent approuver , sinon on ne peut pas lui confier la tutelle.

M. D... qui , sur les art. 3, 4 & 5 du tit. 9 de la coutume de Metz , agite la question , & se détermine , par les mêmes raisons & les mêmes autorités qu'Ancillon , à lui laisser la tutelle , observe *que pour peu que la succession du pere soit considérable , les parens , sur l'avis desquels la tutelle de la mere doit être confirmée , nommant en même tems un curateur , sans l'assistance duquel elle ne peut rien faire au-delà de la simple administration & de la perception des revenus d'iceux ; ce qui se rapporte , ajoute-t-il , au sentiment de Balde & de Le Grand.* Mais 1°. ce n'est pas seulement lorsque la succession du pere est considérable , ce n'est pas même seulement lorsqu'une mere mineure est confirmée tutrice , c'est généralement dans tous les actes de tutelles , qu'il est d'usage à Metz & dans tout le ressort de joindre la nomination d'un curateur à celle d'un tuteur , ou de la tutrice qui ne peuvent rien faire au-delà des bornes de la simple administration , sans être assistés du curateur : 2°. quoique le curateur doive veiller à la conduite du tuteur , & principalement à ce qu'il ne devienne pas insolvable , cependant comme il ne partage pas l'administration , ce que M. D... indique lui-même , il ne pourroit en une infinité d'occasions empêcher le préjudice qu'une mere mineure pourroit causer à ses enfans : 3°. aussi n'est-ce pas un curateur , ni même un subrogé tuteur qui ne gèrent point , mais un co-tuteur gérant avec la mere mineure , que Balde , Le Grand & Ancillon suggèrent d'établir : & c'est le seul moyen de prévenir les inconvéniens de l'usage très-abusif du bailliage de Metz (1).

(1) Ces réflexions communiquées à M. l'avocat-général Bertrand de Boucheporn l'ont engagé à faire corriger cet abus par l'arrêt du 5 Mai 1770.

TIT. IV.
Observ. 20.

20.
La mere qui se remarie perd la tutelle, mais peut être élue tutrice avec son mari.

21.
Elle doit faire établir un tuteur à ses enfans.

22.
Sinon elle étoit autrefois à Metz incapable de la tutelle.

» Par la disposition du droit la mere perd la tutelle de ses enfans par ses secondes noces : mais elle peut ensuite être nommée tutrice avec son mari par avis des parens. *Ferriere sur l'art. 268 de la coutume de Paris, n^o. 4, qui cite Dumoulin sur l'art. 99 de l'ancienne coutume dont la décision est aussi rapportée par Ricard sur le même art. de la nouvelle* (1). Notre usage est assez conforme en ce point à celui de Châtelet ; c'est, ce me semble, à quoi se réduit la disposition de l'art. 3 du tit. 9 de la coutume de Metz. Il est vrai qu'il paroît ne priver la mere qui se remarie de la tutelle de ses enfans, qu'au cas qu'elle ne satisfasse pas à l'obligation qu'il lui impose de leur faire pourvoir d'autre tuteur avec elle. Mais si, lorsqu'elle s'est mise en devoir d'y satisfaire, les parens ne jugeoient pas à propos de confier la tutelle des mineurs à leur beau-pere, la mere la perdrait nécessairement ; car d'un côté il n'est pas possible qu'elle l'administre sans son mari, & d'un autre côté elle ne peut forcer les parens de choisir son second mari pour tuteur des enfans de son premier lit, s'ils croient ne devoir pas lui donner leurs suffrages : quoi qu'en pense d'Abocourt qui, fol. 76 & 77, dit que s'il se trouve un parent qui veuille bien nourrir & élever gratuitement les mineurs, & qui offre caution, il doit être préféré à la mere remariée qui ne veut pas accepter la tutelle à ces conditions : mais que si elle s'y soumet, comme aussi à rendre compte d'an en an, il semble qu'elle a l'option. Ce que je ne crois pas véritable, parce que nonobstant toutes ces offres, les parens peuvent avoir de très-bonnes raisons pour ne pas laisser la tutelle au second mari.

Au surplus, cette obligation imposée à la mere de faire, en se remariant, établir à ses enfans un autre tuteur avec elle, étoit autrefois bien plus étroite qu'aujourd'hui. L'omission de cette précaution la rendoit incapable de la tutelle qui étoit déferée aux plus proches parens des pupilles, par l'art. 101 de l'ordonnance de Metz, publiée le 2 Décembre 1564. La coutume en prive aussi la mere en ce cas, & la defere de même aux plus proches parens ; mais sans l'en déclarer incapable. Ancillon touché des fâcheux inconvéniens qui arrivent lorsqu'une veuve se remariant sans faire pourvoir d'un tuteur à ses enfans, & les parens paternels négligeant de s'adresser aux juges pour en nommer un, les mineurs & l'administration de leurs biens tombent en la puissance d'un beau-pere, croyoit que ce n'étoit pas assez de priver en ce cas la mere de la tutelle, & qu'il falloit ordonner qu'elle seroit privée de la succession de celui ou de ceux qui décéderoient en minorité. C'est ce qu'il dit sur ces termes de notre art. 5, *venant à se marier*. Mais cette opinion n'a pas paru assez solidement fondée pour être adoptée : & la coutume ne rendant pas comme l'ordonnance de 1564, la mere incapable de la tutelle, & s'étant contenté

(1) Voy. observ. 16, n^o. 6, une exception à cette regle.

de l'en priver, l'usage a plutôt adouci qu'aggravé sa disposition. Il arrive tous les jours qu'une mere qui s'est remariée sans avoir satisfait à ce qu'elle prescrit, ne laisse pas d'être confirmée dans la tutelle avec son second mari par ses parens assemblés à la requête du curateur, ou de la partie publique. Il est même très-rare qu'ils lui ôtent la tutelle, quoiqu'ils le puissent.

Mais si la mere qui se remarie a été nommée tutrice par son premier mari, les parens pourront-ils lui ôter la tutelle ? D'Abocourt, fol. 70 verso., disoit qu'on pouvoit seulement en ce cas la forcer de recevoir un adjoint du côté paternel des enfans. Mais comme elle ne peut garder la qualité de tutrice, si on ne donne aussi celle de tuteur à son second mari, qui ne peut se prévaloir du choix du premier, dont il n'étoit pas connu, & qui même est censé n'avoir préféré sa femme pour la tutelle de leurs enfans, que parce qu'il présuinoit que fidelle à sa mémoire, elle ne se remarieroit pas; je crois que cela dépend encore du suffrage & de la prudence des parens.

L'art. 3 du tit. 4 de la coutume de l'évêché oblige aussi la mere qui veut se marier de demander un tuteur à ses enfans, & de leur donner partage. Ce qui se rapporte à l'article précédent qui ne lui donne la tutelle de ses enfans pendant son veuvage, qu'à condition de demeurer en communauté de biens avec eux. La disposition de cette coutume, quant à la tutelle, différoit de celle de la coutume de Metz: 1^o. en ce que dans l'évêché, ce n'étoit pas un co-tuteur avec elle que la mere remariée devoit demander, mais un tuteur pour ses enfans, dont elle sembloit devoir perdre absolument la tutelle: 2^o. en ce que faute de le faire, l'article porte qu'elle est amandable de 500 liv. Mais ces deux différences ne subsistent plus; &, comme M. D... l'a remarqué, non-seulement l'amande a été abrogée par l'usage, ou du moins regardée comme une peine purement comminatoire, qu'on ne prononce jamais; mais dans l'évêché, comme dans le pays messin, la tutelle est donnée au second mari, lorsque les parens trouvent en lui les qualités nécessaires pour la lui confier, souvent même très-légerement, & pour s'en débarrasser eux-mêmes.

Tout ce qui vient d'être dit de la mere se doit appliquer à l'aïeule tutrice qui passe à de secondes noces.

Pour quelque cause (autre qu'une conduite déréglée) que l'une ou l'autre n'aient pas la tutelle, ou qu'elles la perdent, l'éducation de leurs enfans ne doit pas leur être ôtée, à moins que par une extrême foiblesse d'esprit elles n'en soient absolument incapables. D'Abocourt, fol. 72 & 73, dit *seulement qu'il ne se peut faire que la mere soi remariant, & à cette cause démise de la tutelle des enfans qu'elle a de son premier mari, retienne néanmoins la garde, conduite & gouvernement de leurs personnes*: & cite un jugement de l'an 1599: non-seulement cela se peut, mais cela doit être. L'éducation des enfans est le premier devoir des peres & meres: &

TIT. IV.
Observ. 20.

23.
La veuve remariée perd même la tutelle testamentaire.

24.
Dans l'évêché l'usage est le même qu'à Metz.

25.
Item de l'aïeule.

TIT. IV.
OBSERV. 28.

lorsqu'une mere est d'un état entier, il y auroit de l'inhumanité d'arracher ses enfans d'entre ses bras. Un second mariage peut affoiblir la tendresse qu'elle a pour eux, difficilement l'éteindre. Il est très-rare qu'il ne lui en reste pas beaucoup plus qu'on n'en peut supposer à un parent collatéral. Voy. Ferriere sur l'art. 370, n^o. 9.



OBSERVATION III.

TIT. IV.
Observ. 30.*De la Tutelle testamentaire.*

PAR la loi des douze Tables il n'y avoit que le pere & l'aïeul qui pussent donner, par testament, des tuteurs à leurs enfans encore falloit-il qu'ils les eussent sous leur puissance. *Lege duodecim Tabularum permiffum est parentibus, liberis suis... , si modo in potestate sint tutores testamento dare. L. 1, ff. de testam. tut.* Le droit romain accorda dans la suite le même pouvoir à la mere qui n'avoit jamais ses enfans sous sa puissance; mais, ce me semble, avec moins de plénitude; car le prêteur connoit sans enquête l'administration au tuteur nommé par le testament du pere, non pas à celui que la mere avoit nommé. *Sed & inquiri in eum qui matris testamento datus est tutor, oportebit: eum à patre datus, quamvis minus jure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur. Ead. l. §. 2, & même quoique le magistrat connoit des raisons de suspecter le tuteur choisi par le pere, ce n'étoit qu'au cas que le pere les eût ignorées, qu'il devoit préférer à sa volonté écrite l'intérêt des mineurs. *Utilitatem pupillorum prætor sequitur, non scripturam testamenti... : nam patris voluntatem prætor ita accipere debet, si non fuit ignarus, scilicet eorum quæ ipse prætor de tutore comperta habet. L. 10, ff. de confirm. tut. vel cur.**

1.
Le pere & l'aïeul sont les seuls qui dans l'ancien droit nommoient des tuteurs testamentaires, puis la mere y participe.

La plupart des auteurs qui ont écrit sur nos coutumes semblent rejeter absolument les tutelles testamentaires: ce qui n'est cependant fondé que sur ce que les tuteurs nommés par testament doivent parmi nous être confirmés par le juge. Mais en étoit-ce assez pour conclure, qu'en pays coutumier la tutelle testamentaire n'est pas admise, comme elle l'étoit chez les Romains? Il me semble que non: puisque chez eux elle n'étoit aussi autorisée par le prêteur qu'en connoissance de cause. Leur usage ne differe du nôtre qu'en ce que: 1°. ce n'est pas par voie d'enquête, d'information que le juge examine si l'administration doit être confiée au tuteur nommé par testament; mais qu'il assemble les parens, ou, à leur défaut, les amis de la famille, & prend leur avis: 2°. que s'ils proposent des suspensions bien fondées contre ce tuteur, le juge ne lui confie pas la tutelle, quand même le testateur auroit connoissance des causes qui doivent l'en éloigner (1).

2.
Tutelle testamentaire soumise à confirmation.

(1) La coutume de Rheims, art. 329, dit même que *si par testament y a tuteur nommé, il*

TIT. IV.
Observ. 30.

3.
Mais elle ne
peut pas être
refusée sans
cause.

Il est donc parmi nous de la tutelle testamentaire comme de la légitime. Nous avons vu ci-devant, obs. Ire., n°. 11, que le tuteur légitime doit être confirmé par le juge, mais que cette confirmation ne peut être refusée sans de très-fortes raisons. Cela n'est pas moins vrai de la tutelle testamentaire, & c'est ainsi qu'on doit entendre ce que dit De Laistre sur l'art. 11, n. 3 de la coutume de Chaumont, qu'elle n'a pas lieu en ce bailliage; » c'est-à-dire, ajoute-t-il, que quand » le pere auroit, par son testament, nommé un tuteur à ses enfans, il faut tou- » jours que le juge le confirme sur l'avis des parens: en sorte que si ces parens » trouvent dans le tuteur nommé par le pere quelques raisons suffisantes pour le » faire rejeter, ils peuvent en nommer un autre. Aussi a-t-on pu remarquer dans ce que j'ai cité de cet auteur, obs. Ire., n. 9, que la tutelle purement dative n'a lieu, selon lui, qu'au défaut des deux autres. Ces deux regles sont écrites dans la coutume de Sedan. *S'il y a tuteurs testamentaires, ils seront préférés à tous autres sans qu'il soit besoin de faire autre nomination.* Art. 140, *toutefois les parens seront appelés pour voir confirmer, si faire se doit, ledit tuteur, ou proposer causes raisonnables d'empêchement, lesquelles cessant, si lesdits tuteurs n'alléguent cause d'excuse valable, ils seront confirmés par le juge.* Art. 141.

4.
Coutumes où
elle n'a pas be-
soin de confir-
mation.

Il y a cependant un petit nombre de coutumes où le tuteur testamentaire n'a pas besoin de confirmation. L'auteur du traité des minorités, chap. 5, n. 6, a remarqué la disposition de la coutume de Bourbonnois, dont l'art. 178, porte: *& doit la tutelle dative être confirmée par le juge, & non la légitime & testamentaire.* Ces coutumes sont exorbitantes, & doivent être renfermées dans leurs territoires.

Mais, suivant le droit commun, le sentiment des parens ne suffit pas pour substituer un autre tuteur à celui que le pere a nommé: & quoique Buridau, sur l'art. 263 de la coutume de Vermandois, dise que *» par arrêts coté par Louet, L. » T., n°. 2, le tuteur nommé par les parens a été préféré au testamentaire, parce » que le pere s'a pu tromper au choix de celui qu'il a nommé, & parce que PLUS VIDENT OCULI QUAM OCULUS.* L'opinion des parens ne doit l'emporter sur le testament que quand il se trouve dans le tuteur nommé par le pere quelque raison suffisante pour le faire rejeter, comme vient de le dire De Laistre, qui fait mention du même arrêt, dont parle aussi l'auteur du traité des minorités, chap.

sera confirmé si les parens appelés pardevant le juge n'allèguent cause que le testateur ait pu vraisemblablement ignorer. Mais cette disposition, quoique tirée du droit romain, ne me paroît pas devoir être suivie; car si les soupçons sont bien fondés, la connoissance qu'en a eu le testateur ne les détruit pas, & le danger qu'il y auroit de confier les mineurs à un tuteur suspect ne permet pas de respecter le mauvais choix, dont la prudence & la tendresse auroient dû détourner le pere testateur.

» §, n. 8, où il pense de même » qu'il faut croire, comme Brodeau le dit, qu'en » l'espece de cet arrêt on justifoit quelque chose contre la personne & les mœurs » du tuteur testamentaire, puisque Brodeau, au même endroit, rapporte deux » arrêts qui ont jugé le contraire « dans les especes les plus fortes.

La coutume de Metz dit aussi, art. 3 du tit. 9, que *les tuteurs testamentaires sont préférés à la mere, & à tous autres, de quelque condition & qualité qu'ils soient.* Par où il paroît que c'est principalement au pere à qui il appartient de nommer un tuteur à ses enfans : aussi l'article suivant ajoute, que *la femme ne peut sans la licence de son mari, donner tuteur à ses enfans.* Ce n'est pas un effet de l'autorité maritale ; car à Metz la femme n'a pas besoin d'autorisation pour tester. Voy. tit. 2, obs. 2, n. 8. Mais la raison est, comme le dit M. D... , sur cet art. 4, » que par l'art. 6 du même titre le pere est tuteur & légitime administrateur des corps & biens de ses enfans. Ainsi la mere ne peut blesser ce » droit sans la licence & le consentement du pere, à qui il est permis d'y re- » noncer «.

On trouve la même regle dans la coutume de Lorraine, qui porte, art. 9 du tit. 4, que, *tutelles données par testament du pere, ou de la mere mourant en veuvage, sont préférables à toutes autres, & toutefois toutes sujettes à confirmation ;* car ces mots, *la mere mourant en veuvage,* marquent non-seulement qu'elle perd ce droit si elle se remarie, mais encore qu'elle ne l'a pas si le pere n'est prédécédé. Et cela est général dans toutes les coutumes.

L'aïeul ou l'aïeule ne le peuvent pas plus que la mere. Charles Auburtin, marchand tanneur à Metz, ayant perdu sa femme, passa à de secondes nocces ; ce qui indisposa contre lui Barbe Brigand-De-La-Cour, mere de la premiere femme. Elle institua pour ses héritiers ses petits-enfans, fils de Charles Auburtin, & leur nomma pour tuteur Nicolas Beaucour, & pour subrogé tuteur Jean Noiré, quant aux biens qu'elle leur délaissoit. Ceux-ci obtinrent un decret qui ordonnoit l'assemblée des parens, aux fins de procéder à la confirmation de cette tutelle testamentaire. Auburtin y forma opposition. Je soutins pour lui que la tutelle légitime de ses enfans lui étant déléguée par la coutume, elle n'auroit pu à la mort de sa premiere femme lui être ôtée sans cause ; qu'il ne s'en étoit trouvé aucune, puisque, sur avis des parens, cette tutelle lui avoit été confirmée par le juge ; qu'il n'en étoit point survenu depuis ; & que le testament n'en exprimant aucune, sa disposition gratuitement injurieuse ne pouvoit être regardée que comme l'effet du caprice & de la mauvaise humeur de la testatrice : que la coutume porte que les tuteurs testamentaires sont préférés à la mere, mais non pas qu'ils sont préférés au pere ; parce que tant que le pere vit, nul autre que lui ne peut être tuteur de ses enfans, s'il n'est pas incapable de l'être ; qu'elle porte encore que la femme ne peut donner à ses enfans sans la licence de son mari ; parce que s'il

TIT. IV.
Observ. 3e.

5.
Le droit de nommer un tuteur appartient principalement au pere.

6.
S'il vit, la femme ne le peut sans sa licence.

7.
Les aïeux ne le peuvent pas non plus en ce cas.

TIT. IV.
Oblerv. 30.

vit, à lui seul appartient la tutelle à moins qu'il n'y renonce; & que si la mere ne le peut pas, le aïeux le peuvent encore moins. Beaucour & Noiré disoient que la testatrice avoit pu instituer ses petits-enfans sous la condition que les biens compris dans cette institution seroient gérés par ceux qu'il lui avoit plu de nommer; que cette condition qui, en leur donnant la qualité de tuteurs pour les seuls biens délaissés par la testatrice, ne l'ôtoit pas à Charles Auburtin pour les autres biens de ses enfans, & divisoit seulement l'administration entre eux, devoit être exécuté, par la seule raison que Barbe Brigand, que la coutume autorisoit à tester, l'avoit voulu ainsi; & que, *disponat testator, & erit lex*. Je répondois que l'institution n'étoit pas conditionnelle, & que quand elle l'eut été, la condition n'auroit pas pu s'exécuter, parce qu'il est contraire aux principes de donner aux mineurs des tuteurs *ad rem certam*; que le tuteur se donnant principalement à la personne, l'administration ne peut être divisée que dans le seul cas où les mineurs ont des biens dans des provinces éloignées, dont il seroit impossible que le même tuteur prît soin. *Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel ante heredis institutionem, posse dari tutorem non dubitatur. Certa autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae, vel rei, tutor datur. Inst. qui test. dari poss. §. 3 & 4. Voy. les l. 12, 13, 14 & 15, ff. de testam. tut., & le traité des minor., ch. 7, n. 19.* Sur ces moyens, le bailliage de Metz, par sentence du 20 Avril 1731, sans s'arrêter à la demande de Beaucour & de Noiré, faisant droit sur l'opposition d'Auburtin, ordonna que le decret qui permettoit l'assemblée des parens pour délibérer sur la tutelle testamentaire soit rapporté.

8.
On ne peut nommer des tuteurs pour certains biens.

9.
A moins qu'il n'y ait des provinces éloignées.

10.
En quel cas la mere & les aïeux peuvent donner un tuteur testamentaire.

Il n'est pas moins certain que le droit de donner des tuteurs testamentaires n'est pas borné au pere seul, & que la mere & les aïeux l'ont aussi, mais sans pouvoir préjudicier au droit du pere. D'Abocourt, fol. 70, l'ôtoit absolument à la mere, même pour l'administration des biens qu'elle laissoit à ses enfans, soit qu'il y eut des tuteurs donnés par le testament du pere, ou non, & soit que le pere survécût ou non. Mais c'étoit une bévue de ce praticien qui ne s'étoit pas souvenu que l'art. 102 de l'ordonnance de Metz, du 2 Décembre 1564, confirme expressément *les provisions de tuteurs, & mainbourgs qui auront été faits par les peres ET MERES à leurs enfans, par leurs dévises & testamens.*

MM. Ancillon & D... n'expliquent ni l'un, ni l'autre en quels cas ces nominations de tuteurs testamentaires par la mere & les aïeux sont valables, & quel est le sens de la regle qu'ils sont préférables à tous autres? On doit tenir que le pere, la mere & les aïeux n'ont pas cumulativement le droit de donner des tuteurs à leurs enfans, mais successivement, & l'un à défaut de l'autre, & il ne fera pas inutile de résumer en peu de mots les différentes especes qui peuvent se présenter.

La nomination d'un tuteur appartient au pere éminemment, & privativement

à tous autres. S'il meurt le premier, il peut choisir pour tuteur à ses enfans, ou leur mere, ou une autre personne qui en ce cas doit être préféré, même à la mere.

Si celle-ci survit à son mari, & qu'il ne lui ait pas ôté la tutelle, elle doit lui être déferée, pourvu qu'il n'y ait pas de raison valable de l'en priver : & si elle meurt à son tour, avant la majorité de ses enfans, elle peut leur choisir pour tuteur qui bon lui semble : quand même elle se seroit ~~pas~~ passée à de secondes noces, pourvu qu'elle ait été élue tutrice avec son second mari : excepté en Lorraine, où elle n'a le droit de nommer un tuteur à ses enfans que quand elle est restée veuve.

Mais si elle prédécède son mari, elle ne peut nommer un tuteur à leurs enfans si son mari ne le lui permet. C'est à quoi je borne le sens de l'art. 4 du tit. 9 de la coutume de Metz ; car quoiqu'il porte que *la femme ne peut sans la licence de son mari, donner tuteur à ses enfans*, je ne crois pas que pour donner un tuteur aux enfans de son premier lit, elle ait besoin d'y être autorisée par son second mari, quoique lors des secondes noces il ait été nommé tuteur conjointement avec elle. Cette tutelle du second mari peut cesser avec la cause qui y avoit donné lieu. Le second mariage étant dissous, les enfans du premier ne tiennent plus par aucun lien à leur beau-pere, qui n'avoit été nommé leur tuteur qu'à cause de sa femme, & qui n'administroit qu'avec elle. Il peut donc également demander d'être déchargé de la tutelle, & en être destitué par les parens, & à plus forte raison par le testament de sa femme, qui n'a pas besoin de sa licence pour tester, & dont le choix doit déterminer le tuteur, par la regle que les tuteurs testamentaires sont préférés à tous autres.

Mais cette regle n'a lieu que lorsque les mineurs sont destitués de tuteurs, & qu'il s'agit de leur en donner un. On peut bien par testament nommer à une tutelle qui n'est pas remplie, mais non pas détruire une tutelle légitimement établie. Ainsi, lorsque le mari a ôté la tutelle à sa femme, ou qu'elle l'a perdue en se mariant, parce que les parens n'ont pas cru devoir la confier à son second mari, elle ne peut, en mourant, destituer le tuteur qu'ils ont donné à ses enfans, & leur en nommer un autre par son testament.

Il en est de même de l'aieul. Pour qu'il puisse nommer un tuteur à ses petits-enfans, il faut que leur tutelle vague par sa mort. Ainsi lorsqu'il n'étoit pas leur tuteur, & qu'ils en avoient un autre que lui, il ne peut par une disposition de dernière volonté anéantir le titre de cette tutelle, & substituer un autre tuteur à celui que le juge a nommé, ou confirmé de l'avis de la famille.

Ces regles ont lieu dans toutes les coutumes qui admettent les tutelles testamentaires ; car à l'égard de celles qui ne les autorisent pas expressément, la maxime vulgaire que toutes tutelles sont datives en France a plus d'effet, & si les parens

II.
Quid, dans les coutumes qui n'en parlent pas,

TIT. IV.
 Observ. 30.

improuvoient unanimement le choix d'un tuteur étranger fait par le pere, je pense que sans les obliger d'expliquer les raisons pour lesquelles ils lui préféreroient la mere, l'aieul, ou quelqu'autre parent, leur avis plus conforme à l'ordre naturel l'emporterait sur le testament.

12.
 Et dans celles
 qui en parlent.

Dans les coutumes qui parlent des tutelles testamentaires en général, je pense qu'elles peuvent être déferées non-seulement par le pere; mais aussi dans l'ordre & aux conditions que je viens d'expliquer, par la mere & par les aïeux, quoique le droit ne leur en soit pas expressément attribué. Telle est la coutume de l'évêché qui, art. 5 du tit. 4, n'admet la tutelle purement dative que défailant tuteurs légitimes & testamentaires; car quoiqu'il n'y soit pas formellement dit que la mere peut donner un tuteur à ses enfans, & même qu'il n'y ait rien qui marque positivement que la coutume ait eu intention de lui en accorder le droit, il me paroît d'autant moins possible de le lui contester, que par l'art. 16 du tit. 1, les enfans sont mis sous la puissance de leur mere comme sous celle de leur pere.

Il n'en est pas ainsi de la coutume de Sedan. Par l'art. 5, les fils & filles de famille sont mis en la puissance de leur pere, & non de leur mere; & par l'art. 140, où il est parlé des tuteurs testamentaires, il n'est pas dit à qui la nomination en appartient. Le doute est encore plus grand dans la coutume de St. Mihiel, qui par l'art. 25 du tit. 11 attribue aux peres le droit de pourvoir leurs enfans de tuteurs & de curateurs, sans parler d'aucun autre; & qui par l'art. 16 du même titre met les enfans sous la puissance de leur pere seulement, sans parler de la mere. Je n'en crois pas moins que, dans ces deux coutumes, le droit de nommer un tuteur par testament, compéte à la mere, à qui les loix romaines l'accordoient, quoiqu'elles ne missent pas ses enfans sous sa puissance: & j'en dis autant des aïeux, parce qu'il n'est pas moins vrai de la mere & des aïeux que du pere, qu'ils sont censés n'ordonner que ce qui est le plus avantageux à leurs enfans.

33.
 Le tuteur tes-
 tamentaire n'est
 pas obligé d'ac-
 cepter.

Il n'est pas besoin de dire que si celui que la tutelle ne regardoit pas naturellement, est nommé tuteur par testament, il n'est pas obligé d'en accepter la qualité. On sent bien que le testateur ne peut lui imposer cette charge malgré lui. Je ne crois pas même que si entre plusieurs parens, tous dans le plus proche degré, le testateur en choisit un qui se défende de la tutelle, les parens soient obligés de confirmer ce choix. A la vérité la tutelle est une charge qui le regardoit comme les autres, mais elle regardoit les autres comme lui; & je ne vois pas sur quel fondement on pourroit penser que le testateur étoit en droit de la lui imposer par préférence. Ce qu'il a pensé mérite cependant quelque attention de la part des parens. Il y a lieu de croire qu'il a jetté les yeux sur celui qu'il a cru le plus propre pour la tutelle de ses enfans. Mais comme il s'agit de forcer celui qu'il a nommé, d'accepter malgré lui un emploi pénible qui ne le concerne pas plus que d'autres personnes liées aussi étroitement que lui aux mineurs, le testament qui le désigne pour tuteur n'est qu'un suffrage;

suffrage ; & si les parens jettent les yeux sur un autre sans brigue, ni cabale, & parce qu'ils croyent que le bien des mineurs le demande, leur avis doit, ce me semble, prévaloir.

Mais si le testateur a fait un legs, ou un fidéi-commis à celui qu'il a nommé tuteur, le légataire, s'il refuse d'être tuteur, ne peut profiter de la disposition, quoique faite purement & simplement, & sans condition qui l'attache à la tutelle *L. II. ff. de confirmando tut.*

Tit. IV.
Observ. 3^e.

14.
A moins qu'il ne lui ait été fait un legs dont il veuille jouir.



OBSERVATION V.

De la Tutelle dative, & de la Confirmation des Tutelles légitimes & testamentaires.

LE sens de la règle que toutes les tutelles sont datives est, comme nous l'avons vu, que tous les tuteurs légitimes & testamentaires doivent être confirmés par le juge sur l'avis des parens assemblés en son hôtel; & que s'il n'y a ni ascendant à qui la tutelle légitime appartienne, ni tuteur nommé par testament, qui veuille s'en charger, il fait procéder au choix d'un tuteur par les parens assemblés pardevant lui. Cette dernière espèce de tutelle est la seule qui soit purement dative.

Le choix des parens n'est pas entièrement libre; car la tutelle est une charge de famille, & cette charge, comme le droit de succéder, est attachée à la proximité des degrés, ou des liens du sang. La tutelle doit être déferée au plus proche parent. Ainsi le degré de proximité de partie des parens appellés à la tutelle est un moyen d'excuse pour ceux qui y étant aussi appellés, se trouvent dans un degré plus éloigné. Traité des minor. chap. 11, n°. 48. Ce qui fait dire à l'auteur, *qu'en France si les tutelles sont datives, elles sont aussi légitimes.* Cependant il y a bien des cas où le plus proche n'est pas, & ne doit pas être nommé tuteur. La succession du mineur peut regarder une femme, & la tutelle est un office viril dont les femmes sont incapables, excepté la mere & l'aïeule. L'héritier présomptif peut être un autre mineur, ou un dissipateur, un homme de mauvaises mœurs, un génie borné, hors d'état de démêler les affaires d'une succession embarrassée de dettes & de procès: il peut avoir un domicile éloigné; il peut être d'une profession qui exige de fréquentes & longues absences, qui ne lui permettroient pas de veiller avec assez de soin aux intérêts du mineur, &c. Ainsi, non-seulement lorsque le parent le plus proche a des excuses légitimes, non-seulement lorsqu'il se trouve plusieurs parens dans le degré le plus proche, les parens sont libres de choisir celui qu'ils jugent à propos; mais même lorsqu'il n'y en a qu'un que la proximité de sang semble désigner pour tuteur, il n'est pas toujours nécessaire, & souvent il n'est pas à propos de lui confier la tutelle. L'auteur du traité des majorités, part. 1, sect. 2, quoiqu'il convienne que dans la règle générale, c'est au plus proche parent que la tutelle doit être déferée, ne laisse pas de dire: dans la nomination & election de tuteur on ne suit pas indistinctement l'ordre de proximité de parenté: les parens ont la liberté de faire un autre choix s'ils estiment qu'il y ait lieu. . . on décharge souvent des plus proches qui n'ont pas d'excuse.

TIT. IV.
Observ. 40.

1.
Sens de la règle, toutes tutelles sont datives.

2.
La tutelle suit les degrés de parenté.

3.
Sans y être nécessairement attachée.

4.
Les parens peuvent s'en écarter.

» ses légitimes « Il ajoute , » que quoique cet usage ait son fondement sur un prin-
 » cipe d'équité , pouvant en effet arriver que le plus proche qui n'a pas de moyens
 » suffisans pour être déchargé , n'ait pas d'ailleurs les qualités nécessaires pour un
 » bon tuteur , néanmoins cette liberté peut tourner en abus , & les parens plus
 » proches qui pensent moins au bien des mineurs qu'à se garantir de la charge de
 » leur tutelle , y engagent par leurs brigues les parens les plus éloignés « : il auroit
 même pu dire souvent les moins capables. Une des plus grandes sources de l'im-
 perfection des loix humaines , c'est que forcés d'admettre pour preuve le témoi-
 gnage des hommes , elles supposent que la probité de ceux à qui elles s'en rappor-
 tent , l'emportera sur leur intérêt personnel. Si elles avoient pu faire une supposition
 toute contraire , elle se seroit vérifiée dans le plus grand nombre. Mais alors sur
 quoi le juge auroit-il pu se décider ? Il eut été plus dangereux de marcher dans les
 ténèbres , que de suivre une lumière qui peut égarer.

La conduite des parens qui consultent d'autres intérêts que celui des mineurs , à
 qui il s'agit de donner un tuteur , est très-repréhensible. Buridau sur l'art. 324 de
 la coutume de Rheims , n. 6 , & sur l'art. 263 de celle de Vermandois , s'éleve avec
 raison contre ceux qui ne se comportent pas bien fidelement dans cette élection , &
 qui se déchargent » l'un l'autre par monopole , & par des ruses comme la plupart
 » font à présent , nonobstant le serment qu'on leur fait prêter , sans se soucier aucu-
 » nement du bien des mineurs . . . A quoi le juge doit aussi bien prendre garde « Il
 » cite la l. 21 , §. 5 , ff. de tut. & curat. dat. cum reliquis , oportet magistratum
 » & moris creandorum investigare « . & dit que ces mots sont bien remarquables
 » pour les juges auxquels appartient la confirmation des tuteurs « . Ils devroient , en
 effet , regarder cette fonction comme une des plus importantes de leur emploi ; &
 ce qu'ils font rarement , la remplir avec beaucoup de circonspection. A la vérité , la
 citation de Buridau n'est pas heureuse , & ne convenoit pas à nos juges. A Rome le
 prêteur , ou le préfet de la ville , & dans les provinces les présidens créoient les tu-
 teurs non sur le choix de la famille , mais sur le témoignage des magistrats municipaux ,
 qui même pouvoient les créer de l'autorité des présidens , lorsque les mineurs avoient
 peu de biens. §. 4 , inst. de Atiliano , tut. Ces magistrats étoient donc les nomina-
 teurs des tuteurs , & , ce qui leur est recommandé par la loi citée , de faire grande at-
 tention aux mœurs de celui à qui il s'agit de confier la tutelle , s'appliquent beaucoup
 mieux aux parens , que notre usage a substitué pour le choix des tuteurs aux magis-
 trats municipaux , qu'aux juges tutélaires ; mais je n'en crois pas moins certain que ce
 juge qui reçoit l'avis des parens ne doit pas toujours donner la tutelle à celui sur
 qui tombe le plus grand nombre des suffrages. Je pense comme Ancillon sur l'art. 2
 du tit. 9 de notre coutume. vbo. à la nomination des plus proches , que » le juge
 » n'est pas obligé de suivre la pluralité des voix quand il remarque qu'il y a de la
 » brigue & de la cabale , comme il arrive quelquefois « (j'ajoute & quand les no-
 minateurs font choix d'une personne dont les lumières , les mœurs , ou la solva-

TIT. IV.
 Observ. 4e.

5.
 Ils abusent sou-
 vent de cette
 liberté.

6.
 Ce qui est très
 blâmable.

7.
 Le juge doit
 veiller à l'em-
 pêcher.

8.
 Il n'est pas tou-
 jours obligé de
 suivre la plura-
 lité des voix.

Tit. IV.
Observ. 4e.

Mais il doit s'attacher à l'intérêt des mineurs & à la proximité du degré de parenté.

bilité sont suspects) : » auquel cas il établira pour tuteur celui des parens qu'il estimera le plus propre, & le plus capable. *Utilitatem pupillorum sequitur prætor.* » C'est la règle qu'il faut garder en tout ce qui regarde les mineurs. C'est même la première de toutes les règles, que le juge doit néanmoins concilier avec celle qui veut que la charge de la tutelle soit supportée par préférence par le parent le plus proche.

Ainsi, pourvu que l'intérêt des mineurs soit à couvert, & que le plus proche parent soit idoine, & apparemment solvable, c'est sur lui que la tutelle doit tomber en premier ordre. Les parens ne sont pas les maîtres de déranger cet ordre, en choisissant un parent plus éloigné, même sous prétexte qu'il est encore plus capable, & plus favorable, & quoique l'art. 5 du tit. 4 de la coutume de Lorraine dise, qu'il est de l'office des procureurs généraux d'instituer tel des parens qu'ils (les parens) connoissent à ce plus propres, & capables. Faber ne me paroît pas avoir eu raison de conclure de ces termes, n°. 440, » qu'il faut suivre l'avis des parens au plus de voix, & non l'arbitre des procureurs-généraux qui ne peut prononcer que en l'égard de celui qui sera connu par eux plus propre & capable. Canon sur le même art., n°. 11, dit au contraire & bien plus sensément que » la nomination des parens n'oblige le juge à choisir le nommé », & Le Grand sur l'art. 21 de la coutume de Troyes, gl. 1, n°. 15, après avoir établi que le tuteur testamentaire ne doit pas toujours être confirmé, ajoute » la nomination faite même par les parens, n'oblige pas toujours le juge de la suivre : mais il peut prononcer & donner sa sentence suivant ce qui lui paroîtra de plus juste » &c. Adopter l'erreur de Faber, ce seroit interdire au juge toute connoissance de cause, & le réduire à la fonction d'un simple juge cartulaire : ce seroit anéantir la maxime que l'héritier présumptif du mineur est appelé le premier à la tutelle : ce seroit rendre les parens maîtres absolus du choix, & par conséquent autoriser la brigüe & la manœuvre.

20.
Cette fonction est quelque-fois bien difficile à remplir.

J'avoue cependant que quand tous les parens se réunissent pour nommer le plus proche d'entre eux, il est assez difficile que le juge ne lui déferé pas la tutelle, quoiqu'il ait lieu d'en suspecter ou la capacité, ou les mœurs, ou la solvabilité. Il pourroit pourtant, dans le dernier cas, exiger des preuves de faculté de l'élu ou une caution, sur-tout si le procureur du roi, ou du seigneur l'exigeoit, comme il le doit en ce cas. S'il s'agit de la capacité ou des mœurs, l'unanimité des suffrages gêne davantage le juge & la partie publique. Mais si les voix sont partagées, le juge a tort de se croire obligé de les compter : il est autorisé à les peser.

Il y en a eu à Metz un exemple assez récent. Le tuteur de Marie Guerin, qui étoit son oncle paternel, étant mort, il y eut assemblée de famille en l'hôtel du lieutenant général du bailliage pour élire un nouveau tuteur, les parens au nombre de neuf, dont quatre oncles paternels & maternels, & cinq cousins aussi des deux lignes se partagerent. Jacques, commissaire de police, & l'un des oncles, & quatre

autres parens nommerent Guerin, fils du tuteur décédé. Celui-ci & trois autres parens nommerent Jacques. Les parties renvoyées à l'audience, le bailliage pensa que la pluralité des voix décidait, & chargea le cousin de la tutelle par sentence du 18 Décembre 1761. Consulté par ce dernier, j'estimai qu'il n'avoit pas dû être nommé tuteur, dès qu'il y avoit des oncles, & en particulier Jacques notoirement capable de la tutelle, & solvable, & je conseillai l'appel. Jacques intimé voulut faire valoir l'édit de création de son office qui lui attribuoit l'exemption de tutelle & de curatelle. Mais les privilèges de ces petits offices ayant été révoqués par l'édit de 1715, il ne put trouver de défenseur au parlement, & fut obligé de se charger de la tutelle de sa niece.

Canon sur les art. 4, 5 & 6 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, n^o. 5, dit que *si quelque parent du pupille n'a été appelé au fait de l'élection du tuteur, pourtant son institution n'en sera nulle.* Il n'a pas voulu dire que le parent non appelé pouvoit être valablement élu, ce sens que je lui ai vu prêter mal à propos : mais, comme il l'ajoute : que *la convocation des parens se faisant pour l'instruction du juge tant seulement, elle n'oblige nécessairement à appeler tous & chacuns les parens.*

Au surplus, un arrêt du 14 Janvier 1642, rapporté par Dufresne, liv. 3, chap. 50, a jugé qu'on ne peut pas choisir pour tuteur celui qui n'a pas été appelé pour donner sa voix à l'élection. Saligny, sur l'art. 64 de la coutume de Vitry en tire une règle générale, & Le Paige à la fin de son commentaire sur l'art. 66 de celle de Bar la donne comme fondée sur la jurisprudence. Un arrêt unique ne suffit pas pour former une jurisprudence, ni même quelquefois pour établir une maxime. Mais celle-ci est solidement établie au chap. 11 du traité des minorités, n^o. 37, par les raisons & par les autorités. Les raisons sont 1^o. que le décret de tutelle est une sentence qui condamne celui qui est choisi à se charger de la tutelle, & qu'on ne peut condamner personne sans l'entendre, ou sans l'avoir appelé : 2^o. que les parens sont appelés à l'élection du tuteur comme à une charge publique à laquelle chacun d'eux est exposé; & qu'ainsi ceux qui procèdent à une élection sans y appeler autres qu'eux, reconnoissent que la charge les regarde seuls. D'où on doit conclure que si, pour favoriser celui sur lequel la tutelle doit tomber, on affectoit de le laisser à l'écart, les parens peuvent demander qu'avant de procéder à la nomination, il soit appelé. Les autorités sont l'art. 184 de la coutume d'Orléans qui est précis, & que la Lande dit devoir être suivi dans les coutumes qui n'en ont pas une disposition particulière; l'art. 20 des arrêtés de M. le P. P. de Lamignon, & l'art. 18 de ceux du parlement de Rouen. On trouve ceux-ci à la fin du 11. tome de Baigne. Faber met aussi sur l'art. 5 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, n^o. 445, au nombre de ceux qui ne peuvent être tuteurs ceux qui ont été négligés, & non appelés à la création de la tutelle.

Mais, s'il n'est pas nécessaire que tous les parens soient appelés, il faut du moins

Tit. IV.
Observ. 46.

17.
L'exemption de tutelle attachée aux petits offices ne suffit plus.

12.
On n'est pas obligé d'appeler tous les parens à l'élection d'un tuteur.

13.
Mais on ne peut élire celui qui n'a pas été appelé.

TIT. IV.
Observ. 4e.

14.
On doit appeler les plus proches.

15.
En quel nombre les parens doivent être assemblés.

appeller les plus proches : sur-tout s'ils résident sur les lieux (1), & les convoquer en assez grand nombre, pour que leur délibération puisse être regardée comme l'ouvrage de la famille. Sur quoi je demande combien il faut en assembler pour que l'acte soit valable.

La coutume de Sedan, art. 140, veut que les parens appellés pour nommer un tuteur soient au nombre de six pour le moins. C'est la seule du ressort qui ait déterminé le nombre nécessaire, & par cette raison nous ne suivons sur ce point aucune règle certaine. Ailleurs il n'y en a point d'uniforme. La coutume d'Orléans, art. 183, ne demande que cinq parens, & c'est le nombre que marque Le Paige, sur l'art. 74 de la coutume de Bar. D'autres en veulent sept, c'est l'usage à Paris, qu'on suit aussi à Chaumont. Suivant De Laistre, sur l'art. 11, n. 3, il y a quelque inconvénient que le nombre soit impair, parce qu'alors il y a nécessairement plus de parens d'une ligne que de l'autre. Ancillon, *ubi sup.* dit qu'ils doivent être en nombre égal du côté paternel & du maternel. Beaucoup d'autres, & en particulier Le Grand, sur l'art. 21 de la coutume de Troyes, gl. 1, n. 24, le pensent de même; & c'est assez notre usage, que cependant on ne suit pas toujours. Quant au nombre, il est tantôt plus grand, & tantôt moindre. J'ai vu des assemblées de famille qui n'étoient composées que de quatre personnes. C'est trop peu, & il peut y avoir du danger de se borner à un si petit nombre. Le traité des majorités, part. 1, sect. 5, veut trois parens de chacun côté. Le parlement de Paris, par un arrêt du 12 Décembre 1724, rapporté au traité des minorités, chap. 7, n. 8 & 31, avant faire droit sur la contestation portée pardevant lui au sujet d'une création de tutelle irrégulièrement faite en la prévôté de Roze, dans une assemblée de six parens, où on n'avoit pas appelé la mere des mineurs qui étoit remariée, ordonna nouvelle assemblée de quatre parens paternels, & de quatre maternels, à laquelle la mere assisteroit. Burdau, sur l'art 263 de la coutume de Vermandois en exige un plus grand nombre. Il dit qu'ordinairement le nombre des parens est de cinq au six d'un côté, & autant de l'autre, ce qu'il répète sur l'art. 328 de la coutume de Rheims; n. 4, & sur l'art. 329, où il dit que » pour procéder à l'élection & nomination d'un tuteur, l'on » y appelle ordinairement dix ou douze parens d'un côté & d'autre; savoir, » tant du côté paternel, que du maternel... de sorte qu'un nombre beaucoup moindre » ne seroit pas suffisant pour nommer le tuteur, parce que tant plus il y en a, tant » mieux peuvent-ils reconnoître les facultés, les vies & mœurs de celui qui est » nommé, &c. « C'est probablement ce qui a fait penser en Bretagne & en Normandie, que dix ne suffisoient pas : que l'assemblée devoit être au moins de six parens, paternels & autant de maternels; & que même ce nombre déjà si considérable, pouvoit être augmenté. Voy. le traité de min. chap. 7, n. 9.

(1) Voy. ci-dessous l'arrêt du 12 Décembre 1724.

Dans le ressort, où il n'y a rien de fixé par les coutumes, hors par celle de Sedan, & où il arrive assez souvent qu'on choisit des tuteurs dans des assemblées trop peu nombreuses; il seroit à souhaiter que la cour portât son attention sur cet objet, & donnât un règlement d'autant plus nécessaire, que ce n'est que dans le nombre des parens qu'on peut espérer de trouver quelque zèle pour les intérêts des mineurs; dont beaucoup s'occupent moins, que du soin d'éviter la tutelle: & que, par un très-grand abus, les juges, sans paroître à ces assemblées, en font dresser les procès-verbaux par leurs clercs, & les signent sans les lire (1).

Les parens appelés à l'assemblée peuvent être forcés de s'y trouver, réassignés à leurs frais; & s'ils n'obéissent pas, mulctés des peines pécuniaires, & condamnés aux dépens qu'ils occasionnent. Si sans eux, l'assemblée est assez nombreuse, ils peuvent être élus. Mais s'ils sont absens, ils ne sont pas obligés de comparoître en personne, & peuvent donner leur suffrage par procureur fondé de procuration spéciale, qui doit contenir le nom de la personne qui sera nommée par le procureur. L'auteur du traité de majorités le dit ainsi, part. 1, sect. 5, & tel est l'usage. Cet auteur ajoute cependant que, lorsqu'il s'agit de l'éducation des mineurs, l'avis doit être donné en personne, & non par procureur. Je ne devine pas pourquoi; car la dation de tutelle emporte presque toujours celle de l'éducation; & s'il n'y a point d'inconvénient de donner par procureur l'éducation avec la tutelle, par quelle raison ne pourroit-elle pas être réglée de même séparément de la tutelle?

A défaut de parens on appelle les amis du pere des mineurs, & à défaut d'amis, les voisins; les uns & les autres peuvent être forcés, non-seulement de concourir à la nomination du tuteur, mais encore d'en accepter la charge s'ils sont élus. *Cependant il y a, dit Ancillon, sur l'art. 2 du tit. 9, V^{bo}. des amis, &c. Cette différence entre les parens & les amis & voisins, que les premiers sont contraints d'accepter la tutelle s'ils n'ont des excuses suffisantes pour s'en exempter; au lieu que les derniers peuvent bien être nommés, mais ils n'y peuvent être contraints que moyennant salaires, qui doivent être réglés par leur institution.* Il ajoute qu'on en adjuge même quelquefois aux parens, quand la tutelle est fort onéreuse, & que les biens & facultés des mineurs le peuvent porter; ce qui dépend de diverses circonstances que le juge doit bien peser. Mais je crois plus sûr & plus vrai de dire indistinctement avec Canon, sur l'art. 15 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, n. 8, que le tuteur » ne doit » avoir salaire ni taxe de ses vacations en administrant la tutelle; & seulement peut » obtenir ce qu'il a frayé en faisant sa charge. Il peut mettre en dépense ce qu'il » a fourni à ceux qu'il a employés... Notamment si le tuteur est vieil, ou bien » empêché en autres affaires, & qui est contraint de commettre les affaires de son

TIT. IV.
Observ. 46.

16.
Les parens appelés doivent voter, au moins par procureur.

17.
A défaut de parens, les amis & les voisins sont forcés de concourir à la disposition de la tutelle, & de s'en charger, moyennant salaire.

18.
On ne doit pas en accorder aux tuteurs qui sont parens; mais on leur passe ceux des personnes qu'ils emploient, & toutes leurs dépenses.

(1) Faute de règlement, le nombre nécessaire des parens est arbitraire, au moins dans la plupart des juridictions où il n'y a pas d'usage certain.

TIT. IV.
Observ. 46.

» pupille à personnes qui y peuvent mieux, & plus dextrement procéder ». S'il fait des voyages nécessaires ou utiles on doit lui en allouer la dépense. Mais il ne peut demander d'être payé de ses peines, & de ses soins, ni indemnité de ses journées pas même si c'est un artisan qui ne subsiste que par son travail journalier. Ce que je limite cependant au tuteur qui est parent. Mais si c'est un étranger, il me paroît juste, au cas qu'il ait été chargé de la tutelle sans gages fixes, d'accorder à un journalier, à un praticien, à un homme d'affaires l'indemnité du tems qu'il perd aux fonctions de la tutelle, & qui le prive du profit que lui auroient valu ses occupations ordinaires.

19.
L'étranger n'a point de gages si le mineur est pauvre.

On ne doit même accorder des gages au tuteur étranger que quand les revenus des mineurs peuvent supporter cette dépense. S'ils étoient dans l'indigence, l'impossibilité d'assigner des salaires à l'ami, ou au voisin élu pour tuteur ne le dispenseroit pas d'en accepter la qualité. C'est un devoir d'humanité, une obligation résultante de la société, une charge du citoyen.

20.
Qui sont ceux qu'on peut charger de la tutelle comme voisins.

De ce qu'il est dû des salaires aux voisins qu'on charge de la tutelle, s'il est possible de les leur attribuer : il résulte, ce me semble, qu'on ne peut en charger qu'un voisin qui soit d'un état à recevoir des salaires. Comme il seroit injurieux d'en offrir à un homme qui vit noblement, & que cependant, on ne pourroit le nommer tuteur sans lui en offrir, il s'ensuit qu'en le supposant même le plus proche voisin, il faut jeter les yeux sur quelqu'autre qui puisse accepter des salaires sans rougir. Et je crois que cela doit avoir lieu, non-seulement dans le cas où les facultés des mineurs permettent d'en accorder ; mais aussi quand elles ne le permettent pas ; car la bassesse de la fortune du mineur ne charge pas la nature de la tutelle. Elle ne diffère pas d'une tutelle à gages, dès qu'elle procureroit des gages au tuteur, s'il se trouvoit de quoi lui en payer. D'ailleurs, forcera-t-on un gentilhomme de se charger de la tutelle des enfans d'un cordonnier, sous prétexte qu'il étoit son plus proche voisin ?

Je ne parle pas des amis ; la question ne peut gueres naître à leur égard. L'amitié ne se forme & ne subsiste qu'entre des hommes d'une condition à-peu-près égale. Un pere qui vivoit noblement doit laisser à ses enfans une fortune qui peut supporter la dépense d'un tuteur à gages, & l'usage en ce cas est de leur en donner un.

27.
Et les nominateurs sont garans des tuteurs.

» Le code ne reconnoît pas d'autres nominateurs de tuteurs & curateurs que les » magistrats municipaux ». Ceux qui, dans les provinces, informoient les présidens, & à Rome le prêteur de la personne à qui ils devoient déférer la tutelle, ou la curatelle, attestoient, & affi-moient la solvabilité de cette personne au tems de la nomination, & ils en demeuroient garans. Voy. le traité des minorités, chap. 6, n. 23, & chap. 12, n. 37 & 40 Il est remarqué qu'en Bretagne & en Normandie, les nominateurs, & même, à leur défaut, les juges sont encore responsables de la gestion du tuteur, sans néanmoins que les nominateurs puissent être pour-
VIS

vis solidairement, mais seulement chacun pour sa part & portion, & après la discussion des tuteurs, & de leurs cautions s'il y en a.

Tit. IV
Observ. 26

» Quant à nous, c'est une maxime presque générale dans le pays coutumier, » même dans le pays de droit écrit, que les parens nominateurs d'un tuteur ne sont » point garans de sa gestion, administration & solvabilité, directement ni subsidiairement. Le mineur ne peut se pourvoir que contre son tuteur, & ses cautions formelles s'il en avoit. C'est ce que dit l'auteur du traité de majorités, part. 1, à la fin de la sect. 6, où il excepte la Normandie & la Bretagne.

L'anonyme qui a écrit sur la coutume de Lorraine, s'est donc trompé, lorsqu'il a dit sur l'art. 4 du tit. 4, note D. » Les nominateurs, de droit, sont tenus subsidiairement, quand le tuteur par eux nommé administre mal le bien des mineurs. » *Idoneum enim tutorem affirmaverunt, & ita fide jussorum fidem sustinent.* « A moins qu'il n'ait voulu parler que des loix romaines, seulement dont la disposition n'est plus suivie, même en pays de droit écrit. Mais en ce cas il falloit en avertir. Canon, sur le même art. n. 11, quoiqu'il ait cru que le recours des mineurs avoit encore lieu en pays de droit écrit, dit que *l'on ne garde en pays coutumier, que l'on se puisse adresser aux nominateurs des tuteurs.* Le Paige, sur l'art. 74 de la coutume de Bar en rend cette raison » qu'ils ne donnent leurs avis que *officio pietatis, nature, sanguinis, & affinitatis.* C'est un bon office qui ne leur doit pas être dommageable. Le principe est certain. On le trouve attesté par-tout, & entre autre par Le Grand, sur l'art. 21 de la coutume de Troyes, gl. 4, n°. 59; & par le dernier commentateur de la coutume de Chaumont, sur l'art. 11, n°. 4; il a été adopté par la nouvelle coutume de Verdun, art. 99, & par les usages locaux de Toul, pays où on suit presque toutes les dispositions du droit civil, art. 55.

Mais il ne faut pas le porter trop loin, les usages de Toul n'ôtent plus aux mineurs leurs recours contre ceux qui élisent les tuteurs par lesquels les biens de mineurs sont mal administrés, lorsqu'ils ont élu un tuteur notoirement insolvable; & cette limitation paroît plus juste que ce que dit Buridau sur l'art. 263 de la coutume de Vermandois, & sur l'art. 234 de la coutume de Rheims, n°. 9, que les nominateurs ont été déchargés par arrêt, » *quoiqu'il fut vérifié que, lors de la nomination, le nommé fut notoirement insolvable, & mauvais ménager* «; je crois pourtant que dans les familles du bas peuple, où il seroit très-difficile, & souvent impossible de trouver un tuteur bien solvable, les nominateurs sont excusables s'ils ont confié la tutelle à un parent sans fortune, pourvu que du reste il ne fut pas suspect ni du côté des mœurs, ni du côté de la conduite. Dans cette espece je ne pense pas qu'ils puissent être responsables de rien, même à Toul, malgré l'article que j'ai cité. Mais par-tout, ils sont garans de leur mauvais choix, s'ils ont nommé un homme qui, *notoirement*, manquoit de conduite. J'approuve à la distinction de Faber, sur l'art. 17 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, n°. 514, » où les électeurs ont procédé de bonne foi, & en conscience en leur élection, où ils ont procédé par dol, &

TIT. IV.
Oblerv. 46.

» combien qu'on les ait avertis de l'insuffisance des tuteurs y ont persisté. Au premier cas, ils ne doivent être recherchés, & de ce y a arrêté à la prononciation de l'affomption de Notre - Dame, en l'an 1587; au second, ils sont subsidiairement tenus des dommages & intérêts qui en arrivent aux mineurs. Arrêt pour les enfans de Dupuis de Château-Thierry, du 17 Décembre 1558. Mais j'ajoute que le dol est présumé s'ils ont choisi un homme connu pour dissipateur, & même pour insolvable, lorsqu'au dernier cas ils pouvoient nommer un tuteur en état de répondre de sa gestion. *Lata culpa planè dolo comparabitur. L. 1, §. 1, ff. si mensur falsum mod. dix.*

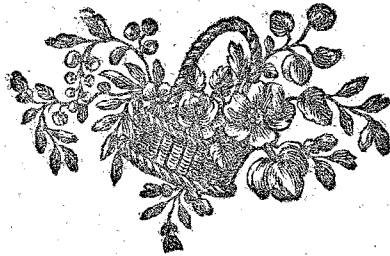
Dans les familles distinguées on donne aux mineurs des tuteurs honoraires. Comme ils ne gèrent rien, *ils ne sont ni comptables, ni responsables des tuteurs onéraires.* Traité des majorités, part. 1, sect. 5, leur principal fonction est d'assister le tuteur gérant de leurs conseils. Il est cependant de leur devoir de veiller sur lui, & sur-tout de se faire de tems en tems rendre compte de l'état de la tutelle. L'auteur du traité des majorités dit néanmoins, chap. 8, n°. 39, » qu'il ne faut pas croire que le péril ne les regarde point; & qu'il est certain qu'ils doivent être assignés après la discussion de celui qui a géré; & chap. 12, n°. 36, que les tuteurs honoraires qui ne gèrent point, doivent, suivant les bonnes regles, être garans des tuteurs onéraires qui gèrent. Il tâche de prouver ce paradoxe par la disposition des loix, sans faire attention qu'elle provient du même esprit qui rendoit les nominateurs cautions du tuteur dont ils ne pouvoient prévenir, ni empêcher la mauvaise administration, ce qui avec raison a été trouvé très-injuste. Il ne le seroit pas moins d'exiger du tuteur honoraire, qui a fait ce qu'il devoit, de rendre compte des biens dont on ne lui a pas confié la gestion. Aussi l'auteur ajoute: « tels sont les principes qui subsisteront nonobstant les usages contraires ». Auroit-il donc pensé que nos usages les plus constans n'ont pas la force d'abroger les principes des loix romaines que nous n'avons pas cru devoir adopter? Ce seroit un autre paradoxe. Quelque soit l'autorité du droit écrit, il est sans force en pays coutumier, lorsque l'usage y établit un principe contraire. Or, ce que je viens de transcrire est un aveu assez net que l'usage est contraire au sentiment de l'auteur. On ne doit donc pas s'y arrêter: & on doit se contenter de dire après l'auteur du traité de majorité, part. 1, sect. 4, que » si par la nomination d'un tuteur honoraire on lui avoit permis quelques fonctions, & qu'il y eut manqué, ou que par une connivence, ou négligence inexcusable, il eut dissimulé la mauvaise conduite du tuteur onéraire, » il pourroit en être tenu selon les circonstances. Où il y a connivence, il y a dol; la négligence inexcusable est une faute très-grossière: & personne ne peut se croire à l'abri des suites de son dol, ni des pertes qu'il a occasionnées par une faute très-grossière. Un gentilhomme ayant été nommé tuteur honoraire de ses petits - enfans, refusa pendant quelque tems d'en accepter la qualité. Le parlement de Beaunçon, en haine de sa coutumace, ordonna qu'il demeureroit garant du tuteur

ET DE LA CONFIRMATION DES TUTELLES. 43

onéraire qui avoit été chargé de donner caution. Enfin, l'aïeul prêta le serment, & demanda d'être déchargé de cette garantie. Le même parlement surfit à faire droit sur la demande, jusqu'à ce que le tuteur onéraire eut donné caution. L'aïeul qui avoit toujours voulu que la gestion lui fut confirmée sans cautionnement, ne se mit pas en devoir d'en exiger un. Il vient d'être déterminé en consultation qu'en cas d'insolvabilité de ce tuteur onéraire, les mineurs avoient un recours assuré contre le tuteur honoraire. Cette espece a paru sans difficulté.

Je ne parlerai pas des excuses de tuteurs, parce que cette matiere n'a presque aucun rapport au droit coutumier, & qu'elle est tout entiere du droit écrit,

TIT. IV.
Observ. 46.



OBSERVATION V.

Du Juge des Tutelles.

TIT. IV.
Observ. 59.

1.
La diversité des coutumes rend douteuses des que lions qui ne devoient pas l'être.

2.
Par qui les tuteurs étoient créés chez les Romains.

3.
En France sous les deux premières races.

UN des plus fâcheux effets de la multiplicité & de la diversité des coutumes, c'est que la singularité de certaines dispositions rend problématiques des questions qui sembleroient devoir être fixées d'une manière incontestable. N'est il pas étonnant, par exemple, que malgré les occasions de créer des tuteurs, qui se renouvellent chaque jour, on puisse douter à qui cette création appartient ? Nous avons cependant à examiner sur cette matière plusieurs points qui ont fait & font encore quelque difficulté.

La dation de tutelle a toujours été regardée comme une fonction très-importante, nous avons vu, observ. 4. n°. 7, qu'elle n'étoit confiée à Rome qu'au préteur, ou au préfet de la ville, & dans les provinces qu'aux présidens qui y procédoient sur les informations qu'ils prenoient des magistrats municipaux. C'est probablement de-là que provenoit l'usage qui semble avoir été observé sous les deux premières races de nos rois, de ne donner la création des tuteurs qu'au juge de la province, assisté des principaux du lieu. C'est ce qui paroît résulter de la 24e. des formules du Pere Sirmond, rapportée par Baluze, tome 2, col. 48, la voici : *Ego, in Dei nomine, ILLE judex provincie ILLIUS (1), dum & omnibus habetur præcognitum qualiter parentes istius præsentis orphanuli, NOMINE ILLO, ab hæc luce discesserunt, & testamentarium tutorem ei non dimiserunt...: ideo unâ cum consensu pri-*

(1) Ces pronoms, *ille, iste* employés par ceux qui nous ont laissé les anciennes formules ont donné lieu à une plaisante bévue. Le faussaire qui a fabriqué le cartulaire de l'abbaye de Gorze, assez stupide pour ne pas voir que ces pronoms n'étoient mis dans les formules que pour remplacer les noms des personnes, des lieux & des biens dont il s'agissoit dans les actes, a cru qu'ils étoient du style de ces temps-là, & en a farci toutes les phrases d'une fausse chartre qu'il a daté de 745. Par exemple, pour exprimer la donation d'un bois à défricher, au lieu de nommer la forêt, il dit : *Donamus ad novum factum, donationem de ILLA sylva*. Ce qui n'en désigne aucune, & ainsi du reste. C'est une des preuves que j'ai employées au procès jugé le 20 Août 1761, au parlement de Dijon, en faveur des portériens de Sey, Chazelle & Longeville, contre le curé de Sey & le chapitre de Gorze, pour démontrer la fausseté du cartulaire dont le chapitre se servoit. Je fais cette note pour avertir qu'on ne doit ajouter aucune foi à ces cartulaires, qui tous, quoique quelquefois signés par des notaires, comme celui de Gorze, n'en sont pas moins remplis de piéces fausses.

matibus civitatis, convenit nobis ut ISTIUS patrum suo, una cum omnia bona sua, facto ac conscripto rerum inventario, ei, sub officio tutoris commendare deberemus.

TIT. IV.
OBSERV. 36.

Les fiefs étant devenus héréditaires, la création de la tutelle a fait partie de la juridiction que les seigneurs se sont attribuée sur les habitans de leurs seigneuries : *Créer tuteurs & curateurs... sont exploits de haute-justice.* Bar, art. 45. Ailleurs le moyen justicier en a le droit.

4.
Les seigneurs s'en attribuent la création.

L'ancien usage s'est pendant long-tems beaucoup mieux conservé dans le pays messin ; & comme pendant la longue éclipse de l'autorité royale, le maître échevin, chef du gouvernement républicain de la ville de Metz, avoit succédé au juge royal de la province ; c'étoit à lui & à son conseil, *cum primatibus civitatis*, à décider de tout ce qui concernoit les tutelles & les mineurs.

5.
A Metz, elle n'appartenoit autrefois qu'au maître échevin.

Quoique les treize exerçassent la juridiction de première instance sur les habitans de la ville, ils n'avoient pas droit de connoître des tutelles, si ce n'est peut-être lorsqu'un habitant de Metz, nommé tuteur par le maître échevin, prétendoit avoir des excuses légitimes ; car il semble que le maître échevin & son conseil n'en connoissoient pas, & que la difficulté qui s'élevoit étoit regardée comme un litige ordinaire qui devoit être porté pardevant les juges de première instance. Voy. l'art. 99 de l'ordonnance de Metz publiée le 2 Décembre 1564.

6.
Treize, leur juridiction.

A cela près, la nomination & l'administration des tuteurs dépendoit entièrement de la juridiction du maître échevin & de son conseil, qui étoit le tribunal suprême du pays, & qui connoissoit en matière civile des appels interjetés des sentences rendues par les treize, & par les officiers des justices seigneuriales : & de plein fault, de tout ce qui regardoit l'administration des biens des mineurs & autres personnes incapables de se gouverner elles-mêmes. Cette partie de sa juridiction avoit même paru assez importante pour l'attribuer singulièrement à une chambre particulière, composée du maître échevin, & de sept des membres de son conseil à ce délégués, qu'on nommoit la chambre des Sauvetés. C'est de cette chambre que se doit entendre ce que disoit d'Abocourt, fol. 70 V^{so}. : *tuteurs & curateurs tant en cette ville que pays messin, doivent être créés par le sieur maître échevin de la cité & son conseil, dont il se dresse acte en forme de jugement ; & de même autorités dépendent les jugemens des émancipations & délégations des auditeurs des comptes tutélaires, semblablement aussi pour les curatelles.* Ce qui a été confirmé par les rédacteurs de la coutume, art. 1 du tit. 9, qui porte : *Au sieur maître échevin & son conseil appartient la connoissance & direction de ce qui concerne les personnes & biens des mineurs de la ville de Metz & pays messin : comme création de tuteurs & curateurs, émancipations, redditions de comptes, & homologations de contrats de vente des biens desdits mineurs & autres personnes constituées sous la puissance d'autrui.*

7.
Celle du conseil du maître échevin.

8.
Chambre des Sauvetés.

La chambre des Sauvetés a connu de toutes ces matières jusqu'à la création du parlement en 1633. Mais alors le conseil du maître échevin a été anéanti. Il n'est

Suppression du conseil du maître échevin.

TIT. IV.
Observ. 3c.

resté de juridiction aux officiers municipaux que celle de premiere instance, que les treize ont continué d'exercer pendant sept ou huit ans. Je ne fais si dès-lors les seigneurs du pays ont fait créer les tuteurs par les officiers de leurs justices; mais ils le pouvoient comme les seigneurs des autres provinces. A la vérité la chambre des sauvetés existoit encore: mais n'étant plus composée que de commissaires délégués par les treize eux-mêmes, qui n'exerçoient aucune juridiction dans les hautes-justices, & ne jugeoient qu'en premiere instance & sauf l'appel les affaires dans lesquelles les habitans de Metz étoient défendeurs.

10.
Des treize &
de la chambre
des sauvetés.

Au mois de Juin 1641, le bailliage-royal de Metz a été établi; la juridiction des treize a été éteinte, & par conséquent ce qui en restoit à la chambre de sauvetés. Le bailliage n'avoit été créé que pour remplacer les treize: il ne pouvoit prétendre plus qu'eux que le droit de ressort dans les hautes-justices: & pendant plus de 70 ans il n'a pas imaginé que la création des tutelles lui appartint ailleurs que dans l'enceinte de la ville de Metz.

11.
Le bailliage
laisse les tutelles
aux seigneurs.

C'est avec cette restriction qu'il faut entendre ce que dit Ancillon sur l'art. 1 du tit. 9, que *ce qui étoit attribué par cet article au seigneur maître-échevin & son conseil, a été depuis la suppression de leur juridiction, à M. le lieutenant-général du bailliage de Metz, & conseillers du même siege, suivant les divers réglemens qui ont été faits entre eux.* Aucun de ces réglemens ne leur attribue la connoissance des tutelles dans les justices seigneuriales. Ils ne la prétendoient pas, & la maniere même dont Ancillon s'explique prouveroit que, de son tems, il ne s'étoit encore élevé aucune contestation à cet égard.

12.
Il prétend à
leur exclusion.

Ce n'a été que vers l'année 1716, que le bailliage a prétendu connoître des tutelles dans tout le pays à l'exclusion des justices des seigneurs. Une contestation dans laquelle un tuteur étoit partie, ayant été apportée au bailliage, il déclara d'office la nomination de ce tuteur nulle, parce qu'elle avoit été faite par le juge des lieux, & ordonna qu'il seroit fait nouvelle assemblée de parens en l'hôtel du lieutenant-général pour y créer tuteur & curateur aux mineurs. Cette premiere tentative réussit. Soit que ce tuteur guidé par un procureur du bailliage, craignit de se faire un procès personnel avec les officiers de ce siege, soit que son seigneur négligeât de repousser l'atteinte portée aux droits de sa justice, la sentence fut exécutée, & il en coûta aux mineurs les frais d'une nouvelle élection des mêmes tuteur & curateur. Le bailliage rendit encore quelques sentences dans le même goût, & tout aussi inutiles, ou plutôt tout aussi onéreuses aux mineurs. Mais bientôt cette nouveauté réveilla l'attention des seigneurs. Ils parurent résolus de se défendre. Le bailliage craignant avec raison de ne pouvoir soutenir sa prétention au parlement travailla à empêcher que la question n'y fut portée par un appel, & a soigneusement évité depuis d'y donner lieu.

13.
Il évite de faire
juger la ques-
tion.

M. D... sur l'art. 1 du tit. 9 de la coutume de Metz parle de cette prétention du bailliage. Il dit » qu'elle est croisée par les seigneurs hauts-justiciers, qui se fondent

» sur le droit commun du royaume ; sans que jusqu'ici cette difficulté ait été décidée « . Ainsi, continue-t-il, » il reste entre eux comme une espèce de concurrence, » & l'on ne peut rien dire de positif là-dessus, jusqu'à ce qu'il y ait un règlement. » Il est cependant vrai que les plus avisés des habitans de la campagne s'adressent » plutôt au bailliage de Metz qu'à la justice des lieux, parce qu'il ne leur en coûte » pas plus, & qu'ils sont plus assurés des formalités « . Les seigneurs se sont souvent plaint que M. D... marquoit par tout une sorte de prévention contre leurs droits. Que ces plaintes soient bien ou mal fondées, il paroît, du moins ici, que, quoi qu'en dise ce magistrat, l'usage ancien & moderne est si certain qu'il n'y a nul besoin de règlement. Il se peut qu'autrefois les actes de tutelles ne coûtassent gueres plus au bailliage que dans les justices. Mais cela n'étoit déjà plus vrai dans le tems que M. D... écrivoit, & l'est encore bien moins aujourd'hui. Ainsi les gens de campagne *les plus avisés*, comme ceux qui le sont moins, évitent à leurs mineurs des frais d'autant plus forts que la création de la tutelle entraîne (1) les assemblées de famille, & les autorisations subséquentes qui sont très-cheres au bailliage. Il est donc très-rare que les gens de campagne s'y adressent pour les actes de tutelles, & ce n'est que quand ils y sont induits par quelques procureurs du siege. Le bailliage n'attaque plus cet usage, & admet tous les jours sans difficulté les tuteurs créés dans les justices à plaider pardevant lui pour leurs mineurs.

En effet 1°. les seigneurs sont fondés, comme M. D... en convient, sur le droit commun du royaume : & les juges royaux ne peuvent abuser de ce que dit Buridau sur l'art. 263 de la coutume de Vermandois » que, par maxime générale » en France, la connoissance de la garde noble, voire même la dation de tutelle » est un droit royal, & non de police simplement qui appartient au juge royal, & » non au seigneur haut-justicier, s'il n'est autrement porté par la coutume, & spécialement en campagne où le roi s'est réservé tout droit de bourgeoisie sur les » personnes « ; car quoique la généralité de ces expressions semble comprendre même les roturiers, cependant comme Buridau se fonde sur l'édit de Crémieu, il est d'autant plus évident qu'il n'entend parler que de la dation de tutelle des personnes nobles, & autres privilégiées, qu'il renvoie à ce qu'il avoit précédemment écrit sur l'art. 328 de la coutume de Rheims, où au n°. 5 il fait observer » cette différence, » que quand les pupilles ou mineurs sont nobles, c'est au bailli & juge ordinaire de » la province de leur baillier la garde noble, ou un tuteur... Et quand ils sont » ignobles ou roturiers, aux juges ordinaires du lieu du domicile du défunt où la » succession est ouverte. Et n'importe qu'il soit seulement juge subalterne, pourvu » que pour le moins il ait l'exercice de la moyenne justice ; car il ne la pourroit

14.
La prétention
du bailliage est
mal fondée.

(1) Voy. Observ. 8, n°. 1 & suiv.

TIT. IV.
Observ. 30.

» donner s'il avoit seulement la basse ou fonciere ». Ce que j'ai déjà observé à propos des inventaires, tit. 2, observ. 16, n°. 28.

2°. Pour sentir tout le vuide de la prétention que le bailliage de Metz paroît avoir abandonné, il ne faut que réfléchir que c'étoit au conseil du maître-échevin, & non pas aux treize que la coutume attribuoit les tutelles, & que le bailliage n'a succédé qu'à la juridiction des treize, & nullement à celle du conseil du maître échevin qui est passé au parlement (1); ensorte que si la coutume pouvoit servir de prétexte pour contester les tutelles aux seigneurs du pays messin, ce ne seroit pas au bailliage qu'il faudroit en donner la création, mais au parlement, ce qui seroit absurde.

15.
Les créations de tutelle par le bailliage, dans les justices, sont valables.

Je ne prétends pas cependant que la création d'un tuteur faite de l'autorité du bailliage dans une des justices du pays, sans que le seigneur du lieu s'y soit opposé, soit nulle. Le juge royal n'est jamais incompetent dans les seigneuries de son ressort quand le seigneur ne révendique pas sa juridiction. Voy. ce que j'ai dit dans mes extraits des arrêts d'Ancillon à la fin du n°. 29, pag. 20.

16.
Le juge de la tutelle connoît de toutes les suites.

A l'égard des tutelles des nobles, les bailliages royaux sont presque par-tout en possession de les créer, & par conséquent de connoître de tout ce qui en dépend; car le tuteur doit rendre compte pardevant le juge qui a décerné la tutelle, encore que la tutelle ait été gerée en autre lieu. Le Grand sur l'art. 21 de la coutume de Troyes, gl. 4, n°. 1. Faber dit de même sur l'art. 4 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, n°. 428 : » Le juge qui a fait la création de la tutelle est capable de l'inventaire & » reddition de compte. Partant appartient cela aux baillis & à leurs lieutenans en l'é- » gard des gentilshommes, comme accessoires & dépendances de la tutelle : & » Le Paige sur l'art. 45 de la coutume de Bar; la tutelle des nobles appartient au » bailli de Bar, celle des roturiers aux prévôt & juges des hauts-justiciers «.

17.
Celle des nobles appartient ordinairement aux bailliages royaux.

18.
Quid, en Lorraine?

L'art. 4 du tit. 4 de la coutume de Lorraine porte qu'entre gentilshommes on doit choisir les tuteurs en assemblées de parens en assises, & que l'élection doit être confirmée par le prince : l'art. suivant, que pour annoblis c'est aux procureurs-généraux d'y pourvoir : & l'art. 6 qu'entre roturiers cela les regarde aussi dans les justices du prince, & les procureurs d'offices dans celles des ecclésiastiques & vassaux. La coutume de l'évêché, art. 5, 6 & 7 du tit. 4, copie celle de Lorraine, avec cette seule différence qu'elle ne parle d'assembler les parens que pour les tuteurs des annoblis & des roturiers, & sembloit laisser pleine liberté aux assises, ou au prince; c'est-à-dire, à l'évêque de nommer ceux des gentilshommes : les assises qui se tenoient en certains temps par le bailli, les prélats, & les gentilshommes d'ancienne extraction, tant dans les quatre grands bailliages de Lorraine que dans celui de l'évêché, ne se tiennent plus depuis près d'un siecle & demi : & depuis

19.
Et dans l'évêché?

20.
Les assises ont cessé dans ces deux provinces.

(1) Il faut pourtant excepter les appels des hautes-justices.

le même tems les ducs de Lorraine & les évêques de Metz ont cessé de donner des tuteurs aux gentilshommes mineurs. Ils ont été créés sur avis des parens, par les officiers des bailliages : & les articles que je viens d'indiquer ne servent plus qu'à montrer que dans ces deux coutumes les tutelles appartiennent incontestablement aux bailliages, lorsque les mineurs sont nobles, quoique leurs peres fussent domiciliés dans des justices seigneuriales.

C'est aussi l'usage le plus commun ailleurs. Cependant Le Grand, sur l'art. 2 de la coutume de Troyes, gl. 3, n°. 14 ; & après lui M. D... sur l'art. 1 du tit. 9 de la coutume de Metz, disent qu'à l'exception des personnes illustres, à la tutelle desquelles il est pourvu par le prince, ou par le sénat, » on regarde seulement le » lieu où le défunt étoit domicilié, pour, par le juge du domicile, donner tuteur » & curateur aux enfans », sans que le juge royal en puisse empêcher le juge subalterne, tel qu'il soit, (ce qu'ils entendent des enfans des nobles) » nonobstant l'édit de Crémieu... D'autant que par une déclaration subséquente, le roi, sur la » plainte des seigneurs, auroit déclaré qu'il n'avoit point entendu préjudicier aux » droits desdits seigneurs... Voulant qu'ils exercent & fassent exercer la justice entre toutes personnes nobles... & de toutes causes & matieres... ainsi qu'ils » avoient fait auparavant ledit édit 11 (1). Mais malgré cette déclaration, on regarde comme passé en maxime, que le bailli est le juge des nobles : ce qui reçoit bien des exceptions locales, & se trouve souvent contredit par des usages particuliers. Par exemple, on vient d'entendre Le Paige dire, sur l'art. 45, que la tutelle des nobles appartient au bailli de Bar ; & cependant il avoit dit sur l'art. 43 » : les prévôts de » Ligny, baillis d'Amerville & de Moutier-sur-Saux, connoissent des causes des » nobles ; & ils sont en possession d'en connoître chacun dans leur ressort ». Le bailliage de l'évêché de Metz, celui de Carignan, &c. en connoissent aussi ; en sorte que la question n'est bien décidée contre les seigneurs particuliers que dans les coutumes de Lorraine & de l'Evêché, & qu'ailleurs elle peut former un vrai litige. Les seigneurs ont même pour eux la loi, je veux dire la déclaration interprétative de l'édit de Crémieu. Les bailliages royaux ne peuvent faire valoir que l'usage le plus universel. Mais peut-il être absolument décisif dès qu'il reçoit des exceptions ? J'ai parlé, tit. 2, observ. 16, n°. 29, de la contestation indécise au conseil du roi entre le chapitre & le bailliage de Toul ; ne doit-on pas en tout cas regarder comme un privilège des nobles celui de n'avoir pour juge que le bailli ? & si pour éviter les frais, ou pour d'autres motifs ils veulent bien reconnoître la justice des lieux, le bailliage peut-il s'y opposer ?

TIT. IV.
Observ. 38.

21.
Les juges des seigneurs ne peuvent donner des tuteurs aux nobles en certains lieux.

(1) Cette déclaration est du 24 Février 1536 (avant paques) & l'édit étoit de Juin Voy. la conférence des ordonnances, liv. 1, tit. 23, § 32, ou Fontanon, tom. 1, liv. 2, tit. 1, n°. 71.

TIT. IV.
Observ. 50.
22.

Les procureurs
du roi s'arro-
gent la jurisdic-
tion des tutel-
les dans les
états de Lorrain-
ne.

J'ai remarqué que la coutume de Lorraine porte, art. 5 du tit. 4, que, *pour anoblis, avenant le cas desdites tutelles, est de l'office des procureurs-généraux d'y pourvoir*; & art. 6, qu'*entre roturiers est aussi auxdits procureurs d'y pourvoir pour les sujets de son altesse en ses hautes justices, & aux procureurs d'office en celles des ecclésiastiques & vassaux*. L'art. 14 Et encore: *& sont lesdites émancipations & connoissances de cause de l'office & charge desdits procureurs-généraux ou d'office en pareil qu'il a été dit des tutelles*. Ces dispositions ont donné lieu aux procureurs du duc de Lorraine dans ses bailliages, de s'attribuer *la dation des tutelles, la confection des inventaires, la reddition des comptes, le jugement de toutes difficultés entre veuves & pupilles, tuteurs & curateurs*. Ce sont les termes de Faber qui s'éleve fortement contre cet abus sur ces différens articles: n°. 437, 455 & 499, & sur l'art. 16 du tit. 11, n°. 1587, où il dit que cela » est advenu en ce pays du tems que le prince se ser-
» voit des procureurs-généraux éveillés, & les baillis de lieutenans tels qu'ils les pou-
voient avoir, ou tels que leur affection se portoit à récompenser leurs serviteurs, quelque-
fois aussi bon valets que mauvais juges. Ailleurs il soutient plus judicieusement, que quand la coutume dit que les procureurs-généraux doivent pourvoir aux tutelles, elle entend seulement qu'il doit y être pourvu à leur requête; que leur véritable office étant de requérir pour les mineurs, ils ne peuvent être juges; qu'ils n'ont ni greffiers, ni procureurs, ni sergens, tous officiers nécessaires pour exercer juridiction; que la coutume dispose dans les mêmes termes pour eux & pour les procureurs d'offices, & que cependant chacun fait que toute la juridiction des tutelles s'exerce par les maires & prévôts, quoiqu'on ne puisse donner deux interprétations diverses à une seule & même disposition; que l'art. 8 veut que si ceux qui d'autorité privée s'ingèrent dans l'administration des biens des mineurs, n'ont pas de quoi les en indemniser, ils soient punis corporellement, à l'arbitrage du juge. Ce qui marque que la juridiction des tutelles est aux juges: que ceux qui remplissent le ministère public ne peuvent même jamais remplacer le juge; & que s'il est récusé, ou autrement empêché, c'est au plus ancien avocat, ou procureur, à en faire les fonctions, & non pas à l'avocat, ou procureur du roi (1); enfin que par les coutumes de Montargis, Orléans, Berry, & autres dont celle de Lorraine est imitée, les tutelles ne sont pas

(1) L'ordonnance de Lorraine de 1707, art. 19 du tit. des procureurs de Souites veut cependant qu'en cas de partage d'avis ils soient appelés par les juges préférablement aux avocats. En France, il y a des sièges où les avocats du roi jugent; rapportent à leur tour, & font toutes les fonctions de conseillers dans les affaires où le ministère public n'est pas intéressé. Au siège de la police de Metz, le procureur du roi tient l'audience, & préside en la chambre du conseil, en l'absence du lieutenant général. Mais ce dernier usage vient de ce qu'il y a un office de conseiller de police réuni à celui de procureur du roi. D'ailleurs cela n'intéresse pas les avocats, parce que les conseillers de bailliage sont autorisés à siéger à la police. Ce sont eux qui, bien ou mal à propos, se laissent présider par le procureur du roi, comme conseiller de police.

attribuées aux gens du roi. Malgré toutes ces raisons auxquelles il n'est pas, ce me semble, possible de rien repliquer de solide, les procureurs des ducs de Lorraine dans les bailliages font parvenus à s'ériger en juges tutélaires. L'ordonnance de 1707 au titre cité dans la note ci-dessous, art. 27 & suiv. leur attribue le droit de faire les tutelles, curatelles, émancipations, appositions de scellés & inventaires des biens des mineurs, & autres fonctions pareilles, dans les lieux, est-il dit, où les coutumes leur déferent cette prérogative. Mais cette ordonnance leur ôte l'audition des comptes de tutelles, sauf à y assister, & les décrets des biens des mineurs qu'elle veut être faits de l'autorité des juges.

Cet abus n'a cependant eu lieu que dans les états de Lorraine : & dans toutes parties du ressort qui sont régies par la coutume de Lorraine, les tutelles sont restées aux juges, moins sans doute parce qu'il s'y est peu trouvé de seigneuries dont la justice dépendît du roi, ou fut exercée par ses officiers, & que dans les états même du duc, les maires & gens de justice connoissoient de toutes les matières des tutelles dans les seigneuries particulières ; (car s'il n'y avoit eu que cette raison, le procureur du roi de Sarre-Louis eût été juge tutélaire) que parce qu'il a paru absurde d'ôter aux juges cette partie de leur juridiction, pour la faire exercer par des officiers qui étant essentiellement parties requérantes, sont dénués de tout caractère pour décider de quoi que ce soit.

Je pense d'autant plus que c'est là ce qui a engagé à s'écarter dans le ressort de la fausse interprétation de la coutume de Lorraine, qu'on a admise dans les états du duc, que, quoique la disposition de la coutume de l'évêché soit, comme je l'ai dit, calquée sur celle de la coutume de Lorraine, le procureur général fiscal du bailliage de Vic n'exerce depuis long-tems d'autre ministère à l'égard des mineurs, que celui que remplissent en France les procureurs du roi, & ceux des seigneurs : à cela près, que dans les justices de l'évêque, il fait ordinairement par lui-même, pour les actes de tutelles, les réquisitions qui sembloient devoir être faites par les procureurs d'office de ces justices (1). C'est une observation omise par M. D... (2) qui semble croire qu'autrefois il regnoit sur ce point, dans l'évêché, le même abus qu'en Lorraine ; c'est-à-dire, que le procureur général fiscal y faisoit toutes les fonc-

Tit. IV.
Ordonv. 150.

23.
Ils ne l'ont pas dans les parties du ressort régies par la coutume de Lorraine.

24.
Ni dans l'évêché.

(1) Il les nomme ses substituts, & il est proprement le seul procureur du fisc de l'évêque. C'est ainsi qu'autrefois il n'y avoit dans chaque parlement qu'un procureur du roi (c'est le nom qu'on lui donnoit au lieu de celui de procureur-général) ; il commettoit des substituts dans les sièges inférieurs pour y remplir les fonctions qu'il ne pouvoit, ou ne vouloit pas y remplir par lui-même. De-là vient qu'au parlement on donne encore aux procureurs du roi des bailliages la qualification des substituts du procureur-général.

(2) Au surplus, pour les fonctions & qualifications de cet officier du bailliage de Vic, on peut voir M. D... sur les art. 5, 6, 7 & 10 du tit. 4 de la coutume de l'évêché.

TIT. IV.
Observ. 56.

tions de juge des tutellés. Je ne fais si cela est bien vrai. Je n'en ai vu aucunes preuves.

25.
Le juge d'église ne peut nommer de curateur au mineur qui plaide pardevant lui,

Je n'aurois pas pensé à ajouter que le juge laïc seul peut donner des tuteurs & curateurs aux mineurs ecclésiastiques, ou laïques, si je n'avois lu dans Canon, sur l'art. 11 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, n^o. 4, que *le juge ecclésiastique donne un curateur au mineur laïc plaidant pardevant lui, & au contraire le juge laïc au clerc mineur litigant pardevant lui*. Il prouve le premier point par le Sexte, qui n'a aucune autorité en France, où on ne souffriroit pas que le juge ecclésiastique se mêlât de ce qui concerne l'état des personnes. Un laïc, ou même un clerc plaidant dans une officialité, s'il a besoin de curateur à cause de sa minorité, doit se retirer pardevant son juge naturel pour lui en être nommé un, & l'official ne peut que l'ordonner ainsi. A l'égard du second point que Canon prouve par les décisions de la rote romaine, il est très-vrai. Mais de la manière dont ce commentateur le propose, il sembleroit que le juge séculier ne donne un curateur au clerc que parce qu'il plaide pardevant lui, au lieu qu'il le lui donne, parce qu'en ce qui regarde l'état des personnes, les clercs ne sont pas moins soumis à sa juridiction que les laïcs.



OBSERVATION VI.

*Des Protuteurs.*TIT. IV.
Oblerv. 66.

LES protuteurs sont ceux qui sans être nommés par le juge, tuteurs ni curateurs, administrent les biens des mineurs enfans d'autrui. J'ajoute ces derniers mots, parce que la disposition de la coutume de Metz, qui donne au pere, art. 6 du tit. 9, la qualité de tuteur légitime de ses enfans, encore que cette charge ne lui ait été donnée par le magistrat : celle de l'art. 2 du tit. 4 de la coutume de l'évêché, qui veut qu'à défaut du pere, la mere soit tutrice légitime de leurs enfans ; & celle de l'art. 4 du même titre qui porte, qu'ou il n'y a ni pere ni mere, les aïeux, aïeules, & autres ascendans leur succèdent en la tutelle légitime, me paroissent devoir être suivies par-tout ; & qu'ainsi on doit toujours considérer les ascendans plutôt comme vrais tuteurs que comme protuteurs.

1.
Protuteurs, ce
que c'est.

Mais on doit mettre au nombre des protuteurs les collatéraux & les étrangers qui ayant été nommés tuteurs par testament, s'emparent de l'administration des biens des mineurs, sans avoir été confirmés par le juge. Ils sont cependant plus excusables que ceux qui, sans aucun titre, s'ingèrent dans cette administration. Mais par la raison que toutes tutelles sont datives en pays coutumiers, je regarde les premiers comme compris aussi bien que les seconds dans la disposition des coutumes de l'évêché, art. 12 du tit. 4 ; & de Lorraine, art. 8 du tit. 4. L'une & l'autre sévissent contre celui qui, d'autorité privée, s'imisce dans la gestion des biens des mineurs. Elles veulent qu'il soit condamné en une amende, qui dans l'évêché est de 500 francs ; & qui en Lorraine est arbitraire. Toutes deux l'obligent en outre à rendre un compte exact & fidele ; & lui infligent à faute de moyens un *chatois corporel*, peine qui par la coutume de Lorraine ne semble encourue qu'à défaut de pouvoir payer ce qui par l'épurement du compte revient aux mineurs, mais qui par celle de l'évêché paroît devoir être subie, même par celui qui s'est acquitté envers les mineurs, mais n'a pas de quoi payer l'amande.

2.
Peines commi-
nées contre eux
par les coutu-
mes de Lorrain-
e & de l'évê-
ché.

Rien de plus évidemment juste que l'obligation de rendre compte imposée aux protuteurs par ces deux coutumes. Elle a lieu par-tout, en vertu de la disposition de l'art. 1 du tit. 19 de l'ordonnance de 1667, où plutôt elle s'établit par l'équité naturelle & les seules lumeres de la raison. Mais secourir des mineurs dépourvus de tuteurs, prendre soin de leurs personnes, veiller à la conservation de leurs biens, est ce donc un crime qui mérite un châiment corporel ? Est-ce même une faute qui doit être punie par une condamnation d'amende ?

3.
Ces peines sont-
elles justes ?

Tit. IV.
Observ. 66.

On pourroit penser que c'est une action louable plutôt qu'un délit. La nature fait un devoir aux parens de prendre la tutelle ; c'est-à-dire, selon l'étymologie de ce mot, de se charger de défendre des enfans qui ont eu le malheur de perdre de trop bonne heure ceux qui leur ont donné la vie. La charité, l'humanité y invitent les étrangers. Il est voulu par les art. 99 & 100 de l'ordonnance de Metz, publiée le 2 Décembre 1564, que les mineurs qui n'ont point de tuteurs, demeurent sous la charge de leurs proches parens.

Mais la nature & la bienveillance doivent engager les parens, les amis, les voisins de pourvoir aux besoins des mineurs abandonnés, & à la conservation de leurs biens, non pas en se chargeant de les gérer sans y être autorisés par le juge; mais en s'adressant à lui pour qu'il leur nomme des tuteurs & curateurs. C'est là ce qui est enjoint par cette ordonnance de Metz aux plus proches parens; & si, faute par eux de s'acquitter de ce devoir, elle met les mineurs *en la charge, tutelle & maintenance de leurs dits proches parens habiles à eux succéder, capables de ladite charge;* c'est une peine qu'elle prononce contre eux, & non pas un droit légitime qu'elle leur accorde.

Il y a, en effet, de très-grands inconvéniens dans ces gestions illégales dont un parent ou un étranger se charge de son chef, & à l'insu du magistrat. Il est à craindre que les intérêts des mineurs ne tombent en de très-mauvaises mains. C'est rarement par un motif de tendresse, ou de compassion pour eux; c'est presque toujours dans la vue d'émolument à leur détriment, qu'on se mêle de la gestion de leurs biens, sans en être judiciairement chargé : si le choix des parens ne tombe pas toujours sur le plus capable de la tutelle, au moins il y a lieu de croire qu'aucune incapacité ne doit en éloigner celui qu'ils nomment. Mais rien ne garantit plus, ni les mœurs, ni l'intelligence, ni la solvabilité de celui qui prend de sa propre autorité le timon d'une tutelle. Elle ne peut pas même alors commencer par un inventaire régulier; car pour faire régulièrement inventaire, il faut non-seulement avoir caractère, mais y procéder vis-à-vis d'un curateur, ou d'un subrogé tuteur. Sans cela celui qui le fait faire est le maître de n'y insérer que ce qu'il veut. Il est donc presque toujours impossible aux protuteurs dont je parle ici de faire connoître légalement à leurs mineurs la juste consistence des biens que leur a laissés le survivant de leurs pere & mere, dont il s'est mis en possession. Ou il n'en a pas fait inventaire, ou celui qu'il a fait ne peut faire foi. C'est, ce me semble, la seule des réflexions de Faber sur l'article cité de la coutume de Lorraine : » Si ceux qui sont tuteurs » légitimement pourvus, dit-il, sont suspects à faute d'avoir fait faire inventaire, » les autres sont à meilleure raison suspects, qui s'entremettent sans tutelle, qui » doit précéder l'inventaire «.

Ainsi non-seulement on doit les traiter avec bien plus de sévérité que les tuteurs dans le jugement de leurs comptes; ce que marque la coutume de Lorraine, en les obligeant de rendre compte très-exact; mais les peines prononcées contre eux, par

cette coutume & par celle de l'évêché peuvent dans certaines circonstances être dictées par l'équité. Cependant M. D. . . sur la dernière donne à entendre que ces peines n'ont plus lieu. » L'ordonnance de 1667 y a suppléé, dit-il, en statuant dans » l'art. 3 du tit. 34, que les tuteurs & curateurs pourront être contraints par corps, » après les quatre mois, pour les sommes par eux dûes, à cause de leur adminis- » tration, ce qui doit s'appliquer, à plus forte raison, à ceux qui s'ingèrent d'au- » torité privée, à l'administration des biens des pupilles « : & il est vrai que, quoi- que les protuteurs ne soient pas nommés dans cet article, on ne peut pas douter qu'il ne les regarde, puisqu'ils sont mis en parallèle avec les tuteurs dans l'art. 1 du tit. 29, suivant lequel ils sont toujours réputés comptables jusqu'à ce qu'ils aient payé le reliquar. Il est encore vrai que le cas arrivant très-rarement, comme l'observe M. D. . . , parce qu'on ne manque guères de créer des tuteurs aux mineurs; il y a peu d'occasions de prononcer les peines comminées par nos deux coutumes contre ceux qui, d'autorité privée, s'ingèrent dans l'administration des biens des mineurs. Mais l'ordonnance qui les assujettit à la contrainte par corps après les quatre mois, ne me paroît pas avoir abrogé les dispositions de ces coutumes. Je ne prétends pas qu'on doive indistinctement les exécuter à la rigueur & à la lettre; elles ne s'appliquent pas à un homme bien solvable, qui par pure bonne volonté a secouru des mineurs abandonnés, à qui sa gestion, quoiqu'illégale, a été utile & avantageuse. Mais il pourroit se présenter un cas, où je ne croirois point un protuteur à l'abri des peines qu'elles prononcent. Si, par exemple, il paroïssoit avoir voulu pêcher en eau trouble, & dérober aux mineurs la connoissance de la force de la succession mobilière à eux échue, seroit-il injuste de le condamner, non-seulement à des dommages & intérêts envers eux, mais même dans l'évêché, en l'amende de 500 francs, & en Lorraine en une amende arbitraire? Si au pardelà ce protuteur s'étoit approprié le bien des mineurs, quoiqu'il fut hors d'état d'en répondre, qu'il l'eût employé à son usage, & que l'ayant consommé il n'y eût rien à récupérer contre lui, ne seroit-ce pas une espèce de vol très-condamnabla, & dont la peine pourroit aller jusqu'à quelque châtement corporel, suivant la gravité des circonstances.

Mais encore un coup, ce cas se présente très-rarement. Le plus fréquent est celui d'une mere tutrice qui se remarie sans faire nommer un autre tuteur à ses enfans: le second mari devient leur protuteur, & j'avoue qu'il n'est pas sujet à l'amende, ni à aucune peine. On en voit aisément la raison. La mere n'étant pas déchargée de la tutelle, c'est en ce sens par nécessité qu'il gère avec elle les biens de ses enfans, qu'elle ne peut plus gérer sans lui, parce qu'elle est passée sous son autorité. Lorsque la mere ou l'aïeule, qui est tutrice, passe à de secondes noces, le mari qu'elle épouse est responsable en son nom de la tutelle, s'il n'a pas été nommé un autre tuteur. Coutume de Verdun, art. 103. Ce n'est pas lui qui s'ingère volontairement dans l'administration. Il ne lui est pas libre de s'en abstenir, & la loi l'en char-

TIT. IV.
Observ. 6e.

4.
Si ces peines
sont abrogées.

5.
C'est par les cir-
constances
qu'on doit ju-
ger si elles sont
encourues.

6.
Celui qui épou-
se une tutrice
sans faire nom-
mer un tuteur,
devenant prota-
teur, & n'est
pas sujet à ces
peines.

Tit. IV.
Observ. 6e.

ge malgré lui. On peut le blâmer de n'avoir pas eu recours au juge, pour être confirmé tuteur avec sa femme, ou pour en faire nommer un autre : mais non pas d'avoir géré la tutelle dont sa femme n'étoit pas déchargée. » Un second mari, dit M. » D... *ibid.* continue de son chef une tutelle que sa femme avoit des enfans du premier lit. Nous tenons en ce cas que toutes les actions, charges & hypotheques » restent contre la mere remariée & contre son second mari, & sur ses biens du » jour de son second mariage. « Faber qu'il cite, Ancillon qu'il ne cite jamais, & le commentateur anonyme de la coutume de Lorraine disent à peu près la même chose. Faber sur l'art. 8 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, n°. 454. Ancillon sur l'art. 5 du tit. 9 de la coutume de Metz, & l'anonyme sur l'art. 3 du même tit. de la coutume de Lorraine, note T.

7.
Ses biens sont
hypothequés
aux mineurs du
jour de son se-
cond mariage.

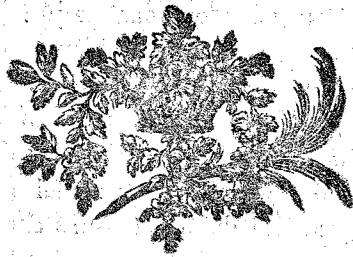
8.
Quelque nom-
mé tuteur plus
tard.

Il est aisé de conclure de-là, que si le second mari est nommé tuteur, l'hypothèque des mineurs sur ses biens n'est pas bornée au jour de cette nomination, & & qu'elle remonte à celui de la célébration de son mariage. Honoré Courageux laisse cinq enfans mineurs auxquels Pierrette Pérolle leur mere est établie tutrice. Pendant son veuvage, elle achete une maison à Metz & cinq mouées de vignes. Elle se remarie à Henry Boineau, qui vend la maison à Pierre Serriere, moyennant 2600 liv., dont 1800 liv. employées au profit des mineurs, aux droits desquels Ferriere se fait subroger. Les 800 liv. restantes sont touchées par Boineau. Depuis cette vente, & environ cinq ans après son mariage, Boineau est nommé tuteur des enfans du premier lit. Son commerce tourne mal. Les mineurs se font rendre compte par lui & par leur mere, & obtiennent condamnation contre eux pour le reliquat. Serriere assigné en déclaration d'hypothèque déguerpit, & la maison ayant été revendue, il est colloqué utilement dans l'ordre à l'hypothèque des mineurs pour les 1800 liv. pour lesquelles il avoit subrogation, & les mineurs & lui demeurent créanciers : lui pour le surplus de son indemnité, & les mineurs pour le reliquat du compte. Les immeubles de Boineau ayant été décrétés au bailliage de Sarre-Louis, Serriere y demande d'être colloqué avant les mineurs, attendu que la vente à lui faite, à laquelle remontoit son hypothèque, étoit antérieure à l'acte par lequel Boineau avoit été établi tuteur des enfans de sa femme ; & la sentence d'ordre qui intervient à Sarre-Louis lui accorde cette collocation. André Bailler, aux droits de Marguerite Courageux sa femme, l'une des mineurs, & François Courageux, oncle & curateur des autres mineurs, appellent de cette sentence. Ils soutiennent que leur hypothèque n'a pas dû être reculée à la date de l'acte qui a nommé Boineau tuteur ; & qu'ayant épousé leur tutrice cinq ans auparavant, il a dès-lors géré leurs biens : ce qui leur donne sur les siens une hypothèque tacite du jour de son mariage. Envain Serriere répondit que jusqu'à l'acte de tutelle de Boineau, sa femme seule avoit été tutrice, & avoit seule géré sous son autorisation, qui ne donnoit ni action, ni hypothèque contre lui. Par arrêt du 28 Avril 1752, la sentence fut infirmée, & les mineurs colloqués avant Serriere.

Le commentaire manuscrit de la coutume de Lorraine, à l'endroit cité, note X, dit même, que les biens du second mari demeurent tacitement hypothéqués envers les enfans du premier lit dont la mere étoit tutrice, pour le paiement du reliquat de son compte, si elle se trouve insolvable, ores que l'administration ait précédé leur mariage & qu'elle se soit déchargée de la tutelle avant le convol. Mais cela n'est vrai qu'autant que les dettes de la femme deviennent dettes du mari, faute de stipulation que chacun des conjoints payera ses dettes, ou à défaut de l'inventaire nécessaire pour faire opérer cette clause contre des tiers. Si donc la femme n'a géré que jusqu'au convol, c'est seulement dans le cas d'une communauté ordinaire, dans celui où la séparation de dettes a été inutilement stipulée faute d'inventaire, & enfin dans celui où le mari gagne, en se mariant, tout le mobilier de sa femme, & en devient propriétaire. Comme, par exemple, à Metz à défaut de contrat de mariage, qui n'est tenu envers les enfans de sa femme, & qu'ils ont hypothèque sur ses biens, pour raison de la créance qu'ils ont sur leur mere & tutrice.

TIT. IV:
Observ. 6e.

9.
Quand les biens du second mari sont affectés au reliquat de la gestion de sa femme avant son mariage.



OBSERVATION VII.

TIT. IV.
Oblerv. 7e.

Des Obligations des Tuteurs, & de l'Aliénation des Biens des Mineurs.

1.
Si le tuteur ré-
sidant hors du
pays doit don-
ner caution.

2.
Si le tuteur tes-
tamentaire y
est obligé.

3.
Celui qui veut
être tuteur doit
caution.

4.
Celui qui con-
sent qu'on nom-
me un autre tu-
teur, n'est pas
tenu de donner
caution.

LES biens des mineurs sont confiés à leurs tuteurs pour les leur conserver, & les leur rendre à leur majorité. C'est dans la vue d'assurer cette restitution que l'art. 10 du tit. 4 de la coutume de Lorraine dit, que *tous tuteurs qui sont institués, résidans hors le pays de Lorraine, sont obligés de bailler dans le pays caution solvable.* Si on interprétoit cet article à la lettre, il faudroit dire que celui qui, ne résidant pas en Lorraine, y est nommé tuteur peut être forcé & d'accepter la tutelle, & de donner caution. La coutume de Metz ne va pas, à beaucoup près, si loin. Elle dit d'abord, art. 3. du tit. 9, que *les tuteurs testamentaires... ne sont tenus bailler caution, si la tutelle ne leur a été déferée sous cette condition, & par eux acceptée,* & art. 13 du même tit., elle ajoute seulement que, *celui qui réside hors la juridiction, ne sera reçu à l'administration des biens du pupille, s'il ne baille dans la ville, ou pays caution solvable.*

Il faut donc distinguer le parent qui se trouvant le plus proche en degré, demande la tutelle, quoiqu'il ne réside pas dans la juridiction, & celui qui, quoique domicilié hors du pays, est nommé tuteur sans l'avoir demandé, & consent qu'on en nomme un autre à sa place. On peut suspecter celui qui ambitionne la qualité de tuteur, presque toujours onéreuse. Il est rare qu'un collatéral la souhaite par pure amitié pour les mineurs. Son empressement dénote le dessein de se faire un titre lucratif de son administration. Ainsi on peut ne lui accorder la tutelle, quoiqu'elle le regarde à cause de la proximité du degré, qu'à charge par lui de donner caution. Ce qui, ce me semble, doit avoir indistinctement lieu pour celui qui réside hors de la juridiction; & seulement lorsqu'il y a quelque sujet apparent de suspecter la solvabilité de celui qui y réside; jamais pour le tuteur testamentaire, à qui cette condition n'a pas été imposée, parce que la confiance que le testateur a eue en lui ne permet pas de les suspecter.

Mais tout tuteur qui consent que la tutelle soit donnée à un autre, ne peut être obligé de se faire cautionner. Il seroit bien injuste en lui déferant cette charge dont il n'est pas curieux, de le forcer de donner une caution que peut-être il auroit peine à trouver. Quoique le §. 1 de la l. 5, ff. de legit. tutel., semble dire que le tuteur légitime, à la différence du testamentaire, peut être contraint par le juge de donner caution, il n'en est pas ainsi dans notre droit françois. » On peut bien de-
mander dans l'assemblée des parens... qu'un tel, même la mère qui se seroit re-

» mariée, donneroit caution, sans quoi on ne lui donneroit point la tutelle. Mais on
 » ne pourroit le forcer d'accepter la tutelle, s'il ne vouloit pas donner caution,
 » faut à élire un autre tuteur. « *Traité des major.*, part. 1, sect. 2. Il y est en-
 » core dit, à la fin de la sect. 6, qu'on n'élit gueres un tuteur à » la charge par lui
 » de donner caution, parce que : 1^o. il lui seroit difficile de trouver une caution en
 » pareil cas : 2^o. parce qu'il faudroit se défier d'une personne qui voudroit donner
 » caution pour pareille chose. « Que cependant en certaines circonstances, on peut
 » ordonner qu'une personne, même la mère des mineurs, n'aura la tutelle qu'en don-
 » nant caution. Mais, est-il ajouté, » on ne pourroit forcer une telle personne d'ac-
 » cepter la tutelle à cette condition. «

— C'est donc aux parens à examiner si, malgré le refus fait par celui que la tu-
 telle regarde naturellement, & qui se trouve dans un des cas où on peut exi-
 ger une caution, de la donner, on ne risque rien de lui confier l'administration des
 biens des mineurs, ou si leur sûreté exige qu'on choisisse un autre tuteur.

L'éloignement du domicile peut même excuser de la tutelle. L'auteur du traité des
 minorités donne à la fin de son ouvrage l'extrait d'un manuscrit de M. Augran,
 doyen des avocats du parlement de Paris, où il lit pag. 659 : » le mardi de rele-
 » vée 10 Mars 1609, un tuteur demeurant à Auteuil, ayant été créé à un mi-
 » neur demeurant à Paris, fut déchargé, & ordonné qu'il seroit procédé à nouvelle
 » élection ; & pag. 664, le mardi de relevée 30 Mai 1645, un oncle, que l'on
 » demuroit seulement d'accord être âgé de 63 ans, déchargé de la tutelle, sur
 » ce qu'on disoit qu'il étoit infirme, mais principalement sur ce qu'il étoit demeu-
 » rant à Aubigny en Berry, & que la tutelle étoit à gérer à Orléans. On disoit
 » aussi qu'il y avoit un beau-frere à Orléans qui pouvoit gérer. « C'est, sur-tout,
 lorsque la dernière circonstance se rencontre, que l'éloignement excuse de la tutelle :
Cæteris paribus, celui qui réside sur les lieux doit en être chargé par préférence à
 celui qui auroit des voyages à faire ; pour la gérer. Voy. le texte de Faber que je
 citerai dans un moment. Cette excuse me paroît cependant dépendre des cir-
 constances.

Mais si elle peut dispenser en certains cas de la tutelle, même celui de qui on
 n'exige pas qu'il donne caution, à plus forte raison ne peut-on pas imposer à celui
 qu'on charge de la tutelle, malgré lui, l'obligation de se faire cautionner. Ancillon en
 a senti l'impossibilité ; mais il suggère sur l'art. 13 du tit. 9 de la coutume de Metz,
 que si le plus proche parent des mineurs, & le plus capable d'être tuteur, est d'une
 autre juridiction, & que, sans avoir d'autres excuses, il allégué qu'il ne trouve point
 de caution, on peut subroger à sa place un tuteur résidant qui administrera à ses ris-
 ques, périls, & fortune : & dont par conséquent il sera lui-même caution. Je ne puis
 adopter cette idée : 1^o. parce qu'elle est mal réfléchie ; car si le parent non résidant,
 demeurant garant du tuteur qu'on lui subroge, est d'une solvabilité assez certaine,
 & d'une discussion assez facile pour que sa garantie puisse procurer une entière sûreté aux

TIT. IV.
 Observ. 7e.

5.
 Un domicile
 éloigné peut excu-
 ser de la tu-
 telle.

6.
 On ne peut
 être tenu
 de donner
 caution, si
 l'on est
 nommé
 tuteur, de
 son
 domicile,
 sans
 caution,
 si
 l'on
 est
 résidant
 dans
 le
 lieu
 où
 la
 tutelle
 est
 à
 gérer.

TIT. IV.
Chap. 70.

mineurs, ne trouveroient-ils pas la même sûreté en le laissant gérer lui-même? Lui refuser la tutelle sans caution, c'est supposer qu'il y auroit du danger de se contenter de son obligation personnelle. Faire gérer par un autre à ses risques, c'est supposer qu'il suffit qu'il demeure personnellement obligé pour que les mineurs n'aient plus rien à craindre. La contradiction est palpable : 2^o. parce que cette idée d'Ancillon n'a aucun fondement dans la coutume, qui se contente de ne pas admettre à la tutelle celui qui, résidant hors de la juridiction, ne peut, ou ne veut pas donner caution, mais qui ne le rend pas responsable de l'administration de celui qui prend la tutelle qu'elle lui refuse. Cette disposition est beaucoup mieux réfléchie que celle de l'art. 10 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, sur lequel Faber, n^o. 460, dit même que » les tuteurs élus par le testament du pere, ou par les parens dans le pays de Lor- » raine, ne donnent point de caution, parce que le testament, ou les suffrages des » parens les déclarent assez solvables ; & tant qu'il s'en trouve dans lesdits pays, » la raison veut qu'on n'en reçoive point d'étrangers : parce que demeurant en » lieux éloignés des biens des mineurs, ils sont contraints de faire de grandes dé- » penses pour les régir & gouverner : ce qui tombe toujours sur les coffres des » mineurs ». En sorte, que quand il ajoute que *s'il ne s'en trouve point au pays, c'est la raison que l'étranger donne caution*, il est apparent qu'il n'entend parler que de l'étranger qui demande la tutelle, & c'est à celui-là seul que je crois qu'il faut réduire la disposition de la coutume de Lorraine, quelque indéfinie qu'elle paroisse.

7.
Coutumes qui
présentent le tu-
teur qui offre
caution.

8.
Ne doivent pas
être suivies
hors de leur
territoire.

9.
Emploi des
biens aux be-
soins des mi-
neurs.

10.
Epargne du sur-
plus.

11.
Compte du tout.

12.
Nécessité de l'in-
ventaire.

Mais l'art. 148 de la coutume de Sedan veut que de plusieurs tuteurs nommés conjointement, celui qui donne caution soit préféré pour l'administration à ceux qui refusent d'en donner une. Disposition qui a été adoptée par l'art. 14 du tit. 9 de celle de Metz, & qu'on trouvoit aussi dans la fautive coutume de Gorze, tit. 15, art. 109 & suivans ; j'en conclus qu'à Metz & à Sedan, si plusieurs parens en degré égal demandoient la tutelle, & que l'un d'eux offrit caution, il faudroit la lui déférer, à moins que les autres n'offrissent aussi de se faire cautionner. Mais je doute qu'ailleurs l'offre d'une caution soit un moyen pour obtenir la préférence, même dans le cas de l'égalité du degré de parenté ; car, je le répète, après le traité des majorités, *il faudroit se défier d'une personne qui voudroit donner caution pour pareille chose.*

Les tuteurs doivent employer les biens qui leur sont confiés, à la nourriture, à l'entretien, à l'éducation, & aux autres besoins de leurs mineurs, jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire ou convenable à leur état & à leur fortune ; à acquitter leurs dettes, à entretenir, & à améliorer, s'il est possible, leurs immeubles ; ils doivent leur conserver non seulement le surplus de leurs fonds, mais encore l'excédent de leurs rentes & revenus, qu'ils sont même obligés de faire profiter pour leur rendre du tout bon & fidele compte à la fin de la tutelle.

L'administration doit donc commencer par un inventaire qui constate ce qui a été

mis ez mains de l'administrateur, & ce dont il aura un jour à rendre compte. L'art. 142 de la coutume de Sedan prescrit aux tuteurs & curateurs, en général, de faire faire inventaire *incontinent qu'ils auront été créés, ou plutôt que faire se pourra.* Celle de Verdun, art. 100, impose la même obligation à tous tuteurs *aussi-tôt après l'acceptation de la tutelle & le serment par eux prêté.* Celle de l'évêché, après avoir dit dans l'art. 8 du tit. 4, que *tous tuteurs sans acception de personne, sont tenus de prêter serment, ajoute dans l'article suivant, sont aussi tous obligés premier : & avant que s'immiscer l'administration, faire & dresser loyaux inventaires.* Mais la même coutume, art. 2 du même tit. permet à la mere de demeurer pendant sa viduité en communauté de biens avec ses enfans. Celle de Lorraine, art. 15 du tit. 4, impose l'obligation de faire inventaire à tous tuteurs & curateurs... *institué, confirmé, ou donné, & par conséquent aux tuteurs testamentaires & aux légitimes, c'est-à-dire, aux peres & meres qui ne sont que confirmés dans une qualité qu'ils tiennent de la nature, comme à ceux qui sont créés par le juge sur avis des parens.* Ce qui prouve qu'on doit entendre démonstrativement l'art. 4 du même titre, qui semble ne prescrire l'inventaire qu'aux tuteurs choisis par les parens, *finies ou défaillantes, les gardes nobles & tutelles légitimes & testamentaires.* Mais on ne peut plus entendre de même l'art. 2, du même titre, par lequel le survivant des peres & meres n'est tenu de faire inventaire que quand il y a communauté de meubles stipulée entre eux. Ce qui étoit déjà statué par l'art. 9 du tit. 2; car cette disposition est évidemment fondée sur celle de l'art. 1 du même tit. 2, qui, à défaut de communauté quant aux meubles, les donne au survivant. Ainsi en Lorraine le gain des meubles dispense les peres & meres tuteurs de faire inventaire.

Dans d'autres coutumes il ne les en dispense pas. Telle est celle de Bar, dont l'art. 67 porte que le gardien noble est tenu de faire inventaire, quoique l'article suivant lui donne les meubles. Il est vrai qu'il n'en conserve la propriété qu'au cas qu'il ne se remarie pas; & que s'il passe à des secondes noces, l'art. 69 l'oblige d'en rendre compte. Ainsi la possibilité & l'incertitude du convol rendoit à Bar l'inventaire nécessaire. Mais Ferriere sur l'art. 269 de la coutume de Paris, n°. 12, dit que dans les coutumes qui donnent les meubles au gardien, il ne laisse pas d'être tenu de faire inventaire: ce qu'il prouve par cette raison *que l'inventaire ne se fait pas seulement pour les meubles, mais aussi pour les titres, instrument & enseignement concernant la propriété des immeubles appartenans au mineur.* Il cite les coutumes qui ordonnent expressément au gardien de faire inventaire, quoiqu'elles lui donnent les meubles. Voyez ce que j'ai dit, titre 2, obs. 16, n°. 49 & 52, & obs. 18, n°. 4 & suivant.

L'art. 24 du tit. 1 de la coutume de St. Mihiel ne prescrit l'inventaire qu'à la mere tutrice. Mais cela est évidemment dit *démonstrativement, & non pas limitativement.* Non seulement parce que si la mere y est obligée, à plus forte raison les autres parens; mais encore parce que le pere survivant, n'emportant pas les meubles dans cette

TIT. IV.
Observ. 7e.

13.
En Lorraine, le gain des meubles en dispense, & non ailleurs.

TIT. IV.
Observ. 7e.

coutume, quand il y a des enfans : art. 3 du tit. 6, on ne peut douter qu'en général il ne soit tenu de faire inventaire.

14.
Quid, à Metz.

Dans la coutume de Metz, tuteurs sont obligés, incontinent qu'ils ont accepté la charge qui leur a été donnée par testament ou par justice, de faire bon & loyal inventaire. Ce sont les termes de l'art. 8 du tit. 9, qui semble avoir été choisi pour n'y pas comprendre le pere, ni la mere. Le pere, qui, par l'art. 6 du même titre, est tuteur & légitime administrateur, encore que cette charge ne lui ait pas été donnée par le magistrat ; & qui, d'ailleurs, dans l'esprit de la coutume emporte tous les meubles en propriété : art. 10 du tit. 6, la mere qui est aussi tutrice légitime dans cette coutume, quoiqu'elle ne le dise pas expressément, qui même, tant qu'elle reste veuve, est dispensée de rendre compte par l'art. 7 du tit. 9.

15.
Questions qui naissent des différentes dispositions des coutumes.

Ces différentes dispositions de nos coutumes peuvent donner lieu de demander : 1°. Si le curateur, ou subrogé tuteur sont tenus de forcer les peres & meres tuteurs de faire inventaire, & si n'étant pas obligés de les y contraindre, ils le peuvent, au cas qu'ils le jugent à propos : 2°. Si le pere, ou la mere peuvent, par leur testament, défendre l'inventaire, ou en dispenser le tuteur : 3°. Dans quel tems, & avec qui l'inventaire doit être fait.

16.
Si les pere & mere sont tenus de faire inventaire.

Sur la premiere question, le commentateur anonyme de la coutume de Lorraine, expliquant l'art. 2 du tit. 4, qui oblige le survivant à l'inventaire quand il y a communauté de meuble stipulée par contrat de mariage, dit que *toutefois les peres & meres ne sont tenus de faire inventaire d'autre chose que des meubles ; car régulièrement ils ne sont tenus de faire inventaire, & n'y peuvent être contraints par justice . . . si ce n'est qu'il y ait quelque chose particuliere qui meuve la justice de les y contraindre spécialement.* De ces deux propositions la premiere me paroît fautive. Lorsque le pere ou la mere sont tenus de faire inventaire, ils doivent y comprendre les dettes actives & passives mobilières, & les titres des immeubles : sans quoi il seroit imparfait, & ne seroit plus le bon, loyal, exact & fidele inventaire qu'exigent les coutumes ; quant à ce qui est ajouté que, régulièrement les peres & meres ne peuvent être forcés de faire inventaire ; je crois qu'il faut distinguer les coutumes, non-seulement dans celles qui affreignent indistinctement les tuteurs, comme Sedan & Verdun, mais encore dans celles qui n'ont rien de particulier. Les peres & meres peuvent y être forcés comme tous autres tuteurs. L'opinion contraire de l'anonyme me paroît devoir être restreinte aux coutumes où ils gagnent les meubles en propriété : comme dans celle de Luxembourg, quoique la communauté y soit légale ; en Lorraine lorsqu'il n'y a pas communauté contractuelle de meubles, &c. Le pere est dans le même cas à Metz, à défaut de contrat de mariage stipulatif de communauté, & dans l'évêché, quand, nonobstant la communauté, il emporte la totalité des meubles. Cependant j'ai dit, tit. 2, obs. 16, n°. 57, que je pensois que, dans l'évêché, le pere étoit tenu de faire inventaire, & j'en ai donné les raisons. Dans ces deux coutumes, la mere, lorsqu'un contrat de mariage ne déroge pas à leurs dis-

positions, ne prend dans les meubles qu'une part comme un enfant. Elle peut donc à Metz être forcée de les faire inventorier. Mais non pas dans l'évêché, parce que la coutume lui permet de rester, si bon lui semble, en communauté de biens avec ses enfans. Voyez la même obs. 16, n^o. 58, tit. 2, dans lequel j'ai traité les questions qui concernent la continuation de communauté, & qui sont très-différentes de celle dont il s'agit ici.

C'est cependant sur-tout pour éviter la continuation que les peres & meres doivent faire inventaire. Mais quoique ce motif ne les touche pas, & qu'ils veulent bien continuer de vivre en communauté de bien avec les enfans, régulièrement le curateur des mineurs peut les forcer de l'interrompre. Mais cela n'est vrai qu'en rigueur de droit; & dans les cas où, faute d'inventaire, la loi, ou la jurisprudence accorde aux mineurs le remède de la continuation de communauté, le curateur ne feroit pas favorablement accueilli, s'il exigeoit un inventaire, sans quelque raison apparente de se défier de la conduite, ou de la solvabilité du survivant non remarié, que les parens ont cru assez économe pour lui confirmer la tutelle. Comme la tendresse paternelle est censée inspirer toujours aux peres & meres ce qui doit être le plus avantageux à leurs enfans, on peut soupçonner de trop d'inquiétude le curateur qui veut les forcer, malgré eux, de dissoudre la communauté. Je viens de dire que dans l'exacte regle, il le peut, mais ici comme ailleurs en bien des cas, le *summum jus* peut être *summa injuria*. Voy. l'observ. 16, loco cit. & le traité des minorités, ch. 7, n^o. 26, où est rapporté un long texte de Coquille en ses questions, ch. 175, dont, malgré quelques traits relatifs aux usages particuliers du Nivernois, l'application se feroit aisément chez nous, sur-tout aux gens de campagne. Nous allons voir qu'il y auroit quelquefois du danger de rendre public, par un inventaire, l'état de la fortune du survivant & des mineurs. Mais si le subrogé tuteur croit avoir quelques raisons pour l'exiger, s'il craint que dans la suite les mineurs n'aient lieu de lui reprocher de l'avoir négligé, il fera très-bien de consulter la famille, & de se conduire par son avis.

Au reste, la succession du conjoint prédécédé est la seule que les peres & meres puissent en certain cas être dispensés d'inventorier, parce que c'est la seule pour laquelle les enfans aient, à défaut d'inventaire, la ressource de la continuation de communauté; c'est pourquoi l'art. 2 du tit. 4 de la coutume de Lorraine oblige indistinctement le survivant de faire inventaire des successions qui, pendant la tutelle étoient à ses enfans mineurs en ligne directe, ou collatérale, ce qui a lieu partout ailleurs. Si, même constant le mariage, & avant que le pere ait été confirmé par le juge dans la qualité de tuteur naturel, il étoit à ses enfans des meubles dont la consistence ne soit pas assurée par le titre en vertu duquel ces biens leur obviennent, le pere est obligé de la constater par un bon inventaire; faute duquel, les enfans auroient des dommages & intérêts à lui demander. A plus forte raison le curateur doit toujours contraindre les autres tuteurs de faire inventaire.

17.
Ils ne peuvent jamais se dispenser de l'inventaire des successions qui échéent au moins pendant la tutelle.

TIT. IV.
Observ. 70.

18.

Si le testateur
peut dispenser
le tuteur de
l'inventaire.

Mais n'en peuvent-ils pas être dispensés par le testament du défunt ? L'auteur du commentaire manuscrit de la coutume de Lorraine parle de cette seconde question sur l'art. 4 du tit. 4, il dit, note E : » *factio inventarii remitti potest à testatore.* » *L. fin. cod. arbitrium tutel.* (1) voire le juge le peut remettre ». C'est-à-dire, comme il l'explique, note F, que » si les parens & alliés assemblés par autorité de justice, trouvent n'être pas expédient au pupile de faire inventaire, le juge pourra » autoriser cet avis ; comme, *verbi gratiâ*, s'il y a quelque cause particulière qui » doive faire craindre de manifester le secret de la maison des pupiles, dont au- » cunes causes sont mises en la l. 2, *cod. quando & quib. quarta pars deb. lib. 10* » *tit. 34* ». Il cite Coquille qui favorise, en effet, cette opinion à l'endroit que je viens d'indiquer ; ou, entre autres choses, il dit que » par le moyen de l'inventaire plusieurs » verront tout le secret de la maison, & fera occasion aux seigneurs justiciers » & directs, ou autres personnes curieuses, à profiter du bien d'autrui, d'y faire des » recherches : ou l'envie y fera si la maison est opulente ».

M. D... sur l'art. 8 du tit. 9 de la coutume de Metz tient, au contraire, *l'inventaire d'une nécessité si absolue, que, quoique le testateur en ait dispensé le tuteur nommé par son testament, le juge ne laisseroit pas de l'y contraindre.* Ancillon sur le même art. Vbo. *bon & loyal inventaire*, est de même avis, qu'il appuie plus fortement, quoiqu'il convienne que la défense portée par le testament de faire inventaire est autorisée, par le droit romain. Mais il suggère ce tempéramment, d'entendre la défense du testateur d'un inventaire public, & de n'y procéder que par le tuteur, en présence de deux parens, ou de deux amis affidés du défunt ; & il ajoute que c'est le conseil que donne Mornac sur la *L. 20, cod. de episcop. audien.*

Pour moi, malgré ces autorités, & quoique dans la coutume de Metz un inventaire non solennel fût pour dissoudre la communauté, pourvu qu'il soit affirmé : j'aurois bien de la peine à goûter cet expédient, parce qu'un inventaire non affirmé me paroît ne pouvoir faire aucune foi : que je ne vois pas comment il pourroit demeurer secret, s'il étoit affirmé ; comment même il pourroit être affirmé s'il n'étoit pas mis à l'instant dans un dépôt public, ou du moins comment on pourroit s'assurer que l'inventaire secret, & resté en original entre les mains du tuteur, ou même d'un parent, & par lui représenté, seroit-ce à celui là même qui a été affirmé, puisque pendant toute la durée de la tutelle, ceux qui l'auroient souscrit seroient les maîtres de le supprimer, & d'y en substituer un autre. Les deux parens ou amis peuvent rendre la fraude un peu plus difficile, mais non pas impossible ; puisque quand même ils auroient été nommés par le testateur, ils peuvent être gagnés par le tuteur, partager le gâteau, & colluder avec lui. Quoiqu'en dise Ancillon, je ne trouve rien

(1) Cette loi défend aux tuteurs de s'immiscer dans la gestion avant l'inventaire, *nisi testatores qui substantiam transmittunt, specialiter inventarium conscribi vetuerint,*

dans

dans Mornac qui tend à légitimer un inventaire informe, pourvu qu'il soit souscrit par deux parens. Il recommande, au contraire, d'y observer les solemnités prescrites, qu'il dit seulement être plus ou moins étendues, suivant les coutumes. *Nihil apud nos religiosius, quam ut prescripta adimpleatur in his formula, quæ modo scribitur, modo laxior prout provinciarum sunt mores.* Il établit ensuite que la défense de faire inventaire n'oblige point. Il en montre les dangers qui sont palpables, & ajoute que, même en apportant à l'inventaire toute l'exacritude possible, il ne laisse pas souvent de se commettre des fraudes.

Je crois qu'Ancillon a été trompé par l'usage qui, de son tems, n'exigeoit pas même qu'un inventaire informe fut affirmé pour empêcher la continuation de communauté. Mais je fais une grande différence entre l'inventaire qui suffit à un pere & à une mere pour dissoudre la communauté, & celui qui, comme il le dit lui-même, doit être la regle & le fondement du compte qu'un tuteur aura un jour à rendre. Pour que ce dernier put être fait comme il le propose, je voudrois du moins que le testateur n'en eut pas seulement dispensé le tuteur, mais qu'il l'eut expressément défendu, qu'il eut exprimé les raisons de cette défense: que ces raisons fussent très-fortes; & j'ai bien de la peine à concevoir qu'il puisse s'en trouver d'assez sérieuses pour valider une pareille défense; car quoiqu'Ancillon ait puisé dans la loi le motif qu'il propose, de ne pas exposer les richesses à l'envie, & la pauvreté au mépris, qui pourroit s'en contenter? Ni même de celui que Coquille allégué d'éviter de donner occasion à des recherches de la part du seigneur; je voudrois encore que ces raisons puissantes alléguées par le testateur fussent approuvées, & certifiées par la famille assemblée judiciairement, pesés & autorisés par le juge; qu'il nommât les parens ou les amis en présence desquels l'inventaire seroit fait en secret, ou qu'il en confirmât la nomination faite par le testateur: qu'il reçut préalablement leur serment; & qu'il fit affirmer l'inventaire par le tuteur & par eux, lorsqu'ils l'auroient achevé; enfin qu'il se le fit représenter pour en coter & parapher toutes les pages avant de le remettre au tuteur.

Sur la question à qui la confection des inventaires appartient & si c'est aux juges, ou aux notaires: voy. tit. 2, obs. 16 & suiv.

Les coutumes que j'ai citées veulent que l'inventaire soit fait incontinent après que le tuteur a été créé, & qu'il a prêté serment, & avant qu'il s'immisce dans l'administration. Celle de Sedan lui prescrit encore de le faire affirmer, & clore dans un mois, à peine d'amande arbitraire. Mais les art. 1 & 5 du tit. 7 de l'ordonnance de 1667, accordant trois mois à l'héritier & à la veuve pour faire inventaire, le tuteur doit avoir le même délai, (à compter néanmoins du jour du décès de celui dont il s'agit d'inventorier la succession. Voy. tit. 2, obs. 16, n°. 21), pour parachever, & clore l'inventaire. Mais il doit le commencer sans retard; & si, par la négligence, les effets dépérissent sous les scellés, il en seroit responsable. Il ne doit même profiter du délai de trois mois pour clore l'inventaire, qu'au cas qu'il en ait

19.
Dans quel tems
l'inventaire doit
être fait.

Tit. IV.
Observ. 76.

besoin, comme s'il y a des effets, ou des titres à rechercher, des comptes à faire, &c. & il doit achever l'inventaire le plutôt qu'il est possible, & réciproquement si les trois mois n'ont pas suffi, il doit obtenir un délai convenable pour clore l'inventaire, en le demandant au juge, par un argument tiré de l'art. 4 du même tit. de l'ordonnance.

30.
Ce que le tuteur ne peut pas, ce qu'il peut faire avant la clôture.

Quant à ce qui est dit dans quelques coutumes, que le tuteur ne doit pas s'immiscer dans la gestion avant l'inventaire, cela doit être entendu sagement. Il ne doit pas s'emparer d'effets non inventoriés, remettre aux débiteurs les titres de créances avant qu'il en ait fait mention dans l'inventaire, arrêter des comptes avant que tous les registres & papiers aient été examinés &c. Mais qui doute qu'avant la clôture de l'inventaire, & pendant qu'on y travaille, il ne doive se faire remettre l'argent comptant, les effets, les titres de créances, à mesure qu'on les inventorie; que dans le même tems, & même quelquefois avant que l'inventaire soit commencé, il ne puisse traiter de la pension des mineurs, pourvoir à leur entretien, renouveler des baux qui expirent, ou en passer de nouveaux, poursuivre des débiteurs dont la fortune paroît chanceler, &c. En deux mots, il ne doit rien faire qui puisse le faire soupçonner d'avoir voulu s'approprier quelques effets des mineurs; mais il peut, & il doit, sans attendre la perfection de l'inventaire, faire tout ce que leur intérêt exige, & tout ce qu'il est à propos de ne pas différer.

21.
Avec qui l'inventaire doit être fait.

La plupart des coutumes exigent des tuteurs, & même des peres & meres, qu'ils fassent l'inventaire avec un contradicteur légitime. Les peres & meres en sont dispensés dans la coutume de Metz. Voy. tit. 2, observ. 16, &c. Mais par-tout les autres tuteurs doivent faire l'inventaire avec un curateur, ou un subrogé tuteur. L'art. 67 de la coutume de Bar prescrit de donner au gardien noble un curateur pour seulement assister à la faction de l'inventaire qu'il sera tenu faire par autorité de justice.

La coutume de Lorraine, art. 15 du tit. 4, & celle de l'évêché art. 9 du tit. 4 exigent, à l'inventaire, la présence des procureurs généraux (ce qui s'entend des procureurs du roi, ou de l'évêque de Metz dans les bailliages) ou d'office, ou de leurs substituts. A leur exemple le procureur du roi du bailliage de Metz prétend avoir droit, & il est en possession d'assister, ou plutôt de se faire dénommer comme assistant aux inventaires, quoique pour l'ordinaire il y paroisse à peine quelques instans; (j'ai été témoin qu'il en est de même à Nancy) & que l'expérience ait montré que rien n'étoit plus inutile que cette formalité. J'ai parlé de cet abus onéreux aux mineurs dans une note, t. II, p. 498 & 499. Il paroît par ce que dit d'Abocourt, fol. 74 r^o. qu'anciennement les tuteurs appelloient à Metz quelques parens des mineurs à l'inventaire, & quelquefois ils appelloient aussi un commissaire; mais seulement quand le juge l'ordonnoit, le procureur du roi ne devoit y assister que dans le même cas.

22.
Le tuteur doit faire vendre les meubles.

Incontinent après la clôture de l'inventaire, les tuteurs sont obligés de faire vendre,

par autorité de justice, tous les meubles des mineurs. Metz, tit. 9, art. 9; Verdun, art. 101; Sedan, art. 144. Cette vente, comme le porte cette dernière coutume, & l'art. 95 de l'ordonnance de Metz du 2 Décembre 1564, doit être faite *au plus offrant & dernier enchérisseur* : ce qui a lieu par-tout. La coutume de Lorraine, art. 15 du tit. 4, & quelques autres, ne parlent que des meubles périssables; & ce font aussi les seuls dont la vente étoit ordonnée par l'ordonnance de Metz; mais la règle générale est de vendre tous les meubles.

Elle reçoit diverses exceptions. La première est marquée par la coutume de Sedan : *N'étoit qu'il y eut justes causes d'en réserver aucuns pour ceux desdits mineurs qui seroient près à marier.* 2°. L'ordonnance de Metz dispense le tuteur de vendre les meubles précieux, s'il ne le juge pas à propos, à moins que le juge ne l'ordonne, cela dépend des circonstances. Un bijou de grand prix qu'on ne pourroit vendre que fort au dessous de sa vraie valeur, ne doit pas être vendu, si la fortune du mineur permet de le conserver, & que sa condition le suggere, sur-tout s'il n'est pas éloigné de sa majorité. Au contraire un pareil bijou doit être vendu, même à perte, si le mineur n'est pas riche, s'il est assez jeune pour que les intérêts du prix surpassent ce qu'il perdra par la mévente, &c. La coutume de Metz dit plus généralement que celle de Sedan, *n'étoit qu'il y eut justes causes d'en réserver à leur usage & commodité.* Par exemple, il seroit contre le bon sens, de vendre les outils d'un artisan dont le fils, de même profession, est, ou sera dans peu en état de s'en servir. 3°. Abstraction faite de l'intérêt des mineurs, celui du survivant empêche très-souvent la vente dans le ressort, à moins qu'on n'ait des raisons apparentes de se méfier de sa conduite, on souffre qu'il conserve ses meubles dont la vente dérangeroit entièrement son ménage & son établissement, & deviendroit par là même nuisible à ses enfans qui doivent être ses héritiers. J'ai observé que depuis quelques années on charge le survivant d'augmenter d'un quart en sus la prise des meubles qu'il conserve pour son usage, hors ce qui a une estimation certaine; & j'ai indiqué l'origine & les progrès de cet usage moderne. On ne dispense pas même de la crûe le pere ou la mere dans le cas où l'intérêt des enfans s'oppose à la vente aussi-bien que le leur. Un laboureur chargé de fermes considérables perd sa femme si on vend ses chevaux, charrues, &c. si on en vend seulement la moitié, on le met hors d'état de continuer l'exploitation de ses fermes, non-seulement il perdra le profit qu'il en auroit tiré, mais il faudra les relaisser à sa folle enchere, & la mere étant commune, & peut-être ayant accédé au bail, les enfans en souffriront autant que leur pere. Il n'en sera pas moins tenu du quart en sus, & cela est juste, parce que les priseurs qui savent qu'on l'exigera ne manquent jamais de diminuer d'autant leur estimation. Ce qui montre que les praticiens qui ont étendu la crûe au-delà du cas de fraude, qui l'avoit fait adjuger, n'ont pas eu une idée bien merveilleuse.

Dans le cas de toutes ces exceptions, le tuteur sera très-bien de se faire autori-

TIT. IV.
Observ. 7e.

25.
Exceptions.

24.
Le tuteur qui ne vend pas doit y être autorisé.

Tit. IV.
O. civ. 70.

fer à conserver les meubles, ou partie d'iceux par avis des parens homologués par le juge. La coutume de Verdun, art. 102, veut qu'il prenne cette autorisation, s'il y a de justes causes de ne pas vendre; & un curateur bien avisé ne s'en dispense par tout ailleurs qu'avec cette précaution.

25.
Le survivant n'est pas obligé de laisser vendre sa part.

J'ai souvent vu agiter en consultation si le survivant qui a moitié dans les meubles pouvoit en demander le partage par experts, & ne laisser vendre que la moitié des enfans. L'affirmative est sans difficulté; une co-propriété indivise ne donne pas droit de faire vendre le tout quand la chose commune est partageable.

26.
Le tuteur doit faire emploi du prix de la vente des meubles.

La nécessité de la vente ne provient pas seulement de la crainte que les meubles ne déperissent, puisqu'on vend ceux mêmes qui ne déperiroient pas. Elle est sur-tout fondée sur l'avantage que les mineurs trouveront dans l'emploi des deniers en provenant, dont le tuteur doit leur rendre compte, *ensemble des intérêts d'iceux à raison de denier vingt*, dit la coutume de Metz. Cette coutume sembleroit donc laisser au tuteur la liberté de conserver les deniers des mineurs, & de les employer à ses propres affaires, à la condition d'en payer l'intérêt. Il est cependant certain à Metz comme ailleurs, que régulièrement le tuteur doit placer les deniers de ses mineurs, & que le curateur non-seulement peut, mais doit l'y forcer, à peine d'en répondre personnellement. L'art. cité de l'ordonnance de Metz oblige le tuteur de *les employer à la décharge des cens & rentes, ou acquisitions d'héritages par l'avis des parens & amis*. L'art. 144 de la coutume de Sedan ajoute, *ou constitution de rentes comme lesdits tuteurs verront être à faire pour le meilleur profit desdits mineurs, par l'avis de deux ou trois leurs prochains parens ou voisins*, & la coutume de Lorraine, art. 15 du tit. 4, dit encore plus généralement, *ou autres profits pour leurs mineurs à leur commodité plus grande*. Elle n'enjoint pas au tuteur de consulter les parens pour l'emploi: mais elle semble l'astreindre à ne placer que de l'avis de l'officier chargé du ministère public.

27.
Précautions que le tuteur doit prendre pour l'emploi.

Nonobstant ces légères diversités dans l'expression de nos coutumes, les règles sont les mêmes dans tout le ressort. Les tuteurs *sont tenus de placer en acquisitions d'héritages, ou en contrats de constitution, les deniers provenans de la vente desdits meubles, & le sort principal des rentes remboursées dans les six mois après la vente & les remboursemens faits; & dans le même délai, les revenans bon des épargnes lorsqu'ils forment un capital suffisant*. C'est ce que porte l'article 102 de la coutume de Verdun que nous suivons par tout, & qui a été conçu dans ces termes, pour faire cesser le doute dont parle M. D... sur l'art. 9 du tit. 9 de la coutume de Metz: *Si les tuteurs peuvent tirer des intérêts des deniers de leurs pupilles, en ne les prêtant qu'à simples cédules, promesses ou obligations*. Il rapporte les autorités pour & contre, qu'il a presque entièrement puisées dans le commentaire d'Ancillon sur le même article, & convient que la négative est certaine dans la jurisprudence actuelle des parlemens de Paris & de Metz, contre l'avis de M. Ancillon, & même apparemment contre le sien: » car il trouve *dur* que les mineurs qui n'ont pour tout bien

28.
S'il peut prêter à intérêts sans aliénation du capital.

» que quelque somme modique, ne puissent plus la retirer lorsqu'ils parviennent en
 » majorité, ou sont en état de travailler & de s'établir «. Il voudroit » que dans ce
 » cas qui, dit-il, a sa singularité, & qui sent bien le *damnum emergens*, admis par
 » les casuistes, l'on suivit l'art. 41 des arrêtés du parlement de Rouen, qui permet
 » de bailler en constitution de rente les deniers du mineur, à la charge de les ren-
 » dre audit mineur après sa majorité «. Mais le *lucrum cessans*, & le *damnum emer-*
gens sont une invention des casuistes qui, quoiqu'elle ait dans la spéculation quelque
 apparence d'équité, deviendrait dans la pratique un moyen toujours prêt de couvrir
 toutes sortes d'usures, & qu'aucun tribunal n'a admis, pas même le parlement de
 Normandie, dont l'arrêté qui permet de créer une rente constituée, avec obliga-
 tion de la racheter dans un certain tems, viole l'essence de ce contrat, & le con-
 vertissant en un simple prêt, le rend manifestement usuraire.

TIT. IV.
 Observ. 72.

Si le mineur approche de sa majorité, ou de son établissement, & qu'on prévoit
 qu'alors il aura besoin de son argent, il ne faut pas le prêter, & le tuteur doit se
 faire autoriser par la famille & par le juge à le conserver. Si le mineur est d'un âge
 moins avancé, on ne doit pas laisser ses deniers oisifs, mais on doit encore moins
 leur faire produire un intérêt usuraire & illégitime. En les employant en un bon
 contrat, on obvie à tout; parce qu'un bon contrat est presque toujours d'une dé-
 faite facile, & que le mineur devenu majeur, ou établi, ne peut pas être long-
 tems sans trouver à en faire de l'argent comptant s'il en a besoin.

Par l'art. 42 des arrêtés du parlement de Rouen le tuteur est tenu de faire payer
 les deniers provenans de la vente des meubles du défunt, & tous les autres deniers dès-
 lors de son décès, dans les six mois du jour que les termes des paiemens seront échus,
 & dans les six mois en faire le emploi. Ainsi en Normandie il a un an pour l'em-
 ploi; il a même 18 mois pour les arrérages des rentes, loyers de maisons & fer-
 mages d'héritages. Suivant l'art. 45 notre usage est différent. Je viens de dire que
 nous suivons par-tout l'art. 102 de la coutume de Verdun, qui donne 6 mois après
 la vente: ce qui s'observe à la lettre pour les ventes qui se font à la ville, parce
 qu'elles se font toujours argent comptant; mais à la campagne on donne presque
 toujours un terme, & les six mois ne se comptent que du jour du terme. A l'é-
 gard des arrérages & autres sommes exigibles, nous n'accordons pas au tuteur un
 délai pour se faire payer, & un autre pour placer: mais un seul qui court du jour
 de la clôture de l'inventaire, ou du procès-verbal de vente, à moins que les débi-
 teurs ne soient tombés en retard, & que le tuteur n'ait été obligé de faire des pour-
 suites contre eux, auquel cas les six mois ne courent que du jour qu'il a reçu ou
 pu recevoir.

26.
 Dans quel tems
 il doit placer.

L'art. 52 des usages locaux de Toul donne six mois au tuteur pendant toutes les
 années de sa tutelle pour placer les deniers qui lui rentrent; & on lui accorde dans
 tout le ressort le même délai, qui court aussi du jour qu'il a reçu, ou qu'il a pu re-
 cevoir; c'est-à-dire, qu'il n'y a rien à reprocher au tuteur qui n'a pas laissé écouler

Tit. IV.
Observ. 79.

30.
Les tuteurs
comptent du
produit du jour
de l'emploi.

plus de six mois sans placer. Mais cela n'empêche pas que s'il a trouvé plutôt l'occasion de faire emploi des deniers du mineur, il ne doit compter des intérêts du jour qu'ils en produisent : & c'est une idée ridicule que celle de quelques praticiens, suivant lesquels, quoiqu'il ait acquis une rente avant la fin de six mois, il n'est tenu d'en compter que du jour de l'expiration de ce délai. S'il acquiert un héritage, il est évident que les fruits en sont au mineur du jour de l'acquisition. C'est donc aussi de ce jour-là qu'il doit avoir le produit de la rente constituée, que son tuteur a acquise pour lui.

31.
Et s'il n'en fait
point du jour
qu'il a reçu.

Une autre prétention un peu plus apparente, mais qui n'est pas mieux fondée, est que si le tuteur ne fait point d'emploi, il ne doit point d'intérêts des six premiers mois, parce que ce terme lui étoit accordé pour placer. Quand il ne paroît pas que le tuteur a fait ce qu'il a pu pour trouver un emploi, il est censé avoir gardé les deniers de son pupille pour s'en servir, & présumer s'en être servi : ce qu'ayant pu faire dans le moment qu'il les a reçus, il en doit l'intérêt de ce jour-là.

32.
Ce qu'il doit
faire s'il ne trouve
pas d'emploi.

Il peut cependant arriver que les six mois s'écoulent sans qu'il se présente aucune occasion de faire des deniers du mineur un emploi qui lui convienne. Alors le tuteur doit, sans attendre l'expiration, faire assembler les parens en l'hôtel du juge, leur rendre compte de l'inutilité des mouvemens qu'il s'est donnés, les inviter de lui indiquer un emploi, s'ils en connoissent quelqu'un, & au cas qu'il n'en sache point, demander d'être autorisé à déposer les deniers chez un notaire jusqu'à ce qu'il se présente un emploi convenable ; alors n'y ayant plus rien à imputer au tuteur, il ne paroîtroit injuste de lui faire payer des intérêts ; mais je crois en ce cas le dépôt nécessaire afin d'éviter le soupçon que le tuteur suppose qu'il ne trouve point d'occasion de placer, pour pouvoir se servir des deniers du mineur, à moins que les parens n'opinent qu'il vaut mieux qu'il en demeure lui-même dépositaire, & que profitant du premier emploi qui se présentera, il ne prouve par là qu'il les a toujours conservés dans son coffre, sans en faire aucun usage pour son compte.

33.
L'emploi que le
tuteur fait de
son chef est à
ses risques.

Le tuteur qui place de son chef est garant de l'emploi. S'il prête à un débiteur qui devienne insolvable, il est responsable de la dette. S'il achète des héritages trop cher, le mineur peut les lui laisser à son compte. » Cet emploi ordonné par la loi, dit » Faber sur l'art. 15 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, n°. 504, est le plus difficile que les tuteurs aient à faire, parce qu'ils ne doivent précipiter leur achat, » afin qu'ils l'aient à meilleur prix, ni trop délayer, de peur d'en perdre l'occasion » si un autre s'avance plus, & qu'il l'achète. *L. 7, §. 1. ff. de administr. tutor.* (1), » & ainsi est reprehensible s'il est hâté, & s'il a délayé : s'il a acheté, ou s'il n'a

(1) Cette loi ne parle pas d'un achat trop précipité, ou manqué pour avoir été trop retardé, mais d'une vente de meubles faite trop vite, ou trop tard.

» pas acheté. *L. si post depositionem ff. de admin. tutor* « (1). Et il est vrai que le tuteur ne doit pas négliger de placer avantageusement les deniers de sa tutelle quand il en trouve l'occasion. Il doit, au contraire, la chercher & la saisir. Les loix lui en font un devoir. Mais quelle que soit leur disposition il est moins dangereux pour lui de manquer l'occasion d'acquérir que de faire une acquisition à trop haut prix. Le mineur lui fera payer l'intérêt des sommes qu'il n'a pas placées dans les six mois, s'il n'a pas pris, pour l'éviter, la précaution que je viens d'indiquer. Mais il est très-difficile & très-rare que le mineur puisse faire un crime à son tuteur de n'avoir pas acquis pour lui tels héritages en particulier : il faudroit pour cela qu'il eut été averti & invité judiciairement par le curateur, ou par quelque proche parent de les acquérir; que l'acquisition eut été évidemment avantageuse, tant du côté du prix, que du côté de la sûreté, & même de la convenance, & que les héritages fussent restés assez long-tems en vente pour que la négligence inexcusable du tuteur en eut seule fait manquer l'acquisition. Mais quand il place de son chef, c'est à ses risques, & s'il fait un mauvais marché, la perte tombe sur lui. Le remède, contre
 » nue Faber, est au tuteur de... s'enquérir de quelques héritages propres & com-
 » modes à iceux (mineurs) & qui soient en vente, & dont les vendeurs soient af-
 » surés garants; & exposer le tout aux principaux parens des mineurs, afin que,
 » selon leur avis donné en justice, il se conduise audit achat, ou donne les deniers
 » à intérêts. Ce ne seroit pas assez, quoi qu'en dise la coutume de Sedan, d'a-
 » voir pris, même dans cette coutume, l'avis extrajudiciaire de deux ou trois prochains
 » parens : il faut les assembler en même nombre que pour l'acte de tutelle, appeler
 » sur-tout les plus proches, & ceux qui ont concouru à cet acte; prendre avec leur
 » avis le consentement de la partie publique, & faire autoriser l'emploi par le juge.
 Toutes ces précautions sont nécessaires pour la sûreté du tuteur; car, non-seule-
 ment, s'il en use de sa seule volonté, mais encore s'il ne se fait pas autoriser judi-
 ciairement & régulièrement, l'emploi quoiqu'agréé par quelques parens, demeure-
 ra à ses risques, & même il ne sera sans soupçon d'y avoir voulu pratiquer quelque
 chose. Ce sont les termes de Faber qui cite la loi 3, *cod. arbit. tut.* (2).

M. D...., sur l'art. 9 du tit. 9 de la coutume de Metz, remarque que, lors de sa rédaction, les intérêts étoient permis au denier douze, suivant l'art. 19 de l'ordon-

Tit. IV.
Observ. 73a.

34.
Mais il ne rif-
que rien, s'il
s'est fait auto-
riser à placer.

35.
Les tuteurs doi-
vent les inté-
rêts au taux
courant.

(1) Il n'y a dans ce titre, ni je crois dans un autre titre dudit jurisconsulte, ni du code aucune loi qui commence par ces mots : *Si post depositionem*.

(2) Cette citation n'est pas cependant absolument juste. Il s'agit dans la loi d'un curateur qui a rendu l'argent déposé pour faire une acquisition au nom du mineur, & qui s'en est servi pour acquérir pour lui-même. L'empereur donne le choix au mineur ou de prendre l'acquisition comme si elle avoit été faite pour lui, ou de se faire payer la somme que le curateur a employée pour lui-même avec l'intérêt. Mais quoique la citation de Faber ne soit pas exacte, sa décision est vraie.

TIT. IV.
Observ. 7.

nance de Metz, du 21 Mai 1564 ; que cette stipulation a été permise jusqu'en 1643 ; que par une déclaration du 7 Juillet, elle a été réduite au denier quinze, & ensuite au denier dix-huit, par l'édit du mois de Juin 1669 ; ce qui a continué jusqu'en 1720 ; qu'alors le taux des intérêts a été fixé au denier cinquante, porté au denier trente en 1724, & au denier vingt en 1725. Il ajoute que la coutume ne chargeant les tuteurs de compter des intérêts qu'au denier vingt, dans le tems qu'ils pouvoient placer au denier douze & au denier quinze, l'excédent tournoit à leur profit ; qu'ils auroient perdu ce profit depuis que les intérêts avoient été réduits au denier dix-huit, & que même, plus communément, on ne les payoit qu'au denier vingt, si on n'avoit pas toléré qu'ils ne rapportassent dans les comptes tutélaires les intérêts des deniers de leurs mineurs qu'à quatre pour cent ; mais que tel a été l'usage à Metz, de peur de rebuter les tuteurs qui n'avoient pas de gages : & qu'il n'y a point d'inconvénient de le continuer ; puisque, suivant Le Grand, un tuteur peut se faire adjuger quelque somme ; sinon pour salaires, ce qui ne convient qu'aux tuteurs à gages, du moins par forme de récompense, eu égard à la valeur des biens, & à la difficulté de la gestion.

Il y a bien des choses à rectifier dans tout ce que dit ici M. D... : 1°. l'ordonnance de Metz, dont il parle, a été publiée non le 21, mais le 20 Mai 1564. Ce n'est peut-être qu'une faute d'impression : en tout cas, elle est très-légère ; 2°. il y est dit, art. 19, que jusques-là on avoit accoutumé de faire les constitutions de cens à cinq pour cent (1) : mais parce que, par fortune des guerres, & principalement par le siège que Charles-quinç avoit mis devant Metz en 1552, est advenu les habitants de cette ville & pays, être si appauvris d'argent, que... le povre ne peut être secouru à son besoin ; dorénavant lesdites constitutions, soit en argent ou en espèces, pourront être faites à raison du denier douze. C'étoit donc une simple permission qui n'empêchoit pas que les rentes ne se créassent souvent à un denier moins fort, & quelquefois à cinq pour cent, suivant l'ancien usage ; 3°. il suit de-là que, lorsque la coutume a été rédigée, l'intention de ceux qui y ont travaillé n'étoit point du

(1) J'en ai vu bien des exemples, un entre autres, que je ne puis m'empêcher de rapporter ici, pour montrer le peu de valeur qu'avoient autrefois les denrées dans le pays. Vers le milieu du 15e. siècle, Jacomin de Briey emprunte du chapitre du même lieu (depuis supprimé & réuni à la cure) cent francs messins à titre de constitution, dont il s'oblige de payer cinq francs de rente annuelle. Quelques années après, le débiteur & son fils exposent par une requête au chapitre qu'ils sont écrasés par l'exorbitance de la rente de cinq francs (elle ne revenoit pas à trente-six sols, neuf deniers tournois) & supplient le chapitre de se contenter de trente quarts de froment, ce que le chapitre accepte par commiseration. Ainsi on aimoit mieux payer une quarte de bled que moins de quinze deniers tournois, & le créancier qui acceptoit en échange faisoit grace au débiteur : ce qu'on a peine à concevoir, malgré la différence de la valeur intrinsèque des especes de ce tems-là, & des nôtres.

tout que les tuteurs émoulementâssent au détriment de leurs mineurs, en plaçant les deniers de la tutelle à un taux plus fort que celui auquel ils en comptoient. Le véritable esprit de la coutume étoit que, si les tuteurs ne trouvant pas à employer l'argent de leurs mineurs, le gardoient, ils en payâssent l'intérêt, mais sur le taux le plus bas qui avoit cours; ce qui ne manquoit pas d'équité, & n'empêchoit pas lorsqu'il y avoit eu un emploi fait pour les mineurs, le tuteur ne dût compter en plein de la rente, ou de l'intérêt qu'il recevoit en leur nom.

4^o. La déclaration du 7 Juillet 1643 n'a pas réduit les intérêts du denier douze au denier quinze. Elle prouve que jusques-là on prêtoit souvent dans le pays à un denier moindre que le denier douze (1). Non-seulement elle défendit de stipuler désormais les intérêts à plus haut taux que le denier dix-huit; mais elle réduisit les contrats antérieurs, nonobstant toute stipulation. Ce fut le parlement qui, par l'arrêt de vérification, ordonna qu'à l'avenir les débiteurs en continueroient le paiement au denier quinze, quant aux villes de Metz, Toul & Verdun, & au denier seize pour la Lorraine. Cette disposition sembloit ne regarder que les contrats antérieurs; & ceux qui furent faits postérieurement paroissent ne pouvoir excéder le denier dix-huit, suivant la déclaration, puisqu'elle n'avoit pas été modifiée par l'arrêt d'enregistrement pour les contrats qui seroient passés à l'avenir; mais on ne suivit pas cette loi dans l'usage, & il a été à Metz & dans le ressort de stipuler les intérêts au denier quinze jusqu'à l'édit du mois de Juin 1669.

Cependant Ancillon témoigne sur l'art. 9 du tit. 9 de la coutume de Metz; *Vbo. des intérêts au denier vingt*, que la plupart des tuteurs qui ont rendu leurs comptes depuis 1646, n'ont fait recette des intérêts des deniers pupillaires qu'à raison du denier vingt-quatre; quelques-uns même, mais rarement, sur un pied plus bas. Par l'édit de 1669, le taux des rentes ayant été fixé au denier dix-huit, la différence entre ce taux & celui du denier vingt n'étoit presque que d'un demi pour cent: nouveau prétexte pour les tuteurs de ne compter qu'au denier vingt-quatre. Dès-lors néanmoins, Ancillon blâmoit cet usage, & vouloit qu'ils comptâssent au denier vingt, suivant la coutume. Les bons tuteurs le faisoient, & j'ai vu des comptes où les intérêts étoient employés sur ce pied. Depuis 1720, jusqu'en 1724, on ne les a pas admis à compter des intérêts à leurs mineurs sur un pied moindre que le denier cinquante, ni en l'année suivante, au dessous du denier trente, auquel ils avoient été fixés. Ainsi, après qu'en 1725, ils l'ont été à cinq pour cent, il ne paroissoit pas qu'on dût accorder aux tuteurs le bénéfice d'un pour cent sur leurs mineurs. Cependant le bailliage de Metz qui par pure erreur les avoit autrefois admis

(1) Voici les termes: *Joint encore à cela l'accumulation de plusieurs années de rentes & arrérages au denier douze, quinze, seize, écoulées pendant le tems des guerres. Voyez-la dans le recueil des édits, &c. registrés au parlement de Metz, tom. 1, pag. 616.*

TIT. IV.
Observ. 7e.

36.
Le tuteur ne doit avoir ni fa-
laies ni récom-
pense.

37.
Mais il doit être
indemnité de ce
qu'il lui en coût-
te pour se faire
aider dans sa
gestion.

à ne compter qu'au denier vingt-quatre, y a substitué le denier vingt-cinq avec aussi peu de fondement. Il ne pouvoit, quoi qu'en dise M. D..., colorer cet abus inconnu par-tout ailleurs, sur l'autorité du commentateur de la coutume de Troyes, qui à l'endroit cité (sur l'art. 21, gl. 4, n°. 48) n'accorde pas plus de récompense que de salaires aux tuteurs : qui dit au contraire que la tutelle est une charge publique que chacun est obligé d'exercer gratuitement, & veut seulement qu'on ait quelque égard à la valeur du bien & à la difficulté de la gestion ; c'est à-dire, qu'on indemnise le tuteur de ce qu'il lui en coûte pour se faire aider dans l'administration pénible d'un bien considérable, comme je l'ai dit ci-dessus après Canon, observ. 4, n°. 18. Sur quoi on peut voir encore Ancillon à l'endroit cité, qui veut même qu'on ait égard au tems considérable qu'un artisan a perdu aux affaires de son mineur : ce qui peut être équitable lorsqu'elles l'ont mis dans le cas de ne pouvoir gagner sa subsistance.

Mais ces considérations qui, quelquefois & très-rarement, peuvent mériter attention, n'étoient pas un motif pour accorder indistinctement à tous tuteurs le cinquième des rentes de leurs mineurs, dont la recette ne leur coûtoit que la peine d'écrire une quittance ; tandis qu'on ne leur accorderoit rien, & qu'on reconnoissoit qu'il ne leur étoit rien dû pour la recette du produit des immeubles, dont l'administration est sans comparaison plus pénible.

Aussi la mauvaise jurisprudence du bailliage, quoique approuvée par M. D..., a été proscrite par arrêt du 29 Novembre 1742, rendu *consultis classibus*, entre Pierre Billon en qualité de tuteur des enfans de Dominique Béchamp, & de Madelaine Pion, appellant, & Me. Poinignon précédent tuteur des mêmes mineurs intéressés : qui a ordonné que les tuteurs compteroient des intérêts des deniers de leurs mineurs, qu'ils auroient placé ou dû placer sur le pied de l'ordonnance, à moins qu'ils n'eussent été autorisés par avis de parens & décret du juge, à les constituer à un denier moindre.

38.
Sur quel pied
le tuteur doit-il
payer les inté-
rêts, depuis la
réduction des
rentes à 4 pour
cent ?

La réduction des rentes qui vient d'être faite (1) pour l'avenir, peut faire demander sur quel pied les tuteurs compteront désormais ? Quant aux rentes appartenantes aux mineurs, il est sans difficulté qu'ils les rapporteront sur le pied des contrats. Mais pour les intérêts des sommes qu'ils ont gardées sans les employer, je distingue : ou ils ont reçu ces sommes six mois avant la réduction, ou depuis. Au premier cas elles auroient pu & dû être placées au denier vingt ; & les mineurs en percevroient la rente sur ce pied. C'est donc celui sur lequel le tuteur la doit, jusqu'à ce qu'il

(1) Par édit de Juin 1766, voy. le recueil des édits registrés au parlement ; mais depuis, & par autre édit de Février 1770, les rentes ont été remises au denier vingt, même recueil, tome 14, pag. 241.

place, ou qu'il rembourse. Au second cas il ne peut devoir l'intérêt qu'au taux de l'ordonnance actuelle.

Le tuteur doit avoir soin de tous les biens de son mineur, & les faire valoir. Il arrive souvent qu'il les afferme de son chef & sans formalités. Cet usage n'est tolérable que lorsqu'il s'agit d'un bien peu considérable, & que les frais d'une adjudication à qui plus, absorberoient une partie du revenu. Hors ce cas, il faut publier, & affermer à l'enchère les biens des mineurs : faute de quoi le tuteur peut être forcé d'en compter à dire d'experts, & même condamné à des dommages & intérêts envers les mineurs. Cette règle de mettre *en criées au plus offrant, pour le plus grand profit des mineurs*... Le *laix ou bail de leurs héritages* est ancienne à Metz. D'Abocourt en parle fol. 71, & la confirme par un jugement de l'an 1314. Mais il n'est pas nécessaire que les publications se fassent en justice : le tuteur doit même les faire dans l'étude d'un notaire, où les frais sont bien moindres.

Un autre devoir du tuteur est de payer les dettes du mineur. C'est même à quoi il doit employer par préférence les deniers comptans qu'il reçoit, soit au commencement, ou dans le cours de la tutelle, & qui ne lui sont pas nécessaires pour la nourriture & l'éducation du mineur, ni pour l'entretien & la conservation de ses immeubles. Il vaut mieux libérer le mineur, que d'acquiescer pour lui. Cependant si le mineur étoit chargé de rentes constituées à un denier fort bas, le tuteur pourroit les laisser subsister, pour faire par avis de parens une acquisition qui rapporteroit plus que ces rentes.

Dans le cas contraire ; c'est-à-dire, si le mineur est chargé de rentes onéreuses, & qu'il ait des immeubles de peu de rapport, par la vente desquels il puisse se libérer ; par exemple, si débiteur de 3000 liv. portant 150 liv. de rente, le tuteur peut l'acquiescer en vendant un bien qui ne rapporte pas cent livres, fera-t-il dans l'interdit de faire cette aliénation ? Les loix ne défendent pas absolument la vente des biens des mineurs. Elles défendent seulement de les aliéner sans permission du juge : *Biens des mineurs ne peuvent être par eux, ni leurs tuteurs, vendus, changés, ou autrement aliénés, sans l'autorité ou permission du magistrat sur peine de nullité desdites ventes ou autres contrats.* Metz, tit. 9, art. 12 ; Sedan, art. 147, &c. Les coutumes de l'évêché, tit. 4, art. 11, & de Lorraine, tit. 4, art. 13, disent, *sans l'autorisation ou consentement du procureur-général, ou d'office: oui sur ce l'avis, & ayant l'assistance de deux ou plusieurs ;* la coutume de Lorraine dit *d'anciens parens desdits mineurs.* Mais uniformément dans toutes les coutumes l'aliénation des biens des mineurs est nulle, si elle n'a été faite de l'avis, non de deux ou de trois parens seulement, mais de la famille assemblée en même nombre que pour la tutelle, en l'hôtel du juge, par lui autorisée sous les conclusions de la partie publique, & faite au plus offrant.

L'autorisation ne doit être accordée que lorsqu'il y a nécessité pour arrêter les poursuites des créanciers, ou une très-évidente & très-grande utilité. Pour qu'on

TIT. IV.
Oblerv. 72.

39.
Comment le tuteur doit laisser les biens à bail.

40.
Le tuteur doit payer les dettes.

41.
Quand & comment le tuteur peut vendre les immeubles.

puisse dire qu'il y a nécessité de vendre, il ne faut pas que les poursuites des créanciers aient été portées jusqu'à la discussion. Le zèle du tuteur doit l'engager de prévenir les frais qui retomberoient sur les mineurs; mais à moins qu'il n'y ait un avantage considérable & manifeste pour le mineur de se libérer d'une dette onéreuse, en vendant un bien de peu de rapport, il faut des poursuites commencées, ou au moins des menaces très-sérieuses & prêtes à être réalisées pour autoriser le tuteur à vendre. Nos peres portoient autrefois l'exacritude très-loin sur ce point. Ce qu'en dit Ancillon sur l'art. cité, Vbo. *sans l'autorité ou permission*, mérite d'être lu. On y apprendra qu'un des juges faisoit en quelque sorte le rôle de pere des mineurs, & qu'on lui donnoit même le nom de *pere en justice*. On y verra avec quelle circonspection le magistrat doit permettre l'aliénation pour les cas où elle peut être permise; & pour ce qu'il y faut observer il renvoie à la *L. magis puto*, sans indiquer le titre. C'est la 5e. ff. *de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt, sine decr. non alien.* Il auroit dû renvoyer au titre même qu'il faut voir en entier.

Toutes les solemnités sont ici essentielles & de rigueur; & si elles n'ont pas été exactement observées, si même une seule manque, le décret d'autorisation tombe de lui-même. Il n'est pas alors nécessaire que le prix de la vente ait été moindre que la valeur de l'héritage, pour donner lieu aux plaintes du mineur; à la vérité, *minor restituitur, non ut minor, sed ut læsus*. Mais si l'aliénation n'est pas rigoureusement formalisée, *minor etiam alienando læditur*. Ce qui a été jugé au parlement de Metz autant de fois que la question s'est présentée: entre autres, par un arrêt du mois de Juin 1660, confirmatif d'une sentence du bailliage de Metz du 23 Janvier précédent; par laquelle la vente faite en 1653, par Esther Belleau, lors mineure, avec le nommé l'Etang, son mari, de trois mouées de vignes proche St. Julien, avoit été déclarée nulle, quoiqu'Anne Philpin, veuve de Bastien Briquet, acquéreur, soutint que ces vignes avoient été vendues à leur valeur. Voy. mes extr. des arrêts d'Ancillon, pag. 23. & 34. Je rapporterai ci-dessous, n°. 50, d'autres arrêts conformes.

La formalité la plus indispensable est que la vente ait été faite sur affiches & publications à qui plus. Ancillon dans son commentaire à l'endroit cité, remarque qu'il y a même des auteurs qui veulent qu'elle soit faite avec toutes les formalités du décret. Mais leur opinion n'a pas été suivie. Il suffit qu'elle soit publique. On peut même dire que l'expérience a prouvé que les héritages qui se vendent par décret s'adjugent très-souvent pour un prix moindre que leur valeur; souvent aussi il y a mévente dans les autres adjudications judiciaires, parce qu'après un certain nombre de publications, s'il ne se présente plus d'enchérisseurs, les parties ne peuvent empêcher le juge de prononcer l'adjudication. Par cette raison, jointe à la diminution des frais, quoiqu'Ancillon semble exiger que la vente soit faite *à jour ordinaire des plaids*, je conseillerai toujours de vendre chez un notaire plutôt qu'à la barre, ou à l'hôtel du juge, parce que le notaire n'adjudge que quand le tuteur trouve que les mises sont portées à la valeur du bien. Mais les affiches & les publica-

sons font de nécessité absolue. Ancillon dit même V^{bo}. *sur peine de nullité*, que si le pere du mineur a ordonné par son testament la vente d'une maison ou autre héritage, le tuteur le doit vendre publiquement après trois publications. A quoi j'ajoute que ce n'est pas assez, & qu'il en faut un plus grand nombre.

Après tout : de quelque maniere qu'on ait vendu, le mineur rentrera dans son bien s'il a été lésé. Toute la différence qu'il y a entre une vente dûment formalisée & celle où les solemnités n'ont pas été observées, c'est que le mineur ne peut être restitué contre la première que pour cause de lésion : au lieu que la seconde est nulle de plein droit, & qu'il est censé lésé pour l'aliénation même. *Ainsi la meilleure précaution qu'on puisse y apporter*, dit encore le même commentateur, V^{bo}. & *ne seront les mineurs, &c. est de faire les choses à l'avantage des mineurs; car au surplus, on a beau prendre ses mesures, & garder les formalités requises en ce qui concerne l'aliénation de leurs biens : ils peuvent toujours la faire annuler du chef de la lésion.*

Ce qui vient d'être dit des ventes faites pendant la tutelle s'applique également à celles qui se font après l'émancipation, ou autrement. C'est même l'espece de l'arrêt de 1660 dont je viens de parler n^o. 40. La pleine liberté d'aliéner ses immeubles n'est jamais acquise avant l'âge de 25 ans. *Les mineurs émancipés*, dit l'art. 109 de la coutume de Verdun, *ne peuvent aliéner leurs contrats de constitution sans l'avis & consentement de leurs plus proches parens.* Sur quoi je remarque 1^o. que cette disposition étoit nécessaire, parce que les émancipés qui peuvent disposer de leurs meubles auroient pu en droit de disposer de leurs rentes constituées dans cette coutume, dont l'art. 25 les répute meubles quant à la disposition, quoiqu'immeubles à tous autres égards. Ainsi ce qui est statué pour les rentes doit, à plus forte raison, être suivi pour les immeubles réels. 2^o. Quoique la coutume n'exige que le consentement des parens, il n'en faut pas moins, même pour l'aliénation des rentes, observer toutes les autres solemnités, sans lesquelles tous mineurs sont reçus à demander de rentrer dans leurs immeubles aliénés.

Mais on demande dans quel tems le mineur doit se pourvoir pour en faire déclarer la vente nulle ? S'il n'a que dix ans, à compter du jour de sa majorité, ou s'il a tout le tems requis pour prescrire ? L'art. 7 du tit. 12 de la coutume de Lorraine porte *rescision de contrat par lésion de moitié de juste prix, ni autres moyens de relief, & bénéfice de restitution en entier, quels ils soient n'ont lieu : bien sont reçues les voies de nullités lorsque les choses se trouvent faites & traitées illégitimement, & contre les loix & coutumes du pays.* Le duc Léopold dans son ordonnance du 8 Avril 1699, au recueil des ordonnances de Lorraine, tom. 1, pag. 153, dit que le premier chef de cet article n'a été suivi, ni exécuté ; & que par un usage contraire les parties ont obtenu des ducs ses prédécesseurs des décrets au bas des requêtes présentées pour obtenir rescision, relief, & bénéfice de restitution en entier, non seulement pendant dix ans, mais même pendant trente ans, qui est celui de la prescription suivant la même coutume : & il statue que dorénavant la restitution aura

TIT. IV.
Observ. 7e.

42.
Le mineur est toujours restituable s'il y a lésion.

43.
Les mêmes principes ont lieu pour les ventes faites par les émancipés.

44.
Dans quel tems il faut se pourvoir contre la vente des biens des mineurs.

TIT. IV.
Observ. 76.

lieu, pourvu qu'elle soit obtenue dans les dix ans. Il est certain aussi que dans les parties du ressort du parlement de Metz, qui sont régies par la coutume de Lorraine, on a de tout tems pris les lettres de restitution en chancellerie, à l'égard desquelles, ainsi que pour l'entérinement d'icelles, on a suivi les mêmes regles qui s'observent ailleurs.

Cela a donné lieu à une contestation jugée par arrêt de cour souveraine de Lorraine du 29. Novembre 1708, rapporté au même recueil, pag. 641, voici ce qu'on peut y recueillir de l'espece. Un gagnage situé à Xirocourt, appartenant au comte des Armoises de St. Baslemont, mineur, avoit été vendu par contrat du 14 Avril 1689, au sieur Maréchal, doyen de la collégiale de Commerci. Le 17 Mai 1704, le sieur comte des Armoises de Commerci avoit obtenu pour, & sous le nom du sieur de St. Baslemont un décret de restitution *contre la vente par lui faite*. Ce sont les termes desquels il semble résulter que c'étoit le mineur lui-même qui avoit vendu: d'autant plus que la Dme. de Crosny, héritière du sieur Maréchal, faisoit valoir, que la vente avoit été faite du gré & consentement du pere du tuteur & des parens du mineur. Elle le soutenoit non-recevable, n'ayant agi pardevant juge competent pour l'enterrinement qu'en l'année 1706, tems auquel les premières dix années depuis sa majorité complete étoient écoulées. Elle ajoutoit qu'il étoit pressé pour le paiement de ses dettes, & qu'il n'y avoit point de lésion. Il répondoit que ce n'étoit pas assez qu'il y eut des causes de vendre, qu'il falloit observer les formalités prescrites par la coutume dont l'omission faisoit tomber le contrat sans qu'il fut besoin de lettres. M. Bourcier, avoçat général, dit que le contrat étant nul, le décret de restitution étoit inutile. L'arrêt déclara, en effet, la vente nulle, si le tuteur avoit vendu, cette décision étoit très-juste; car en ce cas le mineur n'a pas besoin de lettres, puisqu'on ne lui oppose que le fait d'autrui, & on disoit en vain que le tuteur n'agissant que pour & au nom de son mineur, *factum tutoris, factum pupilli*. Cela n'est vrai qu'autant que le fait du tuteur est autorisé par la loi: or bien loin que la loi autorise le tuteur de vendre sans nécessité, elle le lui défend. C'est donc le cas de dire que l'acte est nul, & que la restitution est inutile.

45.
En quel cas les lettres de restitution sont nécessaires.

Mais si le sieur de St. Baslemont avoit vendu lui-même, comme le préambule de l'arrêt le fait entendre, il n'est pas facile à justifier, & paroît avoir été dicté par le vieux & faux préjugé que les voies de nullité ont lieu, non le bénéfice de restitution. Le vrai principe est que les contrats passés par un mineur ne sont pas nuis, & qu'ils peuvent seulement être annullés lorsque le mineur est lésé: il ne peut donc alors les attaquer que par le bénéfice de restitution en entier. Il en est de même, lorsque la vente faite par le tuteur a été revêtue de toutes les formalités requises. Comme on ne peut plus alors l'arguer de nullité, le bénéfice de la restitution peut seul la faire rescinder: & le mineur n'a ce bénéfice qu'autant qu'il l'obtient par décret du prince ou lettres de chancellerie, suivant l'usage de chaque souveraineté, dont il doit demander l'entérinement dans le tems utile.

46.
Non le bénéfice de restitution.

Au surplus, pour que le mineur puisse rentrer dans ses immeubles aliénés, il faut non-seulement qu'il en attaque la vente, si elle a été faite sans quelques-unes des solemnités requises par son tuteur, avant que le tems requis pour prescrire soit écoulé; & si elle a été dûment formalisée, ou qu'il ait vendu lui-même, dans les dix ans du jour de sa majorité; mais encore qu'il n'ait pas ratifié ou approuvé la vente depuis qu'il est majeur. Je n'estime pas qu'il seroit censée l'avoir approuvée du seul fait qu'il auroit reçu de l'acquéreur les rentes du prix; car comme tout contrat s'exécute jusqu'à ce qu'il soit déclaré nul, l'exécution, en majorité, d'un contrat passé en minorité n'en emporte pas la ratification. Mais si le tuteur rendant compte au mineur devenu majeur, faisoit recette du prix de la vente, & que le mineur acceptât cette recette purement & simplement, & sans protestation de se pourvoir contre la vente, je crois qu'il seroit censé l'avoir approuvée, & ne seroit plus recevable à la quereller.

Lorsque la vente est autorisée par le juge, & qu'elle se fait au plus offrant, le tuteur peut-il acheter? Ancillon, *ibid* V^{bo} *sans l'autorité*, incline pour la négative. Cependant il distingue entre la vente volontaire permise sur l'exposé du tuteur, & celle qu'un créancier du mineur poursuit par saisie réelle. Il croit qu'au premier cas, le tuteur ne peut acheter, mais qu'il le peut au second, pourvu qu'il n'y ait aucun artifice. Mais quoiqu'il appuie cette dernière décision de l'autorité de Mornac, qui en rapporte un arrêt sur la l. 5, *cod. de contrah. empt.* & ne laisse pas d'y trouver un très-grand danger; elle me paroît peu sûre, non-seulement parce que le tuteur qui aura envie d'un héritage de son mineur, peut affecter de le laisser saisir réellement, pour s'en rendre adjudicataire; mais encore parce que lors même qu'il n'aura pu empêcher les poursuites du créancier, l'envie d'acquiescer pour lui-même ne l'animera pas à se donner des mouvemens pour exciter les encheres, & peut même l'engager de travailler sourdement à dégoûter les curieux. Ainsi je tiens qu'indistinctement le tuteur ne peut acquiescer. Je serois même difficulté de le permettre aux parens, qui ont donné leur avis pour l'aliénation, pour peu que les circonstances pussent les faire soupçonner d'avoir, en le donnant, consulté leur intérêt personnel.

Puisqu'il s'agit ici de l'aliénation des biens des mineurs, je dirai, qu'excepté à Mouzon, où on suit la coutume de Paris, on ne connoît pas dans le ressort la maxime que les biens des mineurs ne changent pas de nature pendant leur minorité. Cette remarque m'a paru d'autant plus nécessaire, qu'Ancillon *ibid.* V^{bo} *sur peine de nullité*, dit que *les deniers du rachat des rentes constituées appartenantes aux mineurs, fait entre les mains de leur tuteur, tiennent même nature & qualité, comme il est porté par l'art. 94 de la coutume de Paris*: & que non-seulement il n'averit pas qu'on ne suit pas la disposition de cet art. dans nos coutumes: mais qu'il ajoute sans correctif, que Brodeau dit qu'il doit être étendu aux coutumes qui n'en disposent point. Il est certain, au contraire, & d'un usage très-fréquent parmi nous,

TIT. IV.
Observ. 75.

47.
L'exécution des
contrats en mi-
norité n'empê-
che point la res-
titution.

48.
Le tuteur ne
peut acheter les
biens de son mi-
neur.

49.
Les biens des
mineurs peu-
vent changer de
nature pendant
leur minorité.

TIT. IV.
Obliv. 7e.

50.
Les successions
se partagent
dans l'état où
elles se trou-
vent.

51.
Le tuteur qui a
vendu en cette
qualité n'est pas
garant de l'é-
viction.

que les deniers provenans du rachat d'une rente constituée, qui dans la coutume de Metz tenoit à un mineur nature de tréfonds, & qui dans les autres coutumes lui tenoit nature d'immeuble ou de propre, & de bien de ligne, sont dans la succession du mineur considérés comme de pures meubles qui appartiennent à l'héritier mobilier; & en général, que les successions des mineurs, comme celles des majeurs, se partagent dans l'état où elles se trouvent, & suivant la nature réelle des biens qui les composent, sans aucun égard à la nature des biens qui n'existent plus, & desquels proviennent ceux qu'il échet de partager.

Les acquéreurs évincés par les mineurs ne manquent gueres d'agir en recours contre les tuteurs qui ont souscrit les ventes dont la nullité est demandée. Cette action est-elle fondée? Il faut distinguer, ou le tuteur n'a vendu qu'en nom qualitatif, ou il a promis la garantie, & s'est obligé en son pur & privé nom de faire ratifier le mineur. Au premier cas, il n'est tenu de rien, tout ce que le tuteur fait, est considéré comme le fait propre du mineur. Les obligations ou les actions qui procèdent du contrat ont leur effet, pour ou contre le mineur. *Domat loix civ. part. 1 liv. 2 tit. 1, sect. 2, art. 9;* & le tuteur ne peut être personnellement inquiété, quand il n'a pas cautionné son pupille. C'est la disposition de la *L. 15, cod. de admin. tut. si non subscripsisti quasi fidejussor, frustra vereris ne ex ea intercessione quâ signasti ut curator... conveniri possis.* La regle est générale pour tous ceux qui stipulent au nom d'autrui, comme le dit Godefroy sur cette loi, *Vbo. curator de eo quod quis facit ut tutor, vel curator, vel procurator, vel gestor alterius, suo nomine conveniri non potest.* Le président Boyer agite la question *decis: 80,* à l'occasion d'un tuteur qui avoit vendu une maison de son mineur, dans laquelle l'héritier du mineur vouloit rentrer. Il se détermine pour le tuteur, & pour tout autre qui n'a agi qu'en nom qualitatif, & dit qu'il n'est obligé qu'à montrer qu'il avoit la qualité qu'il a prise: *quando, dit-il, n. 4, quis vendit rem tamquam procurator alterius, vel tanquam tutor, tunc non tenetur de evictione suo proprio nomine, sed tantum docere debet fuisse legitimum procuratorem, vel tutorem, ut dicunt Baldus & doctores, & Bartolus dicit nullius allegasse; & illud mente tenendum commendat.* On peut ajouter Despeisses, tom. 1, part. 1 tit. 16, sect. 5, n. 11. Papon, liv. 15, tit. 5, n. 5, le Grand, sur l'art. 21 de la coutume de Troye, gl. 4, n. 6; & Chaffeneuz sur la coutume de Bourgogne, tit. 6, art. 6, *Vbo. d'en rendre compte,* n. 12. Le dernier paroît dire que, pour que le tuteur soit à l'abri de toutes recherches, il faut qu'il ait pris l'avis des parens. C'est sans doute une très-bonne précaution, voy. *Menochius, de præsumpti, lib. 3, præf 128, n. 2.* Mais elle n'est nécessaire au tuteur, que pour justifier sa conduite vis-à-vis de son mineur: & à l'égard de celui qui est évincé par le mineur, la défense du tuteur contre l'action révélaire intentée contre lui, est fondée uniquement sur ce qu'il n'a contracté aucune obligation personnelle, & en son nom.

Les arrêts confirment cette doctrine. Bouyot, tom. 2, *Vbo. tuteur, quest. 8, demande;*

mande ; » si un ayant vendu en qualité de tuteur, peut, la tutelle finie, être con-
 » venu en garantie en son propre & privé nom ; il répond que non ; parce que,
 » *finito officio*, il est déchargé. Jugé par arrêt du 28 Janvier 1608. « peut-être cet
 arrêt étoit aussi bien que quelques-unes des autorités que je viens d'indiquer dans
 le cas d'une éviction cautée, non pas par le mineur, mais par des tiers, qui pré-
 tendoient avoir des droits sur les biens vendus au nom du mineur. Mais si, dans
 cette dernière hypothèse, le tuteur n'est tenu d'aucune garantie, c'est parce que
 n'ayant agi qu'en nom qualitatif, il n'a personnellement contracté aucune obliga-
 tion. Ce qui s'applique au cas où c'est le mineur lui-même qui évince, & c'est l'es-
 pece de deux arrêts rendus au parlement de Metz, que j'ai annoncés ci-devant,
 n^o. 40.

En conséquence d'une sentence que Catherine Malhomme, veuve du sieur Vian
 de Champé, avoit obtenu au bailliage de Metz dès le 11 Décembre 1663, qui lui
 permettoit de vendre au sieur Perfod, conseiller au même siege, deux maisons joi-
 gnantes, moyennant la somme de 17500 francs, elle lui en avoit passé, le 19
 Janvier 1665, contrat de vente, *tant en son nom, que comme mere & tutrice de
 ses enfans mineurs*. Le prix jusqu'à concurrence d'environ 15000 francs, avoit été
 employé à payer des dettes dont la mere étoit tenue pour moitié, & ses enfans
 pour l'autre moitié. Elle avoit touché le surplus. Le sieur Vian, fils, devenu majeur,
 & ses sœurs en âge d'estre en justice, interjetterent appel de la sentence de 1663,
 & prirent des lettres dont ils n'avoient pas besoin, contre le contrat de 1665. Ils
 faisoient valoir que leur mere n'étoit propriétaire des deux maisons que pour un
 quart. D'où ils concluoient qu'elles n'auroient pas dû être vendues pour payer des
 dettes dont leur mere devoit moitié. Mais leurs principaux moyens étoient que la
 sentence avoit été rendue sur avis de parens, sans qu'on eut exigé de la tutrice un
 bref état de sa tutelle, sans poursuites de la part des créanciers ; & que la vente
 avoit été faite sans affiches, sans publications, sans encheres. Le sieur Perfod ré-
 pondoit que les dettes qui avoient occasionné la vente étoient dues solidairement
 par la mere & par les enfans & affectées, hypothécairement sur la totalité des deux
 maisons ; que les appellans ne pouvoient se plaindre d'avoir été lésés, puisqu'en 1652,
 leur pere étoit convenu de prix pour ces maisons avec un autre, à 1000 francs
 de moins qu'il n'en avoit payé ; que, pour en fixer encore plus sûrement la vraie va-
 leur, il consentoit, & même demandoit qu'elles fussent estimées par des experts ;
 enfin, que les formalités qui avoient été omises n'étoient point prescrites par la cou-
 tume de Metz. Il avoit à toutes fins formé demande en sommation contre la Dlle.
 Malhomme, qui s'en défendoit, en disant que si elle avoit paru au contrat tant
 en son nom, que comme mere & tutrice, c'étoit parce qu'il lui appartenoit un quart
 dans les deux maisons ; qu'elle avoit personnellement vendu ce quart pour lequel
 le sieur Perfod n'étoit pas inquieté ; mais que pour les trois autres quarts dont les
 appellans vouloient l'évincer, elle n'avoit contracté avec lui qu'en nom qualitatif de

TIT. IV.
Oblerv. 76.

tutrice, & ne lui en devoit aucune garantie. Par arrêt du 13 Juin 1677, la vente fut annulée pour les portions des appellans, si mieux le sieur Perfod n'aimoit augmenter le prix d'une somme de 1200 liv. & la Dlle. Malhomme fut renvoyée de la demande en sommation. Voy. mes extraits des arrêts recueillis par Ancillon, pag. 50, n°. 77. J'y observe que l'option laissée au sieur Perfod étoit une disposition peu reguliere.

Mais voici un préjugé dont rien n'affoiblit l'autorité, & que je rapporte d'autant plus volontiers qu'il confirme trois points que j'ai établis. L'un, que quand les formalités n'ont pas été observées dans la vente d'un bien de mineur, il peut l'attaquer sans qu'il y ait preuve de lésion. Le second, que le mineur n'a pas besoin de lettres de restitution, quand ce n'est pas lui qui a vendu, mais son tuteur. Le troisieme dont il s'agit ici, que le tuteur qui n'a vendu qu'en nom qualitatif n'est tenu d'aucune garantie envers l'acquéreur dont le mineur fait déclarer le titre nul.

Nicolas Barbé, tuteur de Philippe Grandidier, donne requête au maire de la justice locale de Vic, par laquelle il expose que son mineur est chargé de plus de 3000 liv. de dettes, la plupart dues à titre de constitution, & portant rente à cinq & demi pour cent. (Voyez ci-dessus, n°. 34 & suivans) & demande d'être autorisé à vendre des immeubles du mineur pour l'en libérer. Sur cette requête, après un avis de parens, il intervint, le 15 Mars 1714, décret, qui du consentement du procureur général fiscal de l'évêché, autorise le tuteur à vendre des immeubles du mineur, jusqu'à concurrence des sommes par lui dues, sans en spécifier aucune. En vertu de ce décret, Barbé, par contrat du 15 du même mois, rétrocede à André César certains héritages situés à Morville, que César avoit vendus au pere & mere du mineur moyennant la somme de 500 liv. qui n'étoit payable qu'en 1718; mais qui portoit rente à cinq & demi pour cent. En 1720, le tuteur rend compte, & Grandidier proteste contre la rétrocession, forme demande en désistement contre les veuves & héritiers d'André César, qui assignent Nicolas Barbé en garantie. Le premier juge ordonne, avant faire droit, que le bien dont il s'agit sera estimé par experts relativement à sa valeur en 1714. Appel au parlement de la part de Grandidier. M. Pagel disoit pour lui, que l'expertise ordonnée étoit inutile, parce que la seule aliénation des immeubles d'un mineur emportoit lésion; que le contrat qu'il attaquoit étoit nul, parce qu'il n'y avoit eu aucune nécessité de rétroceder, en 1714, un bien dont le prix n'étoit payable qu'en 1718, que presque toutes les autres dettes étant dues à titre de constitution, ne pouvoient être exigées, & qu'aucun créancier n'avoit fait de poursuites; enfin, que quand il y auroit eu nécessité de vendre, il auroit fallu des affiches, des publications, & des encheres. M. Vignon pour les veuves & héritiers de César, répondoit qu'il y avoit près de 900 liv. de dettes exigibles, & qui auroient occasionné des poursuites ruineuses, si le tuteur ne les avoit prévenues; & que les rentes constituées si, on les avoit laissé subsister, auroient absorbé la meilleure partie des revenus du mineur, & qu'il ne seroit

pas resté de quoi fournir à sa nourriture & à son entretien ; ce qu'il prouvoit par un calcul très-plausible ; qu'on avoit fait l'avantage du mineur en le libérant par la vente de deux petites maisons ; & par la rétrocession dont il s'agissoit , faite moyennant la somme de 500 liv. pour laquelle ses pere & mere avoient acquis les terres retrocédées : que cette somme produisoit 27 liv. 10 s. de rente , & que ces terres ne rapportoient que deux quarts de bleds de canon , qui , année commune , ne valoient pas plus de 9 liv. ; qu'ainsi il y avoit eu nécessité , & utilité dans la rétrocession ; que l'appellant en étoit si convaincu qu'il n'avoit osé prendre des lettres , quoique nécessaires , parce que les voies de nullité n'ont pas lieu en France , & que le fait d'un tuteur est censé le fait d'un mineur. Qu'en prenant des lettres il n'auroit pu les fonder que sur la lésion , & que non-seulement le fait établissoit qu'il n'y en avoit point , mais qu'il le reconnoissoit lui-même en se plaignant de la sentence : que par la même raison le défaut d'affiches & de publications n'étoit pas considérable , parce qu'elles n'étoient requises que pour prévenir la lésion ; enfin , qu'en tout cas l'omission de ces formalités étoit du fait du tuteur , & qu'il en étoit garant. Je défendis ce dernier par le principe & la distinction que j'ai établis ci-dessus , n^o. 50 , & par arrêt rendu à l'audience publique le 3 Juillet 1727 , la cour infirma la sentence , condamna les veuve & héritiers de César de se désister des terres dont il s'agissoit , avec restitution de fruits ; à charge par Grandidier de leur rembourser le prix , les intérêts , & les impenses & améliorations : & sur la demande en sommation contre Nicolas Barbé , mit les parties hors de cour (1).

Il en est autrement lorsque le tuteur s'est obligé personnellement , & qu'il a promis en son pur & privé nom de faire ratifier la vente par le mineur après sa majorité. Alors il est tenu de garantir l'acquéreur de l'éviction causée par le mineur qui attaque le contrat. Ce cas est très-différent de celui où un mineur vendant , ou son tuteur pour lui , ce tuteur ou un tiers s'obligent comme caution , non pas de procurer la ratification , mais de garantir l'acquéreur ; car cette garantie ne s'entend que des droits de propriété ou autres qu'un tiers pourroit prétendre sur les biens vendus : & non pas des vices du contrat qui donnent droit au mineur de le faire annuler. L'action en garantie contre la caution n'a donc lieu alors qu'au cas que le mineur laissant subsister la vente , l'acquéreur soit inquiété par un tiers. Mais si le mineur l'argue de nullité , le tuteur ou la caution qui ne se sont pas

72.
A quoi obligé le tuteur
promesse de faire
ratifier.

73.
Et celle de garantir la vente
d'un bien de mineur.

(1) J'ai oui soutenir en consultation que le mineur ne pouvoit pas attaquer sans lettres de rescission l'aliénation de ses immeubles faite par son tuteur , & fonder cette opinion sur un arrêt qu'on disoit l'avoir ainsi jugé sur les conclusions de M. l'avocat général Gouffaud qui les avoit appuyées sur le sentiment de l'auteur du traité des minorités : je ne connois pas cet arrêt , mais s'il existe , loin d'être conforme à l'avis de l'auteur du traité des minor. , il est absolument contraire. Voy. ce traité , chap. 14 , n^o. 8.

TIT. IV.
Observ. 7^e

obligés de la lui faire ratifier, ne peuvent être poursuivis en vertu d'une promesse de garantie qui suppose la validité du contrat, & conséquemment tombe avec le contrat même. » Le pupille & le mineur dit *Canon sur l'art. 13 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, annot. 1, n. 8,* » ne peuvent aliéner les biens du pupille qu'avec les formes introduites en cet article, & si sans icelles ils contractent, le contrat est nul : de façon que la caution du mineur n'en seroit pas obligée efficacement, non plus que le principal, y ayant nullité du côté du principal. En effet, le cautionnement n'est en ce cas que l'accessoire de l'obligation résultante du contrat même, & ne peut par conséquent valoir qu'autant que cette obligation est elle-même valable.

54.
La promesse de faire ratifier en obligation.

La promesse de faire ratifier suppose, au contraire, que l'obligation résultante du contrat contre le mineur n'est pas parfaite. C'est un engagement d'y faire ajouter ce qui manque pour la rendre complète. Cette promesse emporte donc contre le tuteur, ou contre un tiers qui l'ont faite en leurs propres & privés noms, une obligation personnelle indépendante du mérite de l'action de l'acquéreur contre le mineur, & qui subsiste par elle-même, quoique le mineur ne soit pas valablement obligé par le contrat. Ainsi le tuteur est tenu en ce cas de toutes les suites qu'entraîne le refus fait par le mineur de ratifier le contrat : & je crois qu'Ancillon s'est trompé lorsqu'il a dit sur l'art. 12 du tit. 9 de la coutume de Metz. *Vbo. par eux, ni leurs tuteurs; que si le tuteur vend l'immeuble appartenant à ses mineurs, & promet, en son pur & prive nom, de les faire ratifier le contrat en leur majorité, à peine de sous dépens, dommages & intérêts, l'acquéreur faute de ratification, ne pourra obtenir condamnation contre le tuteur, si non pour la restitution du prix, impenses & améliorations.* Il doit les dommages & intérêts résultans de l'éviction, puisqu'il s'y est obligé & qu'il y a hypothéqué ses propres biens : *declaratur, dit Menochius, de arbit. jud. lib. 2 casu 171, n. 77, ut non procedat cum ob evictionem rei pupillaris venditor sine solemnitate; tutor, vel curator prædium proprium obligat . . . : Licet enim alienatio rei minoris sit nulla; non tamen obligatio facta per tutorem de proprio prædio . . . hinc sumi potest notabilis cautela, ut is qui à minore, vel pupillo emit, cum tutorem, vel curatorem rem propriam pro evictione obligare.* Je conviens qu'à s'attacher littéralement aux termes de ce jurisconsulte, toute la force de la promesse du tuteur paroîtroit dépendre de la stipulation par laquelle il auroit affecté ses propres biens à la sûreté de l'acquéreur. Mais toute obligation hypothécaire est accessoire à une obligation principale, sans laquelle elle ne peut subsister. Ainsi les biens du tuteur ne peuvent être chargés de l'éviction que parce que le tuteur en est personnellement responsable. Aussi Papon, liv. 15, tit. 5, n. 5, dit en général qu'*un tuteur doit bien aviser comme il s'oblige; & établit par un arrêt du 21 Mars 1540, la distinction que j'ai faite entre le contrat où le tuteur n'a stipulé qu'un nom qualitatif; & celui où il s'est obligé personnellement; auquel dernier cas, ores que la tutelle soit finie, il peut être contraint en ses biens.*

55.
Même pour les dommages & intérêts de l'éviction.

L'obligation de veiller à la conservation des biens des mineurs emporte celle de les défendre, si on leur intente des procès, & d'intenter ceux qui sont nécessaires pour maintenir leurs possessions & leurs droits, & pour récupérer ce qui a été usurpé sur eux. Mais le tuteur ne doit rien prendre sur lui dans ces occasions ; car quoique le commentateur anonyme de la coutume de Lorraine, dise sur l'art. 13 du tit. 4, note 21, que *les tuteurs & curateurs ne sont jamais condamnés aux dépens en leurs noms, s'il n'y a des défauts, contumace, ou mauvaise foi de leur part* ; ce qu'il répète sur l'art. 16, note y y. Il ne laisse pas d'être certain qu'ils doivent supporter en leur nom les dépens actifs & passifs des procès qu'ils entreprennent, ou qu'ils soutiennent trop légèrement pour leurs mineurs, & dans lesquels ils succombent.

Ils ne doivent donc plaider ni en demandant, ni en défendant qu'après avoir consulté : & même pour peu que les procès puissent intéresser, soit par le principal, ou par les dépens, la fortune de leurs mineurs, ils feront très-bien de prendre l'avis des parens assemblés en l'hôtel du juge. Voyez Ancillon sur l'art. 6 du tit. 9 de la coutume de Metz, V^{bo}. *missions nécessaires*. Il ne conseille l'assemblée de famille que pour les procès en demandant, parce qu'il semble, dit-il, que le tuteur soit tenu par le devoir de sa charge, de soutenir ceux en défendant, vu qu'il ne peut compromettre, ni transiger. Mais, comme il avoue que le tuteur n'est pas obligé de contester de mauvaise foi de justes prétentions formées contre les mineurs, je crois qu'il est aussi souvent obligé de consulter la famille sur les procès en défendant, que sur ceux en demandant, afin d'être autorisé, sur l'avis des parens, à prévenir une condamnation onéreuse. Canon dit aussi sur l'art. 15 du tit. 14 de la coutume de Lorraine, n. 3, que *le tuteur qui veut intenter procès pour son pupille doit le faire avec conseil des personnes versées en droit & pratique*, & ajoute, sans distinguer s'il est demandeur, ou défendeur, que *lorsque pour affaires de son pupille il a usé du conseil des proches d'icelui, il est exempt tant de dol que de coulpe*. Fabert, sur l'art. 1 du même tit. n. 405, dit que, *parce qu'en cas de propriété il peut y avoir de l'aliénation du bien des pupilles, il conseille aux tuteurs de s'y conduire par avis de parens, & assistances des procureurs généraux, afin que s'ils succombent on ne leur impute de s'y être portés sans consultation*.

On a pu remarquer que tous ces auteurs ne donnent qu'un conseil. Ainsi, absolument parlant, le tuteur peut plaider sans l'avis de la famille. Il seroit même dangereux de s'en rapporter à elle, s'il s'agissoit de l'intérêt d'un parent, auquel les autres pourroient être tentés de sacrifier celui des mineurs. Mais, hors ce cas, il est prudent au tuteur de les consulter avant d'engager les mineurs dans un procès, tant en demandant qu'en défendant : sur-tout si le procès est de quelque importance. Cependant si, sans leur avis, il n'a agi que sur une consultation de trois avocats, il ne peut pas être chargé des dépens en son nom, pourvu qu'il ait sincèrement exposé le fait aux consultants ; car ce n'est pas assez d'avoir surpris une consultation sur un récit contraire à la vérité qu'il connoissoit. On a vu récemment

Tit. IV.
Oblerv. 7^e.

56.
Conduite que le tuteur doit tenir pour le procès de ses mineurs.

57.
S'il trompe ses conseils, il doit les dépens en son nom.

Tit. IV.
Observ. 7^e.

le parlement de Metz condamner un tuteur aux dépens en son pur & privé nom, quoiqu'il eut consulté : parce que par la consultation même il parut à la cour qu'il avoit affecté de taire ou, de déguiser à ceux qui la lui avoient donnée les circonstances décisives.

58.
Il doit consulter
trois avocats.

Je ne connois aucun texte de droit, ni aucun auteur qui exige expressément que la consultation soit signée de trois avocats (1). Mais c'est l'usage au parlement de Metz, & dans toutes les juridictions qui en dépendent. Urbain Venaker ayant couché dans la dépense de son compte tutélaire les dépens d'un procès qu'il avoit soutenu en qualité de tuteur, & perdu, l'article fut contesté par Poyant, & rayé par le premier juge; parce que la consultation qu'il représentoit n'avoit été faite que par MM. Thorel, & de St. Didier; quoiqu'il prétendit, mais sans le prouver, que c'étoit un 3^e. avocat, M. Dumoulin, qui avoit écrit au procès. Sur son appel j'alléguai en vain la réputation des deux premiers, & ce que je viens de dire que la loi prescrit au tuteur de consulter, mais qu'aucun règlement ne l'oblige de consulter trois avocats. L'usage l'emporta, & la sentence fut confirmée. On ne peut prendre trop de précautions pour éviter aux mineurs des contestations ruineuses. *Plus vident oculi quam oculus*. La dépense d'une consultation est légère, & si les mineurs sont pauvres, le tuteur l'obtient gratuitement, & toujours les avocats singulièrement ont regardé moins comme un mérite que comme un de leurs premiers devoirs d'employer avec zèle & par préférence, leurs tems, leurs lumières, & leurs talens à la défense de ceux qui sont dans le besoin.

39.
Si de plusieurs
tuteurs un seul
peut agir.

L'art. 15 du tit. 9 de la coutume de Metz porte que *quand il y a plusieurs tuteurs, l'un d'eux peut poursuivre en jugement & dehors les affaires de son mineur*. La coutume de Lorraine, art. 16 du tit. 4, a la même disposition qu'elle explique, en ajoutant que l'absence des autres tuteurs n'autorise pas les parties, contre lesquelles se font les poursuites, de refuser de procéder, ou de satisfaire, à charge par le tuteur qui agit, de se faire avouer par ses co-tuteurs, s'il en est requis. Ainsi un seul des tuteurs peut faire valoir les droits certains des mineurs. Mais si, à l'insu de ses co-tuteurs, il entreprenoit un procès dans lequel il succombât, il me paroîtroit juste qu'il en supportât personnellement les dépens, quand même il auroit pris une consultation en règle, parce que les autres tuteurs pouvoient être instruits

(1) L'ordonnance civile de Lorraine, tit. 15, art. 16, porte: » les condamnations de dépens » rendues contre les tuteurs, curateurs & héritiers bénéficiaires, ne seront exécutées, à l'égard » des tuteurs & curateurs, que sur les biens des mineurs, pourvu qu'il y ait une consultation » signée de deux avocats actuellement en exercice; & à l'égard des héritiers bénéficiaires, elles » seront exécutées sur la succession, s'il n'en est autrement ordonné par le juge, pour le » peu de fondement des poursuites faites ou soutenues par lesdits héritiers, ce qu'il sera tenu de » régler d'office, à chacune condamnation de dépens,

de choses qui l'auroient empêché de plaider s'il les eut consultés. Faber sur l'art. cité, n. 506, dit même qu'un tuteur, sans le concours des autres, ne peut pas laisser à ferme les héritages du mineur. Ce que je limiterois cependant au cas que le fermier ne seroit pas solvable, ou qu'il s'en présenteroit un autre qui offriroit un loyer plus fort, ou des conditions plus avantageuses. Mais, *cæteris paribus*, j'estime que le bail tiendrait.

Nous venons de voir qu'Ancillon dit, en passant, sur l'art. 6 du tit. 9, que le tuteur ne peut ni compromettre ni transiger. Cependant sur l'art. 8, V^{bo}. *administrer fidèlement*, il excepte certaines occasions où il pense que le tuteur peut, de l'avis des parens, non-seulement compromettre, mais stipuler une peine. Il y a, ce me semble, quelque chose à rectifier dans l'une & dans l'autre de ces décisions. Quoique l'auteur du traité des majorités dise aussi, part. 1, sect. 3, que » comme le tuteur » ne peut de son chef aliéner le bien de son mineur, il ne peut par une con- » séquence nécessaire compromettre, parce que le compromis est une espece d'a- » liénation «. Il est certain que les tuteurs peuvent compromettre, & il est notoire qu'ils le font tous les jours, même sans avis de parens, avec beaucoup d'utilité pour les mineurs. Un pere laisse des enfans de deux lits tous mineurs, & une veuve. Que peuvent faire de plus sage le tuteur des enfans du premier lit, & la veuve, tant de son chef, que comme tutrice des enfans du second, que de nommer chacun un jurisconsulte qui avec un troisieme dont on leur laisse le choix, régle sur les pieces & mémoires qui leur sont remis les droits respectifs de la veuve & des enfans? C'est un moyen aussi simple que sûr d'éviter toute contestation. Par quelle raison une décision ainsi portée n'auroit-elle pas autant d'effet pour la décharge des tuteurs, qu'une consultation de trois avocats? Souvent même c'en est une; car dans cette occasion & dans bien d'autres, où il est à propos que les tuteurs prennent le même parti, ceux à l'avis desquels on s'en est rapporté, évitent, autant qu'ils peuvent, aux parties les frais d'une sentence arbitrale, & ne donnent très-souvent qu'une consultation commune.

Mais on ne peut en aucun cas stipuler valablement aucune peine dans un compromis passé par un tuteur, & le décret du juge qui l'y autoriseroit, même sur avis de parens, ne rendroit pas la peine exigible, ni contre les mineurs, s'ils appelloient de la sentence arbitrale, ni par réciprocité à leur profit, si leur adversaire refusoit de s'y conformer. On en sent aisément la raison. Tout engagement qui peut devenir onéreux à des mineurs, est nul, à cause de la lésion qui en seroit la suite, & la stipulation d'une peine étant une promesse sinallagmatique, si on ne peut en demander l'exécution au mineur, il seroit injuste qu'il put l'exiger.

Lorsque le tuteur a compromis, ou consentit de consulter en commun, si la décision n'est pas favorable à ses mineurs, il est presque toujours à propos qu'il n'y acquiesce que de l'avis des parens. Cependant il le peut sans les consulter; car le tuteur n'est pas plus obligé d'appeller d'une sentence arbitrale que de celle du juge

TIT. IV.
Observ. 7e.

60.
Si le tuteur peut
compromettre.

61.
Et stipuler une
peine.

62.
Le tuteur n'est
pas obligé d'ap-
peller.

TIT. IV.
Oblig. 7.

ordinaire. Ce qui ne préjudicie point au mineur, qui pourra, si bon lui semble, appeler, lorsqu'il sera majeur, nonobstant tout acquiescement du tuteur. Sur quoi voy. l'art. 16 du tit. 17 de l'ordonnance de 1667. Mais si l'objet de la contestation est de quelque importance, & sur-tout si, en suspendant l'appel jusqu'à ce que le mineur soit devenu majeur, il est à craindre qu'il ne souffre, le tuteur fera très-bien de prendre & de suivre l'avis de la famille, puisqu'alors il ne sera plus possible de lui rien imputer.

63.
S'il peut transiger.

L'acquiescement du tuteur est une espèce de transaction, mais puisque Ancillon qui dit trop généralement que le tuteur ne peut transiger des droits de ses mineurs, convient néanmoins qu'il y a des affaires qu'il ne doit pas soutenir, & où il ne doit pas attendre une condamnation par justice : il faut bien qu'il puisse transiger, lorsque les parens & les juriconsultes se réunissent pour le lui conseiller. Il ne peut abandonner, mal-à-propos, ni les biens, ni les droits de ses mineurs. Mais il peut, « dit Canon sur l'art. 15, n. 6 & 7, » transiger même des immeubles du pupille, pour « causes légitimes » : par exemple si le droit du pupille est obscur, & douteux . . . : toutefois, pour faire valoir telle transaction, il faut décret du juge, avec connoissance de cause, en laquelle on examinera si la « lite est douteuse, la cause légitime, & si la transaction sera utile, ou non au pupille. Canon ajoute ce qui est « très-vrai, que ce n'est à dire pourtant que le tuteur soit toujours, & à toutes « occurrences tenu de plaider pour son pupille, ou transiger avec toute cette « rémonie. Il doit reconnoître le vrai, & agir de bonne foi, sans engager sa conscience pour son pupille; & comme dit le juriconsulte, il n'est toujours nécessaire au tuteur de payer par l'autorité du juge. Il doit défendre la cause juste du pupille, & non l'injuste ». Il doit d'autant moins être interdit au tuteur de transiger avec les précautions convenables, que, comme le dit l'auteur du traité des majorités, *ibid.* « quelque solennelle & authentique que soit une transaction, le mineur « devenu majeur sera toujours en droit de revenir contre, s'il est lésé par cet « acte ».

64.
La transaction ne nuit pas au mineur.

65.
Le tuteur fait bien de régler la pension du mineur qu'il nourrit.

66.
La pension non réglée, & les dépenses non autorisées s'arbitrent fort bas.

Je dirai peu de chose des devoirs du tuteur relatifs à la personne du mineur. Si le tuteur se charge de nourrir le mineur, il fera très-bien de faire régler sa pension dans une assemblée de parens autorisée par le juge. « Les parens » porte l'art. 31, des arrêtés du parlement de Rouen « peuvent lors & depuis la nomination du tuteur, arbitrer la pension & entretien du mineur, & l'augmenter de tems en tems, s'il y échet ». Lorsque le tuteur attend l'épure de son compte pour faire statuer sur la pension, elle est ordinairement arbitrée sur un pied très-bas. Il en est encore de même de certaines dépenses faites pour l'entretien du mineur, qui ne sont pas douteuses, parce qu'elles étoient indispensables, mais dont le tuteur a négligé de prendre quittance, & de celles qui sont prouvées, mais qui pouvoient être moindres. On les alloue, mais sur le pied le moins fort. En général on favorise le mineur, mais cette faveur a des bornes. Son entretien doit être proportionné

tionné à sa fortune, & son éducation à sa condition, & le tuteur doit également éviter l'épargne fardée & la dépense superflue.

Il arrive souvent dans quelques parties du ressort, que les biens délaissés par le prémourant des conjoints ne paroissant pas suffire pour subvenir aux besoins des enfans, les parens abandonnent au pere, ou à la mere survivant la propriété des meubles & la jouissance des immeubles, à charge de nourrir, entretenir, & éduquer les mineurs jusqu'à certain âge, & aux autres conditions dont on convient. Ces traités sont rares à Metz, & d'Abocourt, fol. 71, R^o. dit que quand ils sont faits avec une mere remariée, & son second mari, *même à prix & condition non dommageables aux mineurs, tel contrat sera néanmoins résolu, advenant la majorité des enfans à leurs choix.* D'où il sembleroit qu'on peut conclure qu'ils sont plus stables quand ils sont faits avec le pere, ou avec une mere qui ne se remarie pas. Mais en aucun cas, ils ne lient les enfans dans les coutumes qui ne les autorisent pas expressément : & Ancillon qui, sur l'art. 5 du tit. 9, V^{bo}. *venant à se remarier*, suggere de stipuler dans le contrat d'un second mariage, que les enfans du premier seront nourris, élevés, & entretenus sur la communauté, au moyen de quoi les revenus de leurs biens y entreront : ajoute que, *comme nonobstant cette convention, les enfans pourroient en demander compte ... il est toujours bon de tenir un état exact des revenus & de la dépense que la communauté aura soutenue pour lesdits enfans, afin qu'on la leur puisse mettre en compte, s'ils ne veulent pas se tenir à la stipulation.* Par où il témoigne assez qu'elle ne s'exécute qu'autant qu'ils le veulent bien.

Mais la coutume de Sedan, art. 155, porte, *ne peuvent les pere & mere, tuteur, & parens des mineurs composer ou transiger des biens d'iceux, soit pour leur nourriture, entretenement, ou autre chose sans autorité de justice: le procureur fiscal sur ce préalablement oy, & inventaire fait desdits biens.* On a conclu de-là, qu'à Sedan les traités de nourriture comme on les nomme, étoient valables, & obligeoient les mineurs, lorsqu'ils avoient été précédés d'un inventaire, & homologués en justice du consentement du procureur du roi. Pierre Adnet, cabaretier à Sedan, après la mort de Poncette Barthelemi, sa femme, fit procéder à un inventaire. Il assembla ensuite les parens en l'hôtel du juge, & leur exposa qu'après les reprises prelevées, il ne restoit de bon pour sept enfans que sa femme lui avoit laissé, qu'une somme de 600 & quelques livres. L'inventaire & les titres & enseignement de l'état de la communauté, & de la succession de la mere ayant été représentés aux parens, ils abandonnerent au pere tout ce qui dépendoit de la communauté, à charge qu'il nourriroit & entretiendroit ses enfans, jusqu'à ce qu'à ses frais il leur eut fait apprendre un métier. Quatre des sept enfans moururent en bas âge. Jean Adnet, un de ceux qui restoit, s'étant marié, forma contre son pere demande en reddition de compte de la succession de sa mere. On lui opposa le traité de nourriture, approuvé par le procureur du roi, & confirmé par le juge. Il alléguoit vaguement

que les parens avoient été surpris par un inventaire infidèle, & qu'après qu'il lui auroit été rendu compte, il établiroit les omissions par ses débats. Nonobstant quoi, par arrêt du 20 Juin 1722, Me. Ruland plaidant pour le fils appellant, & Me. Vannier pour le pere, la cour jugea que la convention devoit être exécutée.

Elle seroit moins respectée dans une autre coutume; pour peu qu'il fut douteux si les intérêts des enfans n'y auroient pas été sacrifiés, le compte seroit ordonné. Mais s'il paroïssoit évidemment que la dépense de la nourriture du mineur, & de l'entretien de sa personne & de ses biens a dû excéder la valeur des choses abandonnées au survivant par les parens; en sorte que le mineur ne demande un compte que pour avoir occasion de vexer son pere, ou sa mere, qui, se reposant sur la foi de la convention, n'ont pas pris de quittance de ce qu'ils ont dépensé pour lui. Je pense qu'il faudroit confirmer le traité de nourriture. Le Grand en parle sur l'art. 21 de la coutume de Troyes, gl. 2, n. 46 & suivans, comme d'une convention *grandement utile & profitable aux mineurs; lesquels à la fin du tems reçoivent de leur tuteur les choses, & les sommes de deniers convenues & accordées.* C'est donc l'avantage qu'ils en tirent qui en fait toute la validité; d'où il suit que s'il y avoit quelque apparence que le traité leur fut défavantageux, même par l'événement, comme si les obligations contractées, diminuées peu après la convention, par la mort de plusieurs des enfans; si, en un mot, il paroïssoit possible que les enfans trouvassent du bénéfice dans le compte par eux demandé, je crois que le survivant ne pourroit pas s'en défendre, sous prétexte d'un traité de nourriture, dans les coutumes qui n'autorisent pas expressément, comme celle de Sedan, ces sortes de conventions.

En tout cas il est bien certain que ces traités ne peuvent jamais être valablement faits qu'après l'inventaire, & qu'ils ne peuvent ni en tenir lieu, ni par conséquent empêcher la continuation de la communauté. Voyez Le Brun, de la communauté liv. 3, chap. 3, sect. 1, n. 7.



OBSERVATION VIII.

TIT. IV.
Observ. 8e.*Des Comptes de Tutelle, & des intérêts d'intérêts dûs par les Tuteurs.*

EN droit, le tuteur n'étoit obligé de rendre compte qu'à la fin de la tutelle. C'est la disposition formelle de la l. 4, ff. de tutelæ & rat. distra. nisi finita tutela sit, tutela agi non potest. C'étoit aussi autrefois l'usage à Metz, comme le témoigne d'Abocourt, fol. 76, V^{so}. tuteurs & curateurs ne seront comptables d'an, en an, ains au bout de la tutelle & curatelle. Il ajoutoit seulement que s'il y a de la malversation évidente, non le pupille, ou mineur non émancipé, mais ses plus proches parens seront ouïs, requérant que le tuteur ou curateur malversant, rende compte, & soit demis de son office. Ce remede pouvoit ne pas suffire, les parens ne pouvant en bien des cas être instruits de la mauvaise administration que par le compte, & n'étant pas d'ailleurs obligés de veiller à la conduite du tuteur, ni d'agir en cas qu'il malverse.

C'est donc avec juste raison que l'ancien usage a été changé lors de la rédaction de la coutume de Metz, qui, art. 10 du tit. 9 porte, le tuteur établi par justice, est tenu de rendre compte de trois ans à autres des biens pupillaires pardevant commissaires de justices, à l'assistance de deux parens plus proches. Ancillon a remarqué, avant moi, que cet article étoit de nouvelle coutume. Notre usage actuel est encore plus précautionné, en ce qu'on adjoint au tuteur garant un curateur, ou un subrogé tuteur, qui doivent surveiller avec soin à sa gestion & exiger de lui le compte de trois, en trois ans, & même plutôt s'il paroît de la mauvaise administration, ou de la décadence dans la fortune du tuteur.

Le pere, la mere, les aïeux chargés de la tutelle, & les tuteurs testamentaires, ne sont pas compris dans la disposition de cet art. 10, mais seulement dans le précédent qui oblige les tuteurs indistinctement de rendre compte à la fin de la tutelle. Celui-ci est borné au tuteur établi par justice. Mais ces termes qui excluent les tuteurs naturels & testamentaires renferment, à mon avis, tous les autres tuteurs : & je ne comprends pas pourquoi les deux commentateurs de notre coutume inclinent à ne pas assujettir les parens à qui la tutelle est déferée par le juge, à rendre compte de trois ans à autres, & à borner cette obligation aux tuteurs étrangers & à gages ; puisqu'il n'est pas possible de fonder cette restitution sur ces expressions de la coutume, tuteur établi par justice, qui désignent le parent collatéral nommé tuteur par le juge, sur l'avis de la famille, aussi formellement, ce me semble, que le tuteur qui n'en est pas ; & celui qui administre gratuitement, que

1.
Autrefois le tuteur ne comptoit qu'à la fin de la tutelle.

2.
Aujourd'hui, à Metz, tous les tuteurs rendent compte de trois ans.

3.
Les ascendants & les tuteurs testamentaires sont les seuls que la coutume n'oblige pas à rendre compte de trois ans.

DES COMPTES DE TUTELLE

92

TIT. IV.
Observ. 8e.

celui auquel il a été accordé des salaires. Aussi l'usage est-il contraire à cette idée de M. Ancillon & de M. D.... Les tuteurs, autres que les ascendans, & ceux qu'ils ont choisis par testament, rendent tous les jours compte de leur gestion après trois ans; & s'ils ne le faisoient pas, ils pourroient y être forcés par le curateur, soit qu'ils fussent ou ne fussent pas parens: & à l'égard des tuteurs à gages, il est très-ordinaire de les astreindre dans l'acte même de tutelle, à rendre compte, non tous les trois ans, mais chaque année au tuteur honoraire, ou au curateur, qui sont nommés avec eux.

4.
Les tuteurs à gages sont forcés de rendre compte tous les ans.

5.
Il n'est pas nécessaire de rendre ces comptes en justice.

Si on suivoit la coutume à la lettre, il faudroit rendre ces comptes pardevant le juge, & y appeller deux proches parens. Mais depuis que l'usage est de nommer avec le tuteur un curateur ou, un subrogé tuteur; ces derniers sont les contradicteurs légitimes du tuteur gérant; & comme ils ont qualité pour débattre le compte, on n'y appelle presque jamais d'autres parens. Cependant il est encore assez ordinaire de rendre des comptes en justices. Mais à moins que l'oyant n'ait des articles à contester, je n'en vois pas la nécessité, ni l'utilité. S'il n'y a ni augmentation de recette à demander, ni article de dépense à faire rayer, l'audition judiciaire du compte entraîne des frais inutiles, qu'on peut, & qu'on doit d'autant plus épargner au mineur, que tout compte pendant la tutelle n'est jamais que préparatoire & provisionnel. Je conseillerois donc en ce cas au curateur d'appurer amiablement ces premiers comptes: sauf, s'il craignoit d'être exposé dans la suite à quelques reproches de la part des mineurs, à se faire assister dans cette audition amiable par les principaux parens. Les affaires qui se portent à l'hôtel diminueroient des trois quarts, si l'envie d'émolument n'engageoit pas les procureurs à les multiplier inutilement.

6.
Tous tuteurs peuvent être forcés de compter lorsqu'il paroît du désordre.

Quoique cette obligation de compter pendant la tutelle soit bornée aux tuteurs purement datifs, le curateur ne laisseroit pas d'être en droit de l'exiger de tous les autres, même du pere ou de la mere, s'il paroïssoit du désordre dans leur administration, ou dans leurs affaires. Puisqu'il est établi leur surveillant, on doit l'écouter, si ses soupçons ont quelques apparences de fondement. Mais il seroit très-blâmable de fatiguer un pere, une mere, ou un tuteur testamentaire, sans autre raison qu'un esprit inquiet, ou de la mauvaise volonté.

7.
Quid, dans les autres coutumes.

Nous n'avons point d'autre coutume que celle de Metz qui exige formellement ces comptes de trois années à autres, l'art. 8 du tit. 4 de celle de l'évêché contient cependant quelque chose d'approchant. *Tous tuteurs, y est-il dit, sans acception de personnes, sont tenus de rendre bon & fidele compte toutes & quantes fois qu'ils en seront requis & interpellés.* Et l'art. 9 porte que *TOUS*, sont obligés de compter pendant la tutelle *S'IL Y ÉCHET*. Mais quelques générales que soient ces expressions, le pere, qui, dans l'évêché n'est pas comptable, & hors le cas de dérangement dont je viens de parler, la mere non remariée qui est demeurée en communauté de biens avec ses enfans, ne sont pas compris dans la disposition de ces

deux articles répétés dans l'art. 10, qui la borne néanmoins au tuteur comptable. La coutume de Lorraine parlant aussi, art. 4, du tit. 4 de la tutelle dative, dit que *ladite tutelle expirée, ou s'il échet pendant icelle*, les tuteurs doivent *compte entier & complet*. Sur quoi Faber, n^o. 427, dit que l'action de compte qui compete au mineur contre le tuteur, peut être intentée en cette coutume avant la tutelle finie; » ce qu'il faut entendre à la poursuite d'autre que du mineur : à savoir de quelque créancier, lequel s'étant adressé au tuteur pour être payé de son dû, n'aura voulu croire que le tuteur soit quitte envers son mineur; ains, estimera qu'il ait encore pardevers soi des deniers oisifs, pour le payer de son dû : alors le juge devra ordonner qu'il dressera un état sommaire de ses recettes & dépenses, &c « M. D... à la fin de son explication des art. 8 & 9 du tit. 4 de la coutume de l'évêché, remarque cette opinion de Faber, qui, pour concilier les loix romaines suivant lesquelles l'action directe en reddition de compte, ne peut s'intenter qu'après la tutelle, avec la coutume de Lorraine, qui permet de demander compte aux tuteurs, s'il échet, pendant icelle, se sert d'une distinction qui doit, dit, M. D... avoir lieu dans notre coutume (de l'évêché). Mais quoiqu'il soit vrai que non-seulement les tuteurs nommés par le juge sur la délibération des parens qui sont les seuls dont la coutume de Lorraine fasse mention dans l'article dont il s'agit, mais aussi tous autres tuteurs légitimes, ou testamentaires ne puissent se dispenser de compter par bref état, non-seulement lorsqu'un créancier de leurs mineurs estime qu'ils ont pardevers eux des deniers oisifs, mais aussi lorsque n'espérant pas d'être payé par cette voie, il se propose de faire saisir réellement les immeubles, ce n'est nullement de cet état sommaire dont parle la coutume de Lorraine, c'est d'un compte entier & complet. Faber en défigure donc entièrement la disposition en voulant restreindre le droit d'exiger ce compte au créancier du mineur. Ce créancier ne peut pas même le demander, & il n'y a nulle apparence d'entendre de l'état sommaire que tous tuteurs, quels qu'ils soient, doivent fournir aux créanciers de leurs mineurs, quand ils prétendent n'avoir point de deniers pour les payer, le compte entier & complet que la coutume permet d'exiger s'il y échet, pendant les tutelles datives. A la vérité, le mineur personnellement ne peut gueres former cette demande en reddition de compte; mais son curateur, son subrogé tuteur, ses parens mêmes le peuvent s'il y échet; & l'intention des deux coutumes de Lorraine & de l'évêché a été d'obliger, non pas tous les tuteurs, mais ceux qui ont été établis par le juge, de rendre compte, finon comme à Metz, tous les trois ans, au moins toutes les fois qu'il en seroient réquis, & que l'intérêt des mineurs paroîtroit le demander.

Il y a plus : la disposition de la coutume de Metz a paru si juste & si sage qu'elle a été adoptée, dans tout le ressort par un usage, qui à la vérité, n'est pas universellement suivi dans toutes les tutelles datives, mais qui est du moins très fréquent. Le lieutenat de la terre de Gorze, qui en avoit rédigé la prétendue coutume, est le premier qui paroît avoir emprunté, art. 125 du tit. 15, les comptes de trois ans

8.
Les comptes de
trois ans ont
lieu dans tout
le ressort.

TIT. IV.
Chorv. 8e.

de la coutume de Metz, en les bornant, comme cette coutume, aux tuteurs établis par justice. Insensiblement le même usage s'est introduit ailleurs. M. D... lui-même paroît en convenir pour la coutume de l'évêché; car dans son explication de l'art. 10 du tit. 4, malgré ce qu'il venoit de dire sur les deux précédentes, il suppose que cet art. 10 est » à-peu-près pareil à l'art. 10 du tit. 9 de la coutume de Metz, où, » continue-t-il, il est dit que le tuteur établi par justice, est tenu de rendre compte, » de trois ans à autres, des deniers pupillaires. Il renvoie même à ce qu'il a dit sur la coutume de Metz de ces comptes de trois en trois ans, & avec raison; car si les termes des deux coutumes ont quelque différence, il y en a très-peu dans l'usage. Dans quelques-unes des autres parties du ressort on est moins exact à faire compter les tuteurs à la fin de chaque troisième année: ce qui n'est pas étonnant, puisqu'à Metz même on ne les y force pas toujours. Mais ceux de qui on l'exige ne font nulle part dans le ressort en état de s'en défendre.

9.
Les comptes généraux de toutes les tutelles se partagent en périodes de trois ans.

Lors même que les tuteurs légitimes, ou testamentaires, & les autres tuteurs qui n'ont rendu aucun compte pendant la tutelle comptent de toute leur gestion à la fin d'icelle, & qu'il y a lieu de croire que la recette a dû chaque année, ou même de tems à autre, excéder la dépense, on les oblige de diviser leur compte général en périodes de trois ans, pour reconnoître, si, à la fin de chaque troisième année, il ne s'est pas trouvé entre leurs mains une somme assez forte pour mériter d'être placée, & au cas qu'ils l'aient gardée, lui faire produire des intérêts à leur compte, au profit des mineurs; quoique ce reliquat soit déjà en partie composé des intérêts par eux dûs.

10.
Le tuteur doit légitimement les intérêts des sommes qu'il doit.

Ces intérêts dûs par le tuteur déplaissent beaucoup à Ancillon. Il soutient sur notre art. 10, *Vbo. rendre compte*, qu'il faut distinguer les intérêts reçus par le tuteur, des dettes actives des mineurs, & ceux dont il se charge en recette, & se constitue lui-même débiteur. Il dit que les premiers sont des deniers clairs qui peuvent être joints au reliquat, mais que ce sont les seuls intérêts dont les loix chargent le tuteur de payer l'intérêt. Pour le prouver, il cite, la l. 7, §. 12, ff. *de admin. & periculo. tut.*, & ajoute que si le tuteur qui doit l'intérêt des sommes qu'il a en mains, & qui s'en charge dans le premier compte de trois ans, paie dans le second compte des trois années suivantes l'intérêt de cet intérêt, c'est un anatocisme prohibé par toutes les loix, & qui ne peut être légitimé par la faveur de la minorité, comme Dumoulin en convient dans son traité des usures, quest. 77.

Nonobstant ces raisons, l'usage est certain dans le ressort de forcer le tuteur de faire recette dans le second compte de trois ans des intérêts pleins du reliquat du précédent, quoique déjà composé en partie des intérêts des sommes dûes par le tuteur lui-même. Cet usage est-il donc quelque chose d'injuste, ou d'illégitime? 1^o. Si le tuteur qui, comme Ancillon en convient, doit *à se ipso exigere*, avoit exactement payé chaque année les intérêts des sommes qu'il doit à son mineur; en sorte qu'à la fin de la troisième année, ces intérêts se fussent trouvés avec ceux qu'il a

reçus des tiers débiteurs de son mineur dans le coffre où il met l'argent de sa tutelle, les uns & les autres ne seroient-ils pas des deniers clairs ? & s'il laissoit ces deniers provenans tant de lui que des autres oisifs dans ce coffre, y auroit-il de l'injustice de le condamner d'en payer l'intérêt au mineur par un juste dédommagement de la perte qu'il lui auroit causée en ne faisant pas un emploi utile de cette argent comme il auroit dû ? Ancillon accorderoit ce dédommagement pour les deniers provenans d'autrui. La faute que le tuteur a faite en ne les plaçant pas, est-elle plus grande que celle d'avoir laissé oisifs les deniers provenans de lui-même ? Les principes de notre auteur le forceroient d'avouer que la somme provenant des intérêts payés par le tuteur lui-même auroit légitimement produit des intérêts, s'il en eut fait emploi : donc il cause une perte au mineur, en ne la plaçant pas ; & il n'est pas douteux que le tuteur doit indemniser le mineur de toutes les pertes qu'il lui cause par sa négligence ou autrement. Dira-t-on qu'il est juste de punir le tuteur qui a laissé oisive une somme qu'il ne tenoit qu'à lui d'employer, puisqu'il l'avoit payée, & qu'elle étoit dans le coffre de sa tutelle, mais qu'il ne pouvoit faire aucun emploi d'une somme qui n'y étoit pas, & dont il ne s'étoit pas acquitté ? Ce seroit vouloir traiter le tuteur qui paie ce qu'il doit, & ne le place pas, plus sévèrement que celui qui se met dans l'impuissance de placer, parce qu'il ne paie pas : & cette idée ne seroit pas assurément réfléchie. Mais prouvons qu'il doit dédommager le mineur du retard du paiement de ce qu'il lui devoit, comme de ce qu'il lui étoit dû par des tiers.

2°. Si pendant les trois premières années de la tutelle le tuteur néglige de faire payer aux débiteurs de son mineur l'intérêt des sommes qu'ils doivent, on le considère comme s'il les avoit reçues, & on le force d'en faire recette : ils entrent dans le reliquat qui produit intérêt dans les années suivantes. C'est la suite du principe avoué par Ancillon qu'il doit compter tant des capitaux que des intérêts ; non-seulement lorsqu'il les a reçus, mais aussi lorsqu'il pouvoit, & devoit les recevoir. Or, s'il est considéré comme ayant reçu ce qu'il a négligé de faire payer aux débiteurs du pupille, par quelle raison de différence ne le traiteroit-on pas comme s'il avoit reçu ce qu'il a négligé d'exiger de lui-même ? *Pour avoir raison des débiteurs*, Ancillon l'avoue, *il est obligé d'agir contre eux ; au lieu qu'il se doit lui-même mettre à la raison*. Il faut donc le regarder pour ce qu'il doit d'un œil plus sévère que pour ce qui est dû par les autres ; l'équité l'exige, & la loi l'ordonne. *Generaliter quod adversus alium præstare debuit pupillo suo ; id adversus se quoque præstare debet : fortassis & plus. Adversus alios enim experiri sine actione non potuit : adversus se potuit. L. 9. §. 3. ff. de admin. & peric. tut.* Pour échapper à un texte si formel Ancillon n'a d'autre ressource que de dire que c'est une exagération du juriconsulte, & qu'il n'y est pas parlé d'intérêts. Mais cette double réponse, quoiqu'elle ait quelque fondement dans ce que dit Dumoulin, à qui Ancillon l'attribue, ne m'en paroît pas

TIT. IV.
Observ. 8e.

plus solide (1). Il n'est pas douteux, & notre commentateur le reconnoît, que le tuteur doit exiger des débiteurs du mineur les intérêts qu'ils lui doivent, & en former un capital qui produise de nouveaux intérêts. Par conséquent dès que la loi assimile ses obligations quant à ce qu'il doit personnellement, à celles qu'elle lui impose pour ce qui est dû par d'autres, elle statue bien clairement qu'il doit former des intérêts par lui dûs un capital produisant au mineur de nouveaux intérêts. La disposition est donc très-précise. Supposer que les expressions du jurisconsulte sont outrées, c'est une évasion qu'on ne peut écouter, puisqu'avec une pareille supposition il n'y auroit point de loi qu'on ne pût écarter. Dumoulin n'a pas donné dans ce travers. Il dit seulement, *tract. cont. usur. n.º. 601*, que le jurisconsulte a justement, *merito*, parlé avec feu, *animosius*, non pas quand il a dit que le tuteur est tenu pour ce qu'il doit personnellement à son mineur, des mêmes obligations que pour ce que des tiers doivent : c'étoit une vérité toute unie ; mais en ce qu'il a dit que par rapport à sa propre dette, ses obligations sont plus fortes que pour la dette d'un autre. *Merito jure consultus ibi... , animosius loquitur*. Mais bien loin que la vivacité de l'expression de la loi en affoiblisse la disposition, Godefroy, *Vbo. potuit*, en conclut après Bartole, que le tuteur est tenu d'exiger *à se ipso*, une dette purement naturelle, & qui comme telle ne donneroit aucune action au mineur contre un étranger. Pour donc résumer ces réflexions, en voici le résultat. Soit que le tuteur ait reçu des tiers, débiteurs de son mineur, les intérêts par eux dûs, & n'en ait point fait d'emploi, soit qu'il ne les ait pas exigé d'eux, il en doit l'intérêt. Or, il doit être traité pour ce qu'il doit comme pour ce qui est dû par des tiers : donc soit qu'il ait payé les intérêts qu'il devoit, & laissé oisive la somme en provenant, soit qu'il ait négligé de l'exiger *à se ipso*, il en doit l'intérêt. Avec des lumières supérieures aux miennes on trouvera peut-être une réponse à cet argument. Mais j'avoue qu'il me paroît invincible.

Ce qui révolte Ancillon, c'est qu'il regarde les intérêts exigés d'un tuteur pour raison d'autres intérêts déjà produits par le capital qu'il doit, comme formant l'anatocisme prohibé par toutes les loix qui n'exceptent pas les mineurs. Mais il faut faire attention que ce mot *intérêt* peut être pris en deux significations très-différentes. Il signifie ou

11.
Double signifi-
cation du mot
intérêt.

(1) Qu'on ne m'accuse pas de témérité si j'ose contredire Dumoulin lui-même. Qu'on n'imagine pas que je veuille m'élever au dessus du dernier des auteurs dont je combats les opinions. Je déclare que pour avoir quelquefois apperçu en quoi les autres se sont mépris, je ne m'en tiens pas moins sujet à me méprendre, même sur les choses où j'aurai apperçu leurs fautes. La censure qu'on exerce sur les ouvrages d'autrui n'engage point à en faire de meilleurs, à moins qu'elle ne soit amère, chagrine, & orgueilleuse... La critique qui est un examen, & non pas une satire, qui a de la liberté, mais sans fiel & sans aigreur, & sur tout que l'on accompagne d'une reconnaissance sincère de son peu de capacité, laisse la liberté de faire encore pis, si l'on veut, que tout ce qu'on s'est mêlé de reprendre. Fontenelle, discours sur l'éciogue.

dinairement

Enfin l'indemnité du retard dans lequel un débiteur tombe, ou le produit civil, & réglé par le souverain d'un capital dont le créancier le laisse jouir, & le prix du crédit volontaire, ou forcé qu'il lui accorde : *usura*. Mais il signifie aussi le dédommagement de la perte réelle qu'on occasionne à un autre par son fait, ou par sa faute : *intéresse*. C'est même la signification primitive, comme le prouve l'étymologie : & on ne lui a donné le sens devenu le plus ordinaire, que parce que le mot *usura* est odieux dans notre langue, & désigne presque toujours le profit illégitime que le créancier tire d'un argent, qui ne produisant naturellement aucun fruit, ne devrait lui rien rapporter. Or, qu'est-ce que l'anatocisme ? Une stipulation en vertu de laquelle on exige l'intérêt de l'intérêt, en prenant ce mot dans le premier sens, c'est-à-dire pour le prix du tems pendant lequel le débiteur retarde le paiement de ce qu'il doit. C'est la reduplication du prix de ce retard que les loix détestent, & qui est, en effet, très-détestable : parce que s'il est supportable que le créancier se fasse payer le tems pendant lequel le débiteur garde son argent, il ne l'est plus qu'il vende encore à ce malheureux débiteur le tems qu'il lui accorde pour lui payer le prix du premier crédit. Cela ne s'applique nullement à un mineur, & à son tuteur. Le mineur ne vend pas à son tuteur le retard du paiement de ce qu'il lui doit; il ne lui fait pas crédit du prix de ce retard, & lui vend encore moins ce nouveau crédit. Il ne se passe rien entre eux qui approche de ce qu'on appelle anatocisme, & qui renferme toujours une convention expresse, ou tacite. C'est le tuteur qui seul, contre l'obligation où il est d'exiger de lui-même comme des autres, ce qui est dû à son mineur, & contre les intérêts de ce mineur qui lui sont confiés, se fait crédit à lui-même du capital. C'est encore lui seul qui, après ce premier retard, se fait de nouveau crédit à lui-même de l'indemnité qu'il en doit. Accordons cependant que l'intérêt exigé à ce titre d'intérêt, *usura*, des premiers intérêts dûs par le tuteur, seroit une espèce d'anatocisme. Qu'en pourra-t-on conclure ? qu'à ce titre d'intérêt le tuteur ne le doit pas. En fera-t-il moins juste qu'il en fasse raison à son mineur à titre de dédommagement, *intéresse* ? Ceci n'est point une vaine subtilité. Ce n'est qu'à titre d'indemnité que le tuteur doit & peut devoir l'intérêt des sommes qu'il a négligé de se faire payer par des tiers. Il ne peut le devoir dans le sens où le mot intérêt signifie le prix de l'usage qu'on fait de l'argent d'autrui ; puisqu'il le paie pour raison d'une somme qu'il n'a pas reçue. Il doit donc alors l'intérêt dans le sens où ce mot est synonyme de celui de dédommagement. Or, si le mineur doit être indemnisé par son tuteur de la perte qu'il lui a causée pour ne s'être pas fait payer des intérêts dûs par des tiers, & ne les avoir pas convertis en un capital placé à son profit, il faut ou convenir que le tuteur doit la même indemnité, pour n'avoir pas fait le même emploi des intérêts dont il étoit personnellement débiteur, ou soutenir contre l'évidence, & contre le texte de la loi, que le tuteur n'est pas aussi rigoureusement tenu d'exiger *à se ipso*, que des autres débiteurs de son pupille.

TIT. IV.
Observ. 8e.

13.
Les intérêts
d'intérêts ces-
sent à la majori-
té.

Il est si vrai que ce n'est que par indemnité du défaut d'emploi de l'excédent des revenus du mineur, que le tuteur lui doit les intérêts d'intérêts, qu'ils cessent à la majorité; c'est à-dire, qu'on ne forme plus au profit du mineur devenu majeur, un capital des intérêts à lui dus par son tuteur, pour faire produire à ce capital de nouveaux intérêts; par la raison qu'au moment de la majorité, c'est à celui qui a été en tutelle à faire ce que bon lui semble de ce qui a été ou a dû être mis en épargne pendant qu'elle a duré, & que s'il néglige de se faire remettre, il est dans le cas de tous autres créanciers qui n'a pas soin de se le faire payer des intérêts à lui dûs, & à qui il n'est dû aucun dédommagement de sa négligence.

14.
La loi ne les
condamne pas
pendant la mi-
norité.

Le §. 12. de la l. 7, ff. de admin. & peric. tut. cité par Ancillon, ne prouve point du tout que les intérêts reçus par le tuteur soient les seuls dont il doive compter l'intérêt à son mineur. A la vérité, cette loi ne parle que des intérêts payés au tuteur, & qu'il a employés à ses propres affaires. Mais de ce qu'elle ne dit rien ni des intérêts qu'il a laissés oisifs dans son coffre, sans en faire usage, ni pour lui-même, ni pour le mineur; ni de ceux qu'il a négligé de faire payer aux autres débiteurs; ni enfin de ceux qu'il devoit lui-même, on ne conclura jamais que l'esprit de cette loi soit que par sa négligence, ou par son retard, il puisse faire perdre à son mineur, sans l'en dédommager, le bénéfice qu'auroit produit le capital qui auroit pu être formé par le tuteur, & placé, s'il avoit été aussi exact qu'il le devoit, à payer lui-même, & à faire payer les autres.

Dumoulin, dont Ancillon invoque encore l'autorité, peut paroître plus contraire aux intérêts d'intérêts. Cependant il ne parle ni des comptes rendus par un tuteur à la fin de chaque troisième année de sa tutelle, ni des intérêts des épargnes qui se trouvent à la fin de chacune de ces périodes. Il n'avoit garde d'en parler, puisque c'est une pure question de droit écrit qu'il examine, & que par le droit écrit, le tuteur ne rendoit jamais compte que la tutelle ne fut finie. L'usure, trop favorisée par les loix romaines, recevoit cette limitation qu'elle ne pouvoit pas excéder le capital de la créance, ni l'augmenter au-delà du double. Dumoulin établit cependant, n°. 600, que *usura currunt ultra duplum quamdiu tutela, cura vel similis administratio durat*; ce qui montre assez, ce me semble, que les regles des loix romaines, sur les usures qu'on pouvoit exiger d'une somme prêtée, ne sont pas toujours applicables aux indemnités ou intérêts que peuvent devoir les administrateurs du bien d'autrui, qui détournent à leur profit les deniers de leur recette. Dumoulin demande ensuite: *An hæc nova usura currat non solum pro parte veteri, sed etiam pro illius usuris, & sic deinceps duplo major tanquam proforte duplata*. Cette question est, comme on le voit, bien différente de celle que nous agitions. En droit, lorsque les usures accumulées égalent la somme prêtée, on les joint à cette somme, & on forme du tout un nouveau capital double de ce qu'il étoit originaiement. Mais alors toute usure cesse, & la somme doublée ne produit plus rien, à moins que le débiteur ne soit un tuteur, ou quelque autre administrateur du bien d'autrui, auquel cas les inté-

Int. IV.
Observ. 8e.

Intérêts recommencent jusqu'à la fin de l'administration. Mais ces nouveaux intérêts, *nova usura*, ne sont-ils que ceux de la créance originaire ? ou sont-ils ceux de cette créance doublée par l'accumulation de intérêts précédens ? Voilà la question agitée par Dumoulin, relativement aux loix romaines. Elles eussent été trop rigoureuses si elles avoient chargé les tuteurs des intérêts pleins de la somme doublée ; car chez les Romains l'usure autorisée étoit la centésime, ou un pour cent par mois ; en sorte que 8 ans 4 mois d'intérêt égaloient le capital. Si donc, après ce terme, on avoit doublé les nouveaux intérêts, quatre ans & deux mois de plus auroient suffi pour les faire une seconde fois monter aussi haut que la créance principale. Et qu'après douze ans & demie de tutelle cette créance auroit triplé. L'usure eut été monstrueuse. Dumoulin ne laisse pas de trouver la question problématique, & ce n'est qu'après avoir proposé de très-fortes raisons pour adjuger au mineur l'intérêt de la somme doublée, qu'il se détermine à ne lui accorder, après le doublement, que le même intérêt qui courroit auparavant. J'avoue que par-là il ne fait payer au tuteur aucun intérêt des intérêts, & même qu'il se fonde sur la loi finale, ou plutôt 28. *Cod. de usur.* qui déclare, *nullo modo licere cuiquam usuras præteritii temporis vel futuri in sortem redigere, & earum iterum usura stipulari.* Mais, outre qu'il s'agit dans cette loi d'une usure conventionnelle, qu'il n'y est pas question des tuteurs, ni des mineurs, qu'il ne se fait entre eux aucune stipulation expresse ni tacite, & que sans un pacte au moins tacite, je ne fais s'il peut y avoir anatocisme. Il me semble qu'il eut été difficile que chez les Romains qui ne comptoient qu'à la fin de la tutelle, les intérêts produisissent des intérêts, puisque ce n'étoit que par le compte qu'on pouvoit savoir le montant du revenant bon des intérêts dont le tuteur étoit réliquataire ; mais que notre coutume de Metz a pu très-légitimement s'écarter du droit écrit, & obliger le tuteur de compter pendant la tutelle, précisément dans la vue qu'à la fin de chaque troisième année le revenant bon des revenus du mineur fut employé en acquisition d'héritages ou de rentes. Cette disposition est trop équitable pour ne pas obliger les tuteurs de s'y conformer exactement, & par conséquent pour ne pas punir ceux qui y contreviennent, en les forçant d'indemniser leurs mineurs de ce qu'ils leur ont fait perdre par le défaut d'emploi de sommes qu'ils auroient dû placer à leur profit.

Cette apologie de la jurisprudence du ressort est un peu longue. Mais il m'a paru important de justifier notre usage censuré par Ancillon, d'autant plus mal-à-propos que l'obligation de former, de trois en trois ans, un capital des épargnes, & d'en faire emploi, à peine par le tuteur de compter en son nom des intérêts des deniers qu'il n'a pas placés, n'est pas particulière à cette province. L'auteur du traité des major., part. 1re., vers la fin de la sect. 4, en fait un principe général aussi bien que Le Grand sur l'art. 21 de la coutume de Troyes, gl. 4, n°. 38.

Chez nous il est si exactement observé que, quoique les tuteurs légitimes ; c'est-à-dire, les ascendants & les tuteurs testamentaires ne comptent qu'à la fin de la tutelle l'usage est de diviser ce compte en période de trois ans : en sorte que, si ha-

14.
Cet usage n'est pas particulier à cette province.

15.
Quand on ne rend qu'un compte de la tutelle, on le divise en périodes de trois ans.

Tit. IV.
Observ. 8e.

Balance faite de la recette & de la dépense des trois premières années, il en résulte un reliquat assez fort pour qu'il en ait pu être fait un emploi, le tuteur qui l'a gardé doit en mettre l'intérêt en recette dans la partie du compte qui concerne les trois années suivantes : ce qui se continue de même pour le reliquat de chaque troisième année, dans la recette des trois subséquentes, jusqu'à la fin du compte. Cette règle n'a pas dans les autres coutumes le même fondement que dans celle de Metz. Mais, quoiqu'on ne l'y observe pas toujours, on peut dans tout le ressort forcer les tuteurs de s'y conformer.

16.
Il n'est pas dû d'intérêt d'une somme légère que le tuteur a gardée.

Il faut pourtant prendre garde que le tuteur ne doit l'intérêt du reliquat de chaque période de trois ans que quand, comme je l'ai dit, il est assez fort pour mériter d'être placé. Ce seroit une vexation d'exiger du tuteur l'emploi ou l'intérêt d'une somme trop modique pour avoir pu être convenablement placée ; & , pour juger si elle a dû l'être, il faut avoir égard à la fortune du mineur. L'art. 46 des arrêtés du parlement de Rouen sur les tutelles, porte que *le tuteur pourra retenir en ses mains une demi-année entière des revenus annuels du mineur, pour l'employer aux affaires d'icelui, sans qu'il soit tenu d'en faire aucun intérêt.* Nous n'avons pas adopté, à beaucoup près, ces arrêtés. Mais j'ai vu plus d'une fois soutenir avec succès, que celui-ci étoit assez juste pour être suivi chez nous. Et, dans le vrai, il est intéressant pour le mineur même, que le tuteur conserve pardevers lui de quoi faire face aux dépenses imprévues qui se présentent d'autant plus fréquemment, & sont d'autant plus fortes que les biens du mineur sont plus considérables.

17.
Comment le tuteur doit compter du produit des vignes.

Je crois nécessaire de parler ici de la manière dont le tuteur doit compter du produit des vignes de son mineur. Ancillon, dans la première partie de son commentaire sur la coutume de Metz, sur l'art. 9 du tit. 9, Vbo. *rendre compte*, après avoir expliqué l'usage connu où l'on est à Metz de faire cultiver les vignes au tiers, ou au quart muid, s'éleve avec raison contre les tuteurs qui, de son tems, ne faisoient recette dans leurs comptes que du prix du tiers, ou du quart de la quantité de vin que les vignes du mineur avoient produit, & seulement sur le pied de la taxe appelée le bas compte, qui se fait pour le propriétaire, & apportoient encore en dépenses les restes de compte dûs par le vigneron, s'il y en avoit, comme il arrive ordinairement. Rien de plus évidemment injuste ; puisque par-là le tuteur s'attribuoit deux avantages, qui sont le fruit de la propriété. Le premier, de ne tenir compte du prix du vin à son mineur que comme le maître en tient compte à son vigneron ; c'est-à-dire, sur le pied de la taxe faite pour les propriétaires des vignes seulement, & qui est toujours fort au dessous du prix auquel le vin nouveau se vend pendant le cours des vendanges, même dans les vignobles qui n'en produisent que de la qualité la plus médiocre. L'autre de s'attribuer les deux tiers, ou les trois quarts du vin, qui, à la vérité, revient aux vigneron pour le prix de la culture ; mais qu'il n'est pas en droit de retenir, & qu'il est obligé de délivrer à son maître qui ne lui en tient compte que sur le pied du bas compte : autre fruit de la propriété. Pour remédier à cet abus, An-

Ancillon, qui, comme je l'ai observé plusieurs fois, travailloit sur-tout à préparer la réformation de la coutume, propose d'y ajouter un article par lequel on auroit réglé que les vignes des mineurs seroient laissées à bail à qui plus. Faute de quoi, les tuteurs seroient comptables du prix du quart, ou du tiers du vin qu'elles auroient produit suivant la taxe, sans pouvoir mettre en dépense les restes de comptes dûs par les vigneron. Il répète la même chose dans la seconde partie, en expliquant l'art. 8 du même tit. V^o. *administrer fidèlement.*

Le bail qui, à plus, remédieroit à tout, & c'est la voie la plus naturelle & la plus juste pour mettre l'intérêt des mineurs à couvert. Mais n'obliger le tuteur qui n'y fera pas procéder qu'à compter du tiers, ou du quart du produit des vignes, & cela sur le pied de la taxe des propriétaires, ce seroit laisser subsister les deux inconvéniens que j'ai relevés, & ne sauver au mineur qu'une très-petite partie de la perte qu'entraînoit l'usage reproché par notre commentateur. Supposons, par exemple, une metairie pour laquelle on donne au vigneron 250 liv. d'aides, & qui ait produit 120, mesures ou hottes de vin, taxées 3 liv. l'une. Le tuteur, si elle se cultive au tiers nuide, en déduira le tiers en comptant avec le vigneron, & lui fera état des deux autres tiers montant à 240 liv. Ainsi, le vigneron qui en a reçu 250, redevra 10 liv. Ce sont ces dix livres que le tuteur mettoit en dépense suivant l'usage abusif qu'Ancillon condamne, & qu'il n'y auroit plus mis suivant le règlement que cet auteur proposoit. Mais, au surplus, le tuteur auroit continué de ne faire recette à son mineur que du tiers du vin suivant la taxe; c'est-à-dire, de 120 liv. La perte du mineur & l'injuste gain du tuteur auroient toujours été évidentes. C'eût été assurément faire grace au tuteur de le traiter comme les étrangers qui font des avances, pour la culture des vignes qui ne leur appartiennent pas: & pour lesquelles il se fait un autre taxe appelée le haut compte, qui est ordinairement de dix sols au dessus de celles des propriétaires, & qui devoit être beaucoup plus forte (1). Cependant en le traitant

(1) Dans les tems anciens où les denrées du pays avoient peu de valeur, le bas compte étoit de 25 ou 30 sols, c'étoit assez d'augmenter le haut compte de 10 sols. C'étoit à peu près le tiers en sus. A mesure que le prix du vin s'est augmenté, on auroit dû augmenter à même proportion la différence des deux comptes. Mais on n'y a fait nulle attention. On s'est habitué à augmenter l'une des taxes que de 10 sols au-delà de l'autre: On a continué sans s'apercevoir qu'il en résulteroit l'usure la plus énorme au préjudice des cultivateurs propriétaires de vignes; car si le vin est taxé 3 liv. 10 sols pour ceux qui leur ont fait des avances, on peut être sûr qu'il sera vendu 4 liv. 10 sols dans les plus mauvais vignobles, & 5 liv. dans les autres pendant le cours de la vendange: & si le vigneron a reçu 250 liv. d'aides, il faudra que, pour s'en libérer, il fournisse à son créancier 71 mesures & demie de vin sur chacune desquelles perdant au moins 20 s., il s'ensuit que pour l'intérêt de 250 liv. qu'il a très-souvent reçu par parcelles, dix, huit, six, & trois mois avant la vendange, & dont par conséquent l'intérêt au denier vingt exactement compté n'auroit pu produire qu'environ sept livres. Il paie 71 liv. 10 s. Mais supposons qu'il

TIT. IV.
Général, 82.

comme eux, il faudroit lui faire faire recette des 120 mesures de vin, à raison de 3 liv. 10 s. l'une, ce qui seroit 420 liv., sauf à mettre en dépense les 250 liv. d'aides : moyennant quoi, il resteroit net au profit du mineur 170 liv., au lieu de 120 liv. ; mais ce n'est pas encore assez ; & le tuteur ne peut pas prétendre gagner vis-à-vis de son mineur ce que gagne sur les vigneronns propriétaires ceux qui leur font des avances. Deux raisons le démontrent : 1°. ce n'est pas de ses propres deniers, c'est presque toujours de ceux de sa tutelle que le tuteur fournit des aides au vigneron de son mineur : 2°. quand, ce qui arrive rarement, il les tireroit de sa bourse, pourroit-on tolérer qu'il fit cette avance à son mineur à la condition de bénéficier sur lui en prenant son vin au haut compte ? C'est une manière de faire valoir son argent qu'un ancien usage justifie moins, qu'il n'en pallie l'abus & l'usure. Entre les vigneronns qui ont besoin d'aides pour la culture de leurs vignes & ceux qui leurs rendent ce secours (1) ; mais qui ne peut pas être supporté dans un tuteur, vis-à-vis de son mineur, avec lequel il seroit révoltant de lui permettre de scénérer. Il n'y a donc qu'un seul parti à prendre, lorsque le tuteur n'a pas affermé au plus offrant les vignes de son mineur, c'est de l'obliger de mettre en recette tout le vin qu'elles ont produit au prix qu'il s'est communément vendu pendant la vendange, sauf à lui à mettre en dépense les aides

aura reçu les avances à une seule fois, & dès la St. Martin, l'intérêt de 250 liv. pendant un an faisoit ci-devant à cinq pour cent 12 liv. 10 s., & ne fait plus aujourd'hui à quatre pour cent que 10 liv., & le pauvre cultivateur qui perd au moins vingt sols par mesure de vin, payera pour cet intérêt d'un an au moins 71 liv. 10 s. ; c'est-à-dire 28 $\frac{1}{2}$ pour cent. Voilà l'abominable usage qu'on ne veut pas réformer, parce qu'on y est si accoutumé que les prétextes les plus frivoles suffisent pour colorer ce qu'on a vu faire à ses ancêtres. On dit que s'il n'y avoit pas un grand profit à faire des avances aux vigneronns, ils ne trouveroient plus ce secours, & qu'ils seroient forcés de s'adresser aux juifs. Mais ceux qui font profiter leur argent par cette voie sont pour la plupart des juifs. S'il y en a quelques autres, ce sont des chrétiens plus usuriers que les juifs ; car le plus effronté de cette nation oseroit-il demander ouvertement 28 ou 29 pour cent d'intérêt ? Et qu'importe que ce soient des juifs, ou de pareils chrétiens qui ruinent nos misérables vigneronns ? Dans quel état ce prétendu secours a-t-il réduit les habitans du vignoble ? A peine entre cent en trouve-t-on deux qui possèdent chacun un arpent de vignes. Cependant on s'obstine à vouloir que la taxe du haut prix reste excessivement basse. Pourquoi ? uniquement parce que depuis très-long-tems on ne l'a gueres portée qu'à 10 s. au dessus du bas compte, qui lui-même est ordinairement trop foible. On croit devoir faire ce qui s'est fait depuis long-tems, sans prendre garde au changement du prix des vins. Ce défaut d'attention seul soutient ce pernicieux usage ; car quoique peut-être quelques-uns de ceux qui le maintiennent fassent l'infâme commerce d'avancer leur argent pour le retirer en vin, avec un profit énorme, les yeux des autres qui ne le font pas, & c'est le plus grand nombre, ne sont pas fascinés par l'intérêt, mais par l'habitude. Voy. ci-après tit. 5, obs. 12, n°. 27 & suiv.

(1) Voy. tit. 5, obs. 12, n. 28.

fournies au vigneron. Il y gagnera encore, parce qu'il est très-rare que le prix du vin n'augmente pas pour peu qu'on le garde.

J'ai déjà dit que les comptes qui se rendent pendant la tutelle ne sont jamais que provisionnels, & que, lorsqu'elle est finie, ils doivent être renfermés dans le compte général que le tuteur rend de toute son administration. C'est seulement alors que le tout est définitivement arrêté & appuré.

Rien ne peut dispenser le tuteur de rendre ce compte. Toutes décharges données sans qu'il ait été rendu & examiné, sont nulles, non-seulement quand elles dispensent le tuteur de compter, mais même quand elles énoncent un compte qui ne paroît pas autrement que par cette énonciation, où dont les articles n'ont pas été mûrement discutés, & réglés sur les pièces justificatives; car *n'est foi ajoutée à ce que le mineur marié ou le mari de la fille en aura reconnu, soit par lesdites quittances ou contrat de leur mariage, s'il ne conste que le tuteur ait légitimement rendu compte de son administration, & actuellement acquitté le reliquat d'icelui sans aucune collusion, fraude, ou simulation*: coutume de Lorraine, art. 17 du tit. 4; elle parle des décharges qu'un tuteur exige ou se fait promettre pour donner son consentement au mariage de ses mineurs, & veut que *lui & ceux, hors lesdits mineurs, qui se trouveront avoir adhéré à telles menées & pratiques secrètes soient mulctés de punitions arbitraires, comme de chose abusive & pernicieuse*. Mais la nullité n'est pas bornée à ce seul cas, & dans quelques circonstances qu'un tuteur se soit fait décharger sans que son compte ait par par le creuset d'un examen sérieux, il ne peut s'en prévaloir, & reste toujours comptable. » Pour être le compte valable, dit Fabert, sur cet art. n°. 510, il » faut qu'il soit dressé en articles distincts & séparés, & examiné sur les pièces vé- » rifiantes. Ce qu'il prouve par trois arrêts. Bref, ajoute-t-il, l'on tient au droit » romain & françois, que si le compte n'est rendu & examiné par le menu, le » tuteur n'est pas valablement déchargé, & qu'il ne peut transiger, ni contracter avec » ses mineurs ou autres touchant l'administration de leurs biens, sans en rendre compte » par le menu, ores que ce soit en la majorité desdits oyans compte. Voyez aussi Canon & l'anonyme sur le même article, le dernier dit; *il n'est pas loisible de donner quittance aux enfans du tuteur non plus qu'au pere même d'iceux, auparavant que le compte de la tutelle ait été rendu ... Les meres mêmes sont tenues de rendre compte de la tutelle de leurs enfans, nonobstant qu'elles aient quittances du reliquat de leur compte, & que les enfans aient déclaré qu'ils ont reçu le reliquat dudit compte, & qu'icelui leur a été rendu*. Ces règles ne sont pas particulières à la coutume de Lorraine: c'est le pur droit commun observé par-tout; jusques-là, que » si le pere du mi- » neur nommant un tuteur, l'a voit déchargé de rendre compte; il ne laissera pas » d'y être obligé. Traité des major. part. 1, sect. 4. Voy. aussi le traité de minor. ch. 12, n°. 4. Le Paige, sur l'art. 74 de la coutume de Bar., &c., & l'art. 1 du tit. 29 de l'ord. de 1667.

» Mais si le mineur qui a transigé, dit Le Paige *ibid.*, ne se pouvoit dans les dix

Tit. IV.
Observ. 8c.

18.
Le compte final
doit renfermer
toute l'adminis-
tration.

19.
Il ne peut être
remis.

20.
Même par con-
trat de mariage.

21.
Le tuteur est
punissable s'il
en exige la dé-
charge pour
consentir au
mariage.

22.
Les héritiers ne
peuvent pas
non plus être
déchargés sans
compte rendu.

TIT. IV.
Observ. 8e.

23.
Dans quel tems
le mineur doit
se pourvoir
contre la dé-
charge.

» ans de sa majorité, ou le majeur dans les dix ans, à compter du jour du contrat ;
» il est non-recevable, quoiqu'il n'y ait ni compte rendu, ni représentation d'in-
» ventaire, partage ou autres actes. La distinction que fait ce commentateur en-
» tre l'acte passé en minorité, pour lesquelles dix ans courent du jour de la majorité,
» & celui qui a été consenti par un majeur pour lequel ils ne commencent que du
» jour de sa date, a été suivie par un arrêt rendu à l'audience du parlement de Metz
le 15 Janvier 1724, qui confirme au surplus la nullité des décharges données sans que
le compte paroisse.

Le sieur de Blaisel, âgé de 26 ans, reconnoît par un acte public que le sieur Ba-
ron de Bolandre, son oncle & son tuteur, lui a rendu compte de sa gestion, & qu'ils
se sont trouvés quittes. Neuf ans après, il prend des lettres contre ce acte, soutient
qu'il ne l'a signé que par complaisance pour son oncle, dont il étoit alors l'héritier
présomptif, mais qui s'étoit marié depuis, & avoit des enfans. Il allégué qu'il n'y a
point eu de compte rendu, point de piéces vues, ni rémises, point de reliquat
fixé, ni payé. Le bailliage de Sedan entérine les lettres, & condamne le sieur de Bo-
landre à rendre compte. Sur l'appel il convenoit qu'un tuteur ne pouvoit être dé-
chargé de son administration jusqu'à ce qu'il en eut rendu compte. Mais il disoit 1^o.
que la preuve que le sien avoit été rendu & appuré, étant consignée dans un acte
souscrit par le sieur de Blaisel, en pleine majorité, la décharge qu'il lui avoit donnée
étoit valable : 2^o. que lors de la demande, le sieur de Blaisel étant âgé de près de 36
ans, il étoit non-recevable suivant l'ordonnance. L'intimé répondoit que la ^{simple} énonciation
d'un compte ne justifioit pas qu'il eut été rendu ; qu'à la vérité ^{après} l'examen d'un compte
présenté par le tuteur, le mineur pouvoit transiger en majorité sur les débats ; que la
décharge qu'il donnoit alors étoit valable ; en sorte qu'il ne pouvoit plus ni être restitué,
ni demander un nouveau compte, ni même, suivant l'art. 21 du tit. 29, de l'ordonnance
de 1667, faire procéder à la révision du compte : mais qu'il étoit en droit d'en coter
les erreurs, & de se plaindre des omissions de recettes, & des faux emplois qui ne
se couvrent jamais ; qu'on ne pouvoit l'en empêcher en supprimant un compte réel-
lement rendu, bien moins encore en supposant, & en faisant énoncer dans la
décharge un compte qui n'avoit jamais existé ; en un mot, qu'on ne pouvoit
prouver qu'il y avoit eu un compte rendu qu'en le représentant. Au second moyen
il répondoit que le tems pour se pourvoir en lettres ne court pas du jour de la
majorité ; & que les dix ans pendant lesquels on peut être restitué, ne peuvent
commencer avant la date de l'acte qu'on attaque par des lettres. L'arrêt mit
l'appellation au néant, avec amende & dépens.

M. Bouguier va plus loin, l. r. ch. 14 ; il distingue entre les transactions, & autres
contrats passés entre un tuteur & son mineur, contre lesquels il faut se pourvoir
dans les dix ans, encore qu'il n'y ait eu ni inventaire, ni compte rendu ; & les sim-
ples décharges de compter ou quittances, qui sont nulles de droit, & qu'on ne peut
opposer

opposer à la demande en reddition de compte qu'il est toujours tems de former tant qu'elle n'est pas prescrite.

Un des fondemens de la maxime est, que l'autorité du tuteur sur son mineur a accoutumé celui-ci à déferer à toutes les volontés du premier, & qu'il est évident qu'il a abusé de cet empire non-seulement quand il s'est fait gratuitement décharger de compter, mais aussi quand, pour colorer cette décharge, il a supposé un compte qu'il ne peut pas représenter. C'est aussi par raison de cet empire du tuteur que la coutume de Metz, art. 16 du tit. 9, lui défend d'épouser sa pupille, & de marier ses enfans avec les mineurs qu'il a en charge, sans l'avis de la famille, ou l'autorité du magistrat. Art. bien expliqué par M. Ancillon & par M. D. . . , auxquels je n'ajouterai rien.

C'est encore le motif qui a fait annuler les donations faites par les mineurs, au profit de leurs tuteurs, & autres administrateurs, nullité prononcée non-seulement par les ordonnances de nos rois, mais encore par celle de Metz du 2 Décembre 1564, art. 103, & sur laquelle je me contenterai de renvoyer à Ricard, traité des donat. part. 1, chap. 3, sect. 9.

J'ai dit que quand il n'a pas été transigé sur le compte, il peut être demandé tant que l'action n'est pas prescrite. Mais cette action se prescrit comme toute autre; en Lorraine par 30 ans, Faber sur l'art. 4 du tit. 4, n. 432; à Metz, par 20 ans, 20 jours; dans l'évêché, par 20 ans; en un mot, par le tems ordinaire des prescriptions fixé par chaque coutume. Il y en a, où lorsque l'action hypothécaire est jointe à la personnelle, elle ne se prescrit que par 40 ans: & dans celles-là, Buridan à la fin de son commentaire sur l'art. 143 de la coutume de Vermandois, & sur l'art. 381 de celle de Reims, n. 6, tient après Bacquet, que si le tuteur s'est obligé au paiement du reliquat de son compte, l'hypothèque dure 40 ans contre lui, & ses héritiers: mais que s'il n'a pas été compté, » après le silence de 30 ans depuis la majorité d'un pupille, l'action hypothécaire sur les biens du tuteur est éteinte avec la personnelle pour la reddition du compte. Je ne m'arrêterai point à ces règles dont le fondement est que, *sic volvere patres*. Nous ne connoissons point à Metz cette prolongation du tems requis pour prescrire l'action hypothécaire jointe à la personnelle. Ainsi toute action du mineur contre son tuteur, soit qu'il ait, ou n'ait pas compté de la tutelle, est indistinctement éteinte, si le mineur laisse, sans l'intenter, écouler depuis sa majorité, le tems ordinaire de la prescription.

TIT. IV.
Observ. 82.

24.
Mariage du tuteur, ou de ses enfans avec les pupilles.

25.
Donations des mineurs à leurs tuteurs, &c.

OBSERVATION IX.

De l'Hypothèque du Mineur, de celle du Tuteur, & des Intérêts qu'il peut prétendre.

LES biens des tuteurs sont hypothéqués pour la reddition & le reliquat du compte, du jour de l'acceptation de la tutelle. Verdun, art. 104. La coutume de Metz a la même disposition, art. 11 du tit. 9, & ajoute qu'ils sont hypothéqués solidairement, ç'est-à-dire, que s'il y a plusieurs tuteurs, les biens de chacun d'eux sont obligés & affectés pour raison de l'administration de tous. Ce qui est sans difficulté quand ils gèrent en commun. Mais si le mineur avoit des biens dans des provinces éloignées, & qu'on lui donnât un tuteur dans chacune de ces provinces qui ne fut chargé que de la gestion des biens qui y sont situés, tous pourroient demander de ne répondre que de leur administration personnelle, & il seroit juste de l'ordonner.

Ces deux coutumes disent que l'hypothèque a lieu du jour de l'acceptation de la tutelle. Cependant 1°. si le tuteur choisi par les parens, & nommé par le juge, refusoit d'accepter, & que dans la suite il fut condamné de se charger de la tutelle, il est certain que sa gestion ayant dû commencer du jour de sa nomination, l'hypothèque sur ses biens auroit lieu de ce jour-là : 2°. que si les ascendans n'ont pas été confirmés dans la tutelle qui leur appartient, & n'en ont fait aucune acceptation expresse, mais l'ont gérée ; l'hypothèque a lieu sur leurs biens du jour que cette gestion a dû commencer. C'est pourquoi Ancillon dit sur l'article cité, que comme il ne parle que des tuteurs créés & institués, & de leur acceptation, il est à propos d'y ajouter qu'à l'égard des tuteurs légitimes des mineurs qui n'ont besoin de création, ni d'institution, & qui sont tenus de gérer, quoiqu'ils n'aient fait aucune acceptation formelle de la tutelle, l'hypothèque commence sur leurs biens du jour du décès du prédécédé des conjoints, ou plutôt de celui dont la mort donne ouverture à leur administration. Si le survivant des conjoints décède, les biens de l'aïeul sous la tutelle duquel les mineurs tombent, ne seront hypothéqués que de ce jour-là, & non du jour du décès du prémourant des conjoints.

La raison de ces règles est que l'hypothèque des mineurs étant tacite & légale, elle résulte de la seule gestion ; en conséquence, elle est acquise au mineur sur les biens de son protuteur. Lorraine, art. 8 du tit. 4 ; évêchés, art. 12 du tit. 4. M. D. sur l'art. 10 du même tit. de cette dernière coutume, relève qu'elle ne dit point que les mineurs ont hypothèque sur les biens de leurs tuteurs du jour de l'acte de leur tutelle. Mais puisqu'elle la donne sur les biens des protuteurs, son intention étoit, à

TIT. IV.
Observ. 9e.

1.
Hypothèque du mineur sur les biens de son tuteur.

2.
Quand elle est solidaire.

3.
Elle a lieu du jour de l'acceptation.

4.
De la nomination.

5.
Ou de la gestion.

6.
Elle est tacite & légale.

plus forte raison, de l'accorder aussi sur ceux du tuteur. Ce n'est, en effet, que la même hypothèque tacite acquise contre le tuteur, qui a lieu contre le protuteur. Ces termes sont ceux de Le Grand sur l'art. 21 de la coutume de Troyes, gl. 4, n. 36, où il dit que le protuteur est celui qui a administré les biens croyant être tuteur, encore qu'il ne le fut pas. Mais c'est aussi celui qui s'immitce dans cette gestion, & qui fait les fonctions, quoiqu'il sache que cette qualité ne lui a été déferée ni par la loi, ni par le juge.

Le cas le plus fréquent des protutelles est celui d'une mere remariée. Si elle continue la tutelle, sans autre élection ni institution, comme il advient souvent, les biens du second mari sont obligés & hypothéqués laïssiblement au compte & reliquat des mineurs du jour de ladite administration. Faber, sur le susdit art. 8, n. 454, & M. D... qui le cite sur l'art. 12 de l'évêché. Voyez ci-dessus observ. 6, n. 6, & suiv.

Le Grand, *ibid.* n. 55, & Canon sur l'art. 8, n. 3, remarquent même qu'il est voulu par la loi » que les biens du mari qui a épousé une femme laquelle avoit géré une » tutelle, soient obligés au mineur pour la reddition du compte « : & ils citent, l'un la *L. matres 2, cod. quan. mul. tut. off. fun. poss.*; l'autre, la *L. si mater, § cod. in quib. caus. pign. vel hypot. tac. contrah.*; mais l'une & l'autre parlent d'une tutelle qui dure encore lors du second mariage. *Bona ejus qui tutelam gerentis affectaverit nuptias*, dit la première, *adspiraverit nuptias antequam eis tutorem alium fecerit ordinari*, porte la seconde. Si la tutelle continue pendant le second mariage, il n'est pas douteux que les biens du second mari sont chargés du reliquat du compte qu'il est personnellement tenu de rendre; c'est l'espece de l'arrêt du 3 Mai 1672, rapporté au premier tome du journal du palais. Mais il me semble que si la tutelle de la mere étoit finie, ou finissoit lors de son convol; en sorte que le second mari n'eut rien géré, il ne pourroit y avoir d'hypothèque au reliquat du compte non rendu, que sur les biens de la communauté dans laquelle la femme auroit apporté ses meubles, & encore toute la communauté n'en feroit tenue qu'au cas que le contrat de mariage ne contiendroit pas une stipulation valable & régulière de séparation de dettes. Et, quant aux propres du mari, je crois qu'ils ne seroient pas plus obligés à la créance des mineurs, qu'à toutes les autres dettes de la femme; voy. ci-dessus observ. 6, n. dernier.

Du principe que l'hypothèque des mineurs est légale, & acquise en vertu de la seule administration, on a conclu à Metz qu'elle avoit lieu sur les biens situés dans le royaume pour raison d'une tutelle gérée en pays étrangers. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 29 Mai 1682, rapporté par M. Ancillon dans son recueil. En voici sommairement, l'espece qu'on pourra voir plus au long dans mes extraits de ce recueil, pag. 80 & 109.

Pierre Perford, né à Metz, avoit fait un long séjour à Francfort pour les affaires de son commerce, & il y avoit été honoré de la qualité de résident pour le roi.

TIT. IV.
Observ. 9e.

7.
C'est la même qui a lieu sur les biens du protuteur.

8.
Qu'est-ce qu'un protuteur ?

9.
Le second mari est souvent protuteur des enfants du premier lit de la femme.

10.
Si les biens sont affectés à la tutelle.

11.
Si les biens que le tuteur a en France sont hypothéqués à la tutelle qu'il a gérée en pays étranger.

TIT. IV.
Observ. 99.

Il s'y étoit marié une première fois, en 1653, à Dlle. Jeanne Le Grand. Il avoit perdu sa femme le 23 Juin 1657, & dès ce moment il étoit devenu tuteur naturel & légitime de trois enfans qu'elle lui avoit laissés. La glorieuse & infructueuse campagne de 1672 ayant occasionné la guerre entre la France & l'Empire, le sieur Perfod avoit été obligé de quitter Francfort, & étoit revenu à Metz, où ses affaires ayant paru dérangées, ses enfans lui avoient demandé compte, & il le leur avoit rendu au mois de Février 1677, pardevant un conseiller du bailliage. Ses biens ayant été saisis réellement, ses enfans formerent opposition pour le reliquat du compte, & par la sentence d'ordre qui intervint au bailliage le 28 Novembre 1681; ils furent colloqués à la date du décès de leur mere. Le sieur Rouillé, l'un des créanciers, interjeta appel de ce chef de la sentence, & il disoit que l'hypothèque tacite sur les biens des tuteurs ne pouvoit avoir lieu qu'autant que les tutelles étoient données par les juges du royaume, ou déferées par la disposition de nos coutumes, sur quoi il citoit Brodeau sur M. Louet, l. h. som. 15, n°. 4, & sur la coutume de Paris, art. 107, n°. 2, & art. 164 & 165; à quoi il ajoutoit que les enfans du sieur Perfod ne fondoient leurs créances que sur un contrat de mariage, & des quittances sous seing-privé, & sur un compte collusoire imaginé par un pere devenu insolvable pour dérober une partie de ses biens à ses créanciers, & les mettre à couvert sous le nom de ses enfans. Les intimés répondoient que leurs titres de créance ne pouvoient être suspectés, que le contrat de mariage de leur mere étoit signé par des parens décédés depuis près de 10 ans; que la dot y stipulée étoit la succession de Daniel le Grand leur aïeul, qu'on ne pouvoit douter être échue à sa fille, leur mere, que le surplus de leurs créances provenoit de la succession de Catherine de Ponpierre leur aïeule, dont le montant étoit fixé, non-seulement par la quittance que leur pere en avoit donnée comme leur tuteur; mais encore par celles de leurs co-héritiers, qui toutes portoient pareille somme; que s'ils n'avoient demandé compte qu'en 1677, c'est qu'à peine ils avoient acquis alors la majorité coutumière, & par conséquent n'avoient pas pu agir plutôt; qu'au surplus, ils ne tiroient leur hypothèque, ni du contrat de mariage, ni des quittances, ni d'aucun acte de tutelle émané d'un juge étranger, mais du droit reçu chez toutes les nations qui met les enfans sous la tutelle de leur pere, & leur donne sur ses biens un hypothèque tacite du jour que sa gestion a commencé. *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes praeque gentes custoditur. L. 9, ff. de just. & jure.* L'appellant repliquoit, que si un acte de tutelle émané des juges de Francfort n'auroit pas pu donner une hypothèque expresse sur les biens possédés par le tuteur dans le royaume, il étoit impossible de tirer de sa gestion faite en conséquence des usages de ce pays-là, une hypothèque tacite; parce que, suivant les élémens du droit & de la raison, *non major potest esse vis taciti, quam expressi.* Nonobstant quoi, le parlement confirma la collocation accordée aux mineurs par le bailliage.

Il faut avouer que cet arrêt est contraire à ceux qui sont rapportés par Brodeau ; car la distinction entre l'hypothèque expresse résultante de l'acte de tutelle, & l'hypothèque tacite résultante de la gestion seule du tuteur, en la supposant réelle, ne pourroit pas les concilier ; car si la seule administration d'une tutelle en pays étrangers donne hypothèque sur les biens de France, la circonstance qu'il y a eu un acte de tutelle émané d'un juge étranger ne peut pas la détruire. Ainsi l'arrêt rendu en faveur des enfans du sieur Persod est contraire au sentiment de Brodeau, & des auteurs qu'il cite, & aux préjugés qu'il indique, ce qui n'empêche pas que je ne le croie très-équitable ; car si les biens que les tuteurs ont en France, ne sont pas hypothéqués aux mineurs par le décret du juge étranger qui les nomme tuteurs, parce que ce juge n'est pas revêtu d'une puissance publique dans le royaume, on doit regarder ces tuteurs comme ceux qui ont géré des tutelles légitimes, ou testamentaires, sans décrets du juge, & tout au moins les mettre au niveau des protuteurs. Leurs biens sont hypothéqués, tout le monde en convient, s'ils ont géré en France. Pourquoi ne le feroient-ils pas si la gestion a été faite ailleurs ? Il me semble que dans l'un & l'autre cas, l'hypothèque résulte du droit naturel qui pourvoit à la sûreté des mineurs de quelque manière que leurs tuteurs se soient chargés de l'administration.

L'ancienne jurisprudence faisoit marcher l'hypothèque des tuteurs sur les biens de leurs mineurs du même pas que celle des mineurs sur les biens de leurs tuteurs ; & Faber, sur l'art. 17 du tit. 4, n^o. 515 & 516, en rapporte un arrêt. Mais on observe depuis long-tems le contraire ; & on ne donne plus » hypothèque au tuteur que du jour de son compte rendu ; ce qui, dit Le Grand, *ubi sup. n^o. 57* » n'est plus révoqué en doute ». Ancillon, sur l'art. 11 de la coutume de Metz ; M. D..., sur le même art. & sur l'art. 10 du tit. 4 de la coutume de l'évêché, l'attestent de même. Tous citent Louet & son commentateur, & les derniers arrêts qui l'ont ainsi jugé ont servi de fondement à l'art. 105 de la nouvelle coutume de Verdun, & à l'art. 53 des usages locaux de Toul qui reculent l'hypothèque du tuteur jusqu'à la clôture de son compte. Je crois même que pour que la clôture du compte donne hypothèque, il faut qu'elle soit judiciaire ou publique, & que si le compte étoit appuré amiablement, & sous seing-privé, le tuteur n'auroit l'hypothèque que du jour de la sentence de reconnoissance de la signature du mineur au bas de l'arrêté de compte. Il y a cependant des autorités & des préjugés contraires, & la question est problématique.

Je crois qu'on peut conclure de-là que, puisque l'acte des tutelles ne donne pas d'hypothèque au tuteur, ce n'est pas non plus de cet acte que le mineur tire la sienne ; (on va voir en effet que les procès-verbaux qui se font en l'hôtel du juge ne donnent pas hypothèque) & que l'acte de tutelle ne sert qu'à constater le commencement de la gestion. C'est elle qui est la source de l'hypothèque du mineur. La loi la lui donne, parce que du seul fait que le tuteur gère, il a en mains

TIT. IV.
Observ. 9e.

12.
Les tuteurs
n'ont hypothe-
que pour leurs
avances que du
jour du compte.

13.
Ou de la sen-
tence de recon-
noissance.

TIT. IV.
Observ. 9e.

les deniers du mineur, & s'oblige à les restituer. Mais la gestion peut se faire, & se fait très-souvent sans que le tuteur fasse aucune avance ; il n'en fait même jamais que volontairement, & rien ne nécessairement par conséquent de lui accorder une hypothèque légale pour raison de sa créance.

Ancillon, *ibid.* dit que, pour obvier à ce défaut d'hypothèque, les tuteurs peuvent prendre la précaution que leur fournit Bacquet, des droits de justice, ch. 21, n°. 414, qui est de requérir lors de leur établissement, & de faire ordonner par le juge que les biens des mineurs seront hypothéqués au paiement de ce qui se trouvera leur être dû par le *finis* de leur compte. Mais la précaution me paroîtroit peu sûre, à moins que cette hypothèque ne fut ordonnée par sentence ; car le juge ne donne hypothèque que *pro tribunali sedens*, & les procès-verbaux qui se font en son hôtel n'en emportent aucune.

14.
Le juge ne donne pas hypothèque en son hôtel.

Feu Me. Guerrier, avocat du roi au bailliage de Metz, tuteur d'Antoine Desprez, son beau-frère, ayant des deniers à placer pour son mineur, fait assembler les parens pour délibérer sur cet emploi. Les parens sont d'avis qu'il peut les prêter au sieur Cuny, l'un d'entr'eux : & sur leur avis, le juge l'y autorise. Le tuteur, au lieu de faire passer contrat de constitution pardevant notaire au sieur Cuny, lui délivre à l'instant les deniers, & le juge termine son procès-verbal par lui en donner acte, ensemble de la soumission du sieur Cuny, qui en crée rente sur lui au taux de l'ordonnance, & aux clauses ordinaires. Quelques années après, Cuny fait faillite. Me. Guerrier s'oppose au décret de ses immeubles, & demande que son mineur soit colloqué à la date du procès-verbal. Les créanciers postérieurs & chirographaires s'y opposent. Jugé par arrêt rendu à l'audience publique, & à la prononciation duquel j'étois présent que la créance n'étoit pas hypothécaire.

15.
L'hypothèque ne provient pas de la stipulation.

Ainsi, quoique le mineur ait hypothèque du jour de l'acte de tutelle, il la tient de la loi, & non pas du juge, ni de cet acte qui n'étant pas de nature à la donner, n'en produiroit aucune en faveur du tuteur ; quand même il la stipuleroit avec les parens, parce que dans nos mœurs ce n'est point la stipulation de l'hypothèque qui la donne ; qu'un contrat où elle n'a pas été stipulée ne laisse pas d'être hypothécaire, s'il est public ; & qu'au contraire, un acte où elle a été stipulée, peut n'en produire aucune.

16.
Le tuteur peut prendre subrogation des créanciers.

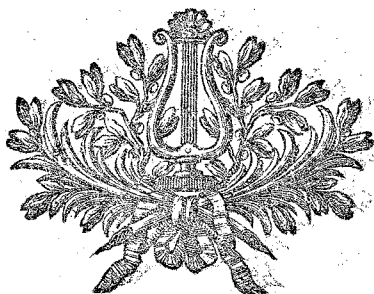
Mais une précaution plus sûre pour le tuteur, ce seroit de tirer des premiers créanciers hypothécaires du mineur des quittances portant qu'il les a payés de ses deniers, & clause de subrogation.

17.
Les intérêts ne lui sont dus que du jour de la demande.

Alors il entreroit dans les droits de ces créanciers, non-seulement pour l'hypothèque, mais aussi pour les rentes ou intérêts. Mais sans cela les intérêts ne courent pas à son profit pendant la tutelle. Les mêmes art. 105 de la coutume de Verdun, & 53 de celle de Toul, portent que les intérêts des sommes avancées par le tuteur, ne sont dus que du jour de la demande formée après la clôture de son compte.

C'est ainsi qu'il faut entendre ce que dit Faber, *ibid.* n^o. 517, qu'il est sans doute que l'intérêt ne commence qu'aux commandemens & interpellations faites de payer; car jusqu'alors il n'y a aucune demeure. L'interpellation non-judiciaire, c'est-à-dire, la simple sommation sans demande ne suffit pas pour constituer en retard, ni pour faire courir les intérêts.

TIT. IV.
OBSERV. 98.



TIT. IV.
Observ. 10.

OBSERVATION X.

Des Curateurs, des subrogés Tuteurs, & des Tuteurs honoraires.

7.
Curateurs des mineurs sortis de tutelle.

2.
Des insensés & des prodigues.

3.
Curateurs des mineurs en tutelle n'étoient pas autrefois connus à Metz.

4.
Curateurs *ad hoc*.

5.
Aux successions vacantes, aux biens déguerpis & aux substitutions.

ON fait, & M. D... l'observe sur les art. 18 & 19 du tit. 9 de la coutume de Metz que » dans le droit, la tutelle cessoit à 14 ans pour les mâles, & à 12 pour » les filles. Alors on leur donnoit des curateurs pour administrer leurs biens, » jusqu'à ce qu'ils fussent parvenus à l'âge de 25 ans : *quia licet puberes sint, adhuc » tamen ejus ætatis sunt ut sua negotia tueri non possint, instit. de curat. in pr. «.*

On donnoit encore des curateurs aux majeurs dont l'esprit étoit aliéné, & aux dissipateurs ; & c'est à quoi se rapporte l'art. 11 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, où il est dit : *Curateurs proprement sont appelés ceux qui, pour cause extraordinaire, sont donnés aux émancipés, à majeurs furieux, idiots ou prodigues, auxquels, par connoissance de cause, est interdite l'administration de leurs biens.* Disposition copiée presque de mot à mot par les rédacteurs de la coutume de Metz, art. 8 du tit. 9, où il n'est aussi fait mention de curateurs que pour les mineurs émancipés, & les majeurs interdits ; ce qui prouve qu'on ne connoissoit pas autrefois à Metz une 3^e. espece de curateurs ; savoir, ceux qui sont adjoints aux tuteurs, & qui sont presque toujours nommés, conjointement avec les tuteurs, & par le même acte.

Il résulte seulement de ce que dit d'Abocourt, fol. 74 v^{so}, qu'on établissoit quelquefois un *curateur ad hoc* aux mineurs en tutelle. *Le tuteur, dit-il, ne pourra de soi-même faire rescinder un contrat qu'il aura fait, même qui touche à son pupille, d'autant que ce seroit contrevenir à sa foi. Mais cela se pourra faire par un curateur DONNÉ EN CAUSE à la requête des parens.* Nos praticiens prennent encore assez souvent le parti de ne faire attaquer que par le curateur l'acte passé par le tuteur, qu'il s'agit de faire rescinder, pour éviter qu'on n'oppose à son auteur qu'il revient contre son propre fait : objection frivole, parce que si le mineur est lésé, il doit être restitué, & que le tuteur qui n'a contracté aucune obligation personnelle, doit obtenir la restitution qu'il ne demande pas pour lui, mais pour son mineur. Mais objection cependant dont on a peut-être raison de craindre que certains juges ne soient aussi éblouis qu'on l'étoit du tems de d'Abocourt.

Nous avons donc, outre ces curateurs *ad hoc*, & ceux qu'on établit aux successions vacantes, aux biens déguerpis, & aux substitutions dont il ne s'agit point ici, trois sortes de curateurs : ceux des mineurs en tutelle, ceux des émancipés, & ceux des interdits.

Je crois qu'on a commencé peu après l'établissement des bailliages de Metz, de

Toul

Toul & de Verdun, en 1640, de donner aux mineurs des curateurs, en même tems que des tuteurs, à l'exemple de ce qui se pratiquoit ailleurs, & notamment à Troyes, qui étoit la patrie de plusieurs de ceux que la création du parlement & des bailliages attirerent à Metz en ce tems-là. » Nous avons accoutumé, dit Le Grand, sur l'art. 21 de la coutume de Troyes, gl. 4, n°. 19, outre le tuteur & curateur, de bailler un curateur, que nous appellons vulgairement coadjuteur : » d'autres l'appellent tuteur subrogé. (C'est ainsi qu'on le nomme à Paris) & se donne non-seulement lorsque le survivant est élu tuteur & curateur de ses enfans, afin d'être comme contrôleur pour assister à l'inventaire, partage, & autoriser les actions que pourra avoir le pupille contre son pere ou sa mere ; mais aussi lorsqu'autres sont élus tuteurs & curateurs. Il paroît par ces termes que dans les usages de Troyes, ce n'est pas seulement aux mineurs en tutelle, mais aussi à ceux qui sont simplement en curatelle, qu'on établit un second défenseur outre celui qui est principalement chargé de prendre soin de leurs personnes & de leurs biens. Nous n'avons pas adopté cet usage pour les mineurs hors de tutelle. On ne leur donne chez nous qu'un curateur. Nous avons encore moins adopté le nom de coadjuteur ; mais on ne manque jamais, en nommant ou en confirmant un tuteur, d'établir un curateur, (c'est le nom qu'on lui donne presque toujours) ou au moins un subrogé tuteur, que nousastreignons à des devoirs bien plus étendus que ceux dont ils sont tenus ailleurs.

Le Grand dit, en effet, au même endroit que » l'acte de création porte ordinairement que ledit curateur ou coadjuteur est donné aux mineurs pour assister à l'inventaire, & partages des biens des mineurs & actions qu'il conviendra inter au nom desdits mineurs, ou qui seront contr'eux intentées à l'inventaire & partage, ou autrement : & que l'inventaire étant fait, & les actions terminées, le coadjuteur demeurera déchargé. Mais pourtant quand bien l'acte de tutelle ne contiendrait pas expressément la décharge, si est ce qu'il ne laisseroit d'être déchargé, *ipso jure* : n'étant tenu à autre chose que d'assister à l'inventaire & partage, & à l'effet des actions que pourroit avoir le mineur contre son tuteur, ou le tuteur contre son mineur ; & n'a nulle administration du bien du mineur, & n'est point aussi responsable des actions du tuteur, ni de sa mauvaise administration. C'est aussi ce qu'on observe à Paris ; & Ferrière, sur l'art. 271, n°. 10, le fait entendre en disant » qu'au cas que le gardien soit aussi tuteur par le même acte, il doit être créé un subrogé tuteur à l'effet de faire l'inventaire, comme il s'observe aussi à l'égard des autres tuteurs non gardiens. L'art. 67 de la coutume de Bar porte de même que, dans le cas de la garde noble, il est donné un curateur, pour seulement assister à la faction de l'inventaire... & partage des biens des mineurs.

Mais dans tout le ressort, à moins que par l'acte de tutelle, le curateur ne soit expressément borné à l'inventaire, & à quelques autres actes, & qu'il ne soit dit qu'après qu'il y aura vaqué il sera déchargé, ce qui s'ordonne très-rarement, les

TIT. IV.
Observ. 102.

6.
Au régime de l'usage d'adjoindre des curateurs aux tuteurs.

7.
Ou des subrogés tuteurs.

8.
Leurs devoirs & obligations dans la plupart des coutumes.

9.
Dans le ressort.

Tit. IV.
Observ. 100.

fonctions durant aussi long-tems que la tutelle. A la vérité, il n'est pas ordinairement chargé de l'administration, mais il doit en prévenir, & en faire corriger les abus. Il doit veiller à la conduite & à la solvabilité du tuteur, l'obliger de faire vendre les meubles, & de rendre compte de trois ans en trois ans, hors les cas que j'ai expliqués, & avoir soin qu'il fasse emploi non seulement des fonds, mais encore des revenans-bon de la tutelle; que les biens soient entretenus, les mineurs convenablement éduqués; en un mot, toutes les obligations du tuteur remplies.

10.
Ils ne sont pas comptables ni responsables de la gestion du tuteur.

Quelques arrêts intervenus contre des curateurs, qui s'étoient attiré par leur négligence les condamnations prononcées contr'eux, ont persuadé à la plupart de nos praticiens que le curateur étoit toujours comptable, comme le tuteur, & indéfiniment responsable de tout ce que le mineur ne pouvoit récupérer contre le tuteur. Saligny, sur l'art. 64. de la coutume de Vitry, dit qu'on est tombé dans la même erreur » aux lieux qui tirent du côté de Chaumont, où l'on rend les curateurs également comptables avec les tuteurs, quoiqu'il n'en soit rien dit en l'acte de création «; il prouve par diverses autorités qu'il faut considérer différemment la tutelle & la curatelle, lorsque la coutume ne les confond pas; & ajoute que, lorsque le curateur a géré, il est comptable, mais à cause de sa gestion, non pas à cause de sa charge. En effet, il seroit très-injuste d'obliger indéfiniment le curateur de compter de la gestion qui a été confiée à un autre. C'est un surveillant qui doit avoir attention à la conduite du tuteur, & ne peut fermer les yeux sur une mauvaise administration ou sur la décadence apparente de la fortune du tuteur, sans en devenir personnellement responsable; mais qui, quand il a fait tout ce qu'il devoit, n'est point garant des événemens qu'il n'a pu ni prévoir, ni empêcher. Ses obligations sont assez bien exprimées dans les art. 50 & 51 des usages de Toul; le premier porte: *on donne aux mineurs de 25 ans un tuteur & un curateur; mais ce dernier n'a aucune administration. Ses fonctions sont d'assister avec le tuteur à l'inventaire & à la vente des meubles, au partage de leurs biens avec leurs cohéritiers majeurs (1), de défendre les mineurs lorsqu'ils ont quelques différends ou quelques droits à régler contre leurs tuteurs, & enfin de veiller à l'administration du tuteur; & le second: quand le tuteur devient insolvable PAR LE FAIT OU LA NÉGLIGENCE DU CURATEUR, celui-ci est tenu personnellement de l'action de tutelle, discussion préalablement faite*

11.
Au moins qu'ils n'aient géré.

12.
Ou ne soient coupables de quelque négligence.

(1) Il faut ajouter, ou mineurs par exemple: quand il y a des enfans de deux lits tous mineurs, ou qu'une aïeule laisse des petits enfans nés de plusieurs de ses enfans morts avant elle, le curateur doit aussi assister aux partages qui se font avec d'autres que des co-héritiers, & au règlement de leurs droits contre d'autres que leur tuteur; ils ont souvent des partages à faire, & des droits à régler avec le survivant, & le curateur doit y assister non-seulement quand le survivant est le père ou la mère des mineurs, & que la tutelle leur a été déferée; mais aussi quand c'est un beau-père, ou une belle-mère, & que les mineurs ont un autre tuteur.

des biens du tuteur. On voit par-là, 1°. que les fonctions du curateur durent aussi long-tems que celles du tuteur, dont il reste le surveillant jusqu'à la fin de la tutelle; 2°. qu'il n'en est cependant ni le co-obligé, ni la caution, & ne répond des pertes que les mineurs peuvent souffrir qu'autant qu'elles peuvent être imputées à quelque négligence de sa part. Voilà ce qui s'observe dans tout le ressort, hors à Mouzon, où l'on suit la coutume de Paris.

Dans les cas où les mineurs ont des répétitions à faire à leurs curateurs, soit parce qu'ils ont géré, ou qu'ils ont négligé leurs intérêts, & n'ont pas veillé à la conservation de leurs biens, ils ont contr'eux la même hypothèque que contre leurs tuteurs. Coutume de Sedan, art. 145, dont la disposition est de droit commun. Voy. Saligny, *ibid.*

Tout ce qui vient d'être dit des curateurs s'applique aux subrogés-tuteurs, qu'on nomme quelquefois dans le ressort au lieu de curateurs. Je ne fais pas trop pourquoi; car cela revient absolument au même, & il n'y a que le nom de changé.

» Autre chose est, dit Le Grand, *ibid.* n°. 21, des tuteurs honoraires qui doivent » veiller à la conservation des biens du mineur, comme étant responsables de la » mauvaise administration des tuteurs, dont ils sont comme contrôleurs, & partant » tenus de rendre compte aux mineurs, & de payer le reliquat, lorsque les tuteurs » sont responsables. « Ceci me paroît devoir être entendu sagement. A Troyes, les fonctions du curateur cessent après l'inventaire & le partage; & comme il est dès-lors déchargé, il n'est plus responsable des faits de tuteur, ni de son administration, sur laquelle il n'a plus d'inspection. Le Grand venoit de le dire. Lors donc qu'il ajoute : *autre chose est des tuteurs honoraires*; je crois que tout ce qu'il veut faire entendre, c'est qu'à la différence des curateurs, leurs fonctions durent autant que celles du tuteur onénaire dont ils sont les surveillans, & pour user de son expression, *les contrôleurs*; qu'ils doivent par conséquent lui faire rendre compte dans le tems ordinaire, ou plus souvent, si l'acte de tutelle l'y oblige; avoir attention qu'il fasse payer ce qui est dû aux mineurs; qu'il entretienne leurs biens; qu'il place les deniers, &c.; en sorte que, si par leur fait ou leur négligence, l'administration du tuteur onénaire est mauvaise, & qu'il ne soit pas solvable, ils seront tenus de rendre eux-mêmes le compte, & de payer le reliquat qu'on ne pourra tirer de lui. Mais le tuteur gérant n'étant pas choisi par le tuteur honoraire, il seroit très-injuste de rendre celui-ci responsable de l'insolvabilité de l'autre, quand il n'y a point de négligence à lui reprocher. Il n'en peut être tenu que dans le même cas où nous en rendons le curateur garant. Ainsi quand nous dirons que parmi nous il en est des tuteurs honoraires comme des curateurs, je crois que l'opposition directe de cette proposition & de celle de Le Grand, n'empêchera pas que nous soyons parfaitement d'accord avec lui quant au sens, & que nous ne donnions la même étendue & les mêmes bornes que lui aux obligations qu'impose la qualité de tuteur honoraire.

TIT. IV.
Observ. 106.

13.
Hypothèque
des mineurs sur
les biens des
curateurs.

14.
Les mêmes re-
gles ont lieu
pour les subro-
gés tuteurs.

15.
Et pour les tu-
teurs honoraire-
res.

TIT. IV.
OBSERV. 100.

16.
On donne un nouveau curateur aux émancipés.

Le curateur, qui n'a été établi que pour veiller à la conduite du tuteur, sort de fonctions en même tems que le tuteur. Ainsi, lorsque la tutelle finit par l'émancipation, cette curatelle finit aussi, mais il est alors de règle & d'usage de donner un nouveau curateur à l'émancipé. L'ancien curateur doit cependant l'assister dans l'audition du compte de la tutelle, qui est censée durer jusqu'à ce que ce compte soit appuré, & le reliquat payé. Le nouveau curateur est très-souvent le tuteur; quelquefois celui qui a été curateur pendant la tutelle, & quelquefois un tiers, suivant les circonstances & l'avis des parens. On a pu remarquer ci-dessus, n^o. 2, que les coutumes de Lorraine & de Metz disent que les curateurs sont ceux qui, pour cause extraordinaire, sont donnés aux émancipés, aux majeurs furieux, &c. Ces mots, pour cause extraordinaire, n'ont aucun sens, sur-tout appliqués aux émancipés; car la seule cause qui leur fait donner un curateur, c'est l'émancipation même, & elle ne doit jamais être accordée sans cette précaution.

17.
Deux especes d'émancipation: l'une de la puissance paternelle.

Il y a deux sortes d'émancipations: l'une qui affranchit les enfans de la puissance paternelle; voy. tom. I, pag. 182. Elle peut laisser les émancipés non-seulement en curatelle, mais même en tutelle. La coutume de St. Mihiel, où la puissance paternelle dure même après la majorité, dit, art. 17 du tit. I, que le pere peut émanciper ses enfans quand bon lui semble, & en ce cas est pourvu de tuteur & curateur aux émancipés, s'ils sont mineurs, & le cas le requiert. La puissance paternelle est si bornée dans nos coutumes, qu'on y voit très-peu d'exemples de cette première espece d'émancipation. L'autre met un mineur en droit de disposer de ses meubles & de ses revenus; elle met fin à la tutelle. Mais comme elle ne donne pas tous les droits de la majorité, il est nommé à celui qui est émancipé un curateur, sans lequel il ne peut valablement ester en jugement, contracter, ni transiger. C'est la disposition de l'art. 108 de la coutume de Verdun, & le pur droit commun. L'art. suivant dit que les mineurs émancipés ne peuvent aliéner leurs contrats de constitution, quoique meubles quant à la disposition, suivant l'art. 25, sans l'avis & consentement de leurs plus proches parens; & les débiteurs ne peuvent en rembourser le capital qu'entre les mains, ou plutôt qu'en la présence du curateur desdits émancipés, pour en être fait emploi sur l'avis desdits parens, lesquels avis doivent être homologués par le juge. L'art. 19 du tit. 9 de la coutume de Metz dit aussi que les émancipés ne peuvent disposer de leurs biens, ni s'obliger valablement sans l'avis & consentement de leur curateur. Ces dispositions réunies donnent une idée nette des fonctions qui sont confiées dans tout le ressort & ailleurs, à ces curateurs.

18.
L'autre, pour disposer des meubles & revenus.

19.
Fonctions du curateur à l'émancipé.

On n'en donne pas ordinairement en titre à ceux qui sont émancipés par mariage. Mais s'ils ont des procès à intenter ou à soutenir, on leur nomme un curateur *ad hoc*.

20.
On n'en donne point aux mineurs mariés.

21.
Les curateurs des interdits gérent & sont comptables.

Enfin, les mêmes articles des coutumes de Metz & de Lorraine veulent qu'on donne des curateurs aux majeurs dont l'esprit est aliéné, ou qui dissipent leurs biens par de folles prodigalités. Ces dispositions étant conformes à celles des loix qui sont

connues, je n'ajouterai rien à ce qu'en dit M. D... , si ce n'est que les curateurs adjoints aux tuteurs, & ceux des émancipés, ne sont chargés personnellement d'aucune gestion; mais seulement de veiller à celle des tuteurs, ou des émancipés: au lieu que les curateurs des interdits pour démence, ou pour prodigalité ont toute l'administration, & ne diffèrent gueres des tuteurs que de nom. Il y auroit donc autant de raison de leur donner un contrôleur, un co-adjuteur, ou surveillant, que d'en donner un aux tuteurs. Cependant ce n'est pas l'usage. En quoi nous nous rapprochons de ce qui s'observe ailleurs pour les tutelles. Les curateurs n'en doivent être que plus circonspects dans leur gestion, & si l'interdit a des meubles, des dettes actives, &c. dont il soit nécessaire de constater le montant par un inventaire, je voudrois que le curateur à l'interdiction n'y fit procéder qu'en présence de quelques-uns des plus proches parens, ou du moins qu'il les y appellât.

Les différens curateurs dont je viens de parler sont tous ordonnés ainsi, & en la forme qui a été dite des tuteurs. Lorraine, tit. 4, art. 11, à la différence des curateurs *ad hoc*, aux successions vacantes, & aux biens déguerpis, qui sont ordinairement établis par un simple décret du juge. Ancillon sur l'art. 18. *V^{bo}. prodigues*, tient avec raison que l'interdiction du prodigue (& on doit en dire autant de l'imbécile & de l'insensé) demande une grande connoissance de cause. Il vient de s'en présenter un exemple singulier. Le sieur Bre... L. G. d. P. à F... sur la requête présentée par le sieur Bron *, son beau-père, qui exposoit les faits les plus forts d'ivrognerie, de prodigalité, & même d'aliénation d'esprit par intervalle, en avoit reconnu la vérité, & avoit judiciairement consenti d'être interdit. Mais s'en étant bientôt repenti, il a porté au parlement l'appel de la sentence, qui, sans autre preuve que la requête & son aveu, prononçoit son interdiction. Plusieurs de mes confrères & moi consultés par le sieur Bron *, intimé, nous avons pensé qu'il devoit présenter un appointement, portant qu'avant faire droit, il seroit informé des faits contenus dans sa requête originaire. Ce qui vient, en effet, d'être ordonné par arrêt; & ce que le premier juge auroit dû ordonner, nonobstant le consentement du sieur Bre...; mais je ne puis approuver ce qu'Ancillon ajoute, *ibid.*, qu'il n'est pas besoin de connoissance de cause quand un pere, par son testament, a ordonné que son fils, quoique majeur de 25 ans, demeurera sous la conduite d'un curateur, & que le juge sans autre information doit suivre la volonté du pere. La l. 16, ff. de curat. furio., &c. qu'il indique ne me paroît pas le prouver: 1^o. parce qu'elle ne dit pas que le testateur doit indistinctement en être cru, quand celui qu'il a jugé avoir besoin d'un curateur est son fils; mais que quand ce fils est un dissipateur, il doit être mis sous la conduite de celui que le pere a choisi. *Si prodiguo creatorem dederit pater*, §. 11. Elle permet en ce cas au pere de pourvoir à l'intérêt de ses petits fils, en les instituant ses héritiers, & en ne laissant à son fils leur pere, que ce qui est nécessaire pour sa subsistance. Mais ce n'est qu'*additâ causâ, necessitateque judicii sui*. §. 2. Il y est bien dit que la subsistance du fils ne peut empêcher l'exécution du testament; mais dans le cas où le

TIT. IV.
Oblerv. 102.

22.
Cependant on ne leur donne point de surveillant.

23.
Comment les curateurs sont établis.

24.
L'interdiction demande une pleine connoissance de cause.

25.
Le testament du pere ne suffit pas.

TIT. IV.
Observ. 102.

pere testateur a eu de justes raisons, pour disposer comme il a fait. *Quem pater vero consilio prodigum credidit*, §. 3.

29. Parce que si on vouloit interpréter la loi dans un autre sens, si on pensoit qu'elle ordonne de confirmer, sans examen, l'interdiction d'un majeur de 25 ans, prononcée par son pere, il faudroit au moins convenir que cette disposition seroit l'effet de l'excès où les Romains portoit la puissance paternelle, que nos usages ont resserré dans de plus justes bornes. Les enfans appartiennent à l'état encore plus qu'à leur pere. L'interdiction d'un citoyen le retranche en quelque sorte de la société : & nous ne souffrons pas si facilement qu'un membre de la république lui enleve un sujet, & le rende à-peu près inutile à l'état par un acte de sa volonté. Ainsi tout l'effet qu'un pareil testament pourroit produire seroit, selon moi, de faire mûrement examiner les motifs de la disposition du pere, & au cas que le fils parût devoir être interdit, de faire déférer la curatelle à celui qui auroit été nommé par le pere, par préférence à tout autre, si la famille assemblée ne propoisoit pas des moyens suffisans pour rejeter le choix du testateur. *Si... curatorem pater testamento dederit, eum prætor dare debet, secutus patris voluntatem. L. ead. pr.* C'est même une conséquence de la regle. consignée dans plusieurs de nos coutumes, que les tuteurs testamentaires sont préférés à tous autres; car la raison est la même pour les curateurs.

26.
Si y a lieu à l'interdiction, le curateur nommé par le pere doit être préféré.

27.
Si, & dans quels cas on doit établir des curateurs aux absens.

Les absens pour faillite, voyages de long cours, ou hors du royaume doivent être assignés à leur dernier domicile, sans qu'il soit besoin de leur créer un curateur, suivant l'art. 8 du tit. 2 de l'ord. de 1667. La raison qu'on en rend, est qu'on ne doit jamais donner de curateur à ceux qui sont en état de se défendre eux-mêmes. L'auteur du traité des majorités dit aussi à la fin de la dern. sect. de la 1re. part. : » quoique l'absent soit réputé mort du jour » qu'il n'a plus paru dans le monde, ou du moins de la dernière nouvelle, qu'on a » reçue de lui, de son état & condition; néanmoins parmi nous, on ne lui crée point » de curateur; mais ses héritiers présomptifs sont en droit de demander partage de » ses biens... Mais cette demande ne peut être formée que 10 ans après son absence, ou la dernière nouvelle de son état & condition. Si cela étoit exactement suivi, les biens d'un absent qui n'a chargé personne de veiller à ses intérêts, resteroient pendant dix ans à l'abandon, sans que personne eut qualité pour en prendre soin. Aussi Le Grand, sur l'art. 21 de la coutume de Troyes, gl. 1, n. 44, dit seulement » qu'il est certain qu'on ne peut pas donner aux absens un autre curateur que le plus » proche parent, & qui leur doit succéder, *ab intestat*, qui doit gouverner les biens » en attendant... C'est pourquoi en cette curatelle on ne considère pas les plus » pres, ni les plus suffisans; mais tous ceux en général qui sont les plus proches, » & doivent succéder *ab intestat*, lesquels sont également admis à la curatelle, soit » femmes, enfans ou autres personnes. L'auteur du traité des majorités paroît même se contredire, puisqu'en finissant, il ne permet aux créanciers de l'absent de faire des poursuites sur ses biens, qu'en faisant créer un curateur à son absence.

Pour concilier tout cela, ne seroit-il pas à propos de distinguer deux sortes d'ab-

féns. Ceux qui ont disparu, & dont on n'a point de nouvelles; en sorte qu'on ignore absolument où ils sont, & même ce qu'ils sont devenus; & ceux dont on connoît le séjour actuel, ou qui voyagent dans des pays où on fait qu'ils sont, & où il est possible de leur écrire, & de leur faire savoir ce qui se passe chez eux. C'est de ces deniers dont il me paroît qu'on doit entendre l'ord. de 1667. Il n'y a pas un extrême danger de valider les assignations qui leur sont données en leur dernier domicile, parce qu'ils peuvent être défendus par celui à qui ils ont laissé une procuration pour agir en leur nom; & qu'en supposant même qu'il n'en ont laissé à personne, ce qui est fort imprudent, ceux qui s'intéressent pour eux peuvent les instruire des poursuites qui se font contre eux, à quoi ils ne manquent gueres. L'ordonnance parle nommément des absens pour faillite: ils cachent souvent à leurs créanciers & au public le lieu où ils se sont retirés. Mais il n'arrive presque jamais que ni leurs femmes, ni leurs enfans, ni aucun de leurs proches, ou de leurs amis particuliers n'en soient instruits. On peut donc leur donner avis des choses dont il est à propos qu'ils soient informés. Il en est de même des absens pour voyages de long cours. C'est aux uns & aux autres de charger, s'ils ne l'ont pas fait avant de partir, de leurs intérêts & de leur défense, quelque-un en qui ils aient confiance. Ce n'est donc pas le cas d'établir un curateur à leur absence.

Mais il me semble qu'il en faut nécessairement un à l'absent dont on ignore le sort, & qui n'a laissé de procuration à personne: 1°. si on ne confioit pas en ce cas l'administration de ses biens à son héritier présomptif, je l'ai déjà dit, ces biens demeureroient nécessairement à l'abandon pendant plusieurs années. A quoi la droite raison ne permet pas d'applaudir. C'est donc le cas de créer un curateur qui prenne la régie, & je pense comme Le Grand, que ce doit être indistinctement le plus proche parent; en sorte, que si son héritier présomptif est un mineur, c'est le tuteur de ce mineur qui doit être nommé curateur de l'absent: 2°. si on n'en établissoit point à un absent dont le sort & le séjour actuel sont ignorés, lorsqu'on forme quelque demande contre lui, il seroit très-aisé d'obtenir, sans titre & sans droit, telle condamnation qu'on voudroit, sur une assignation à son dernier domicile, dont il seroit impossible qu'il eut aucune connoissance. Et si trois ans après la signification de la sentence, celui qui l'auroit obtenue le sommoit d'en interjetter appel, & qu'on pensât que cette sommation pût encore se faire au dernier domicile (1) & sans que

(1) On peut raisonnablement en douter. L'ordonnance de 1667 ne parle que des assignations, & ne dit rien des commandemens, sommations & autres semblables. Ainsi il est très-douteux qu'ils puissent être signifiés autrement qu'à la personne, ou au vrai domicile de celui qui doit en être touché. Ferriere sur le tit. des criées de la coutume de Paris, §. 2, n°. 9, dit que si le débiteur s'est absenté... & qu'on ne sache ce qu'il est devenu, le commandement doit être fait à son dernier domicile, sans qu'il soit nécessaire de lui créer un curateur, suivant l'art. 8 du tit.

l'absent en fut plus instruit que de l'ajournement, il s'ensuivroit que six mois après la sommation, la condamnation la plus injuste & la plus dénuée de fondement passeroit en force de chose jugée, & que l'absent ne seroit plus recevable à en appeller, suivant l'art. 12 du même tit. de l'ord. de 1667.

On dira que cette loi ne distingue pas. Mais : 1^o. elle ne parle que de tous les absens en général, & sans restriction. Elle ne fait mention que de ceux qui seront condamnés au bannissement, & aux galeres à tems, & des absens pour faillite,

des ajournemens de l'ordonnance du mois d'Avril 1667. Par conséquent il n'en borne pas la disposition aux seules assignations. Mais dans son dictionnaire de droit Vbo. *Etranger*, parlant de celles que l'art. 7 du même tit. de l'ordonnance veut être données aux étrangers ez hôtels des procureurs généraux des parlemens où ressortiront les appellations des juges devant lesquels ils seront assignés : il dit que : « cet ajournement ez hôtels des procureurs généraux ne s'entend que » des assignations données pour comparoître devant les juges du royaume ; de sorte que l'on ne » regarderoit pas comme valable une signification de transport, une saisie & arrêt, oppositions » ou autres empêchemens qui ne seroient pas accompagnées d'assignations. Comme ces actes ne » se signifient que pour donner une connoissance actuelle & personnelle du fait qu'ils contiennent, la signification s'en doit faire spécialement à personne, ou domicile hors le royaume ». Je goûte bien peu la raison de différence donnée par l'auteur. Si l'ordonnance ne supposoit pas que l'étranger aura une connoissance actuelle & personnelle de l'ajournement, au moyen de la signification qui en sera faite en l'hôtel du procureur général, elle ne pourroit sans une injustice évidente valider l'assignation. L'étranger peut aussi aisément être instruit de tout autre acte que d'un exploit d'ajournement. Je n'en crois pas moins vrai cependant qu'il n'y a que ces exploits qui puissent être signifiés en l'hôtel du procureur général ; mais par la raison qu'ils sont les seuls dont parle l'ordonnance, & que sa disposition étant contraire aux regles ordinaires, on ne peut pas l'étendre au-delà des termes dans lesquels elle est conçue. Or, c'est aussi aux seules assignations que l'art. 8 de l'ordonnance est borné. Si donc on ne regarde pas les significations de transport & autres non accompagnées d'assignation, comme des actes qui puissent se faire contre les étrangers en l'hôtel des procureurs généraux, il s'ensuit de-là, ce me semble, 1^o. qu'on ne peut pas autoriser à faire en cette forme le commandement recordé à un étranger. 2^o. Qu'on ne pourroit pas plus valider un pareil acte signifié à un absent en son dernier domicile ; car il y a trop d'affinité entre les articles 7 & 8 du tit. 2 de l'ordonnance de 1667, pour ne pas dire de l'un ce qui est vrai de l'autre. Il y a même beaucoup plus de sujet d'espérer qu'une signification faite en l'hôtel du procureur général, parviendra à la connoissance de l'étranger, à qui ce magistrat en donnera avis par la poste, ou autrement, qu'il n'y en a de présumer que l'absent sera instruit de la signification faite en son dernier domicile. Mais si de-là on conclut que la sommation d'appeller n'emportant pas assignation, elle ne peut être faite à l'absent en son domicile, ne sera-ce pas une raison pour dire qu'il faut en ce cas lui faire établir un curateur en la personne duquel il puisse être sommé d'appeller. C'est le seul moyen de remplir le vœu de l'ordonnance, qui est que celui qui a obtenu une sentence puisse, en faisant faire cette sommation à la partie condamnée, abrèger le tems pendant lequel l'appel est recevable, lorsqu'on n'a pas pris cette précaution.

voyages de long cours & hors du royaume : & tous peuvent être instruits par quelques-uns de ceux avec qui ils ont conservé des relations, de l'assignation à eux donnée en leur dernier domicile : 2°. les loix ne doivent jamais être entendues dans un sens qui les rendroit déraisonnables & injustes ; & malgré la maxime qu'on ne doit pas distinguer quand la loi ne distingue pas : on ne peut rebuter une distinction sans laquelle, la disposition de la loi blesseroit évidemment l'équité qui est la loi suprême.

Ce n'est pas la seule distinction qui me paroisse nécessaire ; on doit, ce me semble, distinguer encore le cas où il ne s'agit que de faire statuer sur une demande formée contre l'absent, de celui où on veut discuter judiciairement ses biens, & sur tout faire vendre ses immeubles. J'ai peine à croire qu'on puisse régulièrement procéder à cette discussion, sans lui établir un curateur. J'expose dans une note les raisons qui me font douter qu'on puisse valablement signifier au dernier domicile d'un absent aucun acte, quel qu'il soit, qui n'est pas accompagné d'assignation. Elles s'appliquent non-seulement à la sommation d'appeler, qui a donné lieu à la note ; mais aussi au commandement recordé qui doit précéder la saisie réelle. Rien ne me paroît moins sûr que ce dit Ferrière, cité dans la note, qu'il peut être fait aux étrangers ez hôtels des procureurs-généraux où de l'aveu de cet auteur, on ne pourroit leur faire d'autres significations bien moins importantes. Si on admet qu'il faut limiter les art. 7 & 8 du tit. 2 de l'ord. de 1667, au seul cas dont ils parlent, qui est celui des ajournemens, il faudra admettre aussi que l'usage des curateurs aux absents n'est abrogé que pour ce seul cas ; & que s'il échet de faire vendre leurs immeubles par décret, on doit en établir non-seulement à ceux dont on ignore le séjour & le sort, mais indéfiniment à tous ceux qui sont si éloignés qu'il ne seroit pas possible de leur faire à personne, ou en leur domicile actuel, les significations nécessaires. Il faut sans doute que le créancier d'un absent puisse se faire payer par la voie du décret, & si le débiteur est en Perse, ou à la Chine, & qu'il soit vrai que l'ordonnance ne s'applique pas aux significations sans assignation, comment lui faire le commandement recordé, autrement qu'en la personne d'un curateur établi à son absence ? C'est à ceux qui en savent plus que moi à décider du mérite de ces réflexions.

OBSERVATION XI.

De la Fin des Tutelles, Curatelles, & de l'âge où on contracte sans espérance de restitution.

TIT. IV.
Observ. 116.

1.
Causes qui font finir la tutelle.

LA tutelle finit par le mariage, l'émancipation, l'âge, ou la mort du mineur. Par le décès du tuteur, par le second mariage de la tutrice, & par un décret du juge, elle peut aussi, non pas finir, mais passer d'un tuteur à un autre.

2.
1°. Le mariage,

Le mariage émancipe de plein droit le mari mineur, & tire la femme mineure de la puissance de son tuteur, en la mettant sous celle de son mari. *Les enfans mariés* dit la coutume de St. Mihiel, art. 18 du tit. 1, *encore qu'ils soient mineurs de 25 ans sont réputés émancipés.* L'art 75 de celle de Bar porte *l'homme & la femme sont réputés âgés, & à leurs droits, quand ils sont mariés, quelque âge qu'ils aient, & dès-lors l'homme demeure à ses droits, & la femme en la puissance de son mari.* Les coutumes de Metz, art. 17 du tit. 9; de Lorraine, art. 12 du tit. 4; de Sedan art. 146, & de Verdun, art. 106, mettent aussi fin à la tutelle dès que le mineur est marié: & c'est la conséquence qui suit de l'art 13 du tit. 4 de la coutume de l'évêché, qui par ces mots, *fils & filles à marier, demeurent en tutelle*, marque assez qu'on en sort dès qu'on est marié.

3.
Qui finit aussi la curatelle.

Lorsque le pouvoir du tuteur cesse par le mariage de son mineur, les fonctions de curateur qui avoit été donné pour surveillant au tuteur, finissent aussi. La coutume de Sedan dit de la curatelle aussi bien que de la tutelle, qu'elle *faut dès-lors que le mineur est marié.* En ce point, celle de l'évêché égale aussi la tutelle, à la curatelle. Cependant le tuteur qui rend compte à un mineur marié, fait très-bien d'exiger que le mineur se fasse assister de son curateur pour l'audition & l'appurement du compte.

4.
Il ne produit que les effets de l'émancipation.

Quoique le mariage ne produise pas les effets de la majorité, mais seulement ceux de l'émancipation, & qu'on nomme toujours un curateur à ceux qui sortent de tutelle, par l'émancipation judiciaire, il n'est pas d'usage d'en donner un en titre aux mineurs mariés, & dont l'émancipation est légale: peut-être parce que le juge n'a pas occasion de nommer un curateur à ceux que le mariage émancipe, attendu que cette espece d'émancipation a lieu de plein droit, & sans qu'on s'adresse à lui. Mais si le mineur marié paroît en justice, ce doit être régulièrement sous l'autorité d'un curateur *ad hoc*. On plaide néanmoins quelquefois contre lui sans cette précaution, quand il ne s'agit que des choses purement mobilières. Mais si la condamnation pouvoit intéresser les immeubles, ne fut-ce que par rapport aux dépens,

5.
Et cependant on ne donne pas de curateur aux mineurs mariés, si ce n'est pour plaider.

il seroit non-seulement plus prudent, mais même nécessaire de lui faire nommer un curateur.

J'ai parlé de l'émancipation & de l'âge où elle pouvoit être accordée, tom. 1, pag. 132 & suiv. Il reste à observer qu'après le mariage du mineur, ou son émancipation, il peut demander compte à son tuteur. Metz, art. 17 du tit. 9, par conséquent recevoir le reliquat. Le mari mineur donne valablement quittance de la dot de sa femme majeure ou mineure, j'ai vu souvent des tuteurs craindre de la délivrer. Mais la dot étant destinée pour le soutien des charges du mariage, il faut bien que le mari puisse la recevoir. Ainsi celui qui la lui paie ne risque pas d'en être recherché, quand même les époux la dissiperoient. Par la même raison, la femme mineure s'oblige valablement avec son mari pour les choses qui sont la suite de leur établissement; & de pareilles obligations s'exécutent même sur ses immeubles. Par sentence du bailliage de Metz du 11 Septembre 1653, il a été jugé au profit du sieur de Boncourt, contre Sara Constant, femme de Jacob Marc, qu'elle n'étoit pas restituable contre le bail de vignes qu'elle cultivoit avec son mari, quoiqu'elle l'eut signé en minorité; & qu'on pouvoit poursuivre sur ses immeubles le recouvrement de ce qu'elle devoit pour raison de ce bail. Voy. mes ext. du rec. d'Ancillon, pag. 14, n°. 16. Dès qu'on est capable de contracter mariage, on l'est de toutes les suites du mariage contracté, & par conséquent d'un acte qui, relativement à l'état des mariés, étoit le seul moyen qu'ils eussent de pourvoir à leur commune subsistance.

L'émancipation par mariage a donc des effets plus étendus que celle qu'on obtient en justice. La coutume de Metz, art. 19 du même tit. dit, que *les émancipés... étant mis par ordonnance du magistrat sous la conduite d'un curateur, ne peuvent disposer de leurs biens, ni s'obliger valablement sans l'avis & consentement d'icelui.* L'art. 108 de la coutume de Verdun dit que sans lui, ils ne peuvent *ester en jugement, contracter, ni transiger.* Il est indistinctement vrai, & de règle dans toutes les coutumes que l'émancipé par justice ne doit ester en jugement que sous l'autorité de son curateur. Mais, au surplus, celles de Metz, de Verdun, & autres semblables, ne s'entendent que des dispositions, obligations, contrats, & transactions qui ont trait à l'aliénation des immeubles des émancipés. On ne les émancipe que pour qu'ils puissent disposer de leurs meubles, & jouir du revenu de leurs immeubles. En cela il n'y a point de différence entre eux & les mineurs mariés. L'art. 75 de la coutume de Bar que j'ai déjà citée, dit de ceux-ci, & cela est également vrai de ceux-là, & admis par tout, qu'ils sont à leurs droits *pour faire les actes que peuvent faire les majeurs, excepté l'aliénation & l'hypothèque de leurs biens.* Cependant les uns & les autres sont restituables, même contre les actes qui n'intéressent que leur mobilier, lorsqu'ils sont lésés; car par l'émancipation, soit légale, soit judiciaire, *collitur tantum nullitas non autem restituitur in integrum*: pourvu que ce ne soit pas en choses relatives à leur négoce, ou à leur état: & il n'y a à cet égard nulle différence entre eux, encore

TIT. IV.
Observ. 112.

6.
2°. L'émancipation.

7.
Le mari mineur reçoit la dot de sa femme.

8.
La femme mineure s'oblige pour ce qui est relatif à son état.

9.
Les émancipés par justice ne contractent par sans leur curateur.

10.
Pour ce qui a trait à l'aliénation de leurs immeubles.

11.
Mais ils le peuvent pour leur mobilier.

12.
Et cependant l'émancipation n'empêche pas la restitution.

TIT. IV.
Observ. 11e.

que les émancipés soient mis sous la conduite d'un curateur, & non pas les mineurs mariés, comme je viens de l'observer.

13.
La disposition
des immeubles
est interdite
avant 25 ans.

Mais ils ne peuvent disposer de leurs immeubles. Nous venons de voir que l'art. 75 de la coutume de Bar excepte des actes que les mineurs mariés peuvent faire, l'aliénation & l'hypothèque de leurs biens. Les coutumes de Sedan art. 146; de St. Mihiel, tit. 1 art. 18. & autres, ont la même disposition, & les émancipés par justice sont aussi dans le même interdit.

14.
troisième cause
d'émancipation:
l'âge.

Lorsque celui qui est en tutelle, est parvenu à l'âge fixé par la loi à laquelle il est soumis, le pouvoir du tuteur cesse, quoiqu'il ne soit déchargé, non plus que de toute autre administration du bien d'autrui, qu'après qu'il a rendu compte, remis les pièces justificatives, & payé le reliquat.

15.
Il est réglé dif-
féremment: cet
âge dans le droit
écrit & celui
de la puberté.

Cet âge est réglé très-différemment en droit où on distingue le pupille du mineur. Le pupille seul est en tutelle, il en sort à l'âge de puberté, fixé à 14 ans pour les mâles, & à 12 ans pour les filles. Mais alors il retombe en curatelle, & y reste jusqu'à l'âge de 25 ans, auquel la minorité finit: cette distinction du pupille & du mineur est de très-peu d'usage dans le ressort.

16.
Par les usages
des uifs, il est
fixé à 12, & 13
ans.

Par les usages des juifs dont j'ai parlé, tom. 1. Ils ont deux sortes de majorités, l'une à 13 ans un jour pour les mâles, & à 12 ans un jour pour les filles; l'autre à 20 ans pour les deux sexes: jusqu'à ce qu'ils aient atteint la seconde, il leur est défendu d'aliéner les immeubles qui leur sont échus de succession: mais la première les habilite à disposer de tout le reste, & par conséquent finit la tutelle, & les met en droit d'en demander compte.

17.
Par la loi des
Ripuaires, à 15
ans.

Il semble que par la loi des Ripuaires la majorité étoit fixée à 15 ans complets; du moins par le capitul. 81. Dans Baluse, tom. 1 col. 51, elle permettoit à cet âge, & non plutôt, d'ester en justice. *Si quis homo ripuarius defunctus fuerit, vel interfectus, & filium reliquerit, usque ad quintum decimum annum plenum, nec causam prosequatur, nec in judicio interpellatus responsum reddat, quindecimo autem anno aut ipse respondeat, aut defensorem eligat, similiter & filia.*

18.
Par la coutume
de Vitry à 12
& à 15 ans.

L'art. 65 de la coutume de Vitry qui fait finir la garde noble à 15 ans pour les mâles, & à 12 ans pour les filles, ajoute, & pareillement quant aux gens de poste & roturiers, la tutelle faut à pareil âge: mais les dessus dits ne sont hors de curatelle si non qu'ils aient 24 ans entiers, & le vingt-cinquième entamé. Cette dernière disposition est très-singulière, & Saligny prétend, 1°. qu'elle ne doit pas être observée. La raison qu'il en donne est que l'art. 333 de la coutume de Rheims réquiert que les 25 ans soient accomplis. « Ce mot accomplis en une coutume voisine & nouvelle, » réforme, dit il, la fin de notre article ci-dessus, notamment pour l'aliénation des » immeubles, pour laquelle avoir libre, il faut que les 25 ans soient achevés; » parce que l'année commencée n'est censée accomplie qu'en matières de charges & d'honneurs: ce qui n'est pas même vrai parmi nous en matière d'office. Mais, monobstant cette raison, la loi est expresse, & la coutume de Rheims n'ayant nulle

autorité dans celle de Vitry, n'a pu en réformer la disposition. Il y a donc bien de l'apparence qu'il faut borner à ceci la réflexion de Saligny, qu'encore qu'à Vitry le mineur sorte de curatele à 14 ans un jour, cependant on doit lui subvenir s'il est lésé dans une aliénation d'immeuble à laquelle il a consenti inconfidemment pendant le cours de sa 25^e. année, & avant qu'elle fut complète.

2^o. Saligny avertit qu'on ne doit pas prendre cruellement ce que la coutume dit, que la tutelle faut à 15, & à 12 ans : » parce que la tutelle ne finit jamais que par l'émancipation de droit qui est à 25 ans, ou par celle qui se fait en justice, les parens ouis «. Si on admet cette interprétation qui ne me paroît pas incompatible avec le texte, pourvu qu'on entende 25 ans commencés; le sens de la coutume fera qu'à 15 & à 12 ans on peut sortir de tutelle en demandant d'être émancipé; & ce sens semble être confirmé par ce qui suit. *Mais les susdits ne sont hors de curatelle; car c'est en émancipant les mineurs en justice qu'on les met en curatelle.*

3^o. Saligny demande encore pourquoi ne pas faire cesser la garde noble à 14 ans aux mâles comme la tutelle entre les roturiers ? Auroit-il donc cru que la tutelle finissoit à 14 ans dans la coutume ? Ce seroit une inattention singulière. Il y a plus d'apparence que le droit romain marquant la fin de la tutelle à 14 ans pour les mâles, il a voulu censurer sa coutume de n'avoir pas pris la même époque tant pour la tutelle que pour la garde noble. Mais cette critique est bien mal fondée. Rien n'obligeoit les rédacteurs de nos coutumes de se conformer au droit écrit sur ce point, non plus que sur quantité d'autres.

Il y a plusieurs coutumes qui fixent la majorité à 20 ans. J'en ai fait la remarque tome II., pag. 180, n^o. 34 : renfermons-nous donc ici dans celles du ressort.

Par l'art. 4. du tit. 1 de la coutume de Metz, *les enfans . . . sont, & demeurent en la puissance de leurs . . . tuteurs jusqu'à ce qu'ils . . . aient; savoir, les mâles 20 ans complets, & les filles 18.* A la fin de l'art. 13. de l'ordonnance de Metz sur les cens & rentes publiées le 20 Mai 1564, il étoit dit en termes encore plus forts : *Sont déclarés les mâles majeurs à 20 ans complets, & les femmes à 18.* L'art. 5. du même tit. 1 de la coutume leur défendant avant cet âge, à moins qu'ils ne fussent mariés, émancipés, ou pourvus de grade honorable, *d'ester en jugement, & de disposer de leurs meubles, acquêts, ou actions mobilières;* on doit en conclure qu'il le leur permettoit à cet âge, d'autant plus qu'il ajoute : *mais quant aux héritages qui leur sont échus de ligne directe, ou collatérale, tenant nature de fonds ou de gagiere, ils ne les peuvent vendre, ni autrement aliéner qu'ils n'aient 25 ans complets, si ce n'est par permission de justice.*

L'art. 17 du tit. 9 dit que *la tutelle finit quant le mineur est âgé de 20 ans, & ne distingue plus les mâles des filles.* Ancillon, sur cet art. V^o tuteurs, & après lui, M. D., disent que cependant ils ne changent rien à l'égard des filles à la disposition de l'art. 4 du tit. 1, suivant lequel les filles à 18 ans ne sont plus sous la puissance de leurs tuteurs; & je ne crois pas qu'on puisse penser que l'intention des rédac-

19.
Par d'autres
coutumes à 20
ans.

20.
Par celle de
Metz à 18 &
20 ans.

TIT. IV.
OBSERV. III.

21.
Ce qui rend la
mere tutrice
comptable en-
vers ses enfans
après cet âge.

22.
Mais pour le
surplus la cou-
tume est abro-
gée.

23.
On ne peut de-
mander compte
qu'après la ma-
jorité de 25 ans,
ou l'émancipa-
tion.

24.
L'émancipation
n'a pu lieu à
Metz sans let-
tres.

teurs de notre coutume ait été d'y rien changer. Ainsi, à Metz, la mere tutrice & non comptable ne gagne les fruits des biens de sa fille que jusqu'à ce qu'elle ait atteint l'âge de 18 ans, & ceux des biens de son fils que jusqu'à ce qu'il soit parvenu à l'âge de 20 ans complets. Mais c'est aujourd'hui tout l'effet de cette majorité coutumière, & au surplus toutes ces dispositions de la coutume de Metz sont depuis long-tems abrogées par un usage contraire & notoire.

J'ai établi, tome premier, que le majeur de 20 ans, mineur de 25, ne pouvoit plus régulièrement ester en justice à Metz, sans l'assistance d'un curateur; mais il faut ajouter ici qu'il reste en tutelle, & ne peut disposer ni de ses meubles, ni de ses revenus, à moins qu'il ne soit émancipé; & on ne peut admettre ce que dit M. D... sur l'art. 17 du tit. 9, que *les filles peuvent, à 18 ans accomplis, demander compte aux tuteurs qui ont geré leurs biens, ainsi que les mâles peuvent le demander à 20 ans*, & que *tel est notre usage à Metz*: encore moins ce qu'il dit sur l'art. 4 du tit. 1, qu'il est d'un usage constant à Metz que *la tutelle finit à 18 ans à l'égard des filles*: on ne peut, dis-je, admettre tout cela que dans le sens que je viens d'expliquer, & que je voudrois bien pouvoir penser avoir été celui de l'auteur; qu'à cet âge, la mere tutrice ne fait plus les fruits siens, & qu'elle en doit désormais rendre compte (mais compte qui ne peut être demandé ni rendu qu'après la majorité de 25 ans, ou l'émancipation des enfans) ou qu'en supposant que M. D... n'a entendu parler que des enfans qui ont obtenu des lettres d'émancipation, & qui les ont fait entériner en justice sur avis de parens. S'il y a un point notoire dans nos usages, c'est que les mineurs de l'un & de l'autre sexe, non mariés, ni émancipés, ne demandent jamais compte à leurs tuteurs, avant d'avoir atteint l'âge de 25 ans. On n'écouterait pas celui qui s'aviserait de le demander plutôt; parce que les dispositions de la coutume sur l'âge de 18 & de 20 ans ne sont plus regardées que comme désignant l'époque qui facilite aux mineurs l'obtention & l'entérinement des lettres d'émancipation, sans lesquelles ils restent en tutelle.

J'ai blâmé l'usage de ces lettres, tom. 1, pag. 182, n°. 43, où j'ai dit qu'il ne s'étoit introduit que par l'ignorance des praticiens, & où j'ai indiqué la source de leur erreur. Mais toute contraire qu'elle soit à l'esprit de nos coutumes qui fixoient la majorité, ou si l'on veut, l'émancipation légale à 20 ans, comme tous les jeunes gens qui, à cet âge & sans être mariés, ont voulu sortir de tutelle, se sont fait émanciper par lettres depuis au moins 60 ans, je ne fais aucun doute que celui qui voudroit aujourd'hui, sans une émancipation formalisée suivant l'usage, demander compte à son tuteur, tenteroit en vain de mettre en vigueur la disposition de la coutume, & soutiendrait inutilement que son esprit étoit au moins d'accorder de plein droit l'émancipation à 20 ans. On auroit raison de rebuter sa demande, & de le regarder comme en tutelle, jusqu'à ce qu'il eut pris des lettres d'émancipation; parce que *imprimis inspiciendum est quo jure retrò civitas in ejus modi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpretis consuetudo. L. 37 de legib.*, & on diroit en vain que l'usage dont

il s'agit est un abus qui n'a pas interprété la disposition de nos coutumes, mais l'a détruit. Je l'avoue, mais *rectissime etiam illud receptum est ut leges... tacito consensus omnium per defuetudinem abrogentur. L. 32 eod.*

Au reste, il est très-certain qu'à ne consulter que l'esprit de la coutume de Metz, la pleine & parfaite majorité n'étoit acquise qu'à 25 ans; puisqu'elle défendoit avant cet âge toute aliénation des immeubles de fonds ou de gagiere échus de succession.

Quant aux obligations contractées par un mineur au dessus de l'âge de 20 ans, & aux dispositions qu'il peut faire de ses meubles, actions mobilières & acquêts, M. D... établit sur l'art. 5 du tit. 1 de la coutume de Metz, qu'elles ne sont pas nulles, mais peuvent être annullées pour cause de lésion, par la voie de la restitution en entier; ce qui prouve toujours plus qu'à cet âge la majorité n'est pas acquise suivant notre usage. Ce qu'en dit ce magistrat est en partie emprunté de M. Ancillon sur le même art.; V^{bo.} *valablement disposer*. On peut les consulter l'un & l'autre.

La jurisprudence a cependant varié sur ce point. Par arrêt du 11 Mars 1677, sans avoir égard aux lettres de restitution obtenues par Me. Denis Fleuron, chanoine de la cathédrale de Metz, contre les obligations qu'à l'âge de 20 ans & au dessous de 25, il avoit contractées pour Isaac Pierre de Bauffen, & qu'il faisoit monter à neuf ou dix mille francs, il fut condamné d'acquitter la promesse par laquelle il s'étoit obligé de payer à deux juifs quarante & une pistoles, au cas que ledit de Bauffen ne les payât pas lui-même dans trois mois. Cependant la lésion est évidente, quand le mineur s'oblige comme caution. On trouvera cet arrêt dans mes extraits du recueil d'Ancillon, pag. 49 & 76. On allégué un autre préjugé semblable, donné contre André Bouillot, teinturier.

Au contraire Dlle. Catherine Perçod ayant pris au même âge, conjointement avec sa mere & son frere, cession du sieur Rouillé, directeur des postes, d'une somme de près de 69000 liv. à lui dûe par le sieur Perçod, son pere, moyennant 38000 liv. que les cessionnaires s'étoient obligés de lui payer dans les termes convenus, les lettres prises par cette demoiselle, furent entérinées, par sentence du bailliage de Metz, du 5 Avril 1680; quoiqu'il parut qu'elle ne s'étoit obligée que pour éviter la contrainte par corps dont son pere étoit menacé, & que le sieur Rouillé déclarât qu'il restreignoit l'effet de son obligation sur les meubles & acquêts de la Dlle. Perçod.

Catherine l'Huillier, femme de Gaspard Modera, a fait juger de même, par arrêt du 7 Janvier 1684, qu'elle étoit restituable, attendu sa minorité, contre la promesse solidaire qu'elle avoit passée, conjointement avec son mari, au profit de Nathan Jacob, juif de Metz, qui leur en avoit fourni la valeur en lettres de change. Voy. la sentence dans les mêmes extraits du recueil d'Ancillon, pag. 63, n^{o.} 95, & l'arrêt, pag. 90, n^{o.} 121, où il est fait mention d'un autre arrêt semblable, obtenu par la nomme Roupert, contre les créanciers de son mari. Le parlement ne s'est pas départi depuis de cette jurisprudence, qui est très-conforme aux principes.

TIT. IV.
OBSERV. 110.

25.
Des contrats
passés à l'âge de
20 ans pour
choses mobilières & pour
les acquêts.

TIT. IV.
Observ. 11e.

26.
Quid dans les
coutumes de l'é-
vêché ?

Ils s'appliquent aux coutumes de l'évêché & de Lorraine. On a vu que la première, art. 3 du tit. 1, & art. 13 du tit. 4, met fin, non-seulement à la tutelle, mais aussi à la curatelle, dès que les mineurs des deux sexes & non mariés, ont acquis l'âge de 20 ans. M. D... interprète cette coutume comme celle de Metz; il convient qu'elle n'accorde pas une majorité parfaite, mais il dit sur l'art. 13 du tit. 4, qu'elle met les mineurs en état de sortir de tutelle, d'administrer leurs biens, & de demander compte en justice à leurs tuteurs. Il est vrai que c'étoit, comme il ajoute, l'esprit dudit art. 13 qui est pareil en cela à l'art. 17 du tit. 9 de la coutume de Metz; mais ces dispositions n'opèrent pas plus aujourd'hui dans une coutume que dans l'autre. Dans l'évêché, le père ne fait plus siens les biens de ses enfans, dès qu'ils ont achevé leur vingtième année. Mais à cet âge ils ne sont pas majeurs: ils peuvent seulement être émancipés, & pour cela l'usage exige dans l'évêché, comme à Metz, des lettres d'émancipation, à moins que le mineur ne soit marié: & malgré le texte de la coutume, on donne un curateur à ceux qui obtiennent ces lettres. M. D... lui-même rapporte sur l'art. 15 du tit. 1 un arrêt du 30 Juin 1710, par lequel il est dit avoir été jugé que le sieur De Moutu avoit pu obtenir requête civile, comme mineur non valablement défendu, contre un arrêt lors duquel il avoit procédé sans être assisté de tuteur ou curateur, quoiqu'il fut âgé de 22 ans, & par conséquent réputé majeur dans notre coutume de l'évêché de Metz.

On lit la même disposition dans celle de Lorraine, qui, art. 13 du tit. 1, & art. 12 du tit. 4, fixe aussi la majorité à 20 ans. La cour souveraine, depuis son établissement à Nancy en 1698, a jugé jusqu'en 1723, que cette majorité étoit pleine & complète. Catherine Remie, femme séparée de Thomas Macorps, habitant de Sar-Louis, ayant pris des lettres contre deux contrats par elle passés, l'un à l'âge de 18 ans 10 mois, par lequel elle avoit emprunté, conjointement avec son mari, une somme de 2100 liv. de Louis Beaumont, bourgeois de la même ville; l'autre, à l'âge de 20 ans 4 mois, par lequel elle avoit abandonné à Beaumont une maison sur le pied de l'estimation qui en seroit faite, pour s'acquitter du restant de cette dette. Beaumont soutint que, lors du second contrat, qui emportoit ratification du premier, elle étoit en pleine majorité; & pour le prouver, il produisit un acte de notoriété des avocats de la cour de Nancy, qui attestoient que, dans ce tribunal, la coutume de Lorraine s'entendoit à la lettre de la majorité parfaite. Cet usage avoit déjà été attesté par Faber, sur l'art. 12 du tit. 4, n°. 468, qui disoit cependant que c'étoit chose à la vérité de très-grand préjudice; & un peu plus bas, n°. 474, que c'est une chose déplorable de voir de jeunes personnes, mariées ou non, avoir disposé de tous leurs droits avant d'avoir acquis la majorité de droit, &c.

Mais le parlement de Metz suivoit une jurisprudence contraire & dictée par la raison & par l'équité, tandis que la Lorraine étoit de son ressort; & il a persisté pour les lieux régis par cette coutume, qui lui sont restés après le traité de Riswick. M. D..., sur l'art. 15 du tit. 1 de la coutume de l'évêché, en donne pour preuve l'arrêt du

du 26 Mars 1640 ; par lequel il fut jugé que *la majorité portée par la coutume de Lorraine en faveur des personnes mariées, ou âgées de 20 ans complets, n'étoit qu'une pure émancipation.* Cet arrêt ne peut être donné en preuve que d'une partie de la proposition de M. D... : on voit dans M. Fremyn qui le rapporte, liv. 2, decif. 6, que dame Jeanne de Pullenoy, au profit de laquelle il a été rendu, étoit née le 23 Juin 1617, & la dernière obligation qu'elle avoit souscrite avec Messire Louis de Stainville, son mari, étoit du 22 Février 1635, lorsqu'elle étoit seulement âgée de 17 ans & quelques mois. C'est ce que dit M. Fremyn, pag. 177. Ainsi l'arrêt prouveroit seulement que le parlement jugeoit les personnes mariées restituables contre les actes par elles passés au dessous de l'âge de 20 ans. Mais la preuve que le parlement ne regardoit ceux qui avoient atteint cet âge que comme émancipés, & non comme majeurs, se tire de ce que M. Fremyn ajoute à la fin du chapitre, que *toutes les fois que semblables causes se sont présentées, tous les contrats passés au dessous de 25 ans ont été cassés, & ceux qui avoient omis de faire leurs déclarations dans le tems porté par la coutume de Lorraine, soit pour accepter une succession par bénéfice d'inventaire, soit pour renoncer par une veuve à la communauté, ils ont été relevés pour minorité.* Il indique en particulier un arrêt du 7 Juillet 1643, par lequel Louis Collignon, qui, marié & âgé de plus de 20 ans, avoit recueilli la succession de son pere, sans déclarer dans le tems fixé par l'art. 6 du tit. 9 aux nouvelles qu'il l'apprehendoit par bénéfice d'inventaire, a été restitué contre cette omission, au moyen des lettres par lui obtenues, & jugé héritier bénéficiaire, quoiqu'il fut âgé de plus de 21 ans, & marié depuis plus d'un an, lorsqu'il avoit déclaré ne vouloir être héritier que par bénéfice d'inventaire.

Il est surprenant que le parlement, après avoir établi cette jurisprudence pour la coutume de Lorraine, s'en soit écarté pour la coutume de Metz par les arrêts que j'ai indiqués ci-dessus, n°. 25. Mais enfin il y est revenu : & il a interprété avec raison d'une simple émancipation légale les dispositions des coutumes de Metz, de l'évêché & de Lorraine. Il est bien plus étonnant que la cour de Nancy ait entendu celle de Lorraine de la pleine majorité. Les cinq ans dont ces trois coutumes abrégèrent le tems de la minorité sont l'âge le plus critique & l'époque la plus dangereuse de la vie. *Il est impossible, dit Faber ibid. avec plus d'énergie que d'élégance, que la coutume ni le mariage apportent la prudence & le jugement que la nature dénie en si bas âge. Ces cinq ans sont les feux qui élèvent plus haut les bouillons de l'homme charnel, & à quoi la prudente conduite du législateur doit avoir égard.*

C'est ce qu'a fait le duc Léopold par son ordonnance du 15 Mars 1723, dans laquelle il dit que *l'expérience n'a que trop fait connoître combien une majorité précoce est préjudiciable à de jeunes gens peu capables de discerner ce qui leur est avantageux, de ce qui leur paroît agréable ; & supprime tous statuts & coutumes de ses états qui fixent la majorité, & réputent les enfans de famille majeurs avant l'âge de 25 ans : en sorte qu'exactement parlant, il n'y a plus ni dans le ressort, ni en Lor-*

TIT. IV.
Observ. 118.

28.
La majorité est fixée par les coutumes de Verdun, Sedan, &c. à 25 ans.

29.
La tutelle finit par la mort du mineur.

30.
Par celle du tuteur.

37.
Par le second mariage de la mere tutrice.

32.
Par l'ordonnance du juge qui décharge le tuteur.

raine, d'autre vraie majorité que celle du droit romain auquel les coutumes de Verdun, art. 106; de Sedan, art. 140; de Bar, art. 74, & quantité d'autres se sont conformé en prolongeant la minorité jusqu'à l'âge de 25 ans complets, mais dont elles se sont écarté, en laissant jusqu'à cet âge les jeunes gens en tutelle, & non simplement en curatelle.

La tutelle finit encore par la mort du mineur; & son tuteur est dès-lors obligé de rendre compte de son administration, à moins que la succession du mineur décédé n'échoie à d'autres mineurs dont il soit aussi le tuteur.

Elle finit de même par la mort du tuteur. J'ai parlé ci-dessus, observ. 4, n°. 10, de la contestation qui s'est élevée entre le fils du tuteur de Marie Guérin, & le sieur Jacques, oncle de cette mineure: un des moyens allégués par ce dernier, étoit que comme héritier du défunt tuteur, le fils devoit achever la gestion que son pere avoit commencée. Cette idée étoit ridicule. D'autres ont prétendu, avec un peu plus d'apparence, que les héritiers du tuteur décédé étoient obligés de continuer l'administration jusqu'à ce qu'ils eussent fait nommer un nouveau tuteur. Mais je crois que c'est encore une erreur, & qu'ils ne sont personnellement tenus de rien, à moins qu'ils ne soient les plus proches parens du mineur: auquel cas c'est cette qualité qui les oblige à prendre soin de la personne & des biens du mineur, & non pas celle d'héritiers du tuteur. La tutelle est une charge pure personnelle. Ce sont même les qualités personnelles du tuteur qui lui font déférer la tutelle. La gestion n'est donc confiée qu'à lui seul. Ses héritiers sont bien tenus de rendre compte de tout ce qu'il a géré, pu & dû gérer, mais non pas de gérer eux-mêmes. Ils ne sont pas plus obligés en cette qualité d'héritiers, de faire créer une nouvelle tutelle, lorsque le tuteur vient à mourir. C'est au curateur, à la partie publique, ou aux parens proches, à le faire remplacer. Si tous le négligeoient, le curateur en seroit responsable: & s'il n'y a point de curateur, les parens qui auroient été instruits de la mort du tuteur. Pour se défendre d'indemniser le mineur des pertes qu'ils lui auroient occasionné par leur inaction & leur négligence, ils n'auroient pas en ce cas plus de prétexte ni d'excuse, que lorsqu'à la mort du survivant des peres & meres, ils abandonnent des enfans mineurs dont la nature les chargerait de prendre soin. Alors l'art. 99 de l'ordonnance de Metz, du 2 Décembre 1564, veut, comme nous l'avons déjà vu, observ. 6, n°. 3, que les mineurs demeurent en la charge de leurs plus proches parens, capables des fonctions de la tutelle, faute par eux de les avoir fait pourvoir de tuteurs, curateurs ou mainbourgs. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

La tutelle finit aussi par le second mariage de la mere & de l'aieule tutrices. Sur quoi voy. ci-dessus, observ. 2, n°. 20. Il est impossible d'éviter ces renvois, & même quelquefois des répétitions que les diverses applications des mêmes regles rendent nécessaires.

Dans ces dernieres especes, c'est moins la tutelle qui finit, puisque la minorité subsiste, que l'administration de la personne à qui la tutelle étoit confiée. Cette ad-

ministration peut finir aussi par un décret du juge qui décharge le premier tuteur, & lui en substitue un autre ; ce qui peut arriver par diverses causes : comme si le pere, ou même un autre parent proche, n'a pu d'abord être nommé tuteur, parce qu'il étoit mineur, & qu'il parvienne à sa majorité : si le tuteur devient si infirme qu'il ne lui soit plus possible d'en remplir les fonctions, &c. ; mais régulièrement les excuses qui ne surviennent qu'après la création de la tutelle ne doivent pas en faire décharger celui qui a été nommé.

TIT. IV.
Observ. 1163



OBSERVATION XII.

Des différentes especes de Gardes, de leur Origine, & des Coutumes par lesquelles ce droit est régi.

TIT. IV.
Observ. 126.

1.
Le gardien noble est comptable dans quelques coutumes.

COMME il y a des tuteurs non comptables, il y a aussi des gardiens comptables. Entre personnes nobles, le survivant a la garde noble de ses enfans mineurs, & ne fait tel gardien les fruits siens, mais est tenu d'en rendre compte auxdits enfans, eussent-ils venus en âge, en déduisant les dépens, lequel gardien reprend les terres nobles pour lesdits enfans, & en fait les foy & service aux dépens desdits enfans mineurs, avec les seigneurs féodaux. Vitry, art. 63; Sedan, art. 149 & 153; Chaumont, art. 11; c'est-à-dire, que garde & tutelle sont quelquefois des expressions presque synonymes; ou que ce qui est nommé tutelle dans quelques coutumes ne laisse pas d'emporter tout le profit de la garde, tandis que dans d'autres le gardien n'a pas plus de droit que le tuteur. *Garde noble entre nobles*, dit l'art. 262 de la coutume de Vermandois, est comme tutelle entre roturiers: aussi l'art. précédent statue que, lorsque les peres & meres prennent la garde, ils doivent rendre compte comme tuteurs; mais il leur permet de choisir entre la garde noble & le bail: & quand ils prennent le bail, ils ne sont plus comptables; en sorte que cette coutume nomme bail ce qui ailleurs est nommé tutelle.

2.
Bail, non comptable.

3.
Et différences entre le tuteur & le gardien comptable.

4.
Le bail étoit jadis donné aux collatéraux dans le vermandois.

L'art. 262 met pourtant cette différence entre le gardien & le tuteur, que le tuteur a l'administration de tous les biens des mineurs, au lieu que *le gardien ne s'entremet, si bon lui semble, que des héritages féodaux*. C'est pourquoi Buridan, après avoir remarqué sur l'art. 261, qu'anciennement le plus prochain héritier présomptif, habile à succéder aux mineurs, avoit le bail, qui emportoit le gain des meubles & du revenu des immeubles; ce qui a été corrigé pour les collatéraux, comme déraisonnable, dit qu'à présent la garde noble, dans la coutume de Vermandois, n'est plus autre chose qu'une tutelle légitime & coutumière, & sans profit, comme le remarque Goujet sur Chaumont, art. 11..., & ne reste plus que le nom; & n'y a autre différence que celle qui vient d'être indiquée. A quoi il ajoute que le bail a été borné aux peres & meres. M. Delaistre, sur cet art. de la coutume de Chaumont, dit aussi après « Dumoulin, sur l'art. 4 de la coutume de Blois, qui contient pareille disposition..., que cette garde noble n'est, à proprement parler, qu'une tutelle coutumière qui doit être réglée, comme en droit la tutelle légitime. *Custodia quasi tutela...* Le gardien noble est comptable des fruits & revenus de ses enfans...: en un mot, il n'est différent d'un tuteur ordinaire qu'en ce qu'il peut faire la foi

« & hommage pour leurs fiefs aux seigneurs de qui ils sont mouvans ; ce que ne peut « faire un tuteur ordinaire, mais est tenu de demander souffrance ». J'ai déjà indiqué l'art. 153 de la coutume de Sedan, suivant lequel tout service de fief peut être fait par *le baillistre ou gardien*, expressions synonymes dans cette coutume, & qui, à ce service près, ne désignent qu'un vrai tuteur.

Voilà donc deux différences entre le gardien comptable & le tuteur : le premier peut ne se mêler que des fiefs ; & il est admis à en faire hommage : le second administre tous les biens du mineur, & ne pouvant reprendre les fiefs, doit demander souffrance. Cependant elles ne sont pas générales, & il y a des coutumes où le gardien est tenu de tout gérer, & d'autres où le tuteur est admis à l'hommage.

Elles ne me paroissent pas moins confirmer l'opinion commune, suivant laquelle *le droit de garde tire sa première origine des fiefs*. De Renusson, traité du droit de garde, ch. 1, n^o. 20 & 30 ; Ferrière, sur l'art. 87 de la coutume de Paris, gl. 1, n^o. 1, & Buridan, sur l'art. 330 de celle de Rheims, n^o. 2, disent que, lorsque les fiefs devinrent héréditaires, le seigneur dont le vassal laissoit des enfans en bas âge, les prenoit *en sa garde*, & retenoit l'administration de la jouissance du fief, (ce qui s'observe encore en Normandie) jusqu'à ce que ses enfans fussent en état de lui rendre les services militaires, à la charge desquels la concession primitive du fief avoit été faite : que cependant il donnoit souvent les mineurs en garde à leur pere, aïeul, ou autre proche parent, à qui, pour la nourriture & l'entretien des enfans, il délaissoit la jouissance du fief, à condition de le desservir (1) : que dans la suite des tems, un grand nombre de seigneurs en ayant usé de la sorte, cet usage a passé pour droit ordinaire, du moins pour les peres & aïeux, auxquels il a été restreint à l'exclusion des collatéraux ; & qu'il a paru juste d'accorder la même prérogative aux meres & aux aïeules, lorsque les femmes ont été regardées comme capables de posséder des fiefs.

Cette opinion me paroît bien plus naturelle & bien plus probable que celles que vont chercher la source du droit de garde dans les loix romaines, ou dans les usages des Gaulois, ou dans ceux des Francs, & dans les capitulaires de Charlemagne. La puissance paternelle, quoique bien plus restreinte parmi nous que chez les Romains, a pu contribuer à conserver la garde aux peres & aux aïeux, lorsqu'elle a été ôtée aux collatéraux ; mais elle n'en a pas introduit l'usage. Voy. Ferrière, *ibid.* n^o. 4. Je ne fais si De Renusson aussi *ibid.* a eu raison de dire que Pontanus tenoit que la garde venoit des mœurs & des coutumes des Gaulois. Par ces mots, *nova tutela species... utpotè à consuetudine & moribus Gallorum tantum inducta*, ce commentateur de la coutume de Blois n'a, ce me semble, voulu désigner que les François, & même les François modernes, je veux dire depuis le tems de Hugues-Capet.

TIT. IV.
Observ. 12e.

5.
Baill comptable.

6.
Origine du
droit de garde.

7.
Elle ne vient
pas des loix romaines.

8.
Ni des usages
des Gaulois.

(1) Voy. au commencement de l'observation 15, le motif qui l'y engageoit.

TIT. IV.
Oblerv. 12e.

Je le pense ainsi, non pas précisément à cause de ces expressions de l'auteur, *novæ tutela species*, ni de ceux-ci, *Gallorum tantum*, qui désignent cependant des usages bien plus récents que ceux des Gaulois, dont d'ailleurs nous savons très-peu de chose, mais sur-tout parce que l'hérédité des fiefs ne s'est établie au plutôt que vers la fin de la seconde race, & qu'il falloit qu'il fut établi que les fiefs passeroient à titre successif aux enfans mineurs du vassal, avant qu'on commençât à en donner la jouissance à leurs parens sous le nom de gardiens.

9.
Ni des capitulaires.

Quoique Ferriere dise, n°. 2, que *les capitulaires de Charlemagne, liv. 6, n°. 223, parlent de la garde généralement & indistinctement*; comme cette citation est fautive, & que j'avoue n'avoir pu rien trouver qui ait un rapport marqué à la garde dans aucun autre endroit des sept livres des capitulaires, je suis d'autant plus porté à croire qu'elle étoit inconnue du tems de Charlemagne; qu'alors les fiefs ou bénéfices militaires n'étoient pas encore héréditaires, & qu'il est très-apparent qu'elle a commencé par les fiefs: puisqu'anciennement elle n'avoit lieu que pour les fiefs, & qu'il y a encore quelques coutumes où les gardiens ne prennent que les fruits des héritages en fief, & non pas des autres héritages. De Renuffon, *ibid.* n°. 32 & 33.

10.
Il y a des coutumes où la garde ne tombe que sur les fiefs.

11.
Diversité des coutumes sur ce qui est compris dans la garde.

12.
Garde bourgeoise en quelques coutumes.

Mais dans la plupart des coutumes, les gardiens nobles jouissent des autres biens des mineurs. Il y en a où cette jouissance ne comprend que les immeubles; d'autres où elle s'étend jusques sur les meubles: il y en a même qui donnent aux gardiens les meubles des mineurs en propriété.

Enfin les bourgeois de la capitale se sont arrogé la garde à l'exemple des gentilshommes, & elle leur a été confirmée par le roi Charles V, en 1371. Voy. Ferriere, *ibid.* n°. 2, & De Renuffon, ch. 2, n°. 46. Ce droit, qui a été nommé garde bourgeoise, s'est aussi introduit par l'usage dans quelques autres coutumes. La tutelle des peres dans l'évêché, & des meres pendant leur veuvage dans le pays messin, est une vraie garde, plus étendue même que la bourgeoise, dont on ne lui a pas donné le nom; peut-être parce qu'elle n'est pas bornée aux bourgeois ou habitans des villes, & qu'elle s'étend à ceux de la campagne.

13.
Grande variété des dispositions des coutumes sur le droit de garde.

Ce ne sont pas là les seules différences qui se trouvent entre nos coutumes; elles varient plus sur le droit de garde que sur toute autre matière: les uns nomment le droit dont il s'agit, *garde*, les autres le nomment *bail*; quelques-unes emploient ces deux noms comme n'ayant qu'une même signification; quelques autres y mettent de la différence. De Renuffon, *ibid.* ch. 1, n°. 8 & suiv.: même diversité sur les personnes à qui la garde est déferée; *ibid.* ch. 2, n°. 1 & suiv. Ici la garde ne peut être acceptée que pardevant le juge royal; là elle peut l'être dans une haute justice: ch. 3, n°. 3. Tantôt la garde est distinguée de la tutelle, & tantôt le gardien fait de plein droit les fonctions de tuteur: ch. 5, n°. 1 & 3. Dans une coutume, le gardien jouit des biens qui, pendant la garde, obviennent aux mineurs de succession; dans une autre, la garde ne comprend que les biens qui appartenoient au mineur lorsqu'elle a commencé: ch. 6, n°. 2. Enfin il y a une très-grande diversité dans

la disposition des coutumes touchant les dettes dont les gardiens sont tenus : chap. 7, n° 1.

C'est donc une question très-importante que celle de savoir par quelle coutume le droit de garde doit être réglé. Elle est fort controversée ; mais il me semble qu'elle n'est embarrassante qu'autant qu'on voudroit décider toutes les difficultés qui peuvent se présenter, par une seule & même coutume ; & qu'en les distinguant, le problème disparoit, & la raison de décider se présente d'elle-même.

Une coutume borne le droit de garde au pere & à la mere ; une autre l'accorde aux aïeux ; une troisième jusqu'aux collatéraux. Ces statuts, en tant qu'ils mettent les mineurs sous la garde d'un parent qui est chargé d'administrer leurs biens, me paroissent évidemment personnels. Sous cet aspect, ils concernent la personne des mineurs *primario & directe*, & ne disposent des biens qu'à cause & en considération de la personne. Ainsi, lorsqu'il s'agit de savoir en général si le mineur est tombé sous la garde de celui qui la demande, la coutume du domicile me paroît la seule à consulter.

C'est encore cette coutume que je crois qu'il faut suivre, quant aux formalités qui doivent accompagner la garde de la personne ; parce que c'est à elle que se rapporte le statut qui les prescrit.

Les meubles, les actions mobilières actives & passives n'ont point d'afficte. Ainsi la même coutume qui donne la garde de la personne du mineur à laquelle les meubles & les actions sont attachés, me paroît celle qui régle si le gardien emporte les meubles en propriété, s'il en jouit en simple usufruit, ou s'ils sont exclus de la garde ; & quelles sont les dettes mobilières & personnelles dont il est tenu d'acquitter les mineurs.

Enfin s'agit-il de savoir si le gardien est ou n'est pas tuteur ? Le statut qui le décide est encore, ce me semble, évidemment personnel.

Mais en admettant que, sur toutes ces questions, il faut s'attacher à la loi du domicile, il reste à décider si c'est celle du domicile du gardien, ou celle du domicile des mineurs, ou plutôt de leurs peres, auteurs du décès qui donne ouverture à la garde. Un gentilhomme du Lyonois se marie à Paris, s'y établit & y décède, laissant des enfans en bas âge. Par la mort & celle de sa femme qui suit de près, avant qu'elle ait fait aucune déclaration sur la garde, cette garde est-elle ouverte au profit de l'aïeul paternel ? On n'auroit pas eu de prétexte pour la lui contester, s'il eût été domicilié à Paris ; mais comme il demouroit dans le Lyonois, pays de droit écrit, où la garde noble est inconnue, les parens maternels soutinrent qu'il n'étoit pas recevable à la demander. De Renusson qui propose la question, ch. 2, n° 41 & 42, dit qu'il semble que l'aïeul n'est pas bien fondé, parce que la garde est de droit étroit. Cette maxime est vraie, mais ne peut décider contre l'aïeul, si la loi à consulter lui donne la garde. Il s'agit donc de déterminer quelle est cette loi ? Si c'est le droit écrit où il habite, il faut l'exclure : loin de donner la garde noble aux

TIT. IV.
Observ. 128.

14.
Par quelles coutumes il est réglé.

15.
Questions qui se décident par la coutume du domicile.

16.
On consulte en ces cas la loi du domicile du mineur & non du gardien.

Tit. IV.
Observ. 126.

aïeux, il ne la donne pas même aux peres. Si c'est la coutume de Paris, domicile de son fils & de ses petits-enfans, il faut l'admettre : elle accorde la garde noble aux aïeux. Or, il me paroît bien difficile de ne pas regarder la loi qui met les mineurs en garde comme un statut personnel aux mineurs, & d'écarter la loi dans laquelle la succession est ouverte, pour aller chercher celle du domicile de ceux qui prétendent des droits résultans de l'ouverture de cette succession. S'il étoit de règle de consulter cette dernière, il faudroit dire, en renversant la these, qu'un gentilhomme parisien s'étant marié & établi à Lyon, les enfans mineurs qu'il y délaisseroit, & qui n'auroient aucuns biens dans la coutume de Paris, tomberoient cependant sous la garde de leur aïeul, en vertu de cette coutume qui leur seroit étrangere; ce que je ne crois pas que personne admette.

17.
Questions qui se décident par la coutume de la situation des héritages.

Mais lorsqu'il ne s'agit plus de la personne du mineur, qu'il est certain qu'il est ou qu'il n'est pas en garde par la coutume de son domicile, & qu'il est question de décider si certains héritages ne sont pas exclus de la jouissance du gardien; ou au contraire si, quoique la loi du domicile du mineur n'établisse pas la garde, son pere, sa mere, ses aïeux ou autres, n'ont pas droit de jouir des héritages soumis à une autre loi, jusqu'à quel âge dans les deux cas doit durer cette jouissance, quelles en sont les charges dans le dernier, &c. Alors le statut regarde les biens *primario & directe*, il est réel, domine dans son territoire, & ne régle plus rien pour ce qui est situé ailleurs. Si la garde est bornée à certains héritages situés hors de la coutume du domicile, je crois qu'elle pourra être acceptée dans la juridiction à laquelle ils ressortissent, & qu'alors les formalités de l'acceptation seront aussi réglées par la coutume de la situation des héritages. *La raison est*, dit De Renusson, ch. 6, n°. 27, *que la forme & solennité des actes se régle par la coutume où les actes sont passés.*

On opposera que si on détermine sur quels héritages le droit de garde a lieu par la coutume de leur situation, il arrivera que la garde comprendra certains biens, & non pas d'autres; en sorte que, relativement aux coutumes, il sera vrai que le mineur est en garde, & qu'il n'y est pas. Mais distinguons ce qu'il y a de personnel dans la garde, de ce qu'il y a de réel. Le personnel est indivisible. Le mineur qui est en garde par la coutume de son domicile, est par-tout en garde; & si, par cette coutume, le gardien est tuteur, il intentera toutes actions en cette qualité de gardien, même dans les coutumes qui ne la lui auroient pas donné, ou qui, en la lui donnant, n'y auroient pas joint celle du tuteur. Mais la jouissance de certains immeubles est un droit réel qui ne suppose pas nécessairement la garde sur la personne du mineur, & qui, par conséquent, peut être acquis dans une coutume qui ne régit pas la personne, quoiqu'il ne le soit que dans celle qui la régit. Il n'y a pas en cela plus d'inconvénient qu'il n'y en a dans un grand nombre d'autres cas, qu'on décide aussi par la réalité des coutumes, indépendamment de celle du domicile. La qualité de gardien n'est pas plus indivisible que celle de douairiere ou d'héritier. Dans la coutume de Pévêché,

Pévéché, une veuve qui a pris un second mari, n'est pas douairière ; un arrière-neveu n'est pas héritier avec les neveux. Cette veuve en aura-t-elle moins droit de douaire sur les acquêts de tréfonds de la coutume de Metz ? Cet arrière-neveu en partagera-t-il moins avec les neveux tous les biens situés dans la même coutume ? Pourquoi n'en seroit-il pas de la garde comme des douaires & des successions ?

Si on veut de plus grands éclaircissements sur cette question, on peut consulter Ferrière sur l'art. 267 de la coutume de Paris, gl. 1, n°. 27 & suivans, & gl. 2, n°. 15 ; Froland, mémoires sur les statuts, 1re. part., ch. 16, n°. 6 & suivans ; & De Renusson, ch. 6, n°. 18 & suivans, & n°. 34 & suivans ; tous trois font mention d'un arrêt qui, au premier aspect, peut paroître contraire à mon opinion. Le comte de la Châtre étant décédé, sa veuve accepta la tutelle sans parler de la garde, & décéda aussi trois mois après. Le marquis de Dampierre, grand-oncle des mineurs du côté maternel, prétendit, comme plus proche parent du côté maternel, le bail & l'administration de leurs biens situés dans la coutume de Berry, & l'accepta par-devant le lieutenant-général du bailliage de Bourges. Dans le même tems, les parens paternels firent procéder à l'élection de tuteurs par-devant le prévôt de Paris. Ces tuteurs interjetterent appel de la procédure faite à Bourges, & le marquis de Dampierre de la création du tuteur faite à Paris. Par arrêt du 20 Mars 1646, le marquis de Dampierre fut débouté du bail par lui prétendu de ses petits-neveux. Mais peut-on conclure de cet arrêt que, dès que la coutume du domicile des mineurs ou de leur pere ne donne pas la garde ou le bail à celui qui les demande, il ne doit pas jouir & faire les fruits siens dans une coutume qui les lui donne ? Il ne paroît pas que la question ait été agitée ni proposée. Le marquis de Dampierre, appellant de la création de tuteur faite à Paris, prétendoit obtenir la tutelle, & reconnoissoit tacitement par-là que s'il n'étoit pas tuteur, il ne pouvoit être baillistre. Relativement à ce système, la contestation semble avoir roulé uniquement sur ce point de fait, quel avoit été le domicile du pere des mineurs ? Le marquis de Dampierre disoit que c'étoit le château du comté de Nancay scis en Berry ; que ç'avoit été la principale habitation des prédécesseurs du comte de la Châtre qui y étoit né, y avoit été élevé, & y avoit choisi sa sépulture. Tout cela n'établissoit qu'un domicile d'origine, & rien de plus : & les tuteurs répondoient qu'on n'avoit pu créer la tutelle des mineurs qu'à Paris, lieu de leur naissance, & la demeure ordinaire de leur pere & mere. Il n'étoit donc pas douteux que leur élection devoit être confirmée. Mais quoiqu'on ne put y donner atteinte, ne devoit-on pas conserver au marquis de Dampierre le bail des terres de Berry ? J'ai déjà remarqué qu'il ne le demandoit que comme une dépendance de la tutelle qu'il prétendoit sans fondement lui être dévolue. Mais ce qui est beaucoup plus fort, on lui oppoisoit que, par la coutume de Berry, les collatéraux paternels sont préférés aux maternels ; qu'il étoit grand oncle maternel, & qu'il y avoit des parens de la ligne paternelle qui pouvoient accepter le bail desdits mineurs, s'ils le vouloient. C'est le langage que Ferrière fait

venir aux tuteurs : & s'ils parloient ainsi, loin que le préjugé puisse être opposé à la réalité des coutumes par rapport aux biens dont ceux qu'elles appellent à la garde doivent jouir ; quoique celle du domicile ne les y appelle pas, l'aveu des tuteurs, tel que le rapporte Ferriere, serviroit à la confirmer ; puisqu'ils reconnoissent que, quoique la succession fut ouverte à Paris, & que les mineurs fussent personnellement soumis à la coutume de Paris, celle de Berry pouvoit donner le bail des héritiers qu'elle régissoit, non au marquis de Dampierre qu'elle excluait au contraire, mais aux parens paternels qu'elle y appelloit, & qui pouvoient le prendre si bon leur sembloit. Il est vrai que Dufrene qui rapporte cet arrêt, liv. 4, ch. 25 de l'édition de 1658, & Froland, *ubi sup.* n°. 6, font seulement dire aux tuteurs que les parens paternels, appelés par la coutume de Berry, étoient *capables d'accepter le bail s'ils eussent trouvé que la chose y étoit disposée.* Mais il en résulroit toujours que la coutume, en vertu de laquelle le marquis de Dampierre demandoit le bail, ne le lui destinoit point. Ferriere dit que cette disposition de la coutume de Berry *a peut être été le motif de l'arrêt, & que, par cette raison, il n'estime pas qu'il puisse être tiré à conséquence pour la thèse en général ;* & Froland, qu'indépendamment de cette circonstance, le marquis de Dampierre étoit mal fondé, son droit ne subsistant pas à l'ouverture de la garde, parce que les mineurs avoient pour lors leur mere à laquelle seule appartenoit ce droit. L'arrêt a d'ailleurs été rendu dans une espece très-favorable ; car la garde des collatéraux a quelque chose de révoltant, & les coutumes qui l'admettent paroissent déraisonnables.



OBSERVATION XIII.

TIT. IV.
Observ. 139.*De ceux à qui la la Garde est déferée, & de son Acceptation.*

ON est souvent élu tuteur malgré soi. La tutelle & la curatelle sont des charges de famille, des obligations de citoyen dont on ne peut s'exempter, si on n'a quelque privilege qui en dispense, ou quelques-unes des excuses qui sont admises par les loix. Il n'y a d'excepté que les meres & les aieules qu'on ne peut établir tutrices que de leur consentement. Mais on n'est jamais gardien si on ne veut l'être. » Il dépend, *ex merâ parentum facultate*, d'accepter la garde « dit Ferriere sur l'art. 265, n°. 8 » ; en sorte, qu'ils ne peuvent pas être contraints de la prendre au cas qu'elle se trouve, ou qu'ils pensent qu'elle leur seroit défavantageuse ... De même que nul n'est héritier qui ne veut ». La raison est en effet la même. La loi ne déferé la garde, non plus que les successions, que dans la vue de favoriser celui qu'elle y appelle : or, *invito beneficium non datur*.

Non-seulement on peut renoncer expressément à la garde, mais on en est exclu par une renonciation tacite & présumée. Elle s'induit de l'acceptation de la tutelle des mineurs faite purement & simplement, & sans se réserver la garde. Voy. De Renusson, ch. 2, n. 18 & suiv. Ce que je limite cependant aux coutumes, qui, comme celle de Paris, séparent la qualité de gardien de celle de tuteur ; car dans les coutumes où elles sont réunies, accepter l'une c'est nécessairement accepter l'autre ; mais dans toutes les coutumes qui prescrivent certaines formalités pour l'acceptation de la garde, on ne peut la prétendre qu'en s'y conformant.

Cette liberté de renoncer à la garde me paroît devoir être étendue même aux coutumes où le gardien ne fait pas les fruits siens, & n'est dans la réalité qu'un tuteur comptable, aux deux différences près dont j'ai parlé, t. II. p. 720 & suiv. ; mais il faut observer que dans ces coutumes, comme par-tout ailleurs, celui qui renonce à la garde, comme celui qui l'accepte, peuvent être élus tuteurs, & obligés d'accepter la tutelle s'ils n'ont ni privilege ni excuse.

Les opinions sont partagées sur la question si l'acceptation de la garde peut être divisée ; c'est-à-dire, si le survivant peut prendre la garde de quelques-uns de ses enfans, & refuser celle des autres. De Renusson, ch. 3, n°. 12, tient qu'il le peut, principalement par cette raison, qu'après l'avoir acceptée pour tous, il pourroit en remettre le profit à quelques-uns de ses enfans, & ne pas le remettre aux autres. Mais alors il seroit un droit aux premiers de chose qui lui auroit été acquise, & de partie de laquelle il seroit le maître de disposer, comme du tout. Au lieu qu'il n'a jamais eu

1.
N'est gardien
qui ne veut.2.
La renonciation
tacite suffit.3.
Coutumes où
elle se présume
par l'accepta-
tion de la tutel-
le.4.
En y renonçant
on peut être
forcé d'accep-
ter la tutelle.5.
Si on peut ac-
cepter la garde
de quelques
enfans, & re-
fuser celle des
autres.

TIT. IV.
Observ. 13e.

aucun droit sur les fruits de la garde, s'il y a renoncé. La garde est un droit unique accordé par la coutume sur tous les enfans. Peut-on le morceller en l'acceptant pour une partie, & non pour l'autre? Si cela étoit possible, il me semble qu'il faudroit convenir avec Ferriere, *ibid.*, n. 29, que » le survivant ne donne rien à ceux dont » il refuse la garde : il s'abstient seulement de prendre les profits qu'il avoit droit de » prendre sur les biens, & laisse les choses dans le droit commun ». De-là cet auteur, qui, malgré l'opinion contraire d'Auzanet, pense comme De Renuffon, que l'acceptation de la garde peut être divisée, conclut que le survivant qui la morcelle, *en considération, & pour procurer de l'avantage à ceux dont il refuse la garde*; ce sont ses termes, ne leur fait pas un avantage sujet à rapport. Ce refus de la garde de quelques-uns des enfans, tandis qu'on accepte celle des autres, diffère donc essentiellement de la remise que le gardien feroit du profit de la garde à quelques-uns de ses enfans, & non aux autres; car il est évident, & De Renuffon en convient, que *l'enfant auquel le pere, ou la mere auroit remis le droit de garde*, après l'avoir indéfiniment accepté, *seroit tenu de faire le rapport à ses co-héritiers du profit & de l'avantage qu'il en auroit reçu*. Cette différence entre donner, de la part du survivant une partie des choses qu'il a acquises, & vouloir diviser le titre unique en vertu duquel il peut les acquérir, suivant la coutume, ne permet pas, ce me semble, d'argumenter de l'un à l'autre; ce qui détruit la principale raison de De Renuffon.

Ferriere en donne une autre que je goûte encore moins; savoir, que la garde de plusieurs mineurs finissant en divers tems, eu égard à leur sexe & à leur âge, on peut dire qu'il y a autant de gardes que de mineurs, & qu'ainsi on peut accepter l'une, & refuser l'autre. Mais la tutelle de plusieurs mineurs finit aussi dans des tems différens; on pourroit donc dire qu'il y a autant de tutelles que de personnes: & je ne comprends pas la différence que Ferriere, en convenant qu'on ne peut pas prendre la tutelle de quelques freres, & refuser celle des autres, veut mettre entre la tutelle & la garde. Il la fait consister en ce que les biens de plusieurs enfans mineurs ne composent qu'un même patrimoine, (il n'est pas toujours vrai que tous y aient un droit égal; l'aînesse & le sexe peuvent y mettre bien de la différence), & qu'on ne peut gouverner les biens de l'un sans régir & administrer aussi les biens des autres. Mais la garde n'est elle pas comme la tutelle, l'administration d'un patrimoine unique, & indivis entre plusieurs mineurs? Toute la différence est que l'une de ces administrations est comptable, & que l'autre ne l'est pas: ce qui ne rend ni plus aisé, ni plus difficile de les partager.

Je crois donc qu'on doit préférer l'opinion d'Auzanet, qui est aussi celle de M. Le Camus, sur le même art. n°. 11, » qu'il n'est pas libre au survivant des pere & » mere de prendre la garde d'une partie des enfans, & de ne la pas prendre de » l'autre, *quia non dividitur guardia* »: ou comme le dit plus généralement Auzanet, *actus legitimus*. Ce sentiment est suivi par l'auteur du traité des minorités, ch. 15, n°. 16, & celui du traité des majorités dit de même, part. 2, sect. 1.

La tutelle de
plusieurs enfans
ne se divise pas.

quinzièmement, la garde est indivisible; on ne peut l'accepter de quelques enfans, & non des autres. L'exemple des successions, me paroît décisif. Un enfant meurt: sa succession mobilière regarde son pere, à qui il reste un fils & une fille. Dira-t-on que ce pere peut se dire héritier de l'enfant décédé, vis-à-vis de sa fille, pour lui ôter la moitié qu'elle auroit dans la succession, s'il y renonçoit, & déclarer qu'il n'est pas héritier vis-à-vis de son fils, pour lui faire recueillir l'autre moitié de la succession? Cette idée ne paroîtroit pas sensée. Et si on ne peut pas diviser le bénéfice du statut qui défere la succession, *en considération, & pour procurer de l'avantage à l'un de ses enfans*, pourquoi pourroit-on par la même considération diviser le bénéfice du statut qui défere la garde? Ne sont-ils pas tous deux de même nature? Et la qualité de gardien n'est-elle pas un titre universel comme celle d'héritier? Nous venons de voir Ferriere lui-même comparer la liberté d'accepter ou de refuser la garde, à celle d'accepter ou de refuser une succession.

En tous cas, & quoiqu'on puisse penser de cette question dans la coutume de Paris, & autres semblables, l'autorité de Ferriere lui-même, qui convient que la tutelle de plusieurs enfans du même lit, & dont les biens ne composent qu'un même patrimoine, ne peut pas se diviser; serviroit à prouver que dans l'évêché où le pere n'est pas gardien, à Metz où la mere veuve n'est pas gardienne; mais tous deux tuteurs non comptables de leurs enfans, ils ne peuvent pas accepter la tutelle des uns, & refuser celle des autres, dans la vue de favoriser ces derniers, quoiqu'ils puissent leur faire don de ce qu'ils ont tiré de leurs portions, & même les dispenser d'en faire rapport à leur succession, pourvu que ce soit sans blesser la légitime des autres enfans.

Quant à ceux à qui la garde est déferée, cela dépend des dispositions de chaque coutume. Il n'y en a aucune dans nos provinces qui la donne aux collatéraux. Ainsi, je n'en dirai rien.

La garde noble est donnée non-seulement aux peres & meres, mais aussi aux aïeux, par l'art. 265 de la coutume de Paris; mais l'art. suiv. ne donne la garde bourgeoise qu'aux peres & meres. D'où on a conclu que les aïeux ne pouvoient pas se l'attribuer.

Les art. 88 & 89 de la coutume de Verdun donnent au, contraire, l'une & l'autre garde au survivant des conjoints, & à défaut de pere & mere, ou à leur refus, à l'aïeul ou aïeule qui est demeuré en viduité, ce qui est conforme à l'art. 230 de la coutume de Rheims & autres.

Par l'art. 1 du tit. 4 de celle de Lorraine, où la garde bourgeoise n'a pas lieu, la garde noble appartient légitimement aux peres & meres, & à leur défaut, aux aïeux & aïeules, ET AUTRES ASCENDANS. Ces derniers termes sont remarquables; il y a très-peu de coutumes qui accordent le droit de garde aux ascendans en général. De Renusson, chap. 2, n°. 2, n'en cite que trois. Melun, art. 281; Orléans, art. 26, & Monfort, art. 115; il pouvoit ajouter Dourdan, art. 124; Estampes,

TIT. IV.
Oblerv. 132d

17.
Sur-tout dans les coutumes de Metz & de l'évêché.

8.
Les collatéraux n'ont pas la garde dans le refort.

9.
A Paris, les aïeux ont la garde noble, & non la bourgeoise.

10.
A Verdun ils ont l'une & l'autre.

11.
Coutumes qui donnent la garde de tous les ascendans.

TIT. IV.
Observ. 13e.

12.
Les bifaïeux
ne l'ont pas
dans les autres.

13.
Autres coutu-
mes qui don-
nent la garde
noble aux
aïeux.

14.
Ils n'ont ni la
garde ni le bail
en Vermandois.

15.
La garde n'a ja-
mais lieu du vi-
vant du pere &
de la mere.

art. 88; Sens, art. 155; & Le-Grand-Perche, art. 166. Mais ce n'en est pas assez pour empêcher qu'on ne regarde la disposition de ces coutumes & de celle de Lorraine comme une singularité. Ainsi, lorsque les ascendans ne sont pas nommés expressément par la coutume, les bifaïeux & autres ne sont pas fondés à prétendre la garde. De Renusson, chap. 2, n° 45.

La coutume de Bar, art. 66; celles de Sedan, art. 149 & 152; de Vitry, art. 63; & de Chaumont, art. 11, accordent aussi la garde noble aux peres & meres, & aux aïeux. Mais nous avons vu que dans ces trois dernieres coutumes le gardien est comptable des fruits.

En Vermandois, la garde qui n'est aussi qu'une espece de tutelle, & le bail qui emporte le gain des fruits, sont au contraire limités aux peres & meres, par l'art. 261, ce qui est de nouvelle coutume; car Buridan remarque sur cet art. qu'autrefois, loin que les aïeux fussent exclus du bail, on l'accordoit aux collatéraux. En réformant cet abus, on a peut-être été trop loin, puisqu'on a ôté aux aïeux non-seulement le bail; mais aussi la garde qui sembloit leur appartenir, & qui pouvoit leur être laissée, pour l'avantage même des mineurs, puisqu'elle est comptable.

Il faut cependant observer qu'il en est, à certains égards, de la garde comme de la tutelle, l'une & l'autre n'ont proprement lieu qu'après le décès du pere, ou de la mere des mineurs. Tant que tous les deux vivent, les enfans sont sous leur puissance, dont j'ai expliqué les effets, tom. 1, tit. 1, observ. 8. J'y ai parlé, pag. 169, des coutumes qui donnent aux peres & à la mere, ou au pere seulement, les fruits & revenus des donations faites à leurs enfans. Il reste à dire ici que dans celles qui n'ont pas la même disposition, les peres & meres n'ont pas la garde tant que le mariage dure, mais la simple administration des biens donnés à leurs enfans, & doivent leur rendre compte des fruits. La garde ne s'ouvre donc que par le décès d'un des conjoints. *On convient*, dit M. Le Camus, sur l'art. 265, n° 3, que *du vivant du pere & de la mere, il n'y a jamais de garde*. Voy. aussi Ferriere sur le même art. n° 12 & 14, & sur l'art. 267, gl. 1, n. 26, & De Renusson, chap. 2, n° 11; il est vrai que l'art. 265 de la coutume de Paris dit qu'*il est loisible aux pere, mere, aïeul, ou aïeule nobles accepter la garde noble de leurs enfans, après le trépas de l'un d'eux*; & que ces derniers mots sont répétés dans l'art. 266, qui donne la garde bourgeoise: d'où on pourroit conclure que c'est par une disposition singuliere de la coutume de Paris, que la garde n'y a pas lieu du vivant du pere & de la mere; ce qui ne tire pas à conséquence pour les coutumes où on ne trouve pas ces mots: *après le trépas de l'un d'eux*. Mais dans l'art. 265, ils ne se rapportent pas plus, selon les loix de la grammaire, au pere & à la mere, qu'à l'aïeul. En sorte, qu'en interprétant l'art. littéralement, il suffiroit que l'un des aïeux fut décédé pour donner ouverture à la garde noble. Si donc elle n'a pas lieu en ce cas, c'est par la regle générale qu'elle ne commence, comme la tutelle que lorsque les mineurs ont perdu leur pere & leur mere. Jusques-là la tendresse & la puissance paternelle suffisent pour la défense des en-

sans qui n'ont besoin ni de tuteurs, ni de gardiens. J'ai dit, tom. II. p. 167, qu'il falloit distinguer cette puissance de la tutelle, & les effets de l'une des effets de l'autre. Cependant la puissance paternelle est une tutelle naturelle, en vertu de laquelle le pere non-seulement gère les biens échus à ses enfans mineurs, à quelque titre que ce soit, mais intente toutes les actions qui leur compétent, ou défend à celles qui sont intentées contre eux. *Pater potest, etiam vivâ uxore, pro filio non emancipato agere tanquam pater, & legitimus administrator. Etiam videtur quod petitorio*, dit après Dumoulin, Ricard, sur l'art. 265 de la coutume de Paris. Mais si les biens des enfans sont des fiefs, la puissance paternelle seule n'autorise pas le pere à en faire reprise, par la raison qu'il ne suffit pas pour cela d'être tuteur (1), & qu'il faut être gardien. Si donc la mere est vivante, le pere doit demander souffrance.

Puisque la garde ne s'ouvre jamais qu'après le décès du pere ou de la mere, Faber a eu tort de dire sur l'art. 1 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, n°. 383, que l'ordre dans lequel cet art. défere la garde noble aux peres, meres & aïeux, s'entend successivement à commencer par le pere, tellement qu'il est préféré à la mere, ils ne peuvent jamais se trouver en concurrence. Mais il a raison d'ajouter que la mere est préférée à l'aïeul. Ce que De Renusson, chap. 2, n°. 10, dit de la coutume de Paris, que le pere, ou la mere y sont non-seulement appellés les premiers à la garde, *ordine scripture*, mais qu'ils ont la proximité du degré, & le droit du sang, est également vrai de toutes les autres coutumes. Cela est même exprimé dans celles de Verdun & de Lorraine, la garde n'y est donnée aux aïeux qu'à défaut, ou au refus des pere & mere.

76.
Ordre dans lequel la garde est déferée.

Quant à ce que Faber dit encore, que l'aïeul est préféré à l'aïeule, le premier n'a plus pour lui que l'ordre de l'écriture & l'avantage du sexe. C'en est assez, suivant De Renusson, *ibid.*, n°. 33, lorsqu'ils sont du même côté. Mais Ferriere dans ces cas-là même tient au contraire, sur l'art. 265, n°. 19, qu'ils prennent la garde conjointement; que s'ils sont communs en biens, les profits tombent dans leur communauté, & que s'ils ne le sont pas, ils doivent les partager comme étant en pareil degré, & étant également appellés par la coutume; il me paroît donc assez difficile

(1) C'est du moins la regle générale. Mais il faut excepter certaines coutumes, comme celles de l'évêché, art. 5 du tit. 6; de Luxembourg, art. 15 du tit. 3; de Lorraine, art. 9 du tit. 5; & de Verdun, art. 3; la coutume de Bar, art. 14, porte aussi que quand le fief appartient à un enfans mineur, le tuteur en peut faire le devoir. « *Sed hoc*, dit Le Paige, *jure singulari consuetudinis*, qui le dit en termes exprès ». Réflexion applicable à toutes les coutumes qui ont la même disposition. Duridan dit cependant sur l'art. 112 de la coutume de Rheims, n°. 1, que le tuteur & le gardien des mineurs peut porter la foi & hommage pour eux. Mais dans cette coutume le gardien est tuteur, & c'est peut être de celui qui réunit cette double qualité que ce commentateur entendoit parler, & non pas de celui qui n'est que tuteur, & non gardien. Voy. ce que j'ajoute ci-après, observ. 15, n. 3.

TIT. IV.
Quarv. 136.

de décider quelle est la règle à suivre, soit dans ce cas, soit dans les autres contestations que peut faire naître la concurrence de plusieurs aïeux ; car les dispositions des coutumes sont encore plus différentes que les opinions des auteurs. De Renusson remarque que la coutume de Péronne, art. 221, donne la préférence à l'aïeul, ou aïeule du côté paternel, sur ceux qui sont du côté maternel pour tous biens, tant paternels que maternels ; que la coutume d'Orléans, art. 178, préfère les aïeux qui sont du côté du décédé : & que celle de Blois, art. 4, préfère les mâles aux femelles, & les paternels aux maternels ; que celle de Rheims, art. 330, n'appelle l'aïeule qu'au cas que l'aïeul soit décédé, qu'elle divise la garde noble, en donnant aux aïeux & aïeules les biens de leur ligne ; mais que dans la garde bourgeoise l'aïeul paternel emporte sur le maternel, l'aïeul paternel sur la maternelle, & l'aïeul d'un côté sur l'aïeule de l'autre. A Rheims la garde bourgeoise n'est proprement qu'une tutelle, art. 333.

275
Si la garde se
divise entre les
aïeux.

Le même De Renusson, n. 38 & suiv., tient que dans les coutumes qui, comme celle de Paris, n'en disposent pas, *la garde ne doit être coupée & divisée*. Mais doit être déferée à une seule personne : que l'aïeul paternel doit être préféré au maternel, & celui-ci à l'aïeule paternelle. Il avoue cependant que cela souffre difficulté, & que la préférence semble due à celui, ou celle du côté de qui les biens proviennent : sans quoi les parens d'une ligne pourroient profiter des biens de l'autre ; ce qui semble contraire aux principes du droit coutumier. De Laitre, sur l'art. 11 de la coutume de Chaumont, présupposant aussi que la garde ne se divise pas, dit en deux mots à la fin du n°. 1, que *l'aïeul ou l'aïeule paternel, doit être préféré à l'aïeul ou aïeule maternel*. Ferrière veut, au contraire, que la garde se divise entre les aïeux, & ne fait nulle attention à la mouvance des biens. Il rapporte l'opinion de Tronçon & celle d'Auzanet, & de Dupleffis. Suivant la première, les parens paternels sont préférés aux maternels, & les mâles aux femelles. Mais il avertit qu'on ne la suit pas. Il adhère donc à la seconde, & insinue qu'elle est conforme à l'usage, qui est de partager la garde entre les aïeux par tête ; c'est-à-dire, par moitié, par tiers, ou par quart, suivant leur nombre, & sans qu'on considère d'où les biens proviennent.

Il répète, le problème n'est pas facile à résoudre : s'il falloit cependant me déterminer, j'adopterois la dernière opinion, non-seulement à cause de l'autorité respectable d'Auzanet & de Dupleffis, mais sur-tout parce qu'elle me paroît la mieux fondée. Je ne vois rien qui établisse que la garde ne peut pas se diviser, dans les coutumes qui, ne préférant ni le sexe, ni la ligne paternelle, défèrent indéfiniment la garde aux aïeux & aux aïeules. La tutelle ne se divise pas. Mais De Renusson lui-même dit, n°. 40, qu'il y a *grande différence à faire entre la garde noble & la tutelle*. On nomme un tuteur pour l'avantage & la sûreté du mineur, & il peut avoir quelque intérêt qu'une même personne soit chargée de l'administration de tout son bien. Mais la garde est, sur-tout, accordée pour l'avantage du gardien, qui fait les fruits siens. C'est un droit fondé sur les liens du sang, & pour lequel la nature ne donne aucune
prérogative

prérogative aux mâles sur les femelles, ni aux aïeux paternels sur les maternels. Si donc la coutume ne donne pareillement aucune préférence aux uns sur les autres, il me paroît difficile d'en établir une sur un fondement bien solide. L'intérêt du mineur me paroît trop léger, pour l'emporter sur l'égalité naturelle & légale du droit des aïeux & des aïeules des deux lignes. Qu'importe aux mineurs de tomber sous la garde de leur aïeul paternel plutôt que du maternel? Leur importe-il beaucoup plus d'avoir un gardien plutôt qu'une gardienne? Leur en coûte-t-il davantage quand l'un des deux prend tout le profit que quand ils le partagent? L'ordre de l'écriture, la différence du sexe, le droit romain qui mettoit les enfans sous la puissance du pere, & non de la mere, sont les raisons que donne De Ruffion. Elles ne me paroissent pas d'un grand poids. Dans la plupart de nos coutumes les enfans sont également sous la puissance de leur pere & de leur mere. La différence du sexe doit faire accorder la préférence pour la tutelle: mais c'est la proximité du degré qui décide des droits du sang. Or, celui de garde en est un qui compéte également aux deux sexes, & qui n'est point un office viril comme la tutelle. La proximité soutenue par l'ordre de l'écriture montre que les coutumes appellent, & ont dû appeler à la garde le pere & la mere avant les aïeux. Mais entre l'aïeul & l'aïeule qu'on ne pouvoit nommer que l'un après l'autre, l'ordre de l'écriture, ou plutôt l'usage qui vouloit que celui-là fut nommé avant celle-ci, n'empêche pas qu'ils ne soient appelés conjointement & concurremment, & affoiblit encore moins l'égalité du degré qui est entre eux, & qui me paroît le seul motif qui ait du poids, parce qu'il s'agit d'un bénéfice qui n'a pu être introduit que par raison des liens qui unissent les peres & les aïeux à leurs enfans, & que ce bénéfice est en lui-même très-divisible. Aussi est-il expressément divisé par la coutume de Verdun, art. 89, où *en cas de concurrence, les aïeux, ou aïeules paternels & maternels sont également admis*. Je regarde une autre disposition de cet article comme une singularité. L'affectation des immeubles à la ligne dont ils proviennent, me paroît devoir être bornée à la propriété. Si elle avoit lieu pour les revenus, le pere gardien ne jouiroit pas des biens maternels, ni la mere gardienne des biens paternels. La regle, *paterna paternis, &c.* ne s'applique donc pas à la garde. Cependant la coutume de Verdun y a fait attention, & le même art. 89, dit que *les aïeux & aïeules lorsqu'ils concourent, ont chacun l'administration des biens provenans de leur côté, & la moitié de ceux qui composoient la communauté*. Mais dans les coutumes qui n'ont pas la même disposition, je ne crois pas qu'on doive donner les biens de chaque ligne, parce que les fruits dont ils profitent sont de purs meubles communs aux deux lignes.

Cette disposition de la coutume de Verdun peut faire naître un doute. Pierre, fils de Paul & de Marie, avoit un immeuble provenant de son oncle, frere de Marie. Il meurt laissant des enfans mineurs qui tombent sous la garde de leurs aïeux. L'immeuble, provenant de l'oncle de Pierre est, sans contredit, un propre de la ligne paternelle des enfans; ainsi leur aïeul maternel sera exclu par les paternels. Mais si

18.
La coutume de Verdun la divise.19.
Et donne à chacun les biens de sa ligne.20.
Ce qui ne doit pas avoir lieu ailleurs.21.
Question qui peut naître dans la coutume de Verdun.

Trt. IV.
Observ. 13e.

Paul & Marie, tous deux aïeux paternels, sont séparés de biens, ce propre paternel se divisera-t-il entre eux pour la jouissance ? ou Marie seule en fera-t-elle les fruits siens ? Le doute seroit plus considérable si la coutume de Verdun donnoit aux aïeux les biens de leur ligne. Alors il faudroit examiner, si dans la coutume de Verdun, pour décider de quelle ligne est un propre, il faut s'en tenir à celui qui l'a le dernier recueilli de succession, ou si *recurritur ad avitina*, question que nous examinerons sous le titre des successions ; mais la coutume donne à chacun des aïeux *les biens provenans de leur côté*, & le bien ne provenant pas du côté de Paul, mais de celui de Marie, je déciderois en faveur de la dernière. Au reste, pour que la question naisse, il faut que le bien ait été donné à Pierre (qui n'étoit pas héritier de son oncle) à la condition qu'il lui seroit propre de succession, & du côté & ligne du donateur.

22.
Quand les aïeux
peuvent y éten-
dre la garde.

23.
A Paris elle ne
se réitère pas.

Il n'est pas si facile de déterminer dans quel cas la garde est dévolue aux aïeux. Elle s'ouvre au décès du pere, ou de la mere ; mais c'est au profit du survivant. Or, c'est une maxime certaine dans la coutume de Paris, que *lorsque la garde a été une fois acceptée par le pere ou par la mere, & qu'elle finit par leur mort ou remariage, elle est entièrement finie, & les autres ne sont pas recevables à la demander*. Ce sont les termes de Ricard, sur l'art. 268 de la coutume de Paris. Ferriere, sur l'art. 265, n°. 16, dit de même, que les aïeux *n'y viennent point après le décès du survivant des pere & mere qui avoit pris la garde ... , parce que la garde ne se réitère point*. Plus bas que *les mineurs ne tombent pas deux fois en garde*. Ce qu'il répète après Duplessis au n°. 17, M. Le Camus sur le même art., n°. 3, donne cette décision comme constante. Et en conséquence sur l'art. 269, n°. 10, il propose un art. nouveau conçu en ces termes : *La garde noble ou bourgeoise étant une fois éteinte, les enfans ne rentrent plus en garde*. Voy. aussi De Renuffon, chap. 2 ; il établit n°. 20, que l'aïeul subrogé tuteur n'a pas la garde après la mort de la mere qui a accepté la tutelle sans se réserver la garde ; n°. 22, qu'il ne l'a pas non plus, si la mere qui l'avoit acceptée, la perd parce qu'elle se remarie ; n°. 26, que si le pere gardien meurt, l'aïeul, ou l'aïeule ne peuvent demander la garde noble. Tout cela est vrai dans la coutume de Paris.

24.
Mais les aïeux
l'ont lorsque le
pere ou la mere
la refusent.

Le même auteur, n°. 29, Ricard & Ferriere, *ubi sup.* veulent cependant que la garde noble soit déferée aux aïeux, lorsque le survivant y renonce ou purement & simplement, ou même en faveur de ses enfans. Le cas de la renonciation expresse est peu différent de celui de la renonciation tacite qui résulte de l'acceptation pure & simple de la tutelle faite par le survivant. Aussi dans l'un & dans l'autre l'opinion de ces auteurs est, que pourvu que l'aïeul n'accepte pas la qualité de subrogé tuteur sans réserve, qu'il ne laisse pas gérer le tuteur, & qu'il demande la garde peu après qu'elle est ouverte, elle doit lui être déferée au lieu & place du survivant qui s'en abstient, ou qui y renonce ; d'autres en font grande difficulté, & entre autres M. Le Camus, qui, sur l'art. 265, trouve, non sans quelque raison, qu'il seroit bien ex-

traordinaire que le survivant qui a un droit acquis, & qu'il peut remettre au profit des mineurs, renonçant tacitement à la garde, ne put le faire à cause des aïeux. Il dit donc » qu'on ne peut concevoir raisonnablement qu'un cas où les aïeux doivent obtenir la garde noble ; quand le pere & la mere décéderaient *uno ictu*, *codem facto*... : mais ce coup arrive si rarement, qu'il lui semble plus raisonnable de retrancher la garde aux aïeux. Ce n'est pas-là interpréter une coutume qui donne si expressément la garde aux aïeux. C'est la réformer, la corriger, & rayer une disposition textuelle. Il me paroît donc qu'on doit suivre le sentiment commun, & que si le survivant qui veut gratifier ses enfans en renonçant à la garde noble, craint qu'un aïeul ne les prive de l'avantage qu'il veut leur faire, il faut qu'il accepte la garde, & qu'ensuite il en fasse remise à ses enfans. Alors les enfans ayant été en garde, & en étant sortis, n'y retomberont plus dans la coutume de Paris.

Mais si la garde ne se réitère point dans cette coutume, cela n'est fondé que sur les termes de l'art. 265, *il est loisible aux pere, mere, aïeul ou aïeule... accepter la garde... après le trépas de l'un d'iceux*. Le sens qu'on a donné à ces derniers mots est qu'il indique le seul moment où la garde puisse s'ouvrir ; qu'à l'instant du décès d'un des conjoints, elle est déferée au survivant & aux aïeux conjointement, quoique subordonnément ; mais qu'elle n'est accordée que dans ce seul cas, & que les aïeux, ou y étoient alors appelés, ou n'y étoient pas plus admis dans la suite, quoi qu'il arrivât. Voilà ce que les arrêts ont mis en principe, peut-être parce que la garde, & surtout celle des aïeux, a paru préjudiciable aux mineurs, & par-là si peu favorable, qu'on a cru devoir la restreindre le plus qu'il seroit possible.

Mais ce que le parlement de Paris a mis en principe, en interprétant rigoureusement les termes de la coutume de cette ville, détruiroit la disposition de celles qui n'appellent pas les aïeux conjointement avec les peres & meres, & au même instant, & non pas seulement à leur refus, mais aussi à leur défaut ; car de-là, il s'ensuit que la garde est dévolue aux aïeux dans deux tems différens : 1°. après la mort de l'un des conjoints, lorsque le survivant *la refuse* : 2°. lorsque les deux conjoints *défaillent*. Ce qui n'arrive que par le décès du survivant. Ainsi dans nos coutumes de Verdun & de Lorraine, il est sans contredit, que la garde se réitère, & que si avant l'âge où les enfans sortent de garde, le gardien décède, & par parité de raison, s'il perd le droit de garde, en passant à de secondes noces, les mineurs retombent sous la garde d'un autre ascendant, à qui la coutume la déferé à défaut de celui qu'elle y avoit appelé en premier lieu.

Mais pour que la garde passe ainsi du pere ou de la mere aux aïeux, il faut, comme semble, qu'au décès du survivant, il se trouve en possession de la garde. S'il y avoit renoncé expressément, ou tacitement, & que l'aïeul laissant les mineurs sous la simple tutelle d'un autre, ou du survivant, eut attendu sa mort pour demander la garde, je crois qu'il n'y seroit plus admis. Le survivant des pere & mere, en ne voulant pas accepter, ni exercer le droit qui lui étoit acquis, n'a pas pu priver l'aïeul de

Tit. IV.
Observ. 13es

25.
Ailleurs elle se réitère.

26.
Elle ne passe aux aïeux par la mort du survivant que quand il en jouissoit.

TIT. IV.
Observ. 13^o.

celui que la coutume lui déferoit. Mais ce droit de l'aïeul étoit ouvert par le refus du survivant. Il pouvoit alors l'exercer. Mais ne l'ayant pas fait valoir, il est censé y avoir renoncé, & ne peut plus le faire revivre après coup.

A plus forte raison, je crois que dans les mêmes coutumes la garde ayant été acquise au survivant qui l'a acceptée, si ensuite il en faisoit remise à ses enfans dans la vue de les avantager, l'aïeule ne pourroit pas la demander. Ce cas ne seroit ni celui du refus, ni celui du défaut des pere & mere. En un mot, les aïeux peuvent au décès du prémourant, remplacer le survivant qui refuse la garde. Ils peuvent aussi le remplacer lorsqu'il décède à son tour en possession de la garde. Mais ils ne peuvent mettre sous leur garde des mineurs qui n'y étoient pas dans le tems intermédiaire, qui s'est écoulé entre la mort de l'un des conjoints, & celle de l'autre. C'est du moins mon avis.

27.
On des aïeux mourant, la part de la garde accroît aux autres.

Lorsque la garde est partagée entre plusieurs aïeux, & que l'un d'eux vient à mourir, Ferriere sur l'art. 65, n^o. 21, dit qu'elle accroît aux autres. Ce sentiment qui peut être contredit dans la coutume de Paris, où le gardien peut n'être pas tuteur, & où la garde ne se réitère pas, est sans aucune difficulté dans nos coutumes où l'on observe tout le contraire.

28.
Si le mineur peut être gardien.

Si celui qui est appelé à la garde est encore en minorité, quelques coutumes la lui refusent. La Marche, art. 70; Anjou, art. 98; Lemoine, art. 111; d'autres la lui accordent. Péronne, art. 120, & dans celles qui n'en disposent pas. On convient assez qu'elle lui est due, parce qu'il ne s'agit que de revenus, & que l'émancipé par mariage en a l'administration. Une autre raison qui me touche davantage, c'est que la garde est un bénéfice légal qui a sa source dans les droits du sang qui ne sont pas affoiblis par la minorité du pere, ou de la mere. Faber, sur l'art. 2 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, n. 411, accorde dans cette coutume la garde aux peres & meres, au dessous de 20 ans. Cela suppose qu'elle n'y est pas inséparable de la tutelle, ce qui ne semble pas trop conforme à l'intention de la coutume; mais peut cependant être supporté. Voy. ce que j'ai dit de la mere mineure dans la coutume de Metz, ci-dessus, observ. 2, n. 18.

29.
Quid du furieux, ou du prodigue?

Ferriere, sur l'art. 265, n. 9, prétend qu'il en est de même de celui qui est furieux, ou interdit pour démence, ou pour prodigalité. Il dit que c'est le sentiment de De Renuffon & de Dumoulin. Cependant l'un & l'autre n'accordent la garde qu'au mineur, & la refusent au furieux. M. Le Camus, sur le même art., n. 6, l'a remarqué de Dumoulin, dont il adopte la décision: & il suffit de lire le texte de ce jurisconsulte transféré par Ferriere lui même, pour reconnoître qu'il le cite mal à propos, & qu'il est d'un avis tout contraire au sien, à l'égard de l'imbécille, & du prodigue. M. De Renuffon, ch. 2, n. 15, tient aussi comme M. Le Camus, que le pere qui est en démence, ou furieux, ou qui a été interdit comme dissipateur, n'a pas droit de garde. Et il ne me paroît pas possible de penser autrement dans les coutumes, qui, comme celle de Paris, veulent que le gardien accepte la garde en personne,

& non par procureur ; car il est évident que l'interdit ne peut satisfaire à cette formalité. J'en dis autant de toutes celles où la tutelle est unie à la garde. Il y a un tant soit peu plus de doute pour celles qui séparent les qualités de gardien & de tuteur ; & où la garde peut être acceptée par procureur ; car la garde séparée de la tutelle est un pur bénéfice légal dont une maladie d'esprit sembleroit ne devoir pas priver celui à qui la loi le destine. Mais *lorsque la coutume*, dit De Renusson, *dé- fere la garde aux pere, mere, aïeul & aïeule, elle les présuppose capables d'adminis- tration* : j'ajoute qu'elle leur impose des obligations qu'un furieux ne sauroit remplir. Par exemple, peut-il demander d'être admis à faire hommage des fiefs du mineur ? Enfin, seroit-il bien raisonnable de dépouiller les mineurs de leurs revenus, pour en bénéficier un pere, qui tombé dans un état déplorable, n'en pourroit tirer aucun avan- tage qui, ignorerait qu'il a droit de se les approprier, qui ne pourroit accepter ce droit, & ne sauroit pas même qu'un autre l'accepte pour lui ?

Lorsque celui qui prétend la garde, & les enfans sont de conditions différentes, comme quand une femme noble survit son mari roturier ; quand une veuve née ro- turiere avoit épousé un noble ; quand le pere étoit roturier, & que l'aïeul maternel est noble ; quand l'aïeul paternel étoit roturier, & que le pere a été annobli, est- ce la qualité des enfans ou celle de la personne qui en demande la garde, ou toutes les deux qu'il faut consulter, pour décider si la garde est dûe, ou si elle est noble ou bourgeoise ?

Ferriere, sur l'art. 265, n°. 23, dit que » cette difficulté semble terminée par cet » art. 265, qui donne la garde noble aux pere & mere nobles « ; & après avoir remar- qué que » M. Duplessis tient que pour la garde noble, il faut que le gardien & les » enfans soient nobles «. Il contredit cette décision, & estime » que la garde se doit » régler par la qualité de celui qui l'accepte :

» M. Le Camus observe sur le même art., n°. 10, que M. Auzanet pense... qu'il » faut considérer la qualité de celui des conjoints qui survit, auquel cas la femme » noble aura la garde noble des enfans roturiers. Mais il trouve le sentiment contraire » plus raisonnable... Je regarde, dit-il, l'état des enfans, & tiens qu'une femme noble » doit avoir la garde bourgeoise de ses enfans roturiers ; & la femme roturiere, » veuve d'un gentilhomme, la garde noble «. C'est pourquoi, au lieu que la cou- tume donne aux nobles la garde noble de leurs enfans, il veut, qu'en corrigeant sa disposition, on transpose le mot noble, en donnant aux pere, mere & aïeux la garde noble de leurs enfans nobles.

De Renusson, ch. 2, n°. 51 & 52, pense, au contraire, que l'art. 265 de la cou- tume de Paris » détermine la qualité de la garde par la qualité de la personne qui » l'accepte, & que pour savoir si la garde est noble ou bourgeoise, il faut plutôt » considérer la qualité du survivant des pere & mere qui la prétend, que celle du » prédécédé & de ses enfans qui tombent en garde «. Il indique cependant & paroît même donner en preuve de sa proposition l'art. 107 de la coutume du Maine, &

TIT. IV.
Observ. 135.

30.
Quelle est la règle quand les enfans & celui qui demande la garde sont de conditions différentes.

l'art. 94 de la coutume d'Anjou, qui statuent tout le contraire. La premiere n'admet point la garde bourgeoise, & ne considère, pour déférer la garde noble, que la condition du prédécédé des conjoints. *Homme roturier marié à femme noble, est bail des enfans mineurs d'eux après la mort d'elle, & fait les fruits des héritages mouvans devers sa feue femme, siens : & semblablement femme roturiere survivante son mari noble, &c.* La seconde donne le même droit à la veuve d'un noble qui étoit née roturiere.

La coutume de Verdun, art. 91, paroît aussi ne faire aucune attention à la qualité personnelle de la femme qui demande la garde, & ne considérer que celle du pere prédécédé & des enfans. *Pour jouir de ladite garde & du gain des nobles, il suffit que le mari soit noble, & sa noblesse profite à la femme roturiere. Mais la garde noble & ledit gain de survie n'ont lieu dans le cas du mariage de femme noble avec un mari roturier, même dans le cas où ladite femme seroit survivante.*

Je crois donc que quand celui qui demande la garde, & ses enfans sont de condition différente, pour décider si la garde a lieu, & quelle garde, il faut d'abord s'attacher à la disposition de chaque coutume; parce qu'elles régient ce cas très-différemment. Si la disposition de la coutume laisse du doute, comme celle de Paris, on doit, selon moi, suivre le sentiment de Duplessis qui tient que, pour accorder la garde noble, il faut que le gardien & les enfans soient nobles. Voici mes raisons.

Si, comme le veulent Auzanet, De Renuffon & Ferriere, la garde dépendoit de la qualité de celui qui l'accepte, il s'ensuivroit, & ils tirent eux-mêmes cette conséquence, que la femme noble, veuve d'un roturier, auroit la garde noble; car, comme je l'ai dit, tom. 1, pag. 144 & suiv., la plupart des coutumes rendent à la veuve d'un roturier la noblesse qu'elle avoit par sa naissance, & qui dormoit pendant son mariage. Or, il me paroît bien difficile d'affujettir à la garde noble des mineurs roturiers. Leur intérêt qui s'y oppose mérite attention. Puisqu'on leur refuse les prérogatives de la condition de leur mere ou de leur aïeul maternel, doit-on les assujettir à ce qu'elle a d'onéreux? Le droit de garde n'est pas favorable. Il est de droit étroit, & doit être restreint plutôt qu'étendu.

Cette seule réflexion m'empêcheroit d'admettre le sentiment de M. Le Camus, & de régler la garde par la seule qualité des enfans. Mais d'ailleurs examinons les conséquences de cette opinion. Un bourgeois de Paris marie son fils: ce fils achete une charge de secrétaire du roi; il meurt & laisse des enfans mineurs. Ferriere & De Renuffon, n°. 43, disent que l'aïeul paternel ne peut, dans cette hypothese, prétendre ni la garde noble, parce qu'il n'est pas noble, ni la garde bourgeoise, parce que la coutume de Paris ne l'accorde qu'aux peres & meres. Cette décision ne me paroît pas pouvoir être contredite; & je crois que, dans aucune coutume, personne ne penseroit qu'on peut accorder la qualité de gardien noble à un cordonnier ou à un boucher, dont la fille auroit épousé un gentilhomme.

En un mot, il me semble que d'un côté la garde noble ne peut avoir lieu dans une famille roturière; & que, d'un autre côté, des enfans nobles ne peuvent être mis sous la garde noble d'un roturier; qu'il faut par conséquent considérer tant la qualité de la personne qui se présente pour la garde, que celle des enfans; & que quand elles sont différentes, il faut prendre le parti qui doit coûter le moins aux mineurs.

La coutume de Verdun, qui ne donne que la garde bourgeoise à la femme noble, veuve d'un roturier, favorise en cela mon opinion, & n'y est pas contraire; en ce qu'elle donne la garde noble à la veuve d'un gentilhomme qui étoit née roturière; parce que cette femme non-seulement participe aux prérogatives de la noblesse de son mari pendant la durée du mariage, mais les conserve tant qu'elle reste en viduité. D'autres coutumes favorisent plus le sentiment de Duplessis que j'ai adopté pour exemple. Celle de Lorraine où la question ne peut faire difficulté, parce que les expressions dont elle se sert, art. 1 du tit. 4, marquent que la noblesse est requise tant aux gardiens qu'aux enfans. Entre gentilshommes & annoblis, la garde noble, &c.

L'acceptation de la garde doit être faite en jugement: c'est la disposition de l'art. 269 de la coutume de Paris; de l'art. 94 de celle de Verdun; de l'art. 67 de celle de Bar, &c. La garde noble & le bail doivent être acceptés de même, suivant l'art. 263 de celle de Vermandois. Plusieurs coutumes ajoutent: *le procureur du roi appelé*; & je crois que cela est nécessaire dans toutes, tant parce qu'il s'agit de l'intérêt des mineurs, que parce que le gardien contracté par son acceptation avec tous ceux qui ont des droits sur les biens compris dans la garde, soit que ces droits soient ou ne soient pas connus. C'est, ce me semble, la meilleure raison de l'obligation imposée au gardien de faire son acceptation, *le juge séant en son siège ordinaire*, comme parle Buridan sur Vermandois, *PRO TRIBUNALI IN LOCO MAJORUM*, & non au greffe, où l'on ne peut déceimment appeler le procureur du roi. La même raison me paroît fonder ce que Ferrière, sur l'art. 269, n°. 7, dit après Chopin, que dans les coutumes qui n'en disposent pas, la garde se doit accepter en jugement.

31.
Formalités de
l'acceptation de
la garde.

Il y a cependant une singularité dans l'art. 95 de la coutume de Verdun, qui permet d'accepter la garde bourgeoise par déclaration au greffe. Il est vrai que cet article ne demande pas formellement, comme le précédent, la présence du procureur du roi. Mais la même raison qui la fait exiger pour l'acceptation de la garde noble, la rend nécessaire pour celle de la garde bourgeoise. Ainsi, lorsqu'à Verdun cette dernière est faite au greffe, je crois que le gardien doit y faire appeler le procureur du roi. Je lui conseillerois même de faire dénoncer son acceptation à cet officier s'il n'avoit pas comparu.

Comme l'art. 1 du tit. 4 de la coutume de Lorraine dit que la garde noble entre gentilshommes & annoblis, & la tutelle entre roturiers, appartient légitimement aux pere, &c. Faber, sur cet art., n°. 382, s'est figuré que les pere, &c.

Tit. IV.
§b. serv. 132.

n'étoient pas tenus de faire acceptation en justice de cette garde noble ou tutelle légitime; que c'étoit un privilege qui s'acqueroit *jure hæreditario & successivè*, & qu'il falloit régler comme les successions dont *hæres ipso jure à morte defuncti est saisitus*. Jamais erreur ne fut plus insoutenable. Il est si inepte d'appliquer la regle, *le mort saisit le vis*, aux gardes nobles & aux tutelles, si absurde d'en faire des droits successifs & héréditaires, que je ne conçois pas comment M. D..., sur l'art. 2 du tit. 4 de la coutume de l'évêché, a pu se contenter de diminuer tant soit peu ce que cette idée de Faber a de révoltant, en ne disant pas si absolument que lui que les gardes & les tutelles sont déferées *jure hæreditario*, mais *jure quodam hæreditario*. Il est de la dernière évidence que, quoique les droits de garde & de tutelle comptable, ou non comptable, *appartiennent légitimement* à ceux à qui les coutumes les destinent, ils n'en sont point saisis *ipso jure*; qu'ils n'ont aucun rapport, pas même indirect & éloigné avec les droits d'hérédité; que les gardes doivent être acceptées, & les tutelles, même légitimes, confirmées en justice dans les coutumes de Lorraine, de Metz & de l'évêché, comme dans toutes les autres.

32.
La veuve, bornée à une somme fixe, n'est pas privée de la garde.

33.
Qui ne peut lui être ôtée par le testament de son mari.

Mais on doit tirer une autre conséquence de ces mots de la coutume de Lorraine, *la garde noble appartient légitimement*, &c. C'est que la veuve d'un gentilhomme n'en est pas privée par les clauses de son contrat de mariage qui la borne à une somme fixe, pour tous droits sur les biens de son mari, mais sans rénonciation expresse aux droits que la coutume lui donne sur les biens de ses enfans; & qu'elle ne peut pas non plus lui être ôtée sans cause par la volonté & le testament de son mari. Ces deux points ont été jugés dans l'espece suivante.

Par le contrat de mariage passé le 24 Mai 1735, entre Jean François de Seltzer d'Elvingen, écuyer, & Elisabeth Charlotte de Jeguer, il avoit été stipulé qu'il n'y auroit point de communauté, & qu'en cas de prédécès du mari, soit qu'il y eut enfans ou non, la femme emporteroit *pour toutes choses* ses habits & linges, une chambre garnie, & 600 liv. de douaire préfix, sans pouvoir ôter le coutumier. Le sieur d'Elvingen fit un testament olographe, le 24 Décembre 1737, dans lequel il disoit que son épouse n'ayant pas la garde noble suivant ses pactions matrimoniales, il augmentoit de 100 l. sa pension viagere pour reconnoissance de ses bontés; qu'il l'invitoit de prendre soin de l'éducation d'une fille unique, née de leur mariage; & vouloit qu'attendu que sa petite complexion & ses maladies fréquentes ne lui permettoient pas de gérer les biens, ils fussent gouvernés par le sieur Stock, procureur du roi à Zarguemines, qui colloqueroit les épargnes annuellement. Après son décès arrivé à Morhange, le 18 Juillet 1739, la veuve prétendit la garde noble, & toutint, 1^o. que son contrat de mariage ne l'en privoit pas, & ne régloit que ses droits sur les biens de son mari, sans aucune dérogation à ceux que la coutume donne à une mère noble sur les biens de ses enfans mineurs; 2^o. que son mari, soit qu'il eut cru que la garde noble lui étoit ôtée par son contrat de mariage, soit qu'il eut voulu donner cette extension à des clauses qui n'en étoient pas susceptibles, n'avoit pu, par

un acte de ſa volonté, la priver d'un bénéfice qui, aux termes de la loi, appartient légitimement à la mere ſurvivante, ſ'il n'y a cauſe légitime empêchante ; 3°. que les motifs allégués au teſtament ne tenoient rien de ces cauſes d'empêchement que la coutume requiert : & que, dans la vérité, on ne pouvoit raifonnablement lui en oppoſer aucune ; ce qui paroifſoit par le teſtament même, puisqu'il la chargeoit de l'éducation de ſa fille. Le curateur, à la lité (2), nommé par la cour de Nancy, & le ſieur Stock répondoient, 1°. que le contrat de mariage portant que la femme, ſoit qu'il y eut enfans ou non, auroit pour toutes choſes, &c. Il étoit clair qu'on avoit intention de l'exclure de la garde noble ; 2°. que par l'ordonnance du 16 Septembre 1594, donnée en interprétation de l'art. 1 du tit. 4 de la coutume, il eſt porté que cet article ne s'entend que de ce qui adviendra aux mineurs *AB INTESTAT*, & qu'au cas que celui de qui le bien proviendra ait par teſtament ou autre ordonnance nommé un autre que le pere ou la mere, pour gouverner le bien qui doit échoir aux mineurs, & à leur profit rendre compte des fruits..., ſa volonté en ce ſoit ſuivie. D'où ils concluoiſent que le ſieur d'Elvingen avoit pu ôter la garde noble à ſa veuve ; 3°. que cette veuve étoit une femme ſimple, indolente & ſans expérience ; ce qui ſuffiſoit pour porter la cour à lui ôter l'adminiſtration des biens de ſa fille. Par arrêt du 18 Janvier 1740, conforme aux concluſions des gens du roi, la cour ſouveraine, ſans s'arrêter au teſtament, en ce qu'il privoit la veuve de la garde noble, ordonna qu'elle en jouiroit aux charges y attachées. Voy. ci après obſerv. 15, n°. 39.

Cet arrêt eſt conforme à l'opinion de Faber, n°. 391, où il dit que *Jus illud non poteſt teſtamento prohiberi* ; & n'eſt pas contraire à l'ordonnance de 1594. Il ſuffit de la lire pour reconnoître qu'elle ne fait pas dépendre la garde d'un des conjoints de la volonté de l'autre, & n'a pour objet que ce qui peut avenir aux mineurs le tems de leur minorité du ant ; c'eſt-à-dire, avant l'ouverture de la garde, ou pendant ſa durée. C'eſt de ces biens dont il eſt voulu que le gardien ne faſſe les fruits ſiens qu'au cas qu'ils échoient aux mineurs *ab inſteſtat*. Nul teſtateur n'a droit d'ôter la garde ſans cauſe à celui à qui la coutume la défere. » La garde noble ou bourgeoiſe, » dit De Renuſſon, chap. 2, n°. 53, ne peut être prohibée par teſtament, ni autrement ; c'eſt-à-dire, que le premier mourant des pere & mere, qui laſſe des » enfans mineurs, ne peut pas empêcher que les biens de ſa ſucceſſion ne tombent » en garde, & que le ſurvivant des pere & mere ne faſſe les fruits ſiens des biens » de ſa ſucceſſion, ſi le ſurvivant veut accepter la garde... C'eſt la coutume qui » donne ce droit ». Mais un aïeul & un collatéral, ou autre qui diſpoſent par teſtament au profit d'un mineur, peuvent lui léguer non-ſeulement la propriété, mais auſſi les fruits de ce qu'ils lui laſſent ; & quoique le mineur ſoit en garde, ou puiſſe

(2) Cette expreſſion eſt reçue en Lorraine pour désigner ce qu'on nomme ailleurs un ſubrogé tuteur, un curateur aux cauſes.

TIT. IV.
Observ. 136.

y tomber, nommer un autre que le gardien pour régir les biens légués, & rendre compte au mineur des revenus d'iceux. Tel est le vrai sens de l'ordonnance de 1594. Voy. ci-dessus, observ. 2, n^o. 14.

L'arrêt que je viens de rapporter fait naître une autre question dont je parlerai dans l'observation suivante.

34.
Et la garde doit être acceptée pardevant le juge royal.

L'art. 269. de la coutume de Paris ne dit ni que la garde doit être acceptée pardevant le juge royal, ni que le gardien doit accepter en personne. Cependant M. Le Camus, sur cet art. n^o. 2. & 3., prétend que l'acceptation ne peut se faire ni pardevant un juge seigneurial, ni par procureur. La première de ces décisions est appuyée sur un arrêt du 14 Mai 1624. Mais De Renuillon qui en fait mention, ch. 3, n^o. 3., dit qu'il ne doit pas être allégué pour règle générale; car, continue-t-il, il y a des coutumes qui disent que l'acceptation se peut faire en justice de seigneurie. Il cite l'art. 334 de la coutume de Rheims, & l'art. 171 de la coutume du Grand-Perche, qui, exigeant que le procureur-du-roi ou celui du haut-justicier soient appelés, marquent bien clairement qu'on peut accepter pardevant un juge seigneurial. Il n'y auroit pas lieu d'être surpris que l'opinion contraire fut du goût de ceux qui penseroient comme Buridan sur l'art. 263 de la coutume de Vermandois, que la *dation de tutelle est un droit royal*. Mais comme j'ai prouvé dans l'observ. 5 que, partout la tutelle des roturiers, & en plusieurs endroits celle des nobles, se donne par le juge de la seigneurie, dans laquelle le pere & la mere des mineurs avoient leur domicile, & que je ne vois pas pourquoi le juge compétent pour la tutelle, ne le seroit pas pour la garde noble ou bourgeoise, je crois que l'acceptation peut se faire pardevant les juges seigneuriaux.

35.
Si elle doit l'être en personne.

D'autres, & en particulier La Fons, sur le même art. de la coutume de Vermandois, avoient dit, avant M. Le Camus, que la garde doit être acceptée en personne, & qu'on ne reçoit point de procureur pour l'accepter. Mais dans les lieux où tel est l'usage, il n'a d'autre fondement que le caprice des praticiens; car le gardien n'étant pas moins engagé par la procuration spéciale qu'il donne pour déclarer qu'il accepte, son acceptation n'étant pas moins publique lorsqu'elle est faite à l'audience par le porteur de la procuration, que lorsqu'il la fait lui-même personnellement, il n'y a nulle raison pour exiger qu'il comparoisse lui-même. Il lui est impossible de le faire lorsqu'il est absent, malade, détenu prisonnier, ou autrement empêché; & ce n'est jamais qu'en cas d'empêchement qu'il peut être tenté d'accepter par procureur. Il est vrai que M. Le Camus, n^o. 7, permet, en cas d'absence, d'envoyer une procuration pour accepter; mais ce n'est qu'à ceux qui sont absens du royaume par ordre du roi pour les affaires de l'état. Il faudra donc qu'un pere retenu à l'extrémité de la France pour le service du roi, & tous ceux qui sont occupés loin de chez eux, à des affaires domestiques, qui peuvent être de la dernière importance, non-seulement pour eux, mais même pour leurs enfans, abandonnent tout pour venir satisfaire à une vaine formalité qui n'a point d'objet. Je ne crois pas que personne soit bien touché de ce que

dit M. Le Camus, qu'il n'est pas juste que les peres aient droit de garde, & qu'ils abandonnent les mineurs. Non. Mais être absens, ce n'est pas les abandonner. Sans quoi il faudroit leur défendre de s'absenter pendant toute la durée de la garde. Pour raisonner conséquemment, M. Le Camus auroit dû admettre un pere absent qui a son fils mineur avec lui à accepter par procureur. D'ailleurs, un pere absent peut prendre soin de ses enfans, & les confier à des personnes sûres. Il peut même n'être absent que parce qu'il travaille pour eux. De Renuffon a donc eu raison de rejeter cette prétendue nécessité d'accepter la garde en personne, & de dire seulement, *ibid.*, n^o. 9, que la garde noble & bourgeoise doit être acceptée en personne, ou par procureur fondé de procuration spéciale, par la raison que la personne à qui la garde est déferée, & qui l'accepte, s'oblige envers ses mineurs. C'est aussi la disposition des art. 94 & 95 de la coutume de Verdun, trop juste pour n'être pas suivie par tout.

Ils fixent le délai pour accepter à 40 jours après la clôture de l'inventaire, ce qui pourroit être imité de l'ordonnance de 1667. D'autres coutumes, comme Lorris, art. 26 du ch. 1., &c., fixoient aussi le délai de l'acceptation à 40 jours, mais à commencer au jour du décès qui donne ouverture à la garde, la disposition de la coutume de Verdun me paroît mieux réfléchie; car le gardien, avant de se déterminer, peut avoir comme la veuve & l'héritier besoin de se procurer des connoissances, qu'il ne peut acquérir que par l'inventaire; & lors qu'il est clos, d'un tems pour délibérer. Le pere, il est vrai n'est, pas censé manquer de lumieres sur les forces, & les charges de la succession de sa femme; mais la regle doit être uniforme: & il n'y a point d'inconvénient d'accorder au pere le même délai qu'à la mere. C'est aussi pour l'un & pour l'autre que plusieurs coutumes le réglent, qu'elles sont très-différemment. Rheims, par exemple, donne trois mois, art. 334, & Bar ne donne que 15 jours, art. 67, &c. La coutume de Paris n'en parle pas, & De Renuffon, *ibid.*, n^o. 6 & suiv., a une opinion bien singuliere. C'est que tout le tems de la durée de la garde est utile pour l'accepter; en sorte que l'acceptation étant faite, même lorsqu'elle est prête à finir, le gardien doit avoir le profit qui en peut provenir depuis le tems qu'elle a été ouverte. Je ne crois pas que cette idée ait besoin d'être réfutée. L'intention des coutumes n'a pas pu être que le sort des mineurs restât dans l'incertitude, pendant tout le tems que la garde doit durer. Encore moins que le gardien pût éprouver si, par l'abondance des récoltes, ou autrement, l'émolument surpasseroit les charges à venir, sans avoir voulu courir aucun risque, *ad paratas epulas*. D'ailleurs, que deviendroient les biens des mineurs dans l'intervalle. Celui qui avoit droit à la garde les aura administré ou non: s'il n'en a pris aucun soin, mérite-t-il le profit de la garde? S'il a géré, c'est, ou comme tuteur, & en acceptant cette qualité sans se réserver la garde, il y a tacitement renoncé; ou sans faire procéder à aucun acte de tutelle, & pour avoir manqué de remplir un devoir que la coutume lui imposoit, lui donnera-t-on ce qu'on lui refuseroit s'il s'étoit fait confirmer la tutelle comme il y étoit obligé?

TIT. IV.
Observ. 136.

36.
Dans quel délai la garde doit être acceptée.

TIT. IV.
Observ. 13e.

Il faut donc un délai certain, même dans les coutumes qui n'en fixent aucunes. Ferriere, n°. 5 & 6; remarque qu'Auzanet donne 40 jours à ceux qui lorsque la garde s'ouvre, se trouvent dans une autre province, & six mois à ceux qui sont hors du royaume. Mais Ferriere ajoute que cet avis n'étant pas une décision, il est à propos que le gardien accepte le plutôt qu'il peut : c'est si peu une décision que M. Le Camus est d'avis de doubler tous ces délais, *ibid.*, n. 5, 6 & 7, mais comme ces opinions sont purement arbitraires, & qu'il faut quelque chose de certain, & une règle dont on puisse indiquer le fondement, je pense qu'il est plus naturel & plus juste de se conformer comme a fait la nouvelle coutume de Verdun, à l'ordonnance de 1667, la raison que j'ai touchée, qu'on ne peut refuser aux gardiens le tems dont ils peuvent avoir besoin pour accepter la garde, ou s'en abstenir en connoissance de cause, me porteroit même à suivre l'ordonnance dans les coutumes qui fixoient des délais différens, aussi bien que dans celles qui n'en déterminoient aucun. Il n'y a pas, ce me semble, plus de difficulté de regarder le délai pour l'acceptation de la garde comme abrogé par l'ordonnance, que ceux que les coutumes fixoient pour l'acceptation de la communauté, ou de l'hérédité.

Nous avons dit qu'il étoit libre de renoncer à la garde. Mais cela ne doit s'entendre que de la renonciation qui se fait avant de l'avoir acceptée; car par l'acceptation on contracte un engagement dont on ne peut plus se délier encore que les charges surpassent l'émolument. Le gardien peut bien rendre meilleure la condition des mineurs ou de l'un d'eux, & leur remettre le tout ou partie du profit de la garde qu'il a acceptée. Mais si les mineurs ont intérêt que l'acceptation subsiste, elle ne peut être rétractée. Cela est vrai, non-seulement lorsque la coutume donnant la propriété des meubles au gardien, il les a pris sans inventaire; mais même lorsque n'en ayant pas la jouissance, il a fallu les inventorier. Ainsi, à Paris M. Le Camus dit sur l'art. 267, n. 18 & 19, que le gardien n'est pas reçu à compter, & n'est pas quitte pour offrir de payer jusqu'à concurrence de ce qu'il a amandé.

Quelques-uns, & entre autres De Renusson, ch. 3; où il agite la question, n. 14, 15 & 16, tiennent même qu'on ne peut être relevé de l'acceptation de la garde faite en minorité, ce qui a été jugé par un arrêt du 19 Avril 1622. Mais Ferriere sur le même art. 267, gl. 2, n. 27; & d'autres qu'ils citent, tiennent qu'en ce cas la restitution doit être accordée, & cette opinion me paroît la plus régulière; car le gardien conteste pour ne pas perdre, & les enfans pour gagner. Or, de mineur à mineur c'est en faveur de celui qui est lésé par une obligation trop légèrement contractée qu'il faut prononcer, & non en faveur de celui qui veut profiter de l'imprudence de l'autre.

37.
L'acceptation
de la garde
est irrévocable-
ment.

38.
A moins qu'elle
n'ait été faite
en minorité.

OBSERVATION XIV.

*Des Droits du Gardien noble & bourgeois.*TIT. IV.
OBSERV. 146.

LES émolumens des gardes, noble & bourgeoise, dépendent de la disposition des coutumes ; & pour reconnoître à quel point ils sont différens d'une coutume à l'autre, il suffit de jeter un coup-d'œil sur le chap. 6 du traité du droit de garde par De Renusson. Il y remarque, n°. 12, que les coutumes d'Orléans, art. 25 (1), de Péronne, art. 223 ; de Clermont, art. 170, & de Montargis, chap. 1, art. 27, attribuent la propriété des meubles aux gardiens : & au n°. 87, il y ajoute les coutumes de Senlis, art. 153 ; de Rheims, art. 331, & de Berry, tit. 1, art. 26, & dit qu'il y a encore quelques autres coutumes semblables. Cela est vrai. En particulier le baillistre emporte en propriété les meubles des mineurs par l'art. 261 de la coutume de Vermandois. Dans celle de Bar, art. 68 & 69, à celui qui prend la garde, appartient les meubles, pourvu qu'il ne passe pas à de secondes noces, mais s'il se marie il est tenu d'en rendre compte. Dans ces coutumes « les gardiens gagnent, dit Ferrière, sur l'art. 267, gl. 1, n°. 8 « Tout ce qui est compris, *nomine mobilia*, mais non pas les meubles réputés immeubles, comme l'artillerie d'un château. Il ajoute que « l'office dont le pere étoit pourvu, ne tombe pas aussi dans la garde (ce qui doit « s'entendre pour la propriété) parce qu'il n'est pas considéré comme meubles ; & « n°. 13, que dans les coutumes qui réputent meubles les rentes constituées à prix d'argent, elles y sont comprises « : tout cela est sans difficulté.

Il y en a d'autres, au contraire, « qui ne donnent aucun droit au gardien sur les « meubles, non pas même la simple administration ». De Renusson, n°. 13, cite la coutume d'Amiens, qui dit, art. 132, que les meubles ne tombent en bail, & art. 133, qu'ils doivent être régis & gouvernés par les tuteurs & curateurs.

Mais dans la plupart des coutumes le gardien a l'administration ; c'est-à-dire, la jouissance des meubles, qu'il doit rendre à la fin de la garde. C'est la disposition de la coutume de Valois, art. 67, de celle de Dreux, art. 104, & de quelques autres, & le sens de l'art. 267 de la coutume de Paris. Cela est bien expliqué par De Renusson, n°. 14, où après avoir dit que les meubles dont la coutume de Paris donne au gardien l'administration, consistent dans l'argent comptant, les meubles

1.
Coutumes dans lesquelles le gardien prend les meubles en propriété.2.
Coutumes qui ne lui en donnent pas l'administration.3.
Dans le plus grand nombre il en a la jouissance.

(1) Les termes de l'art. sont équivoques, & pourroient s'entendre d'une simple jouissance. Mais voy. La Lande, n. 10.

TIT. IV.
Observ. 14e.

4.
Comment il
doit les ven-
dre.

meublans, les promesses, obligations, les choses qui se consomment par l'usage, comme le bled, le vin, &c., & généralement tout ce qui est de nature mobilière, ajoute que le gardien doit faire vendre les meubles qui se détériorent par l'usage, ou les faire estimer, pour en rendre, après la garde finie, le prix s'ils ont été vendus, ou l'estimation avec la crue s'ils ne l'ont pas été. Ferrière, sur cet article, convient que, c'est aussi l'avis de Le Maître & d'Auzanet. Cependant il s'en écarte, & prétend qu'il n'en est pas du gardien comme du tuteur qui doit faire vendre, & que le mot d'administration dans la coutume, signifiant jouissance, la premier peut conserver les meubles, & s'en servir, & qu'il en est quitte en les rendant dans l'état où ils sont à la fin de la garde. C'est du moins ce qu'il fait entendre; car il ne le dit pas clairement. Mais le gardien comme l'usufruitier, doit jouir, *salvâ rerum substantiâ*. Il n'a qu'une administration non comptable & momentanée. Jouir des meubles, ce n'est pas les détruire par l'usage. Les administrer, c'est en faire un emploi utile, & qui en conserve la valeur aux mineurs. C'est bien assez qu'il puisse, à son choix, ou faire usage à son profit du prix des meubles, ou s'en servir en essence, sans lui permettre de les user, & de les rendre dans un état moindre que celui dans lequel il les a trouvés. Il faut, comme le dit judicieusement De Renusson, qu'il en restitue la valeur telle qu'elle étoit au tems que la garde a commencé. C'est ainsi qu'on doit entendre les art. 90 & 92 de la coutume de Verdun, qui disent que les gardiens nobles & bourgeois ont l'usufruit de tous les effets mobiliers, qui ne sont pas compris dans leurs gains de survie.

5.
Il en jouit dans
la coutume de
Lorraine.

La coutume de Lorraine, art. 1 du tit. 4, dit que les gardiens font les fruits leurs *des biens* des mineurs: & ce mot *biens* étant générique, c'en étoit, ce me semble, assez pour en conclure, que la garde donnoit la jouissance des meubles, telle que je viens de l'expliquer. Cependant lors de l'arrêt rendu à Nancy dont j'ai parlé sous le n. 32, de l'observation précédente, les gens du roi prirent des réquisitions tendantes à ce qu'il fut dit que la garde noble adjugée à la Dame d'Elvingen, ne comprendroit que les revenus des immeubles, & non ceux du prix des meubles & effets mobiliers. Pour faire droit sur ces réquisitions, auxquelles le curateur de la fille du sieur d'Elvingen adhéra dans la suite, les parties furent renvoyées à une autre audience. On disoit que la coutume, art. 2 du tit. 4, vouloit que, lorsqu'il y avoit communauté de meubles, en ce cas, ils devoient être inventoriés. Non-seulement le gardien noble en rendit compte à la fin de la garde; mais aussi *du profit* qu'il en auroit fait; & que l'usage étoit que les gardiens comptassent des intérêts du prix des meubles, comme il paroissoit par différens actes; entre autres, par un traité du 5 Mars 1723, par lequel le sieur comte de Bouzey s'y étoit soumis. La veuve répondoit que le mot *biens* employé dans l'art. 1 du tit. 4 comprenoit les meubles comme les immeubles; que dans l'article suivant, le mot *profit* ne signifioit que les fruits, ou intérêts, non plus que dans l'art. 15, où il n'étoit pas possible de lui donner ce sens; qu'il ne devoit s'entendre que du prix des meubles & de l'emploi que le gardien

en avoit fait ; que l'usage de tous les tems l'avoit expliqué ainsi : que la transaction par laquelle le comte de Bouzey s'étoit, par erreur, obligé de compter des fruits, avoit été abandonnée en ce point, & étoit demeurée sans exécution à cet égard, ce qui paroïssoit par le compte qu'il avoit rendu à la majorité de ses enfans ; que tous les actes qu'on opposoit étoient dans l'espece de nobles, qui n'avoient compté des intérêts du prix des meubles que parce qu'ils avoient renoncé à la garde, pour s'en tenir à la tutelle ; enfin, que la question avoit été décidée *in terminis*, par arrêt de la cour souveraine du 19 Mai 1736, en faveur de la dame veuve du sieur de Lorret.

Faber, sur l'art. 2, n. 406 & 409, l'interprète comme faisoient les gens du roi, & le curateur de la Dlle. d'Elvingen. Mais il s'est trompé en cet endroit, comme en beaucoup d'autres ; & , malgré son autorité, qui est très-mince, il intervint arrêt le 11 Février 1740, qui, sous le mérite des offres faites par la dame d'Elvingen de rendre compte des meubles qu'elle conservoit en especes, & du prix de ceux qu'elle feroit vendre, mit sur le surplus des demandes les par ties hors de cour.

Si les mineurs qui sont en garde, ont des droits à exercer sur la communauté & contre le gardien ; par exemple, si le conjoint prédécédé avoit apporté des deniers avec stipulation qu'ils lui seroient propres & réservés : si constant le mariage des rentes qui lui étoient propres ont été rachetées, ou quelques-uns de ses immeubles aliénés dont le emploi soit dû à ses enfans ; il me paroît sans difficulté que dans les coutumes où le gardien a l'administration non comptable des meubles ; il jouit pendant la garde de la reprise & du emploi ; c'est-à-dire, que les enfans ne seroient pas fondés à demander des intérêts des sommes à eux dûes, qui ont couru pendant que la garde a duré. On en a cependant douté. *M. Dupleffis* tient que le gardien ne jouit pas des deniers stipulés propres, ni du emploi des propres, dit sur l'art. 267, gl. 1, n. 9, Ferriere, qui croit cette opinion insoutenable, à l'égard du emploi des propres par la raison que s'il y avoit eu des acquisitions faites pour servir de emploi, le gardien jouiroit des héritages ainsi acquis. (Ce qui ne peut être contredit dans les coutumes où tous les héritages du prédécédé tombent dans la jouissance du gardien). Il ajoute que, quant aux deniers stipulés propres, cela dépend du sens des coutumes, que si l'administration que le gardien a des meubles, ait une jouissance, il n'a pas moins de droit sur les deniers stipulés propres, que sur tous les autres meubles échus aux mineurs ; mais que si ce terme d'administration, se prend dans sa propre signification, le gardien ne jouit pas des choses qui ne sont pas immeubles. Mais il pense que l'administration des meubles accordée par la coutume de Paris, emporte le droit d'en jouir, puisqu'elle ne charge pas le gardien de faire profiter les deniers des mineurs, & , que par conséquent, elle lui en laisse la jouissance. Je rends ici ce qu'il m'a paru que pensoit Ferriere, plutôt que ses expressions qui ont quelque obscurité.

Je pense comme cet auteur sur la reprise des deniers stipulés propres au prédécédé.

TIT. IV.
Observ. 140.

6.
Le gardien jouit des reprises & emplois des mineurs lorsqu'il jouit des meubles.

TIT. IV.
Observ. 14e.

dé. Je ne vois pas sur quel fondement on pourroit en contester la jouissance au gardien, à qui la coutume accorde celle des meubles comme des immeubles; mais ne peut-on pas dire qu'il en est de l'action de remploi des mineurs, comme de celle de reprise? L'une & l'autre ne peuvent leur procurer qu'une somme de deniers qui est à prélever sur la communauté, ou doit leur être payée par le survivant: l'une & l'autre font partie de la succession qui tombe en garde. L'une & l'autre sont mobilières de leur nature; ainsi, dans les deux cas il faut distinguer: ou le survivant a jouissance des meubles de ses enfans pendant la garde, ou il n'en a que l'administration comptable, ou il n'en a pas même l'administration. Si la coutume lui donne l'administration non comptable; c'est-à-dire, la jouissance des meubles des mineurs comme le prix d'eux, & l'argent comptant, les dettes actives exigibles, &c. ne produisent au profit des enfans, & à sa charge, aucun intérêt pendant la garde. Je crois que tant qu'elle dure, il n'en doit point non plus de la somme qui revient au mineur, soit pour remploi des propres aliénés, soit pour reprise des deniers stipulés propres, parce que cette somme n'est qu'un pur meuble dans la personne des mineurs.

7.
Mais non dans
les coutumes
où il n'en jouit
pas.

Mais dans les coutumes qui ne donnent aux gardiens qu'une simple administration des meubles, pour les faire valoir, & en compter comme les tuteurs ordinaires, & dans celles qui ne leur en donnent pas même l'administration, je ne crois pas qu'ils puissent plutôt se dispenser de payer l'intérêt de la somme qui revient aux mineurs pour remploi, que celui de la somme qui leur revient pour reprise, sous prétexte que si le remploi eut été effectué, la garde comprendroit la jouissance des héritages dont il seroit formé; car si les deniers stipulés propres eussent été employés en acquisitions d'immeubles, le gardien en seroit aussi les fruits siens. Mais ces fruits des biens acquis pour remploi, ou pour emploi ne lui appartiendroient que parce que le prédécédé auroit laissé à ses enfans de vrais immeubles compris dans la garde: au lieu que, comme à défaut d'emploi des deniers stipulés propres, il ne leur a laissé qu'une action; de même aussi, à défaut de remploi consommé, ce n'est qu'une action qui appartient aux mineurs: & ces deux actions ne tendant qu'à prélever une somme de deniers de purs meubles, le gardien ne peut, ce me semble, prétendre en jouir, dès qu'il n'a pas droit de jouir des meubles. Les gardes comme les successions me paroissent devoir se prendre dans l'état où elles se trouvent lors de leur ouverture. Si l'emploi, ou les emplois eussent été faits, les mineurs auroient des biens de nature à tomber dans la garde; mais puisqu'ils n'ont pas été faits, & que les mineurs n'ont à prétendre qu'une somme mobilière de sa nature, & dans leur personne, le gardien ne doit jouir qu'autant que la coutume lui donne la jouissance de leurs meubles, ceci demanderoit peut-être que je m'étendisse davantage, mais en voilà assez pour faire entendre ma pensée, & j'espère qu'on se souviendra ici, comme par-tout ailleurs, de ce que j'ai si souvent répété, que j'expose mes dou-
tes,

8.
Les gardes se
prennent dans
l'état où elles
se trouvent.

tes & mes opinions ; & ne me crois pas plus en état , qu'en droit de décider.

De Renuffon, chap. 7, n°. 91 & suiv. va plus loin. Il détermine que dans les contrats qui donnent les meubles au gardien en propriété, si le prédécédé avoit des deniers ou des meubles stipulés propres, ou destinés à être employés en achat d'héritage : si des rentes qui lui étoient propres ont été rachetées : si les immeubles ont été aliénés ; si l'autre conjoint devoit des rentes qui aient été remboursées : les actions de reprises, de remploi & d'indemnité qui compétent aux mineurs, ne tombent pas pour le fond dans la garde acceptée par le survivant ; qu'il n'en doit point d'intérêt pendant qu'elle dure ; mais que lorsqu'elle est finie, les enfans doivent être payés des sommes qui leur sont dûes pour toutes ces causes. Il en donne des raisons dont quelques-unes ne s'appliquent pas à toutes les coutumes ; par exemple, que » la reprise se doit faire » sur la masse de la communauté ; c'est-à-dire, tant sur les effets mobiliers que sur les conquêts immeubles s'il y en a, & après ces reprises faites, ce qui restera d'effets mobiliers appartient au survivant ; savoir, moitié de son chef à cause de la communauté, & l'autre moitié à cause de la garde. A l'égard des conquêts immeubles, ce qui en restera après la reprise faite se doit partager par moitié. Quant à la propriété : le survivant ayant la jouissance pendant la garde de la moitié des enfans. Cela est ainsi dans la coutume de Paris, & autres semblables, où les différentes especes des biens meubles & immeubles contribuent également, & proportionnellement au paiement des dettes ; mais il ne sera pas inutile d'observer qu'il y a d'autres coutumes, & que presque toutes celles du ressort, sont du nombre, où les meubles sont affectés aux dettes en 1er. ordre, & où les immeubles n'y contribuent qu'en cas d'insuffisance des meubles. D'où je conclus que dans ces coutumes les actions de reprises & de remploi, déjà mobilières par leur nature & leur objet, qui n'est qu'une somme d'argent, le sont encore par la qualité du fonds destiné à les acquitter, qui n'est autre que la masse mobilière, qu'on doit épuiser avant de toucher aux conquêts. Ainsi, les mineurs n'ayant que des actions mobilières à exercer primordialement sur les meubles, il seroit naturel de penser que le gardien les gagne, dans les coutumes où il fait fiens tous les immeubles de ses enfans.

De Renuffon allégué encore que si le gardien emportoit l'action de remploi, les conjoints pourroient s'avantager en vendant leurs héritages, & que la coutume de Paris résiste à tout avantage direct & indirect ; ce qui s'applique encore moins à nos coutumes, où les avantages entre conjoints sont permis.

Mais il ajoute d'autres raisons qui me semblent être par-tout d'une grande force ; que les meubles dont le prédécédé s'étoit fait des propres fictifs, au tems qu'ils sont échus aux enfans par son décès, & lorsque la garde s'est ouverte, étoient censés immeubles ; que ces propres fictifs sont souvent tout le bien, ou la plus grande partie du bien du prémourant, & par conséquent des enfans, qui se trouveroient frustrés de toute sa succession, si le gardien les emportoit en propriété ; que l'action de remploi

TIT. IV.
C. serv. 146.

tenant lieu des héritages vendus, la condition du gardien ne doit pas être meilleure quand les propres du prédécédé ont été aliénés, que quand ils ont été conservés; que lorsqu'un des conjoints rembourse le capital d'une rente par lui dûe, & qu'il y emploie les deniers de la communauté, dont il n'avoit que moitié, il est censé n'avoir acquitté que la moitié de sa dette, dont l'autre moitié subsiste au profit de son conjoint, qui entre par une subrogation légale dans les droits du créancier remboursé, & les transmet à ses enfans qui le représentent; enfin, » qu'on doit restreindre les profits & émolumens de la garde plutôt que de les étendre, sur-tout dans les coutumes qui donnent au gardien les meubles des mineurs en propriété. Telles coutumes étant exorbitantes du droit commun, & désavantageuses aux enfans. On doit donc regarder la garde & le gain de survie d'un œil bien différent: la garde est très-peu favorable; le gain de survie l'est beaucoup. C'est une condition expresse ou tacite de l'union des deux époux. C'est la loi de leur établissement & de la naissance des enfans.

10.
Différence entre la garde & le gain de survie.

Par ces raisons, & principalement par la dernière, j'incline à suivre par-tout ce que De Renusson décide sur les actions de reprise & de remploi; & dans les coutumes où les rentes constituées sont immeubles, ce qu'il dit de l'indemnité due pour une rente à la charge d'un des conjoints, rachetée constant la communauté. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de balancer quand les deniers, les meubles, ou le remploi ont été réalisés par des stipulations de propre à l'estoc & ligne; car comme elles ne sont faites que pour empêcher les biens d'un des époux de passer à l'autre, elles doivent opérer dans le cas de la garde comme dans celui de la succession, qu'on peut dire même être un droit aussi favorable, que celui de garde étendue jusqu'à la propriété est odieux.

11.
Actions d'indemnité ou de récompense que le gardien gagne.

Mais pour la récompense que les enfans pourroient prétendre pour raison des bâtimens faits sur le propre du gardien, De Renusson, n. 97 & 106, convient qu'elle s'éteint en sa faveur, par la raison que l'action en est purement mobilière, & qu'on ne peut, sous aucun aspect, la ranger dans la classe des droits immobiliers, dont la garde ne donne que la jouissance. Ce qui décide qu'il gagne de même dans les coutumes où les rentes sont meubles, l'indemnité ou le mi-denier qu'il devoit pour raison des rentes à sa charge, qui ont été rachetées pendant le mariage; car en supposant avec De Renusson, qu'il n'a payé que la moitié de sa dette, & que le prédécédé a été légalement subrogé aux droits du créancier, il n'a acquis par-là dans ces coutumes, & n'a transmis aux enfans qu'une créance pure mobilière, & par conséquent tombée dans la garde, quant à la propriété, si elle donne celle de meubles.

12.
Il gagne la somme accordée pour tout droit de communauté.

Il en est de même de la somme accordée à une femme pour tout droit de communauté. Si le mari survit, & qu'il accepte la garde, il la gagne comme les autres créances mobilières appartenantes à ses enfans. *Id. ibid. n. 107; Ricard, sur Paris, art. 267*; décision qui doit manifestement être étendue à nos stipulations d'une somme

me pour bagues & joyaux ; à moins qu'elle n'ait été réservée propre pour l'estoc & ligne ; ce qui n'est pas ordinaire.

Je parlerai dans l'observation suivante des droits dont il vient d'être question lorsqu'ils appartiennent au gardien ; & j'expliquerai ceux qu'il confond , & ceux qu'il ne confond pas. Venons aux droits qu'il a sur les meubles réels.

Dans la coutume de Lorraine, *les gardiens nobles font les fruits leurs... des biens qui sont obvenus aux mineurs.* (au tems où la garde s'ouvre ; ce qui comprend ceux qui leur ont été donnés du vivant de leur pere & mere), & *de ceux qui leur pourrout avenir le tems de leur minorité durant.* Ce sont les termes de l'art. 1 du tit. 4. De Renusson remarque , ch. 6 , n^o. 2 , que la coutume de Peronne , art. 223 , a la même disposition ; mais que la coutume de Toul , art. 341 , & celle de Lodunois , ch. 33 , art. 2 , ne donnent au gardien que l'administration des biens qui étoient aux mineurs pendant la garde , à la charge de leur en rendre compte. Notre coutume de Verdun s'est expliquée encore plus clairement. Elle ne donne au gardien noble , art. 90 , & au gardien bourgeois , art. 92 , l'usufruit que des biens meubles & immeubles , *échus au mineur par le décès qui donne ouverture à la garde , sans que les biens échus au mineur par quelque autre voie que ce soit avant ou après l'ouverture de la garde puissent y être compris.*

Beaucoup de coutumes ont laissé la question indécise. On peut voir dans De Renusson , *ibid.* n^o. 4 & suivans , qu'elle partageoit autrefois les opinions dans la coutume de Paris ; que Dumoulin , Bacquet , & même Chopin , pensoient que la garde s'étendoit *ad omnia (bona) , quocumque titulo ad pupillum pertinent , imo nedum ad ea quæ pertinent pupillo tempore custodia delatæ ; sed etiam ad omnia quæ , post acceptatam custodiam , obveniunt , quocumque titulo vel modo.* C'étoit peut-être l'esprit de la coutume ; mais les arrêts ont décidé le contraire , & les derniers commentateurs de cette coutume mettent en principe *qu'il n'y a que les biens échus aux enfans mineurs par le décès du pere ou de la mere , qui a donné ouverture à la garde , qui tombent en la garde.* Ce qui , dit De Renusson , *ne doit plus être révoqué en doute* , jusques-là que si l'un des conjoints décède , & ensuite l'autre , sans avoir accepté la garde , l'aïeul qui la prend ne fera les fruits siens que des biens dépendans de la succession qui a été ouverte la premiere ; parce que la garde reste telle qu'elle étoit au moment qu'elle a pu commencer , & qu'elle n'augmente point. C'est ce qu'établit le même auteur , n^o. 10 & 11 , & ce qui est confirmé par Ferriere sur l'art. 267 , gl. 1 , n^o. 24 & 25 , où , après avoir témoigné qu'il adopteroit volontiers le sentiment de Dumoulin , il dit qu'il se trouve obligé de revenir à celui de Duplessis , suivi par les arrêts de M. De La Moignon , & par un arrêt rendu *consultis classibus* , au mois de Mars 1638 , & reçu aujourd'hui au palais comme indubitable.

C'est donc une maxime dont il ne me paroît pas possible de s'écarter. Elle est fondée sur ce que la garde est de droit étroit ; De Renusson , *passim*. Ferriere dit même après Duplessis » que le droit de garde est odieux , & qu'ainsi il ne peut être

Tit. IV.
Observ. 14e.

13.
Quid des bagues & joyaux.

14.
Coutumes où le gardien jouit des biens échus soit avant , soit après l'ouverture de la garde.

15.
Coutumes contraires.

16.
On suit ces dernières dans les coutumes qui n'en disposent pas.

TIT. IV.
Observ. 14e.

» étendu «; d'où je conclus que ce que nous venons de voir établi dans la coutume de Paris, doit être observé dans toutes celles qui ne disposent pas formellement au contraire. Voy. ci-après une exception, observ. 16, n^o. 8.

17.
Le tuteur non comptable jouit de tout.

Je n'entends cependant parler que des gardiens, & non pas des tuteurs non comptables, qu'on ne peut ici confondre avec les gardiens; car la tutelle est toujours indéfinie, & comprend non-seulement les biens appartenans aux mineurs lorsqu'elle commence, mais tous ceux qui leur étoient pendant sa durée. Ainsi la tutelle non comptable du pere dans l'évêché; celle de la mere qui garde la viduité dans la même coutume, & dans celle de Metz, ne peuvent être bornées aux biens échus à leurs enfans par le décès qui la fait commencer; & puisqu'il n'est pas possible de soutenir que les biens qui étoient aux enfans pendant la tutelle en sont exclus, & que cette tutelle n'est pas comptable, je ne vois pas sur quel fondement les enfans pourroient contester à leur pere ou à leur mere les fruits, rentes & revenus des biens à eux échus pendant son administration.

18.
Hors les fruits des bénéfices.

Ferriere ajoute, n^o. 26, que le gardien ne peut s'approprier ni les fruits des biens acquis aux mineurs avant l'ouverture de la garde, ni ceux de leurs bénéfices. Quant aux fruits des bénéfices, cette décision est indistinctement vraie. Les peres & meres ne peuvent, sans l'abus le plus énorme, s'attribuer aucun droit sur le produit des biens d'église, dont tout ce qui reste après le modeste entretien du bénéficiaire, est le patrimoine des pauvres.

19.
Quel des biens acquis avant la garde.

Mais à l'égard des biens acquis aux mineurs avant que la garde ou la tutelle non comptable des peres & meres s'ouvrit; je distingue les coutumes où la puissance paternelle leur en donnoit les fruits, de celles où ils en étoient comptables à leurs enfans.

Dans les premieres, la mort d'un des conjoints ne me paroît pas affoiblir le droit de l'autre, puisque, loin d'affranchir les enfans de la puissance paternelle, elle y ajoute un nouveau titre. Mais dans les secondes, l'obligation de compter ne cesse point, lorsque les enfans tombent en garde; parce que la garde ne donne, comme je viens de le dire, droit au gardien que sur les fruits des biens dépendans de la succession qui y a donné ouverture.

20.
Coutumes où la garde comprend les biens de roture.

Une autre différence entre les coutumes, c'est que dans la plupart la garde comprend tous les héritages nobles & roturiers. Quelques-unes l'expriment, comme Rheims, art. 331: & les biens de roture tombent dans la garde, dans celles qui l'établissent en général sur les immeubles ou héritages. Mais il y en a quelques-unes où ce droit est demeuré restreint aux fiefs qui en ont été l'occasion & l'origine. Telle est la coutume de Meaux, qui, art. 148, porte que *celui qui prend la garde ou gouvernement d'enfans mineurs, s'il veut, peut faire les fruits des fiefs appartenans auxdits mineurs, sens... ET NON DES CHOSES ROTURIERES*. Telle est la coutume de Vermandois, qui, art. 261, borne le bail aux meubles & aux fruits des héritages, rentes, & revenus féodaux. Celle de Clermont, art. 170 & 176; de Peronne, art.

21.
Quelques-unes ne la donnent que sur les fiefs.

223 & 225 ; & de Melun , art. 287 , ont la même disposition . Celle d'Amiens , qui distingue deux sortes de fiefs , ne met dans le bail , art. 125 , que les fiefs nobles , & en exclut , art. 132 , les fiefs restreints & héritages côtiers . L'art. 17 de la coutume de Troyes sembloit aussi restreindre la garde aux immeubles tenus en fiefs , puisqu'il porte , *héritages & droits nobles de fief* . Cependant sur cet art. , gl. 5 , n^o. 4 , Le Grand atteste que , dans l'usage , on y comprend les biens de roture ; ce qu'il limite , n^o. 7 , à ceux qui sont assis au dedans des terres de fiefs & seigneuries du mineur : en sorte que les rotures situées dans les fiefs & seigneuries d'autrui , ne tombent pas à Troyes dans la jouissance du gardien .

Si , aux biens compris dans la garde , il y a des droits de patronage attachés , il est sans difficulté que le gardien en jouit ; De Renuffon , *ibid.* n^o. 45 & suiv. ; Ferrière , *ibid.* n^o. 17 . Le premier y met , après Dumoulin , cette restriction : que si le mineur a passé sept ans , il peut présenter personnellement , & que son nommé sera préféré à celui qui aura la présentation du gardien . Dumoulin s'appuie sur quelques textes du droit canon . Mais comme ni le décret de Gratien , ni les décrétales des papes n'ont pas toujours en France une autorité prépondérante , je ne fais si on suivroit cette décision , qui peut être regardée comme contraire ; 1^o. à l'intérêt de l'église : car un enfant de 8 à 9 ans a-t-il le jugement assez formé pour qu'on puisse présumer qu'il a choisi le sujet le plus digne & le plus capable de la servir dans le bénéfice vacant ? 2^o. Aux loix civiles dont nos coutumes font partie , & auxquelles les constitutions ecclésiastiques ne peuvent déroger , & aux principes de l'un & de l'autre droit . C'en est un que l'exercice du droit de patronage *inter fructus computatur* . Pourquoi donc le mineur en garde pourroit-il ôter le fruit au gardien , lui qui ne peut s'en attribuer aucun autre ?

Ferrière , n^o. 20 , semble dire que le gardien n'a pas les droits honorifiques , parce que l'usufruitier n'en jouit pas . Mais le gardien ayant le mineur sous sa puissance , a des droits plus étendus que l'usufruitier qui n'a aucun pouvoir sur la personne du propriétaire . Je pense donc comme De Renuffon , n^o. 48 , que les droits honorifiques étant des droits réels dépendans des terres & seigneuries , le gardien doit en jouir . Quel inconvénient y a-t-il qu'un pere , une mère , un aïeul exercent les droits honorifiques dûs à leurs enfans , qui ne peuvent en jouir eux-mêmes ? Je dis qui ne peuvent en jouir ; car si la contestation naissoit entre le mineur & le gardien (ce qui me semble assez difficile , parce qu'un fils ne dispute gueres pareille chose à son pere) le droit du propriétaire pourroit paroître plus fort & mieux fondé , au moins dans des occasions intéressantes & importantes , que le droit de celui qui n'a qu'une jouissance momentanée , & rien dans le fond de la terre .

Il n'y a nulle difficulté pour les amendes que De Renuffon donne au gardien , tant en matière civile que criminelle , n^o. 51 ; ni pour les confiscations immobilières en propriété , ou en simple usufruit . Il faut tenir qu'il les emporte proprement ; parce que c'est un fruit de l'exercice de la justice , & que cet exercice est

TIT. IV.
Observ. 146.

22.
Le gardien a le droit de patronage.

23.
Les droits honorifiques.

24.
Les amendes.

TIT. IV.
Observ. 14e.

25.
Les confiscations.

26.
Le gardien pourvoit aux offices vacans.

27.
Il exerce le re-
trait féodal, &
comment.

28.
Coutumes où
la garde peut
être séparée de
la tutelle.

à lui pendant la garde. Le droit de confiscation est un appanage de la haute-justice; mais l'héritage confisqué n'est que le produit de ce droit. Voy. De Renuffon, n^o. 63 & suiv., & Ferriere, n^o. 20.

Le gardien peut aussi pourvoir aux offices de la seigneurie quand ils vaquent; mais non destituer les officiers en place, ni donner des survivances; Ferriere, n^o. 21: & même le mineur peut, lorsque la garde est finie, destituer les officiers pourvus par le gardien, moyennant finance, sans les rembourser, ou pour récompense de service; *idem*, n^o. 23: ce qui me paroît devoir être limité aux services rendus aux gardiens; *secus* s'ils avoient été rendus aux tuteurs du mineur, ou à lui-même. Je ne fais que toucher ces points qui ne font aucune difficulté, & dont la raison se fait sentir.

Je ne serai pas plus long sur quatre questions, qu'on peut faire au sujet du retrait féodal des héritages vendus pendant la garde, dans l'étendue du fief; 1^o. le gardien peut-il l'exercer? Oui. Il a les droits du propriétaire tant que la garde dure; 2^o. lorsqu'elle finit, le mineur peut-il prendre l'héritage retiré? Oui. En remboursant le gardien du prix, & des loyaux coûts; car le retrait féodal est une réunion au fief d'un héritage qui en relève, & qui est censé en avoir fait originairement partie; 3^o. dans quel tems le mineur sorti de garde doit-il exercer cette action contre le gardien? Selon moi, il a le même délai que la coutume a prescrit pour exercer le retrait féodal; & si elle ne le fait commencer que du jour auquel l'acquéreur a notifié son contrat au seigneur, il ne court en faveur du gardien que du jour qu'il a notifié son retrait au mineur sorti de la garde. Le gardien exerçant le retrait est, vis-à-vis de l'acquéreur, aux droits du seigneur; mais le mineur demandant l'héritage retiré pendant la garde, le gardien n'est plus, vis-à-vis de lui, qu'aux droits de l'acquéreur. Tant que la garde dure, il est censé avoir acquis comme seigneur: au moment qu'elle finit, il doit être regardé comme un particulier qui acquiert dans la seigneurie; 4^o. le gardien évincé de l'héritage qu'il avoit retenu par jouissance de fief par le mineur sorti de la garde, peut-il exiger de lui les droits seigneuriaux qu'il avoit perçus à son profit, s'il n'eût pas exercé le retrait féodal? Non. Ces droits sont dûs au seigneur lorsque la vente subsiste, & ne peuvent être dûs ni par le seigneur, ni lorsque l'exécution du contrat de vente est arrêté par la retenue féodale. En voilà assez sur des questions qui ne se présenteront peut-être jamais dans le ressort. Voyez cependant Ferriere, n^o. 18, & De Renuffon, n^o. 77.

Par la coutume de Paris, art. 270, il doit être élu tuteur, ou curateur aux mineurs pendant la garde. Ainsi cette coutume distingue le gardien du tuteur. Ce que font aussi la coutume de Clermont, art. 178; celle d'Amiens, art. 132 & 133, & quelques autres. Mais dans ces coutumes le gardien peut être élu tuteur. Paris, art. 271. Ces dispositions sont assez sages. La garde est un avantage légal accordé à tous ceux qui ont le degré de parenté, en ligne directe ascendante, qui est requis par la coutume, avantage qu'on ne peut leur ôter s'ils ne sont furieux, ou interdits. Mais

sans avoir l'esprit aliéné, on peut n'être pas capable de bien remplir les fonctions importantes & les devoirs rigides d'un tuteur. Ainsi, quoique la garde soit acquise de plein droit, il est à propos que la tutelle ne soit confiée au gardien que par décret du juge, sur l'avis des parens.

C'est, ce me semble, l'esprit de la coutume de Verdun. Elle accorde dans l'art. 89 la garde noble & bourgeoise au pere, à la mere, & aux aïeux; & n'en dit pas moins dans l'art. 99, qu'*incontinent après le décès de l'un des conjoints il est pourvu par le juge sur avis de parens, de tuteur & curateur aux mineurs qu'ils choisissent*: & ce qui prouve encore mieux que les gardiens doivent comme les autres tuteurs, obtenir la tutelle dans la forme ordinaire, c'est que les peres & meres sont compris dans la disposition de l'art. 100 qui parle de l'acceptation de la tutelle, & du serment que tous tuteurs, sans distinction, doivent prêter, quoiqu'ils soient exceptés de celle de l'art. 101 qui concerne l'inventaire & la vente des meubles des mineurs.

Par l'art. 262 de la coutume de Vermandois, qui permet au gardien de ne s'entremettre, si bon lui semble, que des fiefs, il faut en ce cas créer un tuteur pour les héritages roturiers. Ce qui fait dire à Buridan « qu'encore que cette garde étant déferée par la coutume soit comme une espece de tutelle légitime, & que le gardien administre les héritages féodaux, néanmoins il n'est pas tuteur ». Ce qui est vrai quand il ne veut se mêler que des fiefs. Mais comme il paroît par la coutume qu'il est le maître de tout gérer, si bon lui semble, il s'ensuit qu'il est tuteur, s'il veut l'être, & qu'il n'y ait point de raisons capables de lui en faire ôter la qualité.

Beaucoup d'autres coutumes ne distinguent pas la tutelle de la garde. Telle est celle de Melun qui dit art. 288, qu'*il n'est besoin de pourvoir de tuteur & curateur aux mineurs qui ont gardien, sinon qu'il y eut différend & procès entre les gardiens & les mineurs*, & celle du Grand-Perche qui, art. 169, charge le gardien de *poursuivre toutes les actions ainsi que pourroit le tuteur & curateur*. Telle est la coutume de Vermandois, qui unit le bail & la tutelle, puisqu'à la fin de l'art. 261, elle dit que si le pere ou la mere se remariënt, *en ce cas finit le bail, & doit être pourvu aux mineurs de tuteurs & curateurs* (1); & celle de Bar qui, dans l'art. 66 dit, que dès le jour que le gardien contracte un second mariage, qu'il lui fait perdre la garde, *le juge ordinaire peut pourvoir de tuteur aux mineurs*; & dans l'art. 67, qu'à celui qui prend la garde *sera donné un curateur pour seulement assister à la faction de l'inventaire qu'il sera tenu faire par autorité de justice & partage des biens des mineurs*. Ce qui a fait dire à Le Paige sur le premier de ces articles, qu'*en ceste coutume le gardien noble tient lieu de tuteur*. Enfin telle est la coutume de Lorraine qui, art. 1 du

29.
Coutumes où la
tutelle est unie
à la garde.

(1) On doit se rappeler que cette coutume distingue la garde en comptable du bail qui ne l'est pas.

TIT. IV.
Observ. 14e.

tit. 4, ne parle de tutelle que pour les roturiers; art. 4 du même titre, & ne prescrit de faire choix d'un ou deux tuteurs entre gentilshommes, que *finies ou défaillantes les gardes nobles*, & pour les annoblis, art. 5, *qu'avenant le cas de la tutelle*.

30.
Le gardien n'est cependant tuteur que quand il est capable.

Cet usage de confier la tutelle au gardien a d'autant moins d'inconvénient en Lorraine que l'art. 1 ne défère la garde noble qu'avec cette restriction, *s'il n'y a cause légitime empêchante*; en sorte que si celui qui est appelé à la garde n'étoit pas capable de gérer la tutelle, non-seulement elle ne lui seroit pas confiée, mais il n'auroit pas même la garde. Je crois qu'on doit adopter cette disposition de la coutume de Lorraine (hors le seul cas où l'empêchement n'est autre que la minorité du gardien) dans toutes les coutumes qui unissent la tutelle à la garde, aussi bien que celle de la coutume de Bar, qui prescrit de nommer un curateur pour assister à l'inventaire, à la vente des meubles, & au partage.

31.
Le gardien qui n'est pas tuteur a l'éducation du mineur.

Lorsque le gardien n'est pas nommé tuteur, M. Le Camus, sur l'art. 270, n°. 2, ne veut pas qu'il ait l'administration de la personne du mineur. Cette opinion est fondée sans doute sur l'axiome *tutor datur personæ curator bonis*. Ferrière convient de cette règle sur le même art. n°. 8 & 9. Mais il dit qu'elle souffre une exception en ce cas: & cet avis qui est aussi celui d'Auzanet me paroît devoir être préféré, parce que, comme l'ajoute Ferrière, il ne seroit pas juste d'ôter au survivant des père & mère une charge que le droit naturel leur impose. J'ai déjà dit quelque chose d'approchant à la fin de l'observ. 2.

32.
La garde ne peut pas être cédée, mais les fruits peuvent l'être.

Le droit de garde n'est pas cessible en lui-même; c'est-à-dire, qu'on ne peut pas transporter à un autre la qualité, ni les fonctions de gardiens, ni se décharger sur un tiers des obligations qui y sont attachées, & que nous allons examiner. Mais le gardien peut céder le droit de percevoir les fruits pendant la durée de la garde: cession qui le rend personnellement responsable des faits de son cessionnaire. *Droit de bail ne se peut transporter à autrui*, disent les coutumes du Maine, art. 103, & d'Anjou, art. 90: *toutefois les fruits & émolumens dudit bail se peuvent bien transporter*. Il est donc aisé de concilier M. Le Camus sur l'art. 265, n. 13, & sur l'art. 269, n. 9. Ferrière, sur l'art. 267, gl. 1, n°. 36, & De Renusson, ch. 6, n. 93 & 94. Quoiqu'ils semblent penser différemment, il n'y a entre eux d'opposition que dans l'expression, & au fond ils sont d'accord.

OBSERVATION XV.

TIT. IV.
Observ. 156.*Des Obligations du Gardien, & des Charges de la Garde noble & bourgeoise.*

LA garde a été établie pour que les devoirs des fiefs fussent acquittés. Comme ils n'avoient été originairement concédés qu'à la charge d'un service militaire qui ne pouvoit être fait par des enfans en bas âge, il fallut y pourvoir lorsque ce qui n'avoit été accordé que pour la vie du vassal, devint patrimonial & héréditaire. Dans les premiers tems, lorsque les fiefs obvenoient à des pupilles, les seigneurs dont ils relevoient prenoient ces pupilles en leur garde, & mettoient les fiefs en leurs mains, jusqu'à ce que les propriétaires fussent en âge d'en remplir les devoirs. Mais comme dans ces siècles d'anarchie, les moindres seigneurs étant continuellement en guerre les uns contre les autres, & même souvent contre leur souverain, avoient à tous momens besoin de secours, & que la force de leurs petites armées consistoit principalement dans le nombre de leurs vassaux, le même motif qui, pour s'en procurer, leur avoit fait inféoder une si grande partie de leurs possessions, leur fit préférer le service d'un homme d'armes, au revenu de sa terre; & ils jugerent bientôt qu'il leur étoit moins avantageux de conserver ce revenu que de remettre les mineurs en la garde de leurs plus proches parens, & de lui laisser la jouissance du fief, à charge de le servir. Nous l'avons déjà vu, obs. 12, n°. 6, & Buridan, sur l'art. 262 de la coutume de Vermandois en rapporte la disposition à » l'ancien usage observé entre les nobles lesquels avoient la garde de leurs mineurs, afin que les mineurs ne » fussent dépoillés ... à faute de pouvoir aller en guerre, ni rendre les foi & hommage, & autres droits seigneurieux «.

1°. Origine de la garde.

La première obligation du gardien est donc d'acquitter à la décharge des mineurs qu'il a en garde, tous les devoirs de fiefs, qui ne consistent pretque plus aujourd'hui, sur-tout dans le ressort, que dans un stérile hommage. *Les gardiens nobles & bourgeois*, porte l'art. 2 de la coutume de Verdun, *sont tenus de faire à leurs frais, foi & hommage pour & au nom de ceux qui sont en leur garde.* Cet hommage n'emporte ordinairement aucun profit, pour le seigneur dominant : & de ladite garde, dit l'art. 17 de la coutume de Troyes, *doit le survivant hommage seulement sans aucun relief.* Vermandois, art. 264, dit aussi : *le baillistre ne doit aucun relief pour héritages feudaux.* Mais l'hommage du gardien doit être prêté à ses dépens, excepté dans les coutumes où cette qualité ne lui procure aucun avantage, & où la garde n'est proprement qu'une tutelle comptable, comme à Sedan. C'est la rai-

2°. Le gardien doit acquitter les devoirs du fief.

Tit. IV.
Observ. 136.

son pour laquelle l'art. 153 de la coutume de cette principauté porte : *pourra le baillif ou gardien reprendre les terres desdits mineurs, en faire les foi & hommage & service aux seigneurs féodaux, aux dépens desdits mineurs* : tout cela est de droit commun.

Il faut cependant observer que dans la coutume de Paris le gardien doit demander souffrance comme le tuteur, selon Ferrière sur l'art. 41, n°. 50.

9.
Quid du tuteur ?

J'ai dit au n. 4, observ. 10, tit. 4, que le tuteur n'avoit pas qualité pour faire reprise des fiefs, excepté dans quelques coutumes. Je crois même que dans ces dernières, il dépend du seigneur de ne pas recevoir l'hommage du tuteur en accordant souffrance au mineur. Dans toutes les autres, il peut, si bon lui semble, l'y admettre, lorsqu'il s'y présente, mais non pas l'y forcer. C'est ce que dit Ferrière sur l'art. 41, n°. 23, & c'est le sens de l'art. 9 du tit. 5 de la coutume de Lorraine, *si les fiefs échent à femmes & à mineurs, les maris ou tuteurs en peuvent faire les reprises en leurs noms, prêter les foi & hommage, & serment de fidélité, s'ils n'en obtiennent souffrances*. Ces mots, *en leurs noms*, sont équivoques. Le sens est qu'ils doivent faire l'hommage *en noms de maris & tuteurs, & non pas en leurs noms privés*. Cette observation est de Faber, & elle est juste. La règle générale des fiefs, disent aussi les notes manuscrites sur cet article, *est que le tuteur n'est recevable de faire la foi & hommage pour son pupille, mais puisque le mineur est incapable de s'obliger, & par conséquent de faire hommage, & prêter serment de fidélité, l'anonyme conclut, que le seigneur doit donner souffrance au vassal mineur, ou recevoir le tuteur*.

4.
Et du mari ?

Au surplus, malgré les termes de la coutume de Lorraine, si le fief appartient à une femme mariée, ce n'est pas le cas de la souffrance ; parce que, suivant l'art. 12 du tit. 4, elle est tenue pour majeure, & par conséquent en état de faire la reprise de son fief, à cette remarque qui est encore de Faber, j'ajoute que le seigneur de qui le fief relève, n'est pas cependant en droit d'exiger qu'elle lui en fasse personnellement hommage, & qu'il doit y admettre le mari, au nom de la femme. Cela résulte des termes de la coutume, *les maris peuvent faire les reprises*.

5.
Dans l'évêché le tuteur reprend les fiefs.

Par l'art. 5 du tit. 6 de la coutume de l'Évêché, *les peres & meres AYANT LA GARDE NOBLE de leurs enfans, tuteurs & curateurs, peuvent par eux ou PAR PROCUREURS au nom desdits-leurs enfans pupilles, reprendre des fiefs qui leur sont obvenus*. M. D... a trouvé cet article, ainsi que plusieurs autres, du même titre, clairs par eux-mêmes, & ils le sont en effet, mais il eut été, ce me semble, à propos de faire quelques courtes observations sur celui-ci.

6.
La garde noble n'a pas lieu dans cette coutume.

1°. Les premiers mots doivent-ils faire conclure que dans la coutume de l'Évêché les peres & meres ont la garde noble de leurs enfans ? On pourroit en tirer cette conséquence, mais elle seroit fautive. C'est le seul article où il soit parlé de garde noble dans toute la coutume ; il n'en est pas dit un mot dans tout le tit. 4, qui est le siège de la matière : & M. D... dit avec raison sur les art. 1 & 2 de ce tit. 4.

notre coutume ne connoît point de garde noble, ni de garde bourgeoise. Le sens de l'art. 3 du tit. 6 est donc, que s'il échoit dans l'Evêché un fief à un mineur domicilié dans une coutume, qui le mette sous la garde noble de son pere, ou de sa mere, ou même de son aïeul, le gardien doit être reçu à l'hommage.

2°. Il en est de même si le mineur domicilié dans l'évêché ou ailleurs, est en tutelle, ou en curatelle. Ainsi, non-seulement cette coutume est, comme je l'ai dit, du nombre de celles qu'il faut excepter de la regle générale, que les tuteurs ne sont pas reçus, si bon ne semble au seigneur dominant, à reprendre les fiefs qui appartiennent à leurs mineurs; mais elle a cela de particulier qu'elle égale en ce point les curateurs aux tuteurs.

3°. Elle va encore plus loin. Elle admet les gardiens, les tuteurs & les curateurs à faire l'hommage *par procureurs*. C'est une autre singularité encore plus contraire au droit commun. Je n'insiste pas ici sur cette dernière remarque, ni sur les conséquences qu'on peut en tirer. Cela trouvera plus naturellement sa place sous le tit. des fiefs.

Mais, comme presque par-tout les gardiens doivent l'hommage, presque par-tout aussi les seigneurs féodaux sont tenus de recevoir les gardiens en foi & hommage des héritages, terres, & seigneuries des enfans mineurs sans rachats, ni reliefs (1). Cette disposition de l'art. 20 de la coutume de Troyes est de droit commun, » & fondée en équité, dit Le Grand, n. 6, d'autant qu'il seroit injuste qu'en attendant que les pupilles fussent en âge, le seigneur féodal fit les fruits siens de leurs héritages. C'est pourquoi... plusieurs coutumes (dont quelques-unes sont indiquées par l'auteur) enjoignent aussi aux seigneurs de recevoir les bailliftrés, & gardiens en foi & hommage pour les seigneuries des mineurs «.

Les autres charges attachées à la garde ne concernent pas les gardiens comptables. Comme au nom & à l'hommage près, ils ne sont proprement que des tuteurs, leurs obligations sont bornées à celles des tuteurs. Mais quand la garde est profitable, elles sont beaucoup plus étendues. Cette différence est marquée dans la coutume de Montargis. Elle admet les deux gardes, noble & bourgeoise; mais la dernière est comptable, art. 3 du chap. 7, aussi n'est-ce qu'au compte du gardien noble seulement que l'art. 27 du chap. 1 met la nourriture du mineur. Il ne parle pas de son entretien. Mais on doit entendre cette coutume, comme celles de Paris, art. 267; d'Orléans, art. 25; de Bar, art. 68 & 69; de Rheims, art. 331; de Verdun, art. 96; de Lorraine, art. 1 du tit. 4, & autres qui chargent les gardiens de nourrir & d'entretenir leurs mineurs suivant leur état & qualité; & comme celle de Metz, art. 7 du tit. 9, qui en charge la mere tutrice non comptable; & celle de

Tit. IV.
Observ. 1301

7.
Le curateur fait l'hommage comme le gardien & le tuteur.

8.
Tous peuvent le faire par procureur.

9.
Le seigneur peut refuser l'hommage du gardien.

10.
Les gardiens comptables n'ont que les charges des tuteurs.

11.
Les autres sont tenus de la nourriture & de l'entretien du mineur.

(1) Si les fiefs sont échus aux mineurs par succession en ligne directe; car s'il leur en obvient en collatérale les droits sont dûs.

TIT. IV.
Oblerv. 130.

12.
Etendue de cet-
te obligation.

L'Evêché, art. 1 du tit. 4 qui, en déchargeant le pere tuteur de rendre compte à ses enfans, lui impose envers eux la même obligation. Elle comprend tout ce qui est nécessaire, *non-seulement pour leur nourriture & habillement, mais encore pour leur éducation, instruction, & discipline, selon leur état & qualité*: comme parle De Renuffon, chap. 7, n. 73; cette charge a lieu même dans les coutumes où le gardien ne jouit pas de tous les biens du mineur, & qu'il y en a d'excepté. Ainsi, à Amiens où il n'a pas même l'administration des meubles, l'art. 130, en Vermandois, où il ne jouit pas des rotures, l'art. 261; à Troyes, où il ne jouit pas de celles qui sont situées dans les fiefs & seigneuries des mineurs, l'art. 17, &c. ne laissent pas de mettre au nombre des charges de la garde, celle de nourrir & d'entretenir les mineurs suivant leur condition.

13.
Elle excède, ce
qu'on entend
par alimens.

Le Paige, sur l'art. 69 de la coutume de Bar, convient que dans la nourriture & l'entretien on comprend tout ce qui est nécessaire pour la subsistance & l'habillement: mais il ajoute que « l'éducation & les frais d'étude n'y sont pas compris, non plus que l'équipage d'un homme de guerre ». Cette dernière assertion est insoutenable. Il y a apparence que ce qui a trompé ce commentateur, c'est qu'il a cru que l'obligation du gardien n'excédoit pas les alimens. Mais « ces mots, *nourrir & entretenir* ont, dit Le Grand sur l'art. 17, gl. 6, n. 1 & suivans, une plus ample signification que le mot *alimens* en matière de legs, qui comprend seulement tout ce qui est nécessaire pour les habits & l'entretien, selon la qualité du légataire & les facultés du testateur: on ne comprend pas ce qui est nécessaire pour instruire le légataire aux écoles, ou en quelque métier. Mais ces mots de notre article, *entretenir les enfans suivant leur état*, doivent être entendus de les faire instruire aux lettres, ou autres états convenables à leur qualité, comme dit la coutume de Melun, art. 286, leur baillet état convenable de chevaux, habillemens & autres choses, selon que leur état le requière, comme Meaux, art. 149 (1) ». Faber ne s'est donc pas trompé, lorsqu'il a dit sur l'art. 1 du tit. 4 de la coutume de Lorraine, n. 395 & suiv., que dans l'*entretienement & bonne nourriture* dont elle charge le gardien, sont compris les médicamens, le logement, les frais des études, & les habillemens. Que « si les mineurs sont nobles, il les faut entretenir noblement, & les faire instruire aux arts & exercices convenables à leurs maisons. Il faut, ajoute-t-il, autre instruction à un gentilhomme qu'à un marchand; & la plus nécessaire nourriture de l'enfant, c'est la propre & convenable instruction ». La Fons, sur l'art. 261 de la coutume de Vermandois, n. 3, dit qu'il y avoit dans l'an-

(1) Le Grand indique l'art. 287 de la coutume de Melun, au lieu du 286; & l'art. 148 de celle de Meaux, au lieu du 149. Il arrive souvent aux auteurs de citer ainsi un art. de coutume pour un autre: méprise qu'en les citant je rectifie toujours quand je m'en aperçois. J'en avertis ici une fois pour toutes; & j'aurois dû le faire plutôt.

gienne coutume, entretenir les enfans selon leur état de vivre & habillement, & les faire apprendre, & endoctriner selon leur vacation. D'où il conclut que, sous le mot d'entretenir il faut comprendre l'instruction. Buridan, sur le même article, emprunte des philosophes, que la nourriture la plus nécessaire aux enfans, c'est une bonne & vertueuse instruction; & charge le gardien de fournir à son mineur les chevaux & l'équipage convenable, s'il choisit un état qui en exige; avec cette sage restriction, qu'il faut considérer la grandeur & les facultés de la maison; » car il ne seroit raisonnable... de fournir pareil équipage & entretenement à l'enfant d'un simple gentilhomme, qu'à celui d'un seigneur «. Voy. aussi le même auteur sur la coutume de Rheims, art. 329, n. 5, & art. 331, n. 4, & Ferrière sur l'art. 267, gl. 2, n. 12 & 13.

Il y dit que cette obligation du gardien doit s'entendre au cas que les biens des mineurs soient suffisans, & qu'il ne seroit pas juste de l'obliger de faire pour eux plus de dépense que leurs biens ne le permettent. Ce que je ne crois vrai, que jusqu'à certain point. On doit sans doute avoir égard à la fortune des mineurs, & ne leur pas faire prendre un état trop élevé que leurs facultés ne leur permettroient pas de soutenir dans un âge plus avancé. Mais je ne crois pas que le gardien puisse éviter la dépense, lorsqu'elle est nécessaire & convenable, sous prétexte qu'elle excède les revenus. C'est à lui à ne pas se charger de la garde, s'il la croit défavantageuse. Mais dès qu'il l'a acceptée, il faut qu'il en remplisse les obligations; sans quoi ce seroit lui permettre de retracter son acceptation, ou au moins le recevoir à compter, ce que nous avons vu, n. 36, observ. 13, n'être pas admis.

J'adopte au contraire ce que Ferrière ajoute : » que si pendant la garde, les mineurs ont vécu de leur industrie, ou qu'ils aient été nourris & entretenus par quelqu'un de leurs parens ou amis, ils sont fondés à demander au gardien ce qu'il lui en auroit coûté pour les nourrir & entretenir «. Il y étoit tenu par la loi : & ce n'étoit qu'en lui imposant cette obligation, qu'elle lui accordoit le bénéfice de la garde. Puisqu'il en a eu le profit, il est juste qu'il en ait acquis les charges. Il est naturel que celui qui jouit de l'héritage d'autrui, l'entretienne & le répare. Aussi toutes les coutumes chargent le gardien de l'entretien des héritages compris dans la garde : Paris, Montargis, Meaux, Lorraine, Bar, Verdun, aux articles cités, &c. Mais il y a des réparations qui restent toujours au compte du propriétaire, & celles-là ne sont pas à la charge du gardien, qui doit cependant en faire l'avance, sauf à en récupérer la dépense à la fin de la garde. J'en ai parlé amplement à propos du douaire, tom. 1, pag. 611 & suiv. Il seroit inutile de m'y arrêter. On doit appliquer au gardien tout ce que j'ai dit de la douairière jusqu'à la page 631 du même volume; notamment en ce qui limite la charge de l'entretien à l'obligation de rendre les lieux dans l'état où on les a trouvés, pourvu qu'on l'ait fait constater par un visite. Voy. De Rénousson, ch. 7, n. 75 & suiv.

C'est encore par une suite de la règle *incommoda eum sequi, quem sequuntur com-*

TIT. IV.
Observ. 132.

14.
Elle peut aller au-delà des revenus.

15.
Si le gardien n'a pas fait cette dépense, les mineurs peuvent la répéter.

16.
Le gardien est tenu d'entretenir les héritages.

TIT. IV.
Observ. 15e.

17.
Et d'en acquitter
les charges.

18.
Coutumes dans
lesquelles il
doit faire in-
ventaire.

19.
Coutumes où il
n'y est pas obli-
gé.

20.
Si ce n'est pour
distinguer la
continuation.

21.
Diversité dans
les expressions
des coutumes
sur les dettes
dont le gardien
est chargé.

moda, que le gardien doit acquitter pendant la garde les rentes foncières & autres redevances, & charges des héritages dont il jouit. Voy. les mêmes coutumes & celle de l'Evêché.

Dans celles où le gardien n'a que l'administration des meubles, qu'il doit rendre à la fin de la garde, il est évident qu'il doit en assurer le montant par un inventaire. Aussi la coutume de Paris, qui donne aux peres & meres la garde noble & bourgeoise de leurs enfans mineurs, n'en dit pas moins, art. 240, que la communauté continue avec eux à défaut d'inventaire. En Lorraine, s'il y a communauté contractée de meubles entre les conjoints, les meubles ne demeurent plus au survivant, suivant l'art. 2 du tit. 2. C'est pourquoi l'art. 2 du tit. 4 veut que les gardiens soient en ce cas tenus de faire fidele inventaire & solemnel, en entrant à la garde noble. A Bar même, où les meubles sont acquis au gardien en propriété, art. 68, pourvu qu'il ne se remarie pas, néanmoins prenant la garde noble, lui sera donné un curateur, pour seulement assister à la faïçon de l'inventaire, qu'il sera tenu faire par autorité de justice: art. 67; par la raison que si le gardien se marie, il sera tenu rendre compte des meubles, art. 69; & que la seule possibilité des secondes nœces nécessite l'inventaire.

Mais dans les coutumes où la propriété des meubles est incommutablement acquise au gardien, il ne peut plus être forcé de les faire inventorier; & s'il ne se remarie pas, l'omission de l'inventaire ne peut gueres lui porter préjudice. Mais s'il convole, je pense que les enfans pourront demander la continuation de communauté, à défaut d'inventaire. Ils auront, pour l'obtenir, la plupart des moyens qui l'ont fait accorder dans la coutume de Thionville, nonobstant le gain de survie; & dans celle de l'Evêché, contre le pere qui emporte la totalité des meubles: ce qu'on peut voir, tom. 1, tit. 2, observ. 16, n°. 54 & 56, pag. 450 & suiv.: ce qui me dispense de les répéter.

Une des principales charges de la garde, est de payer les dettes des mineurs à leur acquit. Presque toutes les coutumes les mettent au compte du gardien, mais avec une grande diversité dans l'expression. Les coutumes de Troyes, art. 17; de Lorris, tit. 1, art. 27; de Vermandois, art. 261; de Rheims, art. 331; de Bourgogne, tit. 6, art. 4, & autres le chargent en général des dettes des mineurs.

Celle de Paris, art. 267, dit, *dettes & arrérages de rente*: d'où Ferriere, sur cet art. gl. 2, n°. 2, conclut que » ce mot *dettes* ne se peut entendre que des mobilières, & non des immobilières, puisque les gardiens ne sont chargés que des » arrérages d'icelles, tant ceux qui échéent pendant la garde, que ceux qui sont » échus auparavant ». La coutume d'Orléans, art. 25, se sert des mêmes expressions que celle de Paris: *dettes & arrérages de rentes*. Mais elle est encore plus claire, parce qu'elle ajoute que le gardien n'est pas tenu de racheter ces rentes. De Renousson, ch. 7, n°. 74, dit aussi les arrérages » qui étoient échus au tems que la » garde a été ouverte & déferée, ceux échus depuis, & qui échéent jusqu'au tems

» que la garde finit. Le gardien, continue-t-il, est tenu des arrérages du passé, parce
 » que les arrérages échus sont dettes mobilières dont le gardien est tenu; les arré-
 » rages des rentes foncières & autres charges réelles deviennent dettes mobilières,
 » à mesure qu'ils échéent «; & au n°. 99, il ajoute que la coutume d'Orléans
 » disant que les gardiens sont tenus acquitter leurs enfans de toutes dettes & arré-
 » rages de rentes, fait assez entendre qu'ils sont tenus seulement acquitter les dettes
 » mobilières, & que les principaux des rentes qui sont dettes immobilières n'y sont
 » pas compris. Cette restriction est formellement exprimée dans les coutumes de
 Verdun, art. 96, & de Senlis, art. 152, qui disent, *dettes mobilières & arrérages*
de rentes; dans celles de Péronne, art. 224, & de Berry, tit. 1, art. 26, qui disent
dettes mobilières; dans celle de Melun, art. 286, qui dit, *mobilières & personnelles*,
 & dans quelques autres.

Les coutumes d'Anjou, art. 85, & du Maine, art. 98, disent seulement *dettes*
personnelles.

Je ne connois que la coutume de Bar, qui, art. 68, charge le gardien de payer
les dettes tant personnelles que réelles. Mais par réelles elle n'entend, suivant le Paige
 sur cet article, que les arrérages des rentes foncières: & on conçoit bien que le
 fonds même de ces rentes, non rachetables de leur nature, & inséparablement at-
 tachées aux immeubles qui les doivent, ne peut être mis au compte du gardien,
 même dans les coutumes qui le chargent indéfiniment de toutes les dettes, puisqu'il
 n'a qu'une jouissance momentanée de ces immeubles.

Ainsi, malgré la diversité qu'on remarque dans les expressions des coutumes que
 je viens d'indiquer, il y auroit très-peu de différence dans leur effet, si les dettes mo-
 bilières & les dettes personnelles, que j'ai vu souvent confondre, ne doivent pas
 être distinguées. Du moins la différence ne consisteroit gueres qu'en ce que telle
 dette qui est mobilière dans une coutume, est immobilière dans l'autre. Mais si toutes
 les dettes mobilières sont personnelles, toutes les dettes personnelles ne sont pas mo-
 bilières. J'ai expliqué, tom. 1, tit. 2, obs. 21, n°. 28, quelles sont les dettes person-
 nelles; & *ibid.* n°. 36, quelles sont les dettes mobilières: & de ce que j'ai dit,
 il est aisé de conclure que je pense que, dans les coutumes qui chargent le gar-
 dien des dettes personnelles sans rien ajouter qui restreigne le sens de cette expres-
 sion, il doit acquitter les mineurs des capitaux de rentes constituées, même de celles
 qui sont dûes pour acquisition d'immeubles: & que dans celles qui ne le chargent
 que des dettes mobilières, ou qui, joignant les deux expressions, *mobilières & per-*
sonnelles, dont la première modifie & restreint le sens de l'autre, il faut distinguer
 les coutumes où les rentes sont meubles, de celles où elles sont immeubles; dans
 celles-ci, le gardien n'est tenu que des rentes arrérages, & de celles qui étoient
 de son tems.

Si la coutume, parlant en général *des dettes*, ajoute, & *arrérages de rentes*, je

22.
Dettes qui sont
à la charge du
gardien suivant
les différentes
coutumes.

23.
Dans celles qui
le chargent des
dettes person-
nelles indéfini-
ment, il doit les
capitaux des
rentes.

24.
Mais non dans
celles qui ne le
chargent que
des dettes mo-
bilières, & où
les rentes sont
immeubles.

25.
Ni dans celles
qui le chargent
des arrérages
des rentes.

Tit. IV.
Oblerv. 150.

26.
Dans les coutumes qui disent, dettes en général & où les rentes sont meubles, le gardien doit les capitaux.

crois, comme les auteurs que je viens de citer, qu'elle indique assez qu'elle n'entend pas charger le gardien des capitaux des rentes.

Mais s'il n'y a rien dans la coutume qui restreigne le mot *dettes*, je distingue d'abord avec Ferriere, sur l'art. 267, n^o. 7 & 8, entre les rentes qui sont dûes à un créancier domicilié dans une coutume qui les répute meubles, & celles réputées immeubles par la loi du domicile de celui à qui elles sont dûes. Il n'y a aucune difficulté que les rentes réputées meubles sont à la charge du gardien. Celui qui profite des meubles en propriété, emporterait les rentes mobilières & actives du mineur, s'il s'en trouvoit dans les biens qui compotent la garde à lui déferée. Il est donc bien juste que, par réciprocité, il soit chargé des rentes passives de la même nature : bien plus, il en est tenu dans les coutumes dont je parle, lors même qu'il n'a que l'administration ou la jouissance pendant la garde des rentes actives du mineur, & même quand la garde ne tombe que sur les immeubles réels, & que la coutume ne laisse pas de charger le gardien des dettes. En ce cas, la loi est écrite, & quelque modique qu'on suppose le profit de la garde, celui qui a voulu en jouir doit exécuter la condition sous laquelle elle lui est déferée. L'interprétation la plus favorable qu'on puisse donner à ce mot générique *dettes*, c'est de le restreindre aux dettes mobilières. Ainsi les rentes sont des dettes mobilières. Celui qui a accepté la garde dans une coutume qui le charge des dettes, ne peut, quelque borné que soit le bénéfice de cette garde, méconnoître qu'il est dans l'obligation d'acquitter ces rentes à la décharge des mineurs. L'art. 17 de la coutume de Troyes n'accorde au survivant que *de faire les fruits de leurs héritages & droits nobles de fiefs fens*. Dans l'usage on n'y ajoute que la simple administration des meubles meublans pendant la durée de la garde, comme l'atteste Le Grand, gl. 5, n^o. 10. Cet usage n'a pas été étendu aux rentes constituées appartenantes aux mineurs; *idem*. n^o. 13. Le gardien ne jouit pas non plus de leurs autres dettes actives; n^o. 15. Ce commentateur n'en établit pas moins, gl. 7, n^o. 1, que les gardiens sont tenus de » payer & acquitter non- » seulement les arrrages, mais aussi le principal des rentes constituées dûes par les » mineurs : d'autant que la coutume de Troyes réputant les rentes constituées meub- » bles, elles sont aussi comprises sous le nom de dettes mobilières... ; & ne sert, » ajoute-t-il au n^o. suivant, d'opposer que le gardien ne jouissant pas des rentes » constituées dûes aux mineurs, il n'est pas raisonnable de l'obliger à payer les ren- » tes constituées par eux dûes, selon les regles vulgaires, *qui sentit commodum,* » *debet sentire incommodum,* & *contrariorum eadem est disciplina* : d'autant qu'il » pourroit suffire de dire que la coutume ne donne pas au gardien les rentes consti- » tituées, & néanmoins elle l'oblige au paiement des dettes du nombre desquelles » sont les rentes constituées qui sont dettes mobilières ; & que *lex ipsa pro ratione.* » Mais nous pouvons encore dire que les regles susdites manquent quand il y a di- » versité de raison ». Ferriere qui confirme tout cela, *ubi supra*, dit aussi que la regle, *qui sentit commodum,* &c. n'est pas observée dans tous les cas.

Ce

27.
Lex pro ratio-
nes

Ce que je viens de dire s'applique en particulier à la coutume de Lorraine. Faber, comme je l'ai déjà remarqué, disoit sur l'art. 2 du tit. 4, n°. 406, *que les meubles & dettes personnelles ne sont pas de la garde noble dans cette province; & l'art. 1, n°. 403, que le survivant qui prend les meubles, doit toutes les dettes; mais que s'il y a communauté, le gardien doit faire vendre la part que les mineurs ont aux meubles, pour employer en l'acquit de leur portion de dettes, en quoi il y a différence des coutumes de Troyes & de plusieurs autres; ce qu'il répète, n°. 409. Je crois que ce qui l'a trompé c'est que la coutume de Lorraine, en accordant la garde noble au survivant, art. 1 du tit. 4, ne le charge pas des dettes. Mais la raison en est qu'elle l'en a regardé comme chargé, par l'art. 1 du tit. 2, qui lui donne les meubles. Il est donc vrai, comme Faber le dit, que quand il n'y a pas communauté de meubles, c'est-à-dire, quand il n'a pas été dérogé à la coutume qui ne l'introduit point, le survivant doit toutes les dettes; mais on ne peut pas conclure de-là qu'il ne les doit plus lorsqu'il y a communauté de meubles, & qu'il accepte la garde. Cela seroit vrai si, quand le gain de survie des meubles n'a pas lieu, ils étoient exclus de la garde noble. Mais nous avons vu, observ. 14, n°. 4, qu'ils y tombent en ce cas comme les immeubles. Ainsi les rentes constituées étant meubles en Lorraine, art. 12 du tit. 16, le survivant noble qui n'emporteroit pas celles dûes à ses enfans, à titre de survie, en jouiroit au moins à titre de garde: par conséquent, loin de le dispenser d'acquitter celles par eux dûes, il y a bien moins de difficulté de l'en charger dans cette coutume que dans celle de Troyes & autres semblables.*

Mais dans le second membre de la distinction que j'ai faite ci-dessus, n°. 26; c'est-à-dire, quand les rentes constituées que les mineurs doivent, sont immeubles, la question devient plus embarrassante. Il est constant, dit Ferrière, *ibid.* que le gardien n'est point tenu d'acquitter les rentes dûes par le mineur; parce que ce ne sont point dettes mobilières, les rentes étant réputées immeubles. Il entend parler des capitaux, & je crois sa décision vraie dans la coutume de Paris, où les meubles ne contribuent pas plus au paiement des dettes que les immeubles, & où le gardien n'a que l'administration, & non la propriété des meubles. Mais De Renusson va plus loin, ch. 7, n°. 99. Il y rapporte la disposition des coutumes dans lesquelles le gardien fait fiens les meubles des mineurs, à la charge de les acquitter de toutes dettes & arrérages de rentes, ou, ce qui revient au même, de toutes charges & dettes mobilières: & dit que ces coutumes doivent servir d'interprétation aux autres coutumes, où les rentes sont réputées immeubles, qui donnent aux gardiens les meubles des mineurs en propriété, & qui disent que le gardien est tenu d'acquitter les enfans de toutes dettes.

J'avoue qu'il me paroît d'abord impossible d'admettre cette interprétation dans les coutumes qui chargent le gardien des dettes personnelles des mineurs, sans qu'il y ait rien qui limite le sens de ces expressions, *dettes personnelles*; car les rentes constituées, pour être dettes immobilières, n'en sont pas moins dettes personnelles. J'ai

TIT. IV.
Oblig. 15e.
28.
Le gardien doit les capitaux en Lorraine.

29.
Quid dans les coutumes où les rentes sont immeubles.

30.
Le gardien en doit les capitaux s'il est chargé des dettes personnelles indistinctement

TIT. IV.
 Observ. 15e.

même dit, tit. 2, observ. 21, n°. 28, qu'il n'y avoit aucune différence à faire entre les coutumes qui imposent indéfiniment la charge des dettes, & celles qui ne comprennent dans cette charge que les dettes personnelles. Il s'agissoit là du gain de survie ; mais la raison est à peu près la même pour le droit de garde. Cela me paroît sur-tout incontestable dans les coutumes qui affectent les meubles en premier ordre au paiement des dettes personnelles ; ce qui s'étend jusqu'aux dettes contractées pour acquisition d'immeubles, parce que, comme j'ai dit, *ibid.* n°. 31, ces dettes provenant d'un contrat, & étant inhérentes à la personne du débiteur, qui ne peut s'en libérer même pour l'avenir, en abandonnant les héritages qui en ont été l'origine, elles sont évidemment personnelles. Or, quand les meubles sont tenus en premier ordre de l'acquit des dettes, comment concevoir que la coutume qui les y affecte, les sépare néanmoins, en donnant les meubles au gardien, & laissant les dettes au compte du mineur.

Je dis plus : si la coutume ne donne au gardien que la simple jouissance des meubles, & qu'elle le charge cependant des dettes personnelles, sans ajouter *mobiliaires*, il doit libérer les mineurs des rentes constituées, même de celles qui sont réputées immeubles, toujours par la même raison que, quoiqu'elles soient dettes immobilières, elles n'en sont pas moins dettes personnelles. Les dettes sont mobilières ou immobilières, suivant que le créancier est domicilié dans une coutume qui leur donne l'une ou l'autre de ces qualités. Ainsi cette qualité des dettes est relative au créancier ; mais la qualité de personnelle n'a plus de rapport qu'au débiteur. Quand donc la coutume charge le gardien des dettes personnelles sans restriction, elle marque assez que son intention est qu'à la fin de la garde, les mineurs se trouvent personnellement libérés de tout ce qu'ils doivent, sans égard aux qualités que leurs dettes peuvent tirer, non plus de la personne des mineurs, mais de celle de leurs créanciers. En un mot, le gardien chargé indéfiniment des dettes personnelles, ne peut en distinguer de deux espèces, ni morceler la condition sous laquelle le bénéfice dont il a voulu jouir lui a été déféré par la loi.

En second lieu : si la coutume emploie le mot indéfini de dettes, sans ajouter aucune expression qui en détermine, ni qui en limite le sens, il me paroît encore très-douteux que le gardien puisse prétendre n'être tenu que des dettes mobilières. Les rentes constituées n'ayant point d'affiette, diffèrent essentiellement des immeubles, sur-tout depuis qu'on a cessé de penser qu'on ne pouvoit les créer sans les assigner spécifiquement sur des immeubles désignés, & qu'on les crée tous les jours sur des débiteurs qui ne possèdent aucun immeuble. C'est donc par une pure fiction que certaines coutumes les réputent immeubles ; mais cette fiction ne peut empêcher qu'elles ne soient aussi réellement de vraies dettes, que dans les coutumes qui les réputent meubles. Quelle seroit donc la raison de ne les pas comprendre dans la disposition d'un statut, qui charge le gardien d'acquitter indistinctement les mineurs de toutes leurs dettes ? Je n'en imagine qu'une seule, & elle me paroît bien foible.

37.
 Il est difficile de les distinguer quand il est tenu des dettes en général.

Dans une coutume qui n'accorde au gardien qu'un avantage léger & momentané, il y a quelque sujet de présumer que son intention n'a pas été de mettre à la charge de la garde les capitaux des rentes qu'elle répute dettes immobilières. Mais que deviendroient toutes les loix, si, pour éluder leurs dispositions formelles, pour limiter celles qui sont indéfinies, il suffisoit de supposer qu'elles n'ont pas voulu dire ce qu'elles ont dit.

Il n'y a donc que les coutumes qui ne mettent au compte du gardien que les dettes mobilières des mineurs, & celles qui restreignent son obligation aux arrérages de rentes, dans lesquelles il me paroît bien certain qu'on doit le décharger des capitaux de rentes constituées. Si la coutume porte, *dettes mobilières*, & que les rentes soient immeubles, la loi est claire. Si elle charge *des arrérages de rentes*, il est évident que, de quelque nature que soient ces rentes, meubles ou immeubles, elle n'a pas voulu qu'il fut tenu des capitaux. *Qui de uno dicit de altero negat*. Voilà tout ce que je crois pouvoir être admis en faveur du gardien, dont le droit n'est pas favorable, & doit, au contraire, être restreint comme très-onéreux aux mineurs. Il me semble même qu'il ne peut plus s'élever le moindre doute dans les coutumes qui, comprenant dans la garde la propriété des meubles, chargent le gardien des dettes en général; car alors l'avantage que la coutume lui fait est assez considérable, pour qu'il n'y ait plus aucun sujet de présumer qu'elle n'a pas eu intention de le charger des capitaux des rentes, quoiqu'elle les répute dettes immobilières.

Comme le gardien ne peut être relevé de son acceptation, ni admis à rendre compte, il s'ensuit que les dettes dont il est chargé, peuvent excéder l'émolument. « Il les doit payer sur les fruits & revenus; & quand même les fruits & revenus ne suffiroient pas, il en seroit tenu sur ses biens particuliers ». De Renusson, ch. 7, n°. 70. Ce jurisconsulte dit néanmoins, ch. 3, n°. 18, que si on avoit obtenu des lettres de bénéfices d'inventaire au nom des mineurs, elles serviroient au gardien; ce qui me paroît certain; car c'est principalement avec les mineurs que le gardien contracte. Ce n'est proprement qu'en exerçant les droits de mineurs que leurs créanciers ont action contre lui. Son obligation est d'acquitter ce que les mineurs doivent. Il ne peut donc devoir plus que les mineurs.

Les premières dettes dont les enfans sont libérés par la garde, sont celles dont ils étoient chargés envers le gardien. « Si le survivant est créancier de la succession du défunt, il y a confusion en sa personne », dit Ferrière, sur l'art. 267, gl. 2, n°. 3. Il rapporte ensuite un arrêt rendu au mois de Septembre 1598, dont il est fait mention par-tout, par lequel il a été jugé que la somme de 3000 liv. stipulée pour tous droits de communauté en faveur de la veuve du célèbre Cujas, par son contrat de mariage, étoit demeurée confuse en sa personne par l'acceptation qu'elle avoit de la garde noble de sa fille. Peut-on en conclure que, lors ou depuis l'arrêt du 18 Janvier 1740, dont j'ai rapporté l'espece ci-dessus, observ. 13, n°. 32, le sieur Stock, & le curateur établi à la mineure, auroient été en droit de soutenir que si

TIT. IV.
Observ. 13e.

32.
Il n'en est pas tenu dans les coutumes qui ne le chargent que des dettes mobilières, & où les rentes sont immeubles, ni dans celles qui le chargent des arrérages.

33.
Il en est tenu sans aucun doute, s'il prend les meubles, & qu'il soit chargé des dettes en général.

34.
La charge des dettes peut surpasser le profit de la garde.

35.
Mais le gardien profite du bénéfice d'inventaire des mineurs.

36.
La garde acquitte les enfans de ce qu'ils doivent au gardien.

37.
Même de la somme stipulée pour tous droits.

Tit. IV.
Observ. 152.

38.

Mais non de ce
qui tient lieu de
douaire.

la dame d'Elvingen vouloit avoir la garde noble, il falloit qu'elle renonçât à la rente viagere de 600 liv. qui lui étoit donnée pour toutes choses par son contrat de mariage ? Il faut dire que non ; car cette somme étoit un douaire. Or le douaire coutumier, ou le préfix qui consiste en rente, se confond à la vérité dans la garde, mais seulement pendant qu'elle dure ; & après que le tems de la garde est expiré, la veuve doit en jouir. La raison en est que le douaire coutumier n'est pas une dette, mais un droit d'usufruit ; que le douaire préfix représente le coutumier, & par cette raison, n'est pas non plus proprement une dette, mais le prix & le rachat de l'usufruit légal : jusques-là que quand même il ne consiste pas en une rente, mais en une somme de deniers à payer une fois, l'acceptation de la garde ne la fait pas perdre à la veuve. Ceci est tiré de De Renuffon, ch. 7, n^o. 43 & suiv.

39.
Coutume où le
gardien doit les
legs.

40.
Quid dans les
autres.

Mais la dame d'Elvingen ne devoit-elle pas au moins perdre les 100 liv. de rente que son mari lui avoit donné d'augmentation par son testament ? J'estime que non. Cette résolution dépend de savoir si les legs sont une charge de la garde, & quels legs. Il y a quelques coutumes qui mettent au compte du gardien l'accomplissement du testament, & les legs personnels. Vermandois, art. 201 Rheims, art. 331 ; Senlis, art. 152 ; Péronne, art. 224 ; Lorris tit. 1, art. 27. Dans les coutumes qui n'en parlent pas, du nombre desquelles est celle de Lorraine, les sentimens sont partagés. De Renuffon, qui discute amplement la question, ibid. n. 64 & suiv. est d'avis que les legs de sommes à une fois payer sont des dettes mobilières de la succession, & que les enfans du testateur en sont tenus en qualité de ses héritiers : d'où il conclut que le gardien doit les en acquitter, à moins que ces legs ne soient taxativement de certains effets, ou à prendre sur certains effets. Mais ne peut-on pas dire que l'intention des coutumes qui n'ont pas parlé de l'accomplissement du testament, n'a pas été que le prémourant pût, par un acte de dernière volonté, diminuer le bénéfice qu'elles destinent au survivant, ni faire des libéralités à ses dépens. Il est vrai qu'il a pu diminuer, par ses dispositions, ce qu'il laissoit à ses enfans. Mais cette diminution du bénéfice de l'hérédité ne tombe pas sur l'hérédité même. La masse de la succession dévolue aux enfans comprend les legs ; car tous legs, est *donatio defuncto relicta ab herede præstanda*. Or, c'est le total de ce qui est dévolu aux enfans qui tombe en garde ; & comme le testateur ne peut ôter la garde à ceux à qui elle est destinée par la coutume, il ne peut pas non plus les priver d'une partie de ce bénéfice légal qui, dans l'esprit de la loi, doit s'étendre à tout ce qui dépend de la succession obvenue aux mineurs. Il est encore vrai que ce même esprit paroît être que les enfans se trouvent, à la fin de la garde, quittes & libérés de toutes les dettes du défunt. Mais on ne peut pas dire que les legs soient des dettes du testateur, ni même qu'il ait pu avoir intention que ses héritiers prissent ses biens francs & quittes de tous legs, & que ces mêmes legs tombassent à la charge d'un tiers : disposition déraisonnable, & injuste ; que d'ailleurs il n'auroit pas pu faire, s'il en avoit eu le dessein ; car on ne peut gréver ceux en faveur de qui on ne dispose pas.

A l'égard des legs annuels, De Reauffon pense que s'ils sont à toujours, le gardien n'en est tenu que pendant la durée de la garde; & ne dit rien des rentes viagères, ou à tems. Auroit-il pensé que le gardien doit en acquitter les enfans même, après que la garde est finie? Je ne crois pas qu'on soit fondé à l'en soupçonner.

Une opinion plus commune est celle de Ferrière sur l'art. 267, gl. 2, n. 25, qui tient que le gardien n'est pas tenu des legs, & qui cite Guerin, Auzaudet, & Duplessis. La raison qu'ils en donnent est que ce ne sont pas des dettes, mais des libéralités qui se doivent prendre sur les fonds de la succession. Quant aux rentes annuelles, Ferrière paroît adopter la décision de Pontanus, qui dit que le gardien en est chargé pendant la garde, & non plus avant. Ce sentiment ne diffère pas de celui de M. le Camus, qui, sur le même art. n. 20, ne veut pas que le gardien soit tenu personnellement des legs, mais qu'ils se prennent sur les biens de la succession, au moyen de laquelle le gardien en perd le revenu. Comme en suivant ce parti, c'est aux dépens de ses héritiers que le testateur a fait des legs, & que la garde comprend tout ce qu'il n'a pas distrait de l'hérédité dévolue aux enfans: je crois que c'est à quoi il faut s'en tenir.

Une question approchante de celle-ci est celle qui regarde les frais funéraires. Les coutumes du duché de Bourgogne, de Senlis, de Péronne & de Lorris, aux articles que je viens de citer, les mettent à la charge du gardien: & Ferrière qui dit le contraire des coutumes de Senlis & de Péronne, *ibid.* n. 19, s'est trompé. D'autres coutumes ont la même disposition; Le Perche, art. 96; Blois, art. 5; Verdun, art. 96: celle de Paris n'en parle pas; & deux actes de notoriété du châtelet, l'un du 18 Septembre 1683, portant que les frais funéraires sont à la charge du gardien; l'autre du 7 Mars 1684, portant qu'il n'en est pas tenu, y ont occasionné un problème si considérable, que cette question, dont la discussion sembloit devoir être fort courte, occupe dix grandes pages dans le commentaire de Ferrière. Le doute ne tomboit cependant que sur les coutumes où le gardien n'a que l'administration des meubles; tout le monde convenoit que dans celles où il les prend en propriété, il doit les frais funéraires. Ferrière est d'avis qu'il les doit aussi à Paris, où il rend les meubles à la fin de la garde. Cette décision est conforme à l'avis de De Reauffon *ibid.*, n. 49; & suiv. & de Le Paige sur l'art. 68 de la coutume de Bar. M. le Camus qui avoit donné le second acte de notoriété (1) où il avoit tâché d'établir que les frais funéraires ne sont à la charge du gardien que dans les coutumes qui lui donnent les meubles en propriété, ne propose plus son opinion dans ses observations sur l'art. 267 de la coutume de Paris, que comme susceptible d'un très grand

TIT. IV.
Observ. 180.

41.
Dans toutes les coutumes il doit les frais funéraires.

(1) C'est affoiblir l'autorité de ces actes, c'est même en abuser que d'en donner sur des points douteux. On ne doit y attester que ce qui est certain & notoire.

TIT. IV.
Observ. 13e.

doute, contredite par Auzanet, & rebutée par un arrêt qu'il indique. Il y en a plusieurs autres qu'on peut voir dans Ferriere, dans De Renuffon, & dans Le Paige. Ainsi je regarde la question comme décidée contre le gardien. Le défunt n'a jamais été personnellement débiteur des frais funéraires. Mais ils ne se font que pour sa personne, & pour honorer sa mémoire : & ils sont dettes mobilières de sa succession; puisque l'héritier en demeure chargé du seul fait qu'il accepte la succession. Il ne reste plus qu'à ajouter que le deuil de la veuve fait partie des frais funéraires. Le Paige *ibid*: De Renuffon, n. 62 & 63, & Ferriere, n. 21.

42.
Et du deuil.

43.
Ce qui est dû pour causes indépendantes de la garde n'est pas au compte du gardien.

44.
Il ne confond que les créances dont il seroit chargé envers un tiers.

J'ai dit ci-dessus, n. 36, que le gardien confond en sa personne les sommes dont il étoit créancier des mineurs qui sont sous sa garde. Mais cela ne doit être entendu, 1^o. que des sommes que les mineurs lui doivent à cause de la succession tombée dans la garde. S'il est leur créancier pour d'autres causes, comme s'il leur est obvenu, ou qu'il leur obviennne à titre successif, ou autrement, des biens exclus de la garde, il ne seroit pas juste qu'elle lui fit perdre ces créances, 2^o. le gardien ne confond que les sommes qui tomberoient à sa charge si elles étoient dûes à un autre qu'à lui suivant qu'il a été expliqué ci-dessus, n. 22 & suiv. Ainsi dans une coutume qui ne charge le gardien que des dettes mobilières, ou des dettes & arrérages de rentes, & dans laquelle les rentes constituées sont immeubles; si, avant le mariage, le mari étoit débiteur d'une rente envers sa femme, qui n'eût pas fait partie des biens par elle mis en communauté, & que cette femme devenue veuve accepte la garde de ses enfans, il seroit bien vrai qu'elle ne pourroit répéter les arrérages de sa rente échue pendant la garde: mais lorsqu'elle seroit finie, la rente recommenceroit à courir à son profit, & ses enfans en demeureroient tenus envers elle jusqu'au rachat; car si cette rente eut été dûe à un tiers, la veuve n'auroit dû acquitter ses enfans que des arrérages jusqu'à la fin de la garde. Ceux qui auroient couru depuis, ainsi que le fort principal, seroient restés au compte des mineurs. Je pense qu'il en seroit autrement dans une coutume qui chargerait le gardien des dettes personnelles, ou des dettes en général, sans qu'il y eut rien qui limitât cette charge aux seules dettes mobilières ou arrérages des rentes. Alors, encore que par cette coutume les rentes fussent réputées immeubles, je crois que la veuve acceptant la garde, sa rente seroit éteinte, & les enfans libérés, même du capital: par la raison que si ce capital avoit appartenu à un autre qu'à la gardienne, elle auroit été tenue, selon moi, d'en acquitter ses enfans.

45.
Si une action en reddition de compte de tutelle est confusée dans la garde.

Elle me paroîtroit, sur-tout, ne pouvoir s'en défendre, si, en vertu du droit de garde, elle avoit emporté la propriété des meubles de ses enfans; car il est assez naturel que le gardien qui n'a que l'administration des meubles ne confonde que les créances mobilières, & non les immobilières: & c'est la règle à Paris. On doit, ce me semble, expliquer par là l'arrêt du 26 Janvier 1657, dont De Renuffon parle, ch. 7, n. 42, & qu'on trouve par-tout. Il a été rendu dans la coutume de Paris; & voici en deux mots ce qui y a donné lieu.

Anne de Sarus, veuve de Nicolas Hennequin, & héritière de Robert de Sarus son

frere, dont son mari avoit été tuteur, avoit accepté la garde noble de ses enfans. Sa jouissance finie, elle demandoit compte de cette tutelle au subrogé tuteur de ses enfans qui lui oppoisoit que son action en reddition de compte étoit mobilière, & confuse dans sa personne à cause de la garde. Il fut ordonné que le tuteur rendroit compte, sauf tous débats & soutemens. » Par cet arrêt, dit De Renusson, on n'a point jugé que l'action en reddition de compte étoit confuse, ou si elle ne l'étoit pas. On a seulement jugé qu'il falloit examiner les articles du compte ; parce que si le mari d'Anne de Sarus avoit reçu, » comme elle le prétendoit, des principaux des rentes, ou autres deniers provenans d'immeubles vendus « pendant la minorité de Robert de Sarus, » l'action qu'elle auroit eue seroit censée immobilière à cet égard ; & n'auroit pas été confuse en sa personne. Mais seulement celle qui auroit eu pour objet le reliquat du surplus du compte.

Je l'imite par les regles & les distinctions que j'ai touchées, ce que dit De Renusson, toujours même ch. 7, n. 46 & suiv. de l'indemnité des dettes que le mari a fait contracter à sa femme, soit qu'elle accepte la communauté, ou qu'elle y renonce. Si elle prend la garde, elle y confond son action d'indemnité des dettes, ou des rentes dont sa qualité de gardienne l'oblige d'acquitter ses enfans, quant au capital, & n'y confond pas l'indemnité qui lui est due pour raison des rentes dont elle ne doit les arrérages que pendant la garde, & du principal desquelles elle n'est pas tenue.

On demande si le gardien qui a stipulé qu'une somme par lui apportée lui tiendrait nature de propre, ou a qui il est dû le emploi de ses héritages aliénés pendant le mariage, confond ces actions en acceptant la garde ? Ou s'il peut les faire valoir contre ses enfans lorsqu'elle est finie ? Fortin, & après lui Ricard sur l'art. 267 de la coutume de Paris, & Ferriere, gl. 2, n. 17, disent, que par un arrêt du 30 Mars 1605, il a été jugé » que la mere prenant la garde de ses enfans à deniers pour une fois qu'elle pouvoit reprendre sur les biens de son mari, & qu'elle ne les peut pas demander à ses enfans mais bien le emploi de ses propres aliénés. Ferriere & la plupart des commentateurs de la coutume de Paris lui accordent cependant la reprise, aussi bien que le emploi ; mais ce n'est que dans les coutumes qui, comme celle de Paris, ne donnent au gardien que la jouissance des meubles. C'est aussi par rapport à ces coutumes que De Renusson examine d'abord la question, ch. 7 n. 14 & suiv. & il se détermine de même en faveur du gardien, parce que s'il avoit eu des propres qui fussent demeurés en nature, il les auroit repris malgré l'acceptation de la garde ; que les sommes stipulées propres, ou le prix des héritages aliénés, doivent de même être retirés de la masse de la communauté par distraction & délibération ; qu'ainsi ce n'est pas une dette des enfans, mais un prélevement sur les biens communs ; que d'ailleurs les dettes dont le survivant des conjoints est tenu à cause de la garde, sont celles contractées pendant la communauté, & que la coutume n'a pas entendu parler de celles qui regardent respectivement les conjoints entre

TIT. IV.
Observ. 150.

46.
Quid de l'indemnité de la femme pour les dettes que son mari lui a fait contracter.

47.
Des actions de reprise & de emploi.

48.
Dans les coutumes qui ne donnent que la jouissance des meubles.

TIT. IV.
Chap. IV. 136.

eux, & l'un envers l'autre. Nous verrons dans un moment si ces raisons sont bien solides. Mais en les laissant, quant à présent à l'écart, il me paroît raisonnable de ne pas confondre la reprise des propres conventionnels, & le remploi des propres réels dans la garde, qui ne donne qu'une jouissance momentanée des meubles. L'intention de la coutume a été sans doute d'inviter par l'appât du profit, les peres & meres à accepter la garde. Elle en a du moins introduit le droit pour leur avantage, & son esprit n'est pas que sa disposition leur devienne inutile, encore moins onéreuse. Or, si on admettoit que les reprises & les remplois se confondent dans la garde, le statut qui l'accorde deviendrait très-souvent illusoire; car souvent la dot du mari, & encore plus souvent celle de la femme consistent en deniers, dont la meilleure partie leur est réservée. Souvent la convenance, l'arrangement de leurs affaires, & même la fantaisie, les déterminent à vendre leurs propres réels. Si donc il falloit perdre leurs deniers réalisés, & leur action de remploi, en acceptant la jouissance de peu d'années que leur donne le droit de garde, ils seroient très-souvent forcés d'y renoncer, pour ne pas se trouver ruinés, lorsque la garde finiroit: & dans les coutumes où à défaut des peres & meres, les aïeux sont appelés à la garde, cette renonciation ne profiteroit pas aux enfans. D'ailleurs, les deniers stipulés propres, & ceux qui sont provenus de la vente des propres réels ont été versés dans la communauté. Il est donc juste de les prélever avant partage: sans quoi les enfans dépouilleroient le survivant de la moitié de ses biens. Jusques-là donc l'opinion de De Renusson n'a rien qu'on ne puisse approuver.

49.
Dans celles qui
en donnent la
propriété.

Mais il va bien plus loin au n°. 100 & suiv., où il est d'avis que le gardien qui a pris tous les meubles en propriété, ne laisse pas d'être en droit, lorsque la garde finit, d'exercer contre ces enfans les actions de reprises des deniers réalisés, & de remploi des propres aliénés qui lui compétent. J'ai déjà insinué que Ferriere ne pensoit pas de même. Il dit, n°. 18, que dans les coutumes qui donnent les meubles en propriété au gardien, il ne les gagne pas sans confusion des deniers réalisés, ou du prix des propres aliénés. *Mais que cette dette doit être payée sur les meubles, d'autant que les meubles des mineurs doivent être employés à payer leurs dettes. C'est, continue-t-il, ce qui a été jugé par un arrêt du 28 Février 1668, donné en la coutume de Lorris, qui donne les meubles en propriété au gardien.* De Renusson lui-même fait mention de cet arrêt, n°. 86 & suiv., & remarque que M. Talon qui parla dans cette affaire, & dont les conclusions furent suivies, établit que le profit de la garde étant différent suivant les coutumes, la charge devoit aussi être différente; que dans celles où le gardien a la propriété des meubles, il doit acquitter, du moins à proportion des biens qu'il prend en qualité de gardien, toutes les dettes personnelles & mobilières, dans lesquelles ce magistrat comprenoit la reprise des deniers réalisés, & le remploi des propres aliénés.

L'opinion contraire entraîneroit des injustices absurdes & palpables au préjudice des enfans. Examinons ce qui arriveroit dans des espece qui se présentent souvent.

1^o. par le contrat de mariage les successions mobilières sont réservées. Il en échut une au mari, qui l'emploie à acquérir des rentes constituées dans une coutume où elles sont meubles, ou qui perd sa femme avant d'avoir trouvé l'occasion d'en faire emploi : 2^o. un père promet de donner à sa fille qu'il marie, une somme dont les trois quarts lui sont réservés. Après en avoir payé l'intérêt pendant quelques années, il délivre la dot promise au mari qui meurt peu après : 3^o. les propres d'un des conjoints sont vendus. Ils en reçoivent le prix incontinent avant la dissolution du mariage, & celui à qui le emploi est dû survit. Il est évident que dans ces cas & dans beaucoup d'autres semblables, on ruineroit les enfans dont le bien passeroit au gardien, si, après lui avoir donné les meubles en propriété, on lui permettoit encore d'exercer ses actions de reprise & de emploi. Le mari dans le premier cas trouve la succession mobilière qui lui est échue toute entière : la femme dans le second cas trouve la totalité de sa dot ; le survivant dans le 3^e. trouve le prix entier de ses biens aliénés dans la masse mobilière de la communauté qu'ils emportent propriétairement comme gardiens, soit que la succession obvenue à l'un, la dot de l'autre & le prix des propres du 3^e. existoient encore en deniers comptans, en promesses & obligations, en effets mobiliers, &c. ou qu'ils aient été convertis en rentes qui soient meubles. Par conséquent, il seroit de la dernière injustice que ces gardiens pussent encore exiger des enfans des sommes dont ils sont déjà remplis. On ne peut éviter cette absurdité, qu'en regardant la reprise & le emploi comme confus dans la garde qui emporte la propriété des meubles.

On peut objecter que la confusion sera juste si les sommes sujettes à reprise ou à emploi existent, ou ont été employées en rentes qui soient meubles ; mais qu'il arrive encore plus souvent qu'il ne s'en trouve plus rien dans la masse mobilière de la communauté, parce que les conjoints s'en sont servis pour acquérir des héritages, ou des rentes réputées immeubles ; qu'alors les enfans qui partagent les acquêts de la communauté profiteroient de ces sommes pour moitié ; & que le gardien perdrait cette moitié, si on regardoit ses actions comme confuses dans la garde. La réponse est aisée, ou les meubles que le survivant prendra comme gardien suffiront pour le remplir, & au-delà de ses reprises & emplois, ou ils ne suffiront pas. S'ils suffisent, de quoi peut-il se plaindre ? Il retrouve tout ce qui est à lui : & ce que la garde lui ôte d'un côté, elle le lui rend de l'autre. Si les meubles ne l'indemnisent pas, il est le maître de ne rien perdre, puisqu'il dépend de lui de conserver ses actions, en refusant la garde ; en sorte que tout ce qui résulte de l'objection, c'est qu'il y aura des cas où il fera de l'intérêt du survivant de renoncer à la garde. Sans doute il y en a : & cela ne forme pas un inconvénient à considérer ; non seulement parce que, comme je l'ai dit plus d'une fois, le droit de garde, onéreux aux enfans, n'est pas favorable ; mais encore parce que les coutumes ont si bien prévu, qu'il y auroit des occasions où il deviendroit désavantageux au survivant de l'accepter, qu'elles lui ont laissé la liberté de le prendre, ou de s'en abstenir.

TIT. IV.
Observ. 15e.

On pourra m'objecter encore que j'ai adopté, observ. 14, n°. 9, la décision de De Renusson, que quand les enfans ont des actions de reprise, ou de remploi, le gardien ne les emporte pas, quoiqu'il prenne les meubles en propriété, & que par conséquent, il ne doit pas confondre les siennes dans le gain des meubles qu'il emporte, sans quoi il n'y auroit plus de réciprocité. Mais on ne doit plus suivre la même règle pour les corrélatifs, quand il y a une raison de différence. Or, ici il y en a une très-forte. Les enfans dont tout le bien consiste souvent dans les réserves & les remplois du précédé, seroient ruinés, si ces actions tomboient dans la garde, qu'ils ne pourroient empêcher le survivant d'accepter. Au lieu que le gardien est toujours le maître de conserver ses actions, & de ne rien perdre en s'abstenant de la garde. D'ailleurs, comme je l'ai dit en cet endroit, après De Renusson, » on » doit restreindre les profits & émolumens de la garde plutôt que de les étendre » dans les coutumes qui donnent au gardien les meubles des mineurs en propriété. » Telles coutumes étant exorbitantes du droit commun, & défavantageuses aux » enfans «.

Pour achever d'établir que la confusion doit avoir lieu, dans le cas où le survivant qui a des reprises & des remplois, prend les meubles en propriété comme gardien, examinons sur quoi De Renusson la rejette. Il dit d'abord, que si les propres du gardien s'étoient trouvés en nature, il les auroit repris malgré l'acceptation de la garde. Mais en ce cas, ils ne se feroient pas trouvés confondus dans la masse du mobilier, dont le survivant profite propriétairement, & il n'auroit pas été à craindre qu'ils les reprit deux fois : l'une comme meubles, ou compris dans les meubles qui lui appartiennent en qualité de gardien, l'autre sur les immeubles dévolus à ses enfans.

La seconde raison que De Renusson fait valoir, est que le prix des aliénations représente les propres vendus, & que les deniers réalisés représentent les immeubles à l'acquisition desquels ils auroient dûs être employés : en sorte qu'il en doit être de même que si les propres n'eussent pas été vendus, & que si les sommes stipulées propres eussent été converties en immeubles. Cette objection diffère peu de la précédente, & la même réponse suffiroit. Mais j'ajoute que les deux cas diffèrent essentiellement. J'ai dit, observ. 14, n°. 8, que je croyois que les gardes comme les successions, & les douaires doivent se prendre dans l'état où les choses se trouvent lors de leur ouverture, sans égard à celui où elles auroient pu être : & il me semble qu'on doit ici s'en faire une règle. S'il s'agissoit d'immeubles réels, rien ne seroit confondu avec le mobilier. Mais dès qu'il ne s'agit que de droits de reprise, & de remploi, comment ne les pas confondre avec le mobilier ? puisque : 1°. les sommes à cause desquelles la reprise est due y sont tombées : 2°. que si la reprise & le remploi ont lieu, c'est en premier ordre sur le mobilier qu'on les exerce. Il est très-important de distinguer l'objet des actions, qui détermine leur nature ; parce que c'est par leur nature qu'on peut juger de leur effet. Si les propres réels existent, si les

deniers réservés ont été employés en acquisitions d'héritages, on ne peut refuser au gardien une action immobilière & réelle dont l'exercice n'a rien de commun avec les meubles dont il profite, & ne coûte rien aux enfans : s'ensuit-il de-là qu'il ne confond pas dans son gain des meubles, une action qu'après avoir emporté les meubles, il ne pourroit plus exercer que sur les immeubles de ses enfans ?

3e. Raison. Les sommes stipulées propres, ou le prix des immeubles aliénés, doivent être tirées de la masse par délibation; c'est un prélèvement à faire avant partage. Cette réflexion n'établit pas l'opinion que je combats, & elle la ruine surtout dans nos coutumes. Elle ne l'établit pas. Si la femme renonce à la communauté, il n'y a plus de délibation ni de prélèvement à faire. On ne peut plus nier que les enfans ne soient alors tenus d'une dette pure & simple, & à l'ordinaire envers leur mere. Cependant De Renuffon veut, n°. 41, que la femme en ce cas soit bien fondée à répéter ses apports, quoiqu'elle ait accepté la garde. Il est vrai qu'il ne parle en cet endroit que de la coutume de Paris, & autres semblables. Mais comme dans la suite il n'admet aucune différence entre ces coutumes & celles qui donnent au gardien les meubles en propriété, il suit de son principe qu'il faudroit de même rendre (indépendamment du profit de la garde) les apports à une femme, qui, en renonçant à la communauté, ne s'abstiendroit de prendre d'une main la moitié des meubles, que pour en reprendre la totalité de l'autre main, en acceptant la garde. Il est encore aisé de voir que si les réserves & les remplois sont des délibations & des prélèvements à faire sur la masse, les meubles doivent servir à en payer au moins partie dans les coutumes de Paris & autres semblables, & la totalité dans les nôtres, qui veulent que les meubles soient épuisés pour les dettes avant de toucher aux immeubles; car à Paris, le prélèvement devoit se faire proportionnellement sur les meubles & les acquêts de la communauté. Chez nous, il faudroit commencer par prendre sur les meubles les reprises & remplois du survivant, qui, par conséquent n'emporteroit à titre de garde que ce qui resteroit de meubles après qu'il auroit été rempli de ses réserves, & indemnités de l'aliénation de ses propres. D'où il est aisé de conclure que s'il s'empare de tout le mobilier, il doit se payer lui-même, & n'est plus créancier de ses enfans.

4°. Les dettes dont le survivant est tenu à cause de la garde, ne sont, dit De Renuffon, que celles contractées pendant la communauté, & non celles qui concernent les conjoints entre eux. Cette allégation est insoutenable. Le gardien doit dans toutes les coutumes acquitter les enfans des dettes mobilières contractées par le prédécédé, avant ou pendant le mariage, quoiqu'elles lui soient purement personnelles, & ne soient pas tombées à la charge de la communauté. Il les confond dans le cas où il étoit lui-même créancier de son conjoint avant de se marier, & la garde le charge des dettes, lors même qu'il n'y avoit point de communauté.

Il me semble donc qu'aucune des raisons alléguées par De Renuffon ne peuvent rendre son opinion plausible, & qu'il faut s'en tenir à ce que décident Ferrière &

56.
Différence sur ce point entre nos coutumes & celles où les meubles ne sont pas plus affectés aux dettes que les autres biens.

TIT. IV.
Observ. 15e.

M. Talon. Il est vrai que l'un & l'autre ne confondent les actions de reprise & de remploi du gardien, avec les meubles qu'il emporte en propriété qu'à proportion du profit qu'il en tire, & jusqu'à concurrence de la valeur de ces meubles, & que par l'arrêt de 1668, dans l'espèce duquel la Dame Lecirier qui avoit accepté la garde, s'étoit mise en possession des meubles sans inventaire, le parlement de Paris ne déclara confus que la moitié de son remploi qui étoit de 40000 liv., parce qu'il arbitra que les effets mobiliers auroient pu servir à l'éteindre jusqu'à concurrence de 20000 liv. Je n'examine pas si cela étoit juste & régulier, dans une coutume où les meubles ne sont pas plus affectés aux dettes que les autres biens, & où par conséquent le prélevement devoit se faire proportionnellement & au marc la livre, tant sur les meubles que sur les immeubles de la communauté. De Renusson fait dire à M. Talon « que le gardien est successeur universel d'une quotité de bien, & son droit semblable à celui d'un héritier mobilier, ou à un donataire & légataire de meubles ». Or, à Paris, & dans beaucoup d'autres coutumes, l'héritier mobilier, le donataire ou le légataire universel des meubles, ne sont tenus que de contribuer au paiement des dettes avec le légataire des acquêts & l'héritier des propres, chacun à proportion de l'émolument; mais dans une coutume où les meubles sont affectés en premier ordre au paiement des dettes, ou celles mêmes dont le défunt n'étoit tenu qu'à cause d'une succession immobilière à lui obvenue sont à la charge de son héritier mobilier, ou les immeubles, même ceux qui ont occasionné les dettes ne contribuent à les acquitter qu'après l'épuisement des meubles; ou enfin celui qui met la main aux meubles sans inventaire est tenu indéfiniment des dettes. Je crois que le remploi de la Dame Lecirier, qui avoit pris les meubles sans inventaire, auroit dû être déclaré confus pour le tout; & il me semble qu'il est même douteux qu'on puisse chez nous admettre en faveur du gardien, que s'il a pris la précaution de constater la valeur des meubles par un bon inventaire, & qu'il paroisse qu'il ne suffit pas pour le remplir de ses reprises & de ses remplois, il n'est pas exclus d'en répéter le surplus sur les immeubles; mais qu'il ne peut jamais ni profiter à titre de garde du tout, ou de partie des meubles, sans les imputer sur ses reprises & ses remplois, ni alléguer que les meubles sont insuffisans, quand il n'en a pas constaté le montant par un inventaire.

524
De l'action de
demi-denier.

Ceci avance beaucoup ce que j'ai à dire de l'action de demi-denier, ou de récompense. De Renusson distingue celle qui provient des rentes dûes par l'un des conjoints, & rachetées pendant le mariage aux dépens de la communauté: & celle qui est dûe pour les améliorations & augmentations faites sur les propres de l'un des époux. Il veut, n. 26 & suivans, que ni l'une ni l'autre ne se confondent avec la garde, dans la coutume de Paris, & autres semblables, qui ne donnent pas au gardien les meubles des mineurs en propriété, & ne lui en accordent que l'administration: mais dans les coutumes où la propriété tombe dans la garde, il tient, n. 105 & 106, que si la récompense dûe au gardien provient d'une rente dûe par l'autre

conjoint, & rachetée pendant le mariage; l'action ne s'en confond pas avec la garde; mais que cette action se confond si elle naît des bâtimens faits sur les héritages du prédécédé. La seconde partie de cette dernière décision est confirmée par Ricard sur l'art. 267 de la coutume de Paris, & par Ferrière, *ibid.* gl. 2 n. 5, qui la prouvent par un arrêt du 18 Juin 1611. Quant à l'autre point: savoir que l'action demi-denier ne se confond pas dans la garde quand elle provient d'une rente remboursée pendant le mariage, à l'acquit du prédécédé; la principale raison qu'en donne De Renusson, est que les enfans ne peuvent pas prétendre que la rente rachetée, & dont la moitié subsiste au profit du conjoint qui n'en étoit pas tenu, parce qu'il est subrogé de plein droit au créancier, soit une dette mobilière, attendu que les rentes sont immeubles. D'où il faut d'abord conclure qu'il y a indubitablement confusion dans les coutumes où elles sont immeubles, & dans lesquelles on admettra que le gardien est tenu de toutes les dettes personnelles, même immobilières. Au surplus, il me semble difficile de prendre sur l'action demi-denier une résolution différente de celle qu'on prendra sur la reprise & le réemploi.

Lorsque le préciput stipulé par le contrat de mariage consiste en certains meubles désignés, le gardien qui prend tous les meubles en propriété ne peut exiger ceux qui forment son préciput, séparément, & au-delà du bénéfice de la garde: parce que deux causes lucratives ne donnent jamais droit d'exiger deux fois une seule & même chose, *traditum est duas causas lucrativas in eundem hominem, & eandem rem concurrere non posse*, §. 6, *insti. de legat.* parce que comme le dit la L. 37 ff. *DE REG. JUR. bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.* Mais si le gardien n'a que la jouissance de la généralité des meubles, on convient qu'il peut retenir ceux qui lui sont spécifiquement donnés pour son préciput.

52.
Du préciput.

Dans le même cas, c'est-à-dire, quand le gardien n'emporte pas propriétairement les meubles, De Renusson, *ibid.* n°. 34, tient que, quoiqu'il soit tenu des dettes des mineurs, il n'est pas exclus de demander la somme stipulée pour le préciput. Ferrière aussi, *ibid.* n°. 6, après avoir paru incliner à l'opinion contraire, se range à celle-ci, sur le fondement de quelques arrêts. Il convient cependant qu'Auzanet est d'un sentiment tout opposé, & qu'il dit que quand une somme est donnée au survivant pour son préciput, il est créancier de l'enfant mineur pour cette somme; laquelle par conséquent est confuse en sa personne. Il est peut-être plus vrai que le gardien est créancier de la communauté, mais les dettes de la communauté sont dettes de l'enfant au moins pour moitié. C'est une charge de la succession qui donne ouverture à la garde, & par conséquent il me semble qu'elle doit être acquittée par le gardien, qui n'a le droit de jouir des biens de cette succession qu'à la condition de les rendre à la fin de la garde, libres & déchargés de toutes dettes mobilières.

La confusion fait encore bien moins de difficulté lorsque le gardien emporte la propriété des meubles. Je ne vois pas la différence qu'on pourroit mettre entre une

TIT. IV.
Observ. 15e.

somme accordée pour tout droit de communauté, & une somme stipulée pour préciput. Celle-ci doit donc se confondre dans le gain des meubles emportés par le gardien, puisque l'arrêt de 1594, rendu en faveur de la fille de Cujas, contre sa veuve, dont j'ai dit quelque chose ci-dessus, n° 34, a jugé celle-là confuse. Aussi De Renusson s'est-il vu obligé de dire que peut-être la question n'avoit pas été bien examinée lors de cet arrêt. Evasion indécente qui signifie clairement qu'il n'a pu imaginer aucun moyen de concilier ce préjugé, avec un système qu'il auroit, je crois, rectifié presque dans toutes les parties, s'il avoit voulu réfléchir que dans l'esprit de toutes les coutumes *qui garde prend, quite le rend*. Melun, art. 286, &c. : que leur intention a été d'éviter d'un côté aux gardiens l'embarras de la comptabilité, & de conserver de l'autre aux mineurs l'intégrité de leurs biens; en sorte que la garde finie, ils ne fussent pas obligés d'en aliéner une partie, pour libérer l'autre; que les coutumes les plus favorables aux gardiens, les chargent au moins de toutes les dettes exigibles des mineurs, & que celles qui vont jusqu'à comprendre la propriété des meubles dans la garde, en dépouilleroient très-injustement les enfans, si elles ne les indemnifioient pas en quelques sortes de cette privation à la fin de la garde, en leur faisant alors rendre leurs immeubles en plein, & quittes de toutes charges personnelles. La jouissance momentanée du gardien fait peu de préjudice à ses enfans, quand il leur rend tout dès qu'ils sont parvenus à l'âge où ils commencent à pouvoir jouir eux mêmes. Mais il y auroit de la barbarie de leur enlever pour toujours tout leur mobilier, si cette perte, souvent très-considérable, n'étoit pas colorée par la libération de leurs immeubles, qui doivent par conséquent leur être restitués sans autres charges, que celles qui, étant inhérentes au fond, ne peuvent en être séparées.

53.
Qui garde
prend, quite
le rend.

54.
Des procès.

La coutume de Lorraine, art. 1 du tit. 4, charge le gardien de la poursuite des causes & actions de ses enfans, sans aucuns dépens contre eux. La première partie de cette disposition est fondée sur ce que la garde n'est pas dans cette coutume distinguée de la tutelle, mais lorsqu'il y a un tuteur autre que le gardien, c'est le premier qui plaide au nom des mineurs.

Le gardien est-il alors tenu des frais? Si la coutume de Lorraine l'en charge, c'est tant parce qu'en Lorraine le gardien est tuteur, que parce que jouissant de tout ce qui appartient au mineur sans exception, il doit entretenir & défendre ses biens. Cette obligation du gardien n'est donc pas bornée aux procès où il s'agit des fruits, mais s'étend à ceux où il est question de la propriété. *Fabert sur cet article, n° 400*, quoique les motifs que je viens de toucher n'aient pas lieu par-tout, comme en Lorraine, la règle ne laisse pas d'être générale; les frais des procès sont au compte du gardien, même dans les coutumes où il n'est pas tuteur; & Buridan sur l'art. 262 de la coutume de Vermandois, vers la fin, dit que » par édit du roi Philippe de Valois de l'an 1330, il fut ordonné que le bail & garde noble devoit fournir au tuteur les » frais des procès en matière réelle ». De Renusson, ch. 7, n° 81, est d'avis que dans

la coutume de Paris, & autres qui ne donnent au gardien que l'administration des meubles, il ne laisse pas d'être tenu des frais des procès commencés par le défunt : mais qu'à l'égard de ceux qui sont intentés depuis l'ouverture de la garde par un tuteur, il n'en doit les frais qu'au cas qu'il jouisse à cause de la garde, de l'immeuble dont la propriété est contestée au mineur, & qu'il en est tenu jusqu'à concurrence des fruits de cet immeuble, mais comme ce n'est pas la jouissance actuelle du gardien, au tems que le procès commencé, qui détermine s'il doit les dépens, & que c'est le droit qu'il auroit de jouir de l'immeuble qui fait l'objet du procès, s'il étoit décidé en faveur du mineur : il fera plus exact de dire avec Le Grand, sur l'art. 17 de la coutume de Troyes, gl. 7^e, n^o. 8. » Le gardien noble (& il est de même du gardien bourgeois ?) est tenu de fournir au tuteur les frais des procès des pupilles touchant les biens & héritages desquels il fait les fruits siens, dans les coutumes qui n'en disposent point ; sans pouvoir les répéter des mineurs. Mais il peut répéter les frais des procès touchant les autres héritages des mineurs qu'il fournit en cas qu'il soit aussi tuteur, & qu'il n'est pas obligé d'avancer, s'il ne l'est pas. Ne seroit-il pas absurde que le mineur plaidât à ses risques, & à ses frais pour récupérer un bien dont, en cas d'heureux succès, le gardien percevrait les fruits ?

Je ne vois pas encore pourquoi on limiteroit l'obligation du gardien par rapport aux frais des procès, à la valeur des fruits de l'héritage contentieux. Si ces frais sont une charge de la garde, on ne peut pas même la borner à la valeur du revenu total des biens qui y sont compris ; mais le gardien en est tenu indéfiniment. Nous avons vu qu'il n'est pas reçu à compter du produit de la garde, & qu'il doit en acquitter les charges, quand même elles excéderaient l'émolument.



OBSERVATION XVI.

De la Fin de la Garde noble & bourgeoise.

TIT. IV.
Observ. 16e.

1.
Age qui finit la
garde.

LES coutumes varient beaucoup sur l'âge auquel les mineurs sortent de garde. Par les art. 32 & 41 de celle de Paris, les mâles à 20 ans, & les filles à 15 peuvent faire hommage de leurs fiefs. C'est au même âge que finit la garde noble, suivant l'art. 268. Mais il fait cesser la garde bourgeoise à 14 ans pour les mâles, & à 12 ans pour les filles. La coutume de Verdun, art. 297, met la même différence entre les deux gardes, & les fait finir au même âge. Celle de Lorraine, art. 12 du tit. 4, prolonge la durée de la garde noble jusqu'à 20 ans pour les deux sexes. C'est aussi au même âge que la tutelle non-comptable finit tant pour les mâles que pour les filles dans la coutume de l'évêché : voy. obs. 11, n^o. 28, & pour les mâles dans la coutume de Metz, où elle ne dure que jusqu'à 18 ans pour les filles, voy. *ibid.* n^o. 22. La coutume de Mantès, art. 181, a la même disposition que celle de Metz. A Bar, art. 69, le gardien noble fait les fruits siens jusqu'à l'âge de 16 ans pour les fils, & de 14 pour les filles. A Vitry, où la garde noble est comptable comme la tutelle, l'une & l'autre *faut* aux fils à 15 ans, & à la fille à 12 ans : art. 65. En Vermandois le bail, art. 261, & à Chaumont, la garde comptable, art. 12, durent aux mâles jusqu'à 14 ans, & aux filles jusqu'à 12, &c.

2.
Il dépend de la
coutume de la
situation des
héritages.

J'entrerois inutilement dans un plus grand détail. Il suffit de dire qu'il faut consulter & suivre la disposition de chaque coutume ; mais il peut arriver que le fief dominant, & le fief servant sont situés dans deux coutumes dont les dispositions sont différentes. En ce cas De Laistre, sur l'art. 12 de celle de Chaumont, dit que c'est la coutume du fief dominant qui règle l'âge où le vassal mineur peut faire les foi & hommage. On peut dire, en effet, que le seigneur à qui l'hommage est dû, n'est pas obligé de se conformer à une coutume qui lui est étrangère. Cependant la décision n'est pas sans difficulté. Il semble que le mineur doit être admis à l'hommage dès qu'il est capable de le prêter par la coutume de son domicile, & qu'il n'est pas possible de l'y admettre tant qu'elle l'en rend incapable ; parce que cette capacité paroît une qualité personnelle, & que les qualités personnelles dépendent toujours du domicile. En tout cas, & quand on adopteroit ce que dit De Laistre, la coutume du fief servant n'en régleroit pas moins jusqu'à quel âge le gardien feroit les fruits siens ; parce qu'à cet égard les coutumes sont réelles. Voy. observ. 12, n^o. dernier.

3.
Coutumes où la
garde finit par
les secondes
noces du gar-
dien. Quid à
Bar ?

Dans la plupart des coutumes la garde finit lorsque le gardien se remarie. Paris, art. 268 ; Verdun, art. 98 ; Vermandois, art. 261 ; Troyes, art. 17, &c. L'art. 66

de

de la coutume de Bar porte que le survivant peut prendre le bail & garde noble de ses enfans mineurs d'ans, tant & si long-tems qu'il demeure en viduité ; mais s'il convole en d'autres noces, dès le jour qu'il contracte le mariage, le juge ordinaire peut pourvoir de tuteur auxdits mineurs pour la conservation de leurs droits & biens : & en défaut des peres & meres, l'aïeul, ou l'aïeule auroit semblable privilege. Si cette disposition eut été seule, il auroit fallu en conclure que les secondes noces mettent fin à la garde dans cette coutume. Mais l'art. 69 dit que si le gardien se marie, il sera tenu de rendre compte des meubles, & non des fruits, lesquels il fera siens à cause de la nourriture & entretenement de ses enfans jusqu'à l'âge, &c. Par où il paroît clairement que le gardien ne perd que la tutelle, & non la garde à Bar par les secondes noces, mais que le profit de la garde diminue, & que quoiqu'il conserve la jouissance non comptable des revenus de ses enfans, il est privé de la propriété des meubles. Cela est si clair, & en même tems si naturel que je ne conçois pas ce qui a pu embarrasser Le Paige. Je ne fais pas trop ce qu'il a pensé. Il dit d'abord sur l'art. 69, que la garde noble finit par les secondes noces. Ce qui n'est soutenable à Bar en aucun sens. Plus bas, que quoique la coutume n'oblige le gardien remarié » qu'à rendre compte des meubles, & non des fruits qu'il fait siens pour la nourriture & » entretenement des mineurs, néanmoins on ne peut pas l'obliger, malgré lui, à cet entretenement en lui abandonnant les fruits « : ce que je crois vrai, pourvu qu'après les secondes noces il ne continue pas à s'approprier les fruits, & qu'il déclare qu'il renonce à la garde pour l'avenir : mais d'où il suit que si le gardien le veut, la garde continue ; & par conséquent qu'elle ne finit pas par le convol. Il ajoute cependant que la garde noble est un bénéfice indivisible ; & semble penser qu'on détruit la garde noble en obligeant le gardien de compter des meubles, & qu'on la fait subsister en lui laissant les fruits, s'il veut nourrir, & entretenir les enfans ; ce qui est, selon lui, admettre deux contradictoires dans un même sujet, & repugne à la raison de droit. Cela ne me paroît pas assez réfléchi. La garde subsiste à Bar, malgré les secondes noces : elle est seulement restreinte aux immeubles. Si le gardien avoit gardé la viduité, la coutume lui auroit donné la propriété des meubles. En cela elle est exorbitante du droit commun auquel elle revient, & auquel elle réduit les droits du gardien s'il se remarie. Mais comme alors il perd une partie du bénéfice de la garde, qu'il peut n'avoir acceptée qu'à cause de l'avantage qui lui est ôté, il dépend de lui de ne la pas continuer. Je ne vois rien dans tout cela qui puisse répugner à la raison de droit, ni qui implique la moindre contradiction. Il est vrai que dans la regle générale, on ne peut plus y renoncer ; mais cette regle suppose qu'il n'arrive aucun changement qui énerve le profit de la garde, & qu'elle continue avec la même étendue qu'elle a commencée. Comment forcer le gardien de la conserver malgré lui, en lui retranchant une partie considérable de ce qu'elle lui donnoit ? *Quæ de novo emergunt novo indigent auxilio.*

» Si la garde finit par les secondes noces, dit d'après Auzanet Ferriere sur l'art. 268 ;

L'aïeul remarié
lors de l'ouverture
de la garde,
en est exclus dans ces
coutumes.

Tit. IV.
Observ. 16e.

» n°. 8; on peut justement conclure que si l'aïeul étoit remarié au tems de l'ouverture de la garde, il ne la pourroit pas demander ». Mais il ajoute au nombre suivant, qu'il semble qu'elle doit lui être laissée, quand les secondes noces ont été contractées & dissoutes, avant qu'elle soit ouverte ». Je crois que c'est dans le même sens que l'auteur du traité des minor. dit, ch. 15, n°. 74, que » si le survivant des pere ou mere perd la garde en se remariant, il semble que... l'aïeul ou l'aïeule qui se trouve remarié lors de l'ouverture de la garde, ne doit pas être admis à l'accepter ».

5.
Coutumes où la garde ne finit par les secondes noces que pour les garçons.

Il y a d'autres coutumes en assez grand nombre qui n'ôtent la garde qu'aux meres & aux aïeules qui passent à de secondes noces, & qui la laissent aux peres & aux aïeux, quoique remariés. Telle est celle de Lorraine, art. 3 du tit. 4. L'art. 151 de la coutume de Sedan, où la garde est comptable, ne parle que de la mere; mais il est évident que sa disposition doit être étendue à l'aïeule. La coutume de Melun, art. 286 & autres ont la même disposition que celle de Lorraine. L'auteur du traité des minorités à la fin du ch. 15, dit que » quand la coutume fait finir la garde par le second mariage de la mere, sans parler du pere, comme la coutume de Berry » pour les nobles, tit. 1, art. 33... le pere noble ne perd pas le bail de ses enfans » en se remariant ». Ce qu'il confirme par la note de Dumoulin sur cet art. de la coutume de Berry. *Sed pater per secundas nuptias hoc non perdit.*

6.
Coutumes où le conval ne finit pas la garde.

Enfin, il y a des coutumes qui conservent la garde aux peres & meres & aux aïeux remariés. Vitry, art. 6; Chaumont, art. 11. Il est vrai que dans ces deux coutumes la garde n'est qu'une tutelle. Mais elles n'en sont pas moins exorbitantes du droit commun qui ôte la tutelle aux meres & aïeules remariées, quoiqu'il la laisse aux peres & aux aïeux.

C'est, je crois, ce qui doit s'observer pour la garde comptable, ou non comptable dans les coutumes qui n'en parlent pas.

7.
Elle finit par le mariage du mineur.

La garde finit encore par le mariage du mineur. Ferriere, ibid., n°. 13, Faber sur l'art. 3 du tit. 4, n°. 415, tit. des major. 2, part., sect. 1, traité des minorités : *ubi sup.* C'est l'esprit de toutes les coutumes qui réputent majeurs les mineurs mariés, & en particulier de celle de Lorraine, art. 12 du tit. 4. La plupart des auteurs disent que le mariage des mineurs fait cesser la garde, pourvu qu'il soit contracté du consentement du pere ou de la mere survivante; & il étoit nécessaire de le dire dans le tems qu'on regardoit comme valables les mariages des mineures sans le consentement de leur pere, mere & tuteurs. Mais depuis les ordonnances, qui, à l'âge où ils sont en garde, ne leur permettent plus de se marier valablement sans ce consentement : cette observation me paroît superflue.

Ferriere a une idée singuliere. C'est que le gardien peut se réserver le profit de la garde en consentant au mariage. Mais peut-il par cette réserve empêcher que le mineur valablement marié ne soit réputé majeur ? Non sans doute. On ne peut par aucune convention ôter à quelqu'un les qualités personnelles que la loi lui donne.

Le gardien ne peut donc, ce me semble, mettre obstacle à l'effet de la coutume qui accorde au mineur marié les droits des majeurs. Il ne peut par conséquent ni le priver de la jouissance de son bien que la loi lui donne, ni se la conserver, puisqu'il n'y a droit qu'autant que le mineur est réputé incapable d'administrer son bien. Comment d'ailleurs définir, & autoriser un pareil traité? Ne seroit-ce pas un marché honteux par lequel le gardien seroit acheter son consentement? Est-ce donc pour qu'il pût vendre ce consentement que la loi l'a rendu nécessaire? Elle a présupposé tout au contraire, que l'amour paternel seroit taire l'intérêt personnel, & que pour agréer le mariage d'un enfant, ou pour l'empêcher, tout pere, abstraction faite de son intérêt, ne consulteroit que l'avantage & l'utilité de cet enfant.

Un autre événement qui met fin à la garde, c'est la mort des mineurs. Ferriere, *ibid.*, n°. 12, traité des major., *ubi sup.* Faber, *ibid.*, n°. 416. Je parle de la mort des mineurs; *c'est-à-dire que tous les mineurs étant morts, il n'y a plus de garde.* Ces termes sont ceux de l'auteur du traité des minorités. *ubi sup.*, qui ajoute que *comme la tutelle ne finit pas par la mort d'un des mineurs, il en est de même de la garde, qui est elle-même une tutelle légitime.* Ceci est une exception de ce qui a été dit, *observ. 14*, n°. 14 & *suiv.* que dans beaucoup de coutumes, & même dans toutes, celles qui n'ont pas de dispositions contraires, il ne tombe dans la garde que les biens que le mineur recueille de la succession qui y donne ouverture; car ici les biens dont les mineurs héritent par le décès d'un frere ou d'une sœur, qui étoient en garde comme eux, restent compris dans la jouissance du gardien. Mais cela vient de ce que tous les mineurs étant sous une seule & même garde, les biens qui la composent, indivis entr'eux, ne font qu'un seul patrimoine qui ne croît, ni ne décroît par la mort de quelques-uns d'eux avant la fin de la garde. Il en seroit autrement si l'enfant décédé étoit sous la garde d'un autre; par exemple, si un enfant d'un premier lit mourroit sous la garde de son aïeul, tandis que ceux du second sont sous celle de leur pere, ou de leur mere; ou si les mineurs en garde héritoient d'un frere aîné qui n'y eut jamais été, ou même qui en fut sorti avant sa mort. Alors les biens de ce frere n'étant pas originairement de la garde, n'y tomberoient pas dans la coutume de Paris, & autres semblables. *Secus* dans celle de Lorraine & autres. *Voy. observ. 14*, n°. 14 & *suiv.*

Enfin, le droit du gardien finit par sa mort. Mais elle ne met pas toujours les mineurs hors de garde, si ce n'est dans les coutumes où elle ne se réitére point. Dans les autres ils peuvent retomber sous la garde d'un aïeul, ou d'un autre ascendant. Tout cela ne demande ni preuve, ni explication.

Il me reste encore à observer que la mort civile du mineur, ou celle du gardien opère les mêmes effets que leur mort naturelle. *Traité des minorités, ibid.*

TIT. IV.
Observ. 160.

§.
Par sa mort.

TITRE CINQUIÈME.

De la Différence des Biens & des Droits des Créanciers sur ceux de leurs Débiteurs.

OBSERVATION PREMIÈRE.

Des Biens dont il s'agit dans ce titre & de leurs Divisions.

TIT. V.
Observ. Ire.

1.
Ce qu'on entend en général par le mot biens.

TOUT ce qu'on peut désigner sous le nom de *biens*, n'est pas l'objet de ce titre. Ce mot considéré dans son origine, & pris dans toute la généralité, s'applique à tout ce qui est bon. En ce sens qu'indique clairement l'expression latine *bona*, Dieu est le souverain bien. La vertu & les bonnes actions sont sans comparaison au dessus de tous les autres biens. Cependant la santé, la force du corps, la raison, le génie, les talens, la liberté, la réputation, &c. sont des biens véritables. On n'exclut pas même de ce nombre les choses dont les qualités avantageuses sont mêlées avec d'autres qui sont, ou qui peuvent être nuisibles; à moins que les dernières ne prédominent. *Proprie bona dici non possunt quæ plus incommodi quam commodi habent.* L. § ff. de Verb. sign.

Les moralistes comme les métaphysiciens, appellent donc *biens* tout ce qui contribuant au plaisir, ou plutôt à la satisfaction des hommes, peut leur être vraiment utile. *Vera bona extra virtutes, & earum actiones... sunt aut delectantia, aut delectantium causa, quæ utilia vocantur.* Grotius de jure bel. & pac. lib. 2, cap. 20, n°. 29 (1). Mais par-là ils n'entendent qu'un plaisir honnête & licite, une satisfaction qui ne

(1) Puffendorf, droit de la nature & des gens, liv. 1, ch. 4, § 4, dit aussi « l'essence du bien semble consister dans une certaine disposition qui rend une chose capable d'être utile à une autre, de la conserver, ou de la perfectionner ». Le chaud & le froid, les vents & la pluie, &c. sont donc des biens physiques. Locke, essai sur l'entendement humain, liv. 2, ch. 20, § 2, définit le bien : « ce qui est propre à produire & à augmenter le plaisir en nous, ou à diminuer & à bréger la douleur; ou bien à nous procurer, ou conserver la possession de tout autre bien, ou l'absence de quelque mal que ce soit ». Définition que Barbeyrac sur Puffendorf, préfère avec raison à celle de ce dernier.

coûte rien à la vertu, une utilité fondée sur la nature. Ainsi ils avouent que le contentement qui ne naît que de la seule élévation de la place qu'on occupe (1), celui qu'on trouve à se venger; en un mot tous ceux qui n'ont de fondement que dans l'imagination séduite par les passions, loin d'être des biens désirables, sont souvent des maux honteux. *Imaginabilia, non autem vere bona sunt, excellentia supra alios quatenus à virtute, & utilitate se jungitur, & vindicta: quæ quo magis à naturâ abeunt, eo sunt fœdiora, Grotius, ibid.*

On prend en droit le mot *biens*, dans un sens moins étendu. Ce qu'on entend par là en termes de jurisprudence, ce sont les avantages de la fortune: & quoique dans la loi 49 du tit. du digeste que je viens de citer, Ulpien dise: *bonorum appellatio, aut naturalis, aut civiles est* (2): il ne compte cependant au nombre des biens dont il parle, aucuns des dons de la nature; mais seulement les choses dont nous jouissons, soit en fonds, ou en simple superficie, (3) celles que nous possédons de bonne foi, quoiqu'elles ne soient pas à nous, & celles que nous ne possédons pas, mais que nous avons droit de revendiquer. Ce n'est que de ces choses qu'il dit que *naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt.*

N'accusons cependant pas ce fameux jurisconsulte, ni ceux qui répètent la même chose après lui (4) d'avoir cru comme le stupide vulgaire, que le bonheur est attaché à l'opulence: Ulpien s'explique en ajoutant, *beare est prodesse*. Il a donc seulement voulu dire que nos propriétés, nos possessions, & nos autres droits sont pour nous d'une utilité réelle; ce qu'on ne peut raisonnablement contredire; puisque ceux qui affectant un rigorisme outré, tentent de persuader ce que toute leur conduite prouve qu'ils ne pensent pas, qu'il est avantageux d'être entièrement dénué de tous les biens

(1) Il seroit insensé de ne pas estimer les dignités éminentes. Mais il l'est encore plus de se figurer qu'on est estimable parce qu'on les a acquises avec de l'argent. Le sage ne mesure l'estime personnelle due à l'homme en place que par ses vertus, ses talens & sa conduite. S'il en manque, son élévation le rend bien plus méprisable que s'il étoit resté confondu dans la foule. O vous donc, jeunes élèves du barreau pour qui j'écris, quoique votre fortune vous permette d'aspirer aux emplois, fuyez-les jusqu'à ce que vous soyez parvenus à vous en rendre dignes; & ne vous croyez jamais respectables que par la manière dont vous les remplirez.

(2) La distinction de ces deux significations du mot *biens* est obscure; & la double explication qu'en donnent les glossateurs n'est pas trop satisfaisante. Mais comme cette distinction me semble de nul usage, je ne m'arrêterai pas à l'éclaircir.

(3) Il paroît par le tit. *de superficiebus* au digeste, qu'il étoit d'usage chez les Romains, non-seulement de louer, mais de vendre la superficie d'un héritage, en se réservant le fonds. Ces contrats singuliers, & dont je ne conçois pas trop quel pouvoit être l'objet, n'ont pas, je crois, d'exemple parmi nous. On pourroit cependant penser que notre distinction du domaine direct & du domaine utile en approche un peu.

(4) Faber & cod. lib. 3, tit. 9 de fin. 6, l. 101, 3, Ferrere dict. de droit Vbo. biens, &c.

TIT. V.
Observ. 1re.

de la fortune ; oubliant la priere du sage , qui demandoit à Dieu de le préserver de l'excès de l'indigence , & de celui des richesses. *Prov. 30. , 8.*

Une dernière observation est que les choses qui sont d'une utilité réelle à l'homme, & qui peuvent contribuer à sa félicité , *vel in nostro patrimonio , vel extra patrimonium nostrum habentur ; quædam enim , naturali jure , communia sunt omnino ; quædam publicæ ; quædam universitatis ; quædam nullius. Instit. de rer. divis. in principio.* Ici il ne s'agit que des choses qui constituent notre patrimoine , & la masse de nos facultés ; car quoique le philosophe ait raison de mettre celles qui sont hors de notre patrimoine au rang des vrais biens , je pense comme *Ferriere , dict. de droit , V^{bo}. biens,* que les choses qui ne sont point dans le commerce , ne peuvent point proprement être appellées de ce nom , du moins quand on parle en jurisconsulte , & qu'on ne considère que ce qui a rapport aux droits , & aux intérêts personnels des propriétaires , & de ceux qui leur succèdent , les représentent , ou contractent avec eux. C'est sous ce seul aspect que les biens sont l'objet de ce titre.

2.
Les biens sont corporels ou incorporels.

Les jurisconsultes ont suivi la nature & l'essence des choses , en distinguant les biens en corporels & incorporels : ce qui n'a pas besoin d'être expliqué. On conçoit que les biens incorporels sont les droits , créances , actions , &c. qui ne consistant pas dans une certaine portion fixe de matière , ne peuvent être ni vus , ni touchés quoiqu'on puisse voir & toucher les titres qui les établissent & les prouvent.

3.
Meubles , ou immeubles.

2°. On distingue les biens en meubles & immeubles , *coutume de Metz , tit. 5 , art. 1 ; celle de Paris , art. 88 , dit même qu'il n'y a que ces deux sortes & especes de biens seulement.* A quoi celle de *Calais , art. 1 , ajoute droits , noms , raisons & actions sont censés & réputés meubles , ou immeubles , selon qu'ils tendent à choses mobilières , ou immobilières.*

4.
Même les incorporels.

Ces coutumes tranchent la question si les qualifications de meubles & d'immeubles conviennent aux biens incorporels , & prouvent qu'il faut les ranger sous l'une , ou sous l'autre de ces classes. *M. D. . . sur l'article cité de la coutume de Metz , dit même que la règle générale du droit coutumier n'admet que ces deux especes de biens.* Voyez cependant ce que j'ai dit de la nature des offices , tit. 3 , obs. 11 , n°. 1 & suiv. & le peu que j'en dirai ci-après , obs. 2 , n°. 26 & suiv.

5.
Réels ou fictifs.

Quoique la distinction des meubles & des immeubles ait été indiquée par la nature , il est nécessaire d'observer qu'on a été plus loin qu'elle ; puisqu'outre les meubles & les immeubles réels dont elle a marqué la séparation , les uns & les autres peuvent perdre la qualité qu'elle leur a donnée , & en recevoir une fictive , & contraire à leur essence par la disposition de la loi , ou par la stipulation d'un contrat. *M. Le Camus sur le tit. 3 de la coutume de Paris , n. 3 ; Canon sur l'art. 13 du tit. 2 de la coutume de Lorraine , n°. 1.* Le meuble & l'immeuble , est donc ou réel , ou légal , ou conventionnel.

6.
Noble ou de roture.

3°. On distingue les immeubles en biens nobles , & biens de roture , & quoique dans l'origine tous les héritages fussent de même nature , & que la noblesse & la

roture soient aux biens encore plus qu'aux personnes des qualités accidentelles, factices, & *quæ non à naturâ, sed à moribus, & ab instituto procedant*. Cependant elles sont regardées comme intrinsèques, réelles, & adhérentes aux fonds auxquels elles conviennent. Voyez ci-après, observ. 8^e, n^o. 40, les biens nobles sont les fiefs & les franc-alleux avec justice, ou censive : tous les autres vrais immeubles sont des biens de roture.

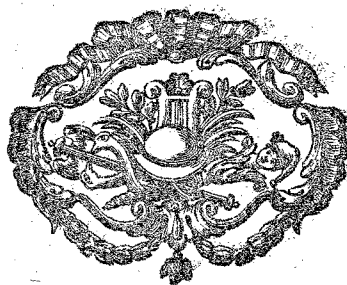
4^o. Presque toutes les coutumes distinguent les acquêts des biens qui n'en ont pas la qualité, & que la plupart nomment propres, quelques-unes biens de ligne, d'autres anciens.

5^o. La seule coutume de Metz distingue les immeubles en très-fonds & gagiers.

TIT. V.
Observ. 1184

7.
Acquêts, ou
propres.

8.
Très-fonds, ou
gagiers.



TIT. V.
Observ. 28.

OBSERVATION II.

Des Meubles, & sur-tout de ceux qui sont réputés immeubles.

1.
Définition des
meubles & des
immeubles.

FERRIERE sur l'art. 88, n. 3, & après lui M. D... sur l'art. 1 du tit. 5 de la coutume de Metz, disent, « les meubles sont les choses qui peuvent être transportées d'un lieu en un autre, & suivre le corps. Les immeubles sont les choses qui ne peuvent suivre le corps, ni être transportées d'un lieu en un autre, sans changement ou détérioration de leur forme ». Cette définition, quoique vulgaire & conforme aux art. 19 de la coutume de Verdun, 99 & 100 de la coutume de Vermandois, 108 de celle de Châlons, 20 de celle de Rheims, 2 de celle de Channy, &c. n'est pas exacte; car outre qu'elle ne convient qu'à la première des trois espèces de meubles, ou d'immeubles, & ne comprend pas ceux qui sont tels par la loi, ou par la convention, les clefs d'une maison, les pièces détachées d'un pressoir, ou d'un moulin, les corps, & les autres parties d'une pompe, les contre-vents, & même les portes, & les vitres &c. peuvent être transportés sans changement, ou détérioration de leur forme, ou, comme portent des coutumes, sans fractions; & cependant font partie de l'immeuble. La coutume de Thionville, art. 23 du tit. 2, fait meuble tout ce qui est mouvant: ce qui paroît tiré de la loi 93 ff. de verb. sign. *moventium item mobilium appellatione idem significamus*. M. Le Camus semble aussi avoir eu en vue cette disposition, à laquelle il a cependant donné une extension nécessaire, en disant sur le tit. 3 de la coutume de Paris, n. 1 « meuble se peut définir, *quod se movet aut movetur*: immeuble ce qui a une situation fixe & permanente, ou ce qui en fait partie ». Ces derniers mots, qu'il faut même prendre largement, rendent immeubles les appartenances d'une maison, ou de tout autre bâtiment, qui ne pourroient être transportés ailleurs sans changement, ou détérioration de leur forme, & sans fracture.

2.
Choses attachées à un bâtiment sont immeubles.

3.
Et celles qui sont destinées à un usage perpétuel.

La coutume de Paris, art. 90, que j'ai citée à la page précédente, celle de Normandie, art. 492, & beaucoup d'autres, & en particulier celle de Metz, tit. 5, art. 11, rendent immeubles ce qui tient à fer & à clou, ou cheville, ce qui est scellé en plâtre, & ce qui a été mis en certain lieu pour l'usage de la maison. C'est l'expression de la coutume de Metz. Celle de Paris dit, *pour perpétuelle demeure*: & celle de Châlons, *destinées à usage perpétuel d'héritage*. C'est sur-tout à cette destination qu'il faut s'attacher pour distinguer exactement ce qui est meuble, de ce qui fait partie de l'immeuble. Cela est assez bien expliqué pour la coutume de Sedan, art. 25 & 26. Suivant le premier « toutes choses qui se peuvent mouvoir, & ne sont de leur nature,

» re, ou usage destinées pour demeurer perpétuellement en la maison où ils sont,
 » & qui se peuvent transporter sans les corrompre & endommager la maison, sont
 » réputés meubles, & par le suivant les choses attachées, ou clouées, & qui ne
 » se peuvent ôter sans endommager la maison, ou qui vraisemblablement y ont été
 » mises, & apposées pour y demeurer à toujours, sont réputées immeubles. Les ré-
 dacteurs de cette coutume ont eu raison de se servir de la disjonctive *ou*; car,
 pour réputer une chose immeuble, il n'est pas nécessaire qu'elle tienne à cloux,
 ni à chevilles, ni qu'elle soit scellée en plâtre; il suffit qu'elle ait été destinée à l'u-
 sage perpétuel de la maison. Un plancher, dit *Buridan sur l'art. 110 de la coutu-*
me de Vermandois, qui est posé, & n'est attaché de cloux, ne laisse pas pour-
 » tant de faire partie de la maison, & d'être tenu pour immeuble; car posé que
 » les planches & doubleaux se puissent dessiéger, & ôter sans les détériorer &
 » rompre, cela néanmoins ne se peut faire sans détérioration de la maison en la-
 » quelle ils avoient été posés pour perpétuelle demeure. Il cite *la l. 17, §. 7 de*
act. emp., & remarque plus bas que dans le dernier §. de cette loi le juriconsulte
 dit la même chose des échelas simplement préparés pour les vignes, même de ceux
 qui n'y ont pas encore été transportés.

Tit. V.
 Observ. 222

Je reviendrai plus bas à ceci; mais auparavant j'emprunterai du même auteur
 deux autres observations nécessaires. La première, que pour que la destination du pro-
 priétaire suffise pour faire regarder une chose mobilière de sa nature, & qui pour-
 roit être transportée, comme faisant partie de l'immeuble, il faut qu'elle ne soit pas
 mise pour le simple ornement, mais pour l'usage de la maison. La loi 245, *ff. de*
verb. sign. en donne pour exemple, non-seulement des lampes & des tableaux qui
 tiennent aux murs, de manière à ne pouvoir être changés de place, mais aussi des
 statues arrêtées sur leurs bases, & qui ne laissent pas d'être meubles. J'applique cette
 décision aux glaces, & aux tableaux dont nous ornons nos cheminées. Quoique
 arrêtés, ce sont plutôt des meubles meublans, que des parties intégrantes de che-
 minées. Mais je ferois difficulté d'en dire autant des tableaux encastrés dans un lam-
 bris. La différence est que le châssis de la glace ou du tableau d'une cheminée est
 fait pour la glace, ou le tableau, & peut servir ailleurs tel qu'il est. Au lieu que le
 lambris tel qu'il est, ne peut servir que dans l'endroit où il est, & qu'il fait partie
 de la maison, comme un parquet, ou un plafond de menuiserie: & que les ta-
 bleaux font partie du lambris dans lequel ils sont encastrés, & ne pourroient en être
 ôtés sans une détérioration notable.

4.
 Quid des che-
 ses mises pour
 le simple orne-
 ment.

Je n'entends parler que des lambris attachés & inhérens aux murs; car *lambris de*
maison & parment de manteaux de cheminées tenans à crochets, ou vérens seulement
 sont mis au nombre des meubles par l'art. 108 de la coutume de Châlons que je
 crois de droit commun, & devoir être suivi par-tout. Lorsque chose qui, de sa
 nature, est meuble, n'est arrêtée que par des crochets, celui qui l'a posée marque
 assez, ce me semble, qu'il a eu intention de l'ôter quand il lui plairoit. Mais en

l'attachant à cloux & à chevilles, & en la scellant en plâtre, ou en mortier, il paroît avoir voulu qu'elle restât toujours au lieu où il l'a placé.

Cependant, & c'est la seconde observation que me fournit Buridan, les lambris, & autres choses semblables ne dépendent de la maison, & ne doivent y rester unis que quand c'est le propriétaire qui les a fait faire; car, dit notre auteur » si le loca-
 taire, pour sa commodité, ajoute quelque chose à la maison qu'il tient de louage,
 » ores, qu'il l'ait attaché à fer & à cloux, chevilles, ou avec ciment, ou plâtre,
 » il la pourra néanmoins ôter en remettant la maison en son premier état. *Chopin*,
 dit de même sur la coutume de Paris, liv. 1, tit. 1, n. 16, *quod si villos fructuarius,*
colonus, inquilinus ve, solo fixerint dolia, mobile ve aliud, suum in usum tem-
porarium, haud propterea sic fixum immobile efficitur. Leur décision est conforme à
 la coutume de Berry, tit. 4, art. 5, qui ajoute: pourvu qu'on puisse ôter, sans
 dégrader la maison, ce que le locataire a fait poser. *M. Le Camus* sur l'art. 90
 de celle de Paris, n. 3, distingue aussi le propriétaire du locataire, & de l'usufruitier,
 & dit de ceux-ci » qu'on ne peut pas présumer qu'ils fassent les choses pour per-
 » pétuelle demeure, à moins qu'elles ne soient si fort unies à l'immeuble, qu'elles en
 » fassent partie, & qu'on ne puisse les en détacher. Cependant je crois comme
Buridan, que le locataire doit, en sortant, laisser ces sortes d'améliorations, si le
 propriétaire veut en payer la valeur, à moins que ce ne soient des choses qu'il
 ait quelque motif de conserver, pour s'en servir ailleurs; car s'il est défintéressé,
 il ne pourroit vouloir détruire ce qu'il a fait, que par une mauvaise volonté qu'on
 ne doit pas tolérer en justice. La coutume de Tours que *Chopin* & *Buridan* citent,
 & qui, art. 126, permet quand on quitte une maison, qu'on n'occupoit que pour
 un tems, d'enlever ce qu'on est censé n'y avoir fait faire que pour sa commodi-
 té, modifie cette règle, en ajoutant: *sinon que le propriétaire l'en voulût récompenser*:
 & je trouve la même restriction dans les lettres-patentes données par Charles-quin-
 le 5 Septembre 1553, pour l'approbation de la coutume de Tournay. *Sauf, y est-il*
dit, que le propriétaire & héritier les peut retenir en payant la valeur par prise: ce
 qui me paroît trop équitable pour n'être pas admis par-tout.

Ancillon sur l'art. 9 du tit. 5 de la coutume dit, que par le §. 12 de la l. 7, ff.
de acqui. rer. dom. » Celui qui bâtit sciemment sur le fond d'autrui, est censé
 » perdre la propriété de ses matériaux; en sorte que l'édifice même étant démoli,
 » il ne peut pas les revendiquer. Mais que si la question se présente, on ne suivroit
 » pas la décision de ce §. qui ne paroît point du tout équitable, & qui ne s'accorde
 » pas avec la règle générale, que personne ne doit jamais profiter ni s'enrichir aux
 » dépens d'autrui. Aussi, ajoute-t-il, le même cas est décidé en faveur du propriétaire
 » des matériaux dans la l. 37, ff. de rei vindicat. On peut, ce me semble, sau-
 ver toute antinomie entre ces deux loix. Celle du tit. de acqui. rer. dom. dit, à la vé-
 rité, ce que *M. Ancillon* lui fait dire; mais je crois qu'elle n'entend refuser les ma-
 tériaux à celui qui les a fournis, que quand les circonstances peuvent faire présu-

Tit. V.
 Observ. 20.

5.
 Ou par le loca-
 taire.

6.
 Le propriétaire
 peut retenir les
 augmentations
 en les payant.

7.
 Si celui qui bâ-
 tit sur fond
 d'autrui perd
 les matériaux?

Présumer qu'il a eu intention de n'en rien répéter au propriétaire ; (intention qui n'est pas rare dans un usufruitier). *Sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur* ; d'autant plus qu'elle ajoute , que si le propriétaire du sol veut avoir l'édifice , sans payer le prix des matériaux & de la main-d'œuvre , on peut lui opposer l'acception *doli mali* ; & qu'il en est de même si celui qui a bâti ignoroit que le fond appartenoit à un autre , *utique si nescit qui aedificavit alienum esse solum* ; parce que s'il le savoit on peut lui reprocher qu'il a eu tort de bâtir témérairement sur le fond d'autrui. Cela ne veut pas dire , selon moi , qu'il lui soit défendu de reprendre ses matériaux , lorsqu'il ne paroît pas avoir eu dessein d'en faire présent au maître du sol , mais que pour qu'il puisse en ce cas les enlever , il faut que le propriétaire du terrain n'en souffre pas. C'est là ce que décide la loi du *tit. rei vindicat* ; elle parle de celui qui a acheté de bonne foi un terrain , mais qui n'y a bâti qu'après avoir été instruit qu'il appartenoit à un autre , & détermine qu'il ne peut pas exciper de sa bonne foi , parce que certioré que le terrain ne lui appartenoit pas , il ne devoit pas y construire un bâtiment ; que cependant *hoc ei concedendum est , ut sine dispendio domini arcae , tollat aedificium quod posuit*.

Quoi qu'il en soit , & quelque sens qu'on veuille donner à la première de ces loix , je ne fais aucun doute qu'Ancillon a eu raison de dire qu'on suivroit parmi nous la disposition de la seconde. On doit , à plus forte raison , permettre au locataire & au fermier d'enlever , sans détérioration de la maison , ce qu'ils y ont fait mettre pour leur usage & leur commodité , si le propriétaire ne veut pas leur en payer la valeur.

La jouissance de l'usufruitier est plus indéfinie , & ordinairement plus longue que celle du locataire. Le droit du premier approche & participe davantage de la propriété , que celui du second. Cependant Chopin & M. Le Camus , comme on vient de le voir , ne les distinguent pas , & la coutume de Tours les égale en ce point ; mais les choses étant regardées comme meubles ou comme immeubles , suivant qu'il y a lieu de présumer que celui qui les a fait placer les a destinées pour l'usage perpétuel de la maison qui étoit à lui , ou au contraire qu'il ne les a mises que pour s'en servir pendant son occupation , avec dessein de les reprendre à sa sortie , il peut y avoir quelque lieu de douter si les héritiers d'un usufruitier , & sur-tout d'un bénéficiaire , comme un chanoine , ou un curé , peuvent détruire des lambris , ou autres choses semblables dont leur auteur a embelli sa maison canoniale ; car , à moins qu'il n'ait pris la précaution de convenir avec son chapitre , ou avec les administrateurs de la fabrique de sa paroisse , qu'à son décès elles pourroient être enlevées , ou que dans quelqu'autre acte il n'ait formellement consigné son intention , il est assez difficile de se certiorer qu'il n'a pas eu dessein d'en laisser la jouissance à ses successeurs , & de faire ce léger avantage à son église.

Mais tant que le bénéficiaire vit , & conserve son bénéfice , il est le maître de détruire les augmentations qu'il a fait faire , à ses frais , dans la maison qui en dépend , pourvu qu'il remette les choses dans l'état où il les a trouvées.

TIT. V.
Observ. 20.

9.
Les matières à
travailler sont
meubles.

10.
Les gueuses
d'une forge.

J'ai dit, après les coutumes, que ce sont les choses destinées par le propriétaire pour l'usage perpétuel de l'héritage, qui de meubles qu'elles étoient deviennent immeubles. Ainsi les matières qui se trouvent dans une usine où elles doivent être travaillées, sont bien certainement de purs meubles; car loin d'être dans l'usine pour perpétuelle demeure, elles n'y sont que pour en sortir dès qu'elles y auront reçu la préparation qu'elle doit leur donner. Les forges sont faites pour le fer, comme les pressoirs pour le vin, & les moulins pour la farine: & on ne peut pas plus dire que les gueuses sont à l'usage perpétuel d'une forge, que les raifins à l'usage d'un pressoir, & les grains à l'usage d'un moulin. Les gueuses sont le produit de la première fonte du minerai; des masses de fer, qu'on reporte à la forge, ou à la fenderie, où elles sont forgées & fendues à l'aide des machines qui font mouvoir les marteaux. Le minerai dans la mine, comme le marbre dans la carrière, ou l'ardoise dans l'ardoisière sont immeubles, comme faisant encore partie du fond. Mais dès qu'on les en a tirés, & séparés, on ne peut plus les considérer que comme meubles: à plus forte raison les gueuses qu'on ne peut pas mieux comparer qu'à des lingots dont elles ne diffèrent que par la valeur & par le poids; mais comme ce n'est ni le poids ni la valeur qui déterminent ce qui est meuble ou immeuble, il n'est pas plus raisonnable de regarder des gueuses dans la succession d'un maître de forge comme immeubles, que des lingots dans celle d'un orfèvre. Cependant Ancillon sur l'art. 11 du tit. 5 de la coutume de Metz, *Vbo. & autres choses*, dit qu'il a été « jugé en la coutume de Luxembourg qui n'en dispose pas, que dans une forge les gueuses sont censées de même nature que la forge, & doivent appartenir à l'héritier de la forge ».

Il fait encore mention de cet arrêt dans son recueil, où il le date du 22 Janvier 1682. Voy. mes extraits de ce recueil, pag. 75, n°. 107. Mais comme il ne donne pas les motifs de cette décision, quoiqu'il eut écrit au procès, je crois qu'on ne peut l'attribuer qu'à quelques circonstances singulières qu'il nous a laissé ignorer, & qu'elle ne peut pas servir de préjugé dans la thèse générale.

11.
L'édifice est de
même nature
que le sol.

L'édifice inhérent au sol, & construit à perpétuelle demeure, fait trop évidemment partie du sol pour douter qu'il soit immeuble. C'est même un immeuble de même nature que l'héritage sur lequel il est bâti. La coutume de Metz le décide en termes formels. *Art. 9 du tit. 5*, qui, comme l'observent Ancillon & M. Dilange, est tiré de la maxime du droit, *omne quod inædificatur solo cedit*. Tous deux concluent que « le bâtiment construit sur un fond qui étoit gagière, sera de même qualité, *aut à contra*; & le premier le prouve en remarquant que cet article est mis sous le titre de la différence des biens ». D'Abocourt disoit au contraire, fol. 164 V^{so}. que l'édifice construit à neuf de fond en comble, sur un terrain où il n'y en avoit point auparavant, étoit tréfond, encore que le sol fût & restât gagière. Mais c'étoit une erreur de ce praticien que les rédacteurs de la coutume ont rejetée. Voy. ci-après n°. 14.

Ancillon demande encore si entre conjoints il est dû indemnité pour raison des bâtimens dans la coutume de Metz, & résout que non : parce que cette coutume est exclusive du emploi, & que les avantages y sont permis. Voy. ce que j'en ai dit tit. 2, obs. 15, n^o. 36 & suiv.

Il y a des choses qui, comme les gueuses, ne sont pas attachées à l'héritage, mais simplement posées sur la superficie : & de celles-là, quelques-unes étant difficiles à transporter, comme les cuves, on peut douter si elles sont meubles ou immeubles. Dans la réalité elles sont meubles : mais elles peuvent être réputées immeubles par la loi. *Pressoirs* (1), *cuves à vin, huile & verjus édifiés, & mis dans une maison, sont censés réputés, & jugés comme immeubles* par la coutume de Berry, tit. 4, art. 6. *Faber*, sur l'art. 25 du tit. 16 de la coutume de Lorraine, veut aussi que les cuves, & même les cuvettes des pressoirs soient immeubles. Il cite l'art. 109 de la coutume de Châlons, qui parle en général *des choses destinées à usage perpétuel d'héritage*, mais ne désigne d'autres cuves que celles *de cuivre à teinturer, & cuves à tanneur assises en terre* ; ce qui est bien différent des cuves à vin simplement posées sur des chantiers, dont, comme je vais le dire, cette coutume parle dans l'art. précédent. Au contraire, l'art. 288 de la coutume de Bourbonnois répute en général le pressoir immeuble, & les cuves meubles. La coutume de Nivernois va bien plus loin. *Edifice assis sur SEUL* (2), *qui n'a fondement en terre, est réputé meuble, soit maison ou pressoir, & aussi les cuves d'un pressoir sont réputées meubles* ; ch. 16, art. 12. *Coquille* est, à la vérité, d'avis qu'on a pris cet article *trop au large, & croit, » quant à l'édifice, qu'il se doit entendre de bâtiment de peu d'importance ; comme quelquefois » on fait des toits à poutres avec des ais, ou des gelinières avec pièces légères : » & même que si un bâtiment ou partie d'icelui est spécialement destiné pour servir » de vinée, & il y ait pressoirs & cuves qui soient sur seul, n'étant liés par matières, » ni entés dedans terre... tels bâtimens... sont censés immeubles, tant à cause de la » destination pour l'usage perpétuel, que comme accessions d'un principal bâtiment, » & comme le tout ensemble ne faisant qu'un seul corps ». Ce sentiment de *Coquille* est en général si judicieux, que quand on feroit difficulté de l'adopter dans la*

TIT. V.
Observ. 26.

12.
Choses non inhérentes au sol qui sont immeubles.

(1) Nos pressoirs dont les fondemens sont en terre, & qui évidemment sont construits à perpétuelle demeure sont trop réellement immeubles pour qu'on puisse se former aucun doute sur leur nature. Mais il y a des provinces où on se sert de pressoirs beaucoup plus petits, & en quelque sorte portatifs. Et comme le doute pouvoit tomber sur ceux-là, les coutumes en parlent & en reglent très différemment la nature. Leurs dispositions n'étant d'aucun usage dans le ressort, je me bornerai à cette remarque, & ne parlerai ni des pressoirs, ni des moulins qui sont constamment immeubles, hors les moulins sur bateaux, très-rare dans notre pays, & qui sont meubles, à moins qu'ils ne soient banaux.

(2) Sol, solum.

TIT. V.
Observ. 2e.

coutume de Nivernois, (parce que non-seulement elle répute meuble tout ce qui n'est pas fondé en terre, mais qu'elle comprend expressément dans cette regle les maisons, les pressoirs & les cuves, & que d'ailleurs elle semble dans l'article précédent ne reconnoître pour immeuble que les choses qui *tiennent à fer, clou, cheville, ou par matieres* : en sorte qu'il n'est pas étonnant qu'elle mette au rang des meubles ce qui n'est que posé sur le sol). Il faudroit du moins avouer qu'une disposition si singuliere doit être renfermée dans la coutume qui la contient. Ainsi je pense qu'une simple baraque, une cahutte, quoiqu'elles ne tiennent pas à la terre qui les porte, ni aux bâtimens auxquels elles sont jointes, doivent être regardées comme immeubles, pour peu qu'elles paroissent avoir été construites où elles sont pour y rester tant qu'elles dureroient.

Les coutumes statuent en termes différens sur la nature de ces choses qui ne sont pas inhérentes aux bâtimens ni à la terre. Quelques-unes disent que *toute ce qui se peut mouvoir & transporter de lieu à autre sans fraction & rupture d'icelui, des huis ou fenêtres des lieux où il est, est réputé meuble*; Châalons, art. 108; Chauny, art. 2. Je crois que par-tout on regardera comme appartenances de la partie du bâtiment où elles se trouvent les choses qu'on ne peut aucunement en tirer par la porte ou par la fenêtre, & sans faire une ouverture à la muraille. Mais le doute reste s'il s'agit de choses qu'on puisse démonter, & ensuite sortir par la porte, comme des armoires ou des cuves. L'art. cité de la coutume de Châalons met au rang des meubles les choses qui se peuvent désassembler. De même l'art. 20 de la coutume de Verdun porte : » *Les cuves, bois de lit, & autres ustensilles que l'on peut désassembler sans grande détérioration, sont réputées meubles* « ; ce qui est conforme à l'art. 101 de la coutume de Vermandois. On ne détériore pas des bois de lit, ni même des armoires & des buffets, en les démontant. Il étoit donc naturel de les regarder comme de purs meubles. Quant aux cuves, il me semble qu'on les détériore en les désassemblant, parce qu'alors on est toujours obligé de remplacer des cercles qui auroient pu servir encore long-tems ; mais au moins on ne les détériore pas considérablement ; & c'est sans doute ce qui a engagé les rédacteurs de ces coutumes de les ranger dans la classe des meubles, même lorsqu'on ne pouvoit les transporter sans les démonter. On peut donc, ce me semble, regarder aussi les cuves comme meubles dans les coutumes qui, comme celle de Rheims, art. 20, donnent cette qualité aux choses qu'on peut transporter sans fracture & grande détérioration.

Mais je ne pense pas qu'il en soit de même dans les coutumes qui, comme celle de Normandie, art. 506, se contentent qu'une chose ne puisse être enlevée sans fracture ni détérioration, pour la réputer immeuble. Toute détérioration me paroît suffire. Dans ces coutumes qui n'exigent pas qu'elle soit grande ; & je crois, qu'à la différence de quelques autres ustensiles, les cuves qu'on ne peut enlever sans les désassembler, sont immeubles : outre que, comme je l'ai dit, on ne détériore aucunement un bois de lit, ni même une armoire & un buffet, en les démontant ;

13.
Suite : des cu-
ves, &c.

on peut les regarder comme des meubles meublans qui prennent la qualité d'immeubles plus difficilement que les autres meubles. Mais démonter une cuve, c'est presque toujours fracturer au moins quelques-uns des cercles qui en font partie, & d'ailleurs c'est la détériorer. Il est vrai que la détérioration est légère & facile à réparer; mais aussi je parle des coutumes qui semblent ne reconnoître pour meubles que ce qui peut être enlevé sans détérioration quelconque. Aussi l'art. 515 de la même coutume de Normandie dit que *les cuves & tonnes sont réputées immeubles*, si pour les transporter, il faut les défaire. Les art. 283 de la coutume de Melun; 224 de celle de Tours, & 2 du tit. 23 de la coutume de Lodunois ont la même disposition.

Tit. V.
Qu'icerv. 1263

L'art. 11 du tit. 5 de notre coutume de Metz, conforme à l'art. 506 de la coutume de Normandie, porte : *Tout ce qui se peut transporter de lieu à autre sans fraction & détérioration, rupture des huis & fenêtres des lieux où il est, est réputé meuble; mais ce qui... ne peut être tiré ni transporté sans détérioration ou fraction... est tenu pour immeuble.* Notre coutume ne fait pas expressément, comme l'art. 515 de la coutume de Normandie, l'application de cette règle générale aux cuves qu'on ne peut sortir sans les démonter. Il est simplement ajouté que *ce qui a été mis en certain lieu pour l'usage de la maison, comme pressoirs, cuves, moulins, & autre chose de pareille qualité & nature, est tenu pour immeuble.* Mais nos praticiens regardant sans doute la séparation des douves d'une cuve comme une détérioration, en ont conclu que celles qu'on ne pouvoit transporter sans cela étoient immeubles : & l'usage est certain à Metz, qu'on regarde comme telles toutes les cuves qu'on ne peut sortir entières & montées par les portes de la cuverie & de la maison.

14.
De quelle nature elles sont à Metz.

Ce que je viens de dire montre que je suis bien éloigné de désapprouver cet usage. Cependant je voudrois qu'on fit quelque distinction. M. Le Camus, sur l'art. 90 de la coutume de Paris, n°. 16, dit que regarder comme meubles les cuves qu'on peut emporter sans les dépecer, & comme immeubles celles qu'il faut dépecer, ce seroit une règle fautive; & qu'il vaut bien mieux regarder ce qui a été mis à dessein qu'il demeurât perpétuellement pour le propriétaire. C'est, comme on vient de le voir, l'esprit de notre coutume. Or, qu'on puisse ordinairement juger si des cuves sont ou ne sont pas destinées pour l'usage perpétuel de la maison, selon qu'on peut & qu'on ne peut pas les sortir sans les démonter, j'en suis d'avis. Mais si des circonstances plus décisives marquent clairement l'intention du propriétaire, je voudrois qu'on s'y attachât préférablement à la grosseur des cuves, & à la grandeur de la porte de la cuverie. Par exemple, le propriétaire d'une métairie de vignes a des cuves dans la maison de campagne qui en dépend: elles me semblent mises à demeure perpétuelle dans cette maison, & pour l'usage de la métairie, dont par conséquent, je crois qu'elles doivent être regardées comme des dépendances, quand même elles seroient assez médiocres, & la porte de la cuverie assez ouverte pour qu'on pût les en tirer toutes montées, pourvu néanmoins qu'elles fussent proportion-

15.
Circonstances à discerner dans cette coutume.

TIT. V.
OBSERV. 28.

nées à la récolte commune de la métairie. Au contraire, le propriétaire d'une maison de ville y a des cuves, non pour les louer, mais pour y recevoir la vendange d'une métairie de vignes qu'il a dans les environs de la ville, vendange qu'il fait presser sur des pressoirs qui ne lui appartiennent point : il me paroît évident que ces cuves ne sont pas mises pour l'usage de la maison où elles sont, comme il le faudroit, suivant la coutume, pour qu'elles fussent censées en faire partie. Elles sont destinées pour l'usage de la métairie. Mais elles ne peuvent pas non plus en faire partie, puisque le lieu où elles sont n'en dépend pas. Si le propriétaire vendoit sa métairie sans parler des cuves, il est bien certain que l'acquéreur ne pourroit les prétendre comprises dans la vente. Je serois donc porté à les regarder comme meubles. Mais s'il y avoit un pressoir dans la maison de la ville, alors les cuves étant des dépendances naturelles de cet immeuble, seroient aussi constamment immeubles. Voy. ce que je cite de M. Le Camus sous le nombre suivant.

De même si la maison dépendoit d'une cure ou d'un autre bénéfice, & que les cuves y eussent été mises pour les vignes appartenantes propriétairement au bénéficiaire, les héritiers pourroient les reprendre : mais non, si les vignes appartenoient au bénéfice. Dans ce dernier cas, je crois qu'il faudroit les regarder comme placées à perpétuelle demeure, & en juger comme d'un lambris, ou de quelque autre amélioration semblable, dont il y a lieu de penser que le bénéficiaire a bien voulu que ses successeurs profitassent, s'il ne les a pas expressément réservés à ses héritiers.

Ces exemples suffisent pour montrer que la capacité des cuves, & l'ouverture des portes du lieu où elles sont, ne sont pas les seules circonstances à considérer, non-seulement dans la coutume de Metz ; mais même dans les autres, qui semblent y attacher la qualité de meubles ou d'immeubles. » Il vaut bien mieux, dit M. Le Camus, *ibid.* regarder ce qui a été mis à dessein qu'il demeurât perpétuellement pour le propriétaire, & les cuves qui sont absolument nécessaires pour le service du pressoir, lesquelles seront réputées mises à perpétuelle demeure. » Buridan, sur l'art. 101 de la coutume de Vermandois, dit que » Chopin, sur la coutume de Paris, liv. 1, tit. 1, n°. 15, pose une règle générale pour reconnoître quand les cuves à vin, huile ou vérens, baignoires & autres semblables gros ustencilles, comme les pièces d'un pressoir & instrumens qui y servent, sont meubles ou réputés pour immeubles ; & sans s'arrêter s'ils se peuvent désassembler ou non, dit que quand ils sont mis en quelque maison ou héritage, pour perpétuelle demeure, & tiennent dans terre, ils sont réputés immeubles. » Mais il suffit que les choses soient à perpétuelle demeure pour être immeubles, quand même elles ne tiendroient pas en terre. C'étoit, je crois, l'opinion de Buridan, quoique Chopin qu'il cite, ne reconnoisse pour immeubles que les choses *quorum stipites in terrâ defossi ; secus si terra non teneantur, & supra eam sint.* En quoi il ne doit pas être suivi ; car Ulpien dans la loi 17 de *act. emp.*, dit au contraire : *Ædium multa esse quæ ædibus affixa non sunt ignorari non oportet... multa etiam defossa esse neque tamen fundi, aut ville haberi.*

v6.
Et dans les autres.

haberi. Et si, comme le remarque Chopin, & que je l'ai observé page 12, un grand nombre de nos coutumes rendent immeubles ce qui tient à cloux & à chevilles, ou qui est scellé en mortier; outre que cette règle n'est pas si générale qu'elle ne reçoive des exceptions de l'une desquelles ce juriconsulte convient lui-même, nos coutumes n'ont pas certainement voulu mettre en principe que rien de ce qui n'est pas adhérent au sol, ni lié aux murs, ne pouvoit être réputé immeuble. Regardons donc cette qualité comme dépendante principalement de l'intention du propriétaire; & réputons immeubles tout ce qu'il a destiné à l'usage de sa maison, & y a mis pour perpétuelle demeure, adhérent ou non à la terre & au bâtiment.

Telles sont ces grandes pierres creuses qu'on met près des puits & dans les jardins, pour y conserver de l'eau. Quoique simplement posées sur terre, elles sont immeubles, suivant l'art. 21 de la coutume de Verdun, que je crois devoir être suivi par-tout.

Telles sont les grosses enclumes & les chantiers de cave auxquels l'art. 11 du tit. 5 de la coutume de Metz donne la même qualité dès qu'un seul homme ne peut les transporter. Ancillon, sur cet article; Vbo. *de l'enclume*, relève mal-à-propos qu'il s'ensuivroit de cette disposition que l'enclume d'un maréchal ou d'un ferrurier, ou d'un autre ouvrier en fer, étant transportée & mise dans une maison qu'il tiendroit à louage, venant le locataire à changer, il seroit tenu de laisser son enclume comme n'étant pas meuble. La distinction qu'il faut faire entre les choses mises par le propriétaire, & celles posées par le locataire, & qui visiblement ont été destinées, les unes pour perpétuelle demeure, les autres pour un usage momentané, prévient la mauvaise interprétation que craint notre commentateur. J'approuve encore moins ce qu'il ajoute, qu'en vente d'une maison, l'enclume ne doit pas appartenir à l'acheteur; ce qu'il fonde principalement sur ce qu'on ne peut pas dire qu'elle soit posée pour l'usage de la maison. Les propriétaires des maisons n'y ont des enclumes que quand il y a dans ces maisons des forges pour l'usage desquelles les enclumes sont faites: & si elles sont telles que notre coutume les désigne, il faudroit en renverser la disposition pour les contester à l'héritier immobilier, ou à l'acquéreur de la maison, à moins que le contrat de vente n'en contint la réserve. Ancillon pense que si un ouvrier en fer léguoit sa maison à l'un de ses fils de même métier que lui, l'enclume lui appartiendroit *ex præemptâ mente testatoris*. Mais une autre intention présumée, celle du propriétaire qui ayant une forge dans sa maison, y fait poser une grosse enclume, ne doit-elle pas, par parité de raison, faire regarder cette enclume comme mise à demeure perpétuelle, & par conséquent comme immeuble? Mais Ancillon, on a dû le remarquer, vouloit par-tout trouver à critiquer notre coutume, & à persuader qu'il falloit la réformer.

Buridan, *ubi supra*, est tombé dans une erreur encore plus forte, en opinant que les choses, qui meubles réellement & de leur nature, ne sont réputées immeubles que par la disposition des loix, ne sont pas comprises dans les ventes, donations,

Tit. V.
Observ. 20.

baux & ordonnances de dernière volonté, s'il n'en est fait mention expresse. Vendre, donner, louer ou léguer sa maison en général, & sans autre expression plus détaillée, c'est certainement disposer sans exception de tout ce que la loi décide faire partie & dépendre de la maison.

19.
Artillerie & armes
des châteaux.

Ce n'est pas l'héritier des meubles, c'est celui de la seigneurie, souvent même l'aîné seul à cause de son préciput, qui emporte, comme dépendantes de la maison seigneuriale, les choses naturellement mobilières, & bien moins disposées à prendre la qualité d'immeubles que celles dont je viens de parler. *La coutume de Vermandois, art. 102*, porte que » l'artillerie & instrument servant à icelle, étant en châteaux » ou places fortes, pour la garde du lieu, en pays de frontière, sont réputés immeubles ». Même disposition dans l'art. 23 du tit. 16 de la coutume de Lorraine pour toutes les armes servant à défense de maison, qui se trouvent dans celles des gentilshommes & dans leurs châteaux. Sur cet article, Faber remarque, ce qui n'est pas douteux, que » l'artillerie & toutes autres armes pouvant se mouvoir, sont meubles » ez mains des fondeurs, armuriers, marchands; & comme il ajoute, & toutes » autres gens ignobles; mais si elles sont en châteaux & maisons fortes de la noblesse » pour la garde & conservation d'iceux, elles en feront partie, & ne se considèrent d'autre nature que desdits châteaux & maisons fortes; il semble avoir pensé que ces armes seroient meubles, si le propriétaire du château étoit roturier: & Canon le dit très-formellement sur le même article. Je pense, au contraire, que ces termes de la coutume de châteaux & maisons de gentilshommes ne doivent pas être pris limitative, mais demonstrative, & comme exprimant le cas le plus ordinaire, parce que presque tous les châteaux & maisons fortes appartiennent à gens nobles, & qu'au tems de la réduction de la coutume de Lorraine, il n'arrivoit gueres que les ducs permissent à des roturiers d'en posséder. Cette possession devoit même non-seulement une preuve, mais un titre de noblesse. Mais ce qui, sur-tout, me décide, c'est que la raison sur laquelle la disposition de la coutume est fondée, est la même, quel que soit le propriétaire du château: savoir, que l'artillerie & les autres armes qui s'y trouvent, étant destinées à sa défense, sont présumées y avoir été mises à demeure perpétuelle.

Il faut donc prendre garde que cette disposition ne tombe que sur ce qui a été préparé pour défendre le château, & que les armes qui peuvent s'y trouver pour la chasse ou pour l'amusement, conservent leur qualité naturelle de meubles.

D'autres coutumes ont la même disposition que les coutumes de Lorraine & de Vermandois. Cependant je ferois grande difficulté de la suppléer (1) dans celles qui ne la contiennent pas: encore plus la disposition des art. 27, 28 & 29 de la coutume de Sedan, qui ajoutent à l'artillerie & aux armes tous les engins & munitions.

20.
Munitions de
guerre & de
bouche.

(1) Voy. cependant au tom. 3 l'observ. 2 du tit. 9.

de guerre & de bouche, à la seule exception des vivres pour la consommation ordinaire de la maison : quand même les armes, engins & munitions ne seroient pas trouvées dans le château ; pourvu seulement que toutes ces choses aient été destinées & préparées pour y être mises, & servir à sa défense. Mon doute est fondé sur ce qu'encore que la préparation des munitions de guerre & de bouche, pour la défense d'une maison forte, puisse faire présumer que le propriétaire les y a mises à demeure, on peut penser qu'il ne les y a mises que pour y rester pendant que le péril dureroit, & sans intention de les y laisser toujours, lors même qu'il n'y auroit plus rien à craindre, & qu'il pourroit ou en faire de l'argent, ou s'en servir ailleurs.

TIT. V.
Oblerv. 20.

J'ai parlé de l'ameublement des fruits, tom. I, pag. 298, de celui des bois, & du poisson, tant des étangs que des rivières, ibid. pag. 303 & 305. On peut y joindre ce que j'ai dit à propos des droits de la douairière, même volume encore, pag. 610 & 701.

27.
Renvois sur
d'autres ques-
tions.

J'ai aussi examiné la nature des offices, tit. 2, obs. 21, n°. 15, & sur-tout dans l'obs. 11 du tit. 3 ; & j'ajouterai ici seulement, 1°. que *M. D.* à la fin de ses remarques sur l'art. 7 du tit. 5 de la coutume de Metz, dit » qu'il est constant qu'ils » ne reçoivent aucune impression des qualités de fond & de gagière « ; en cela ils diffèrent des rentes constituées, & ressemblent aux meubles, dans la classe desquels il est impossible de les ranger à d'autres égards.

22.
Des offices.

2°. Que l'office vénal est réputé immeuble par les art. 95 de la coutume de Paris, 9 de celle de Calais, & 495 de celle d'Orléans, qui, par une contradiction assez difficile à concilier, ce me semble, vouloient cependant que les deniers provenans de la vente par décret d'un office, fussent distribués par contribution entre les opposans, comme le prix des meubles en cas de déconfiture. On ne trouve pas la même bizarrerie dans l'art. 514 de la coutume de Normandie, & elle a été abolie dans toutes les autres, par l'édit de Février 1683, qui conserve l'ordre des hypothèques sur les offices, en accordant néanmoins la préférence aux opposans au sceau. Voy. cet édit dans le recueil à sa date, ou dans Ferrière, sur l'art. 95, & dans le traité de la vente des immeubles par d'Héricourt, pag. 56, part. 2e. Voyez encore ci-après, observ. 11, n°. 14.

Quant aux deniers ou autres choses mobilières de leur nature, qui deviennent immeubles par des stipulations de propre ou d'emploi, on peut recourir à ce que j'en ai dit, tom. I, tit. 2, observ. 14 du n. 1 au n°. 9 inclusivement.

23.
Des immeubles
qui ne sont tels
que par conven-
tion.

Et pour les soultes de partage, & les meubles qu'un des co-partageans reçoit au lieu & place de ce qu'il auroit dû prendre dans les immeubles. Voy. ibid. depuis le nombre 10 jusqu'au 156.

TIT. V.
Oblerv. 32.

OBSERVATION III.

Des Droits, des Actions & des Créances dont le Capital est exigible.

1.
La nature des
droits & des ac-
tions dépend
de leurs objets.

2.
Des bancs dans
les églises.

J'AI cité sous le n^o. 3 de l'obl. ire. l'art. 1 de la coutume de Calais qui détermine la nature des droits, & des actions par leur objet. La coutume de Berry dit aussi, tit. 4, art. 1, que sous le nom des meubles, sont compris les noms & actions compétans à meubles, & sous le nom d'immeubles, les noms & actions compétans à immeubles. Cette règle est générale & sûre. Mais il y a des droits dont on peut douter si leur objet est chose mobilière ou immobilière. Par exemple, celui de banc dans une église. Il ne peut être acquis aux particuliers héréditairement & à perpétuité. La concession en est pure personnelle; & régulièrement elle doit finir au décès de celui à qui elle a été faite; *M. Louet l. c. som. 9*, & même lorsqu'il prend un domicile permanent hors de la paroisse. » Néanmoins les veuves, enfans & héritiers » de ceux à qui ces places ont été concédées, ont accoutumé d'être conservés en » la possession d'icelles; moyennant une reconnoissance qu'ils font à l'œuvre & fa- » brique de l'église. » *Brodeau, ibid.* : il y a des paroisses dans le ressort, où cette reconnoissance est fixée à une certaine portion du prix de la concession primitive. Il y en a même où l'usage est d'accorder les bancs à celui qui les demande pour lui & pour toute sa famille, moyennant une redevance annuelle (1); & *Brodeau, ibid.*, dit en général » que ceux de la famille sont préférés à tous ceux qui les demandent, » *si eandem conditionem offerant*. Ce droit est donc plus permanent, & plus durable que celui d'usufruit. Cependant, & quoique l'usufruit d'un immeuble doive être mis au nombre des droits immobiliers, parce que l'action de l'usufruitier a pour objet la jouissance d'une chose immobilière; il n'est, ce me semble, pas plus possible de regarder le droit acquis aux bancs, & places d'une église comme quelque chose d'immobilier, que de le ranger dans la classe des choses mobilières. La raison est que, comme on ne peut pas dire que ces places soient dans le commerce, ni les éga-

(1) Il n'y a rien d'abusif dans ces usages. Mais celui de quelques petites villes où on regarde les bancs de la paroisse comme héréditaires & patrimoniaux, & comme concédés à perpétuité, sans aucune reconnoissance ni annuelle, ni aux mutations, & où on souffre que le concessionnaire les vende, les loue, &c. est un abus intolérable, & qui seroit, à ce que je crois, proscri- & aboli, si quelque contestation portée en justice donnoit lieu aux gens du roi de le requérir.

aux biens purement profanes , *extra patrimonium nostrum habentur* (1). Même le droit du concessionnaire.

TIT. V.
Observ. 30.

Aussi ce droit ne dépend point de sa succession, & n'est point attaché à la qualité d'héritier. Les personnes qui ne sont pas appelées à la succession, ou qui y renoncent, le conservent. Les marguilliers de la paroisse St. Barthelemy ayant voulu ôter à François de la Roche, & à sa seconde femme, le banc dont sa premiere femme avoit obtenu la concession, encore qu'il offrit *eandem conditionem* que celui à qui on vouloit le donner, il fut ordonné par arrêt du 9 Mars 1581, rapporté par Brodeau *ibid.*, que le banc demeurerait à la Roche & à sa seconde femme, suivant leurs offres. L'arrêt rendu au parlement de Metz le 19 Novembre 1714, est en plus forts termes. Un particulier de Longwy, & sa femme s'étoient rendus adjudicataires d'un banc dans la paroisse de ladite ville, pour eux & pour leur famille, moyennant une redevance annuelle de 20 sols. Le mari étoit mort, laissant des enfans, & sa veuve étoit passée à des secondes noces. Elle étoit ensuite décédée, sans laisser d'enfans du second mari, qui s'étoit remarié lui-même. Jusques-là il avoit continué de jouir du banc, dont les enfans de sa premiere femme voulurent lui interdire l'usage. Jugé qu'il jouiroit de deux places dans ce banc, sa vie durant seulement; les trois autres adjudgées ainsi que les deux premieres, après sa mort, aux enfans de sa premiere femme.

Ces arrêts sont fondés sur cette vérité, que les bancs d'église, quoiqu'accordés à une famille, à qui il seroit injuste & injurieux de les ôter, ne sont cependant ni héréditaires, ni patrimoniaux. Ils jugent encore que pour y avoir droit il n'est pas nécessaire d'être parent de celui qui en a obtenu le premier la concession pour lui & sa famille; & qu'il suffit d'être entré dans cette famille, en contractant mariage avec une personne qui en étoit.

On ne peut donc pas comparer ce droit à un patronage personnel & héréditaire, » qui passe aux héritiers par ordre successif, & non par proximité de parenté; en » sorte que les plus proches parens ayant renoncé à la succession, ce droit passe à » ceux qui appréhendent la succession, comme faisant partie des biens qui le com- » posent ». *Ferriers, traité du patron., ch. 6, sect. 1, n. 6.*

3.
Des droits de patronage.

Le droit de banc ressemble davantage au patronage réservé à la famille, appelé *jus patronatus gentilitium*, dont le même auteur dit, *ibid. n. 25*, que *quelques-uns prétendent que tous ceux de la famille ont ce droit conjointement*: ce n'est pas son avis, & quoiqu'il estime que tous les parens y sont admis, *quoiqu'ils ne soient pas héritiers*. Comme ce n'est que successivement, le droit de banc diffère encore dans

(1) Voy. ce que j'ai dit sous le n°. 1 de l'obs. 1re. & la note précédente. Les juifs de Metz regardent les places de leur synagogue comme immeubles à tous égards. Elles sont dans le commerce, & se vendent par décret.

TIT. V.
Observ. 3e.

cette opinion, de celui de patronage attaché à la famille : parce qu'il en faut être pour participer au patronage ; & que même, suivant Ferrière, » il appartient à ceux » de la famille, qui se trouvent les plus proches du fondateur, &... passe aux autres » tres parens, tant en directe que collatérale, selon la prérogative du degré ». Au lieu que nous venons de voir le droit du banc adjugé à des maris qui n'étoient de la famille que par alliance.

Au surplus, ces droits de patronage personnel, soit héréditaires, ou acquis à une famille, me paroissent encore ne pouvoir être mis ni au nombre des meubles, ni au nombre des immeubles.

Il n'en est pas de même du patronage réel. Comme il est attaché à la glebe, & que régulièrement il passe à tous ceux qui deviennent propriétaires en tout, ou en partie (1) de l'héritage dont il dépend, il en est considéré comme un appanage, & une portion, ce qui le rend immobilier. J'en dis autant des bancs & places qui appartiennent aux seigneurs, patrons ou haut-justiciers dans les églises paroissiales & dans les chapelles; car, comme ils sont attachés à la seigneurie, & qu'on les acquiert avec la terre, ils en sont une dépendance, & comme une portion.

A plus forte raison, les droits de banalités ou de corvées, les servitudes urbaines & rustiques, & tous autres droits de même nature sont incontestablement immeubles. On objecteroit en vain qu'il ne résulte de ces droits qu'une action qui tend presque toujours *ad mobile consequendum*. Cela est vrai, quand il ne s'agit que de se faire faire raison du produit du droit. Ce produit dès qu'il est acquis devient meuble. Mais le

Droits de banalités, de corvées, de servitudes, &c.

(1) Cette règle manque dans la coutume de Metz, qui, art. 15 du tit. 3 porte : » Au fils » aîné de celui qui a droit de collation, ou patronage laïque d'un bénéfice, appartient d'en disposer » à l'exclusion de ses puînés ; & le plus proche héritier en ligne collatérale exclut le plus rémot ». J'entends cette disposition tant du patronage personnel héréditaire, & de celui qui est réservé à la famille (j'en dirai la raison) que du patronage réel : & je pense que le patronage héréditaire passe entièrement à l'aîné, pourvu qu'il soit héritier ; que le patronage de famille n'appartient qu'à lui seul, quand même il renonceroit à la succession ; & qu'il exclut aussi ses cadets du patronage réel. Mais quoiqu'il semble que ce soit sur-tout à cette dernière espèce de patronage qu'on doit appliquer une disposition qui se trouve sous le titre des fiefs, je tiens cependant qu'elle ne doit avoir lieu qu'autant que l'aîné a part à l'héritage duquel dépend le patronage : en sorte qu'en ce cas, quoique la glebe se divise, le patronage ne se divise pas. Mais si le bien tomboit en entier dans le lot d'un cadet, je ne pense pas que l'aîné pourroit réclamer la prérogative de la coutume ; car il me semble certain que pour jouir d'un patronage réel, il faut au moins avoir part à la glebe. C'est comme annexé à un immeuble que cette espèce de droit de patronage est immobilier.

M. D... dit sur cet article que la coutume a donné cet avantage à l'aîné » afin d'éviter l'inconvénient de diverses nominations, & les procès qui en naissent toujours, lorsque le droit de patronage est exercé par indivis ». Cette pensée n'est pas sans fondement. Les rédacteurs

fond même du droit qui est perpétuel, & toujours attaché à une seigneurie, ou à un autre héritage, est constamment immeuble.

De la règle générale par laquelle j'ai commencé cette observation, il suit que toutes les actions qui tendent au paiement d'une somme mobilière, ou à la revendication d'un meuble, toutes les créances payables, ou à volonté, ou à terme, & dont le capital est exigible en une, ou plusieurs fois, sont meubles » ainsi *cédules*, & *obligations faites pour sommes de deniers, marchandises, ou autres choses mobilières sont censées, & réputées meubles.* Paris, art. 89; la coutume de Sedan, art. 24, ajoute » encore que le terme de payer ne soit échu ». Ce que dit aussi celle de Metz *cit.* 5, art. 10, qui, en outre, met au rang des meubles les arrérages de rentes constituées de quelque qualité qu'elles soient tréfonds ou gagières; & celle de Normandie, art. 490, déclare par réciprocité que les obligations qui sont faites pour choses immeubles; c'est-à-dire, en vertu desquelles on a droit à un immeuble, sont réputés immeubles.

Toutes ces dispositions sont de droit général & commun, & il n'y a sur aucun de ces points nulle diversité dans les coutumes, qui ne distinguent pas, à cet égard, les créances exigibles qui sont hypothécaires, réalisées & nanties, de celles qui n'ont aucune hypothèque; parce que le nantissement, & à plus fort raison la simple hypothèque ne sont qu'une sûreté de plus pour le créancier, & un accessoire de l'obligation principale qui ne peut pas changer la nature de la créance.

TIT. V.
Observ. 3e.

5.
Actions qui ont
des meubles
pour objet;
créances exigibles.

de notre coutume peuvent avoir eu en vue de prévenir cet inconvénient. Mais ils semblent s'être encore plus décidés par la faveur du droit d'ainesse en directe, qu'ils ont borné à cette légère prérogative: puisqu'ils ont laissé l'inconvénient des co-patronages dans le cas de la succession en collatérale. Alors ils appellent bien le plus proche à l'exclusion du plus rémote (& c'est ce qui m'a fait dire que le patronage de famille est compris dans la disposition de cet article; le plus éloigné ne pouvant se croire appelé avec le plus proche, que quand ce patronage est commun à toute la famille) & par là la coutume diminue le nombre des patrons en degré inégal; mais elle n'en empêche pas la pluralité, lorsque différens collatéraux se trouvent en égalité de degré. Celui d'entre eux qui descend de l'ainé de la famille, & qui le représente, n'a plus la préférence, qui n'est donnée qu'au fils aîné de celui qui a droit de patronage, & non au fils aîné de son frère ou de son cousin. Ancillon, sur cet article; Vbo. *au fils aîné*, tient que s'il n'y a que des filles, le droit de patronage appartiendra à l'ainé: opinion très-soutenable, mais qui n'est pas sans difficulté; & Vbo. *le plus proche*, qu'ici la représentation n'est pas admise en collatérale; ce qui me paroît formellement exprimé par la coutume. D'Abocourt, fol. 110, donnoit la préférence en collatérale à l'ainé de la famille; mais les rédacteurs me paroissent avoir rejeté cette opinion, puisque leurs expressions ne peuvent s'appliquer qu'à la ligne directe.

OBSERVATION IV.

Des Rentes.

TIT. V.
Chicrv. 48.

1.
Les rentes foncières sont immeubles par tout.

2.
Excepté dans quelques coutumes quand elles sont rachetables.

3.
Les rentes constituées sont immeubles dans beaucoup de coutumes.

« C'EST une chose certaine, dit Le Grand sur l'art. 65 de la coutume de Troyes, » n°. 16, que toutes rentes foncières qui s'imposent en baillant, & délaissant l'héritage à rente, quoique rachetables, sont mises au nombre des immeubles par les coutumes de France. C'est la disposition de l'article qu'il commente, & des art. 121 de la coutume de Sens, 7 du tit. II, de celle de Cambrai, 62 de celle de Bar, & 11 du tit. 16 de Lorraine.

Le Grand n'excepte que la coutume de Blois qui, par l'art. 157, met les rentes rachetables, quoique foncières, au nombre des meubles tant que le reméré dure. Mais ne pourroit-on pas ajouter la coutume de la Salle de L'isle, qui, au titre des biens meubles & immeubles, art. 7, exige que les rentes soient *sans rachat*, pour qu'elles sortissent la nature du fief, & héritages sur lesquelles elles sont assignées, & hypothéquées. L'art. 140 de la seconde publication de la coutume d'Artois porte aussi » toutes rentes par lettres, viagères, ou héritières à rachat, soit que pour icelles il y ait » main assise, ou rapport d'héritage, ou non, sont réputées pour biens meubles; mais » rentes héritières sans rachat, hypothéquées sur aucuns héritages sont réputées immeubles, » & tiennent nature, & condition dudit héritage. Ces articles paroissent comprendre les rentes foncières, les seules qu'on puisse distinguer en rachetables & non rachetables. Mais comme au tems de la rédaction de ces deux coutumes l'essence des rentes constituées n'étoit pas si fixée, ni si connue qu'aujourd'hui, on peut douter si elles ont voulu parler des rentes foncières. En tout cas, & si, comme la coutume de Blois, elles les réputent meubles dès qu'elles sont rachetables: c'est une singularité contraire au droit commun.

La faculté de racheter les rentes foncières doit si peu en changer la nature, que, quoique imprescriptiblement attachée aux rentes constituées, elle n'a pas empêché le plus grand nombre des coutumes de les mettre au rang des immeubles. Paris, art. 94; Dourdan, art. 49; Châlons, art. 121; Auxerre, art. 120; Montargis, ch. 8 art. 10; Sens, art. 122; Orléans, art. 191; Melun, art. 284; Normandie art. 507; Meaux art. 66; Monfort art. 54; Berry, tit. 8, art. 25; Calais, art. 8; Tours art. 228... Valenciennes art. 50; qui par une singularité très-bizarre déclare cependant meubles les rentes sur la ville & communauté de Valenciennes: Bar, art. 59, & Vermandois, art. 107, qui n'exige pas même le nantissement, comme une condition nécessaire pour que les rentes constituées soient immeubles.

En

En effet, « l'hypothèque ou le nantissement » dit très-bien Lafons sur cet article, « ne donne point la qualité d'immeubles, mais la nature du contrat & la perpétuité » ; car les rentes qui renaissent chaque année, & qui se continuent à toujours, c'est-à-dire, tant qu'elles ne sont point rachetées, sont mises au nombre des immeubles, dit Dumoulin sur l'art. 94 de la nouvelle coutume de Paris, qui étoit le 57 de l'ancienne, n^o. 20. M. D... en a transféré les termes sur l'art. 10 du tit. 5 de la coutume de Metz ; Buridan qui le cite aussi sur l'art. 107 de celle de Vermandois, dit de même, que c'est parce que les rentes constituées donnent comme les héritages un profit & revenu annuel, qu'elles sont réputées pour immeubles : & cette qualité provient si peu de l'hypothèque, que les sommes exigibles, dûes en vertu d'un titre authentique, & hypothequaire, sont de purs meubles.

Ainsi on ne peut douter de ce que Ferriere met en principe sur l'art. 94, gl. 1, n^o. 7 & 8, qu'une rente constituée sous signature privée, & un billet portant promesse de passer contrat de constitution, sont immeubles dans les coutumes que je viens d'indiquer. M. Le Camus, sur le même art., n. 1, dit que, non-seulement les rentes constituées & les promesses de passer contrat sont immeubles, mais aussi les sommes payables à volonté, produisant intérêt. Mais il faut entendre sagement ces expressions qui sont équivoques. M. Le Camus ne veut pas dire que les sommes exigibles à la volonté du créancier, soient immeubles, lorsqu'elles sont de nature à produire légitimement des intérêts ; mais celles dont il est convenu que le remboursement ne sera fait qu'à la volonté du débiteur, à la charge d'en payer jusques-là l'intérêt : & il estime avec raison que cette stipulation forme un véritable contrat de constitution.

4.
Les rentes constituées & les promesses de passer contrat sont immeubles.

Loiseau, *des offices*, liv. 3, chap. 4, n. 23, a cependant écrit qu'une rente « constituée » par simple cédula, qui ne porte hypothèque, est tenue pour meuble. Et cite Chopin sur la coutume d'Anjou. Mais le contraire est certain presque par-tout où les contrats de constitution sont immeubles : & il est bien aisé de prouver que dans ces coutumes l'action résultante d'un simple billet portant constitution de rente, ou même promesse de passer contrat de constitution est immeuble ; car si la nature des actions dépend de leur objet, comme l'établissent Ferriere sur l'art. 88, n. 24, & M. Le Camus sur le même art., n. 3, & comme tout le monde en convient ; l'action résultante d'un simple billet *tendit ad immobile consequendum*, dès que la rente qui est l'objet de ce billet est mise au rang des immeubles par la coutume : cette action est donc nécessairement immobilière.

Il y a cependant des coutumes qui, pour déterminer la nature des rentes, veulent qu'on considère si elles sont, ou ne sont pas spécialement constituées sur des héritages. Telle est celle de Mantes, art. 52 ; telles sont aussi celle de Péronne, art. 270 ; qui n'exige pas néanmoins que les rentes soient nanties pour être censées immeubles, & celle de Chauny, art. 6, qui ne rend au contraire les rentes immobilières que par le

5.
Coutumes qui ne réputent les rentes immeubles que quand elles sont assises sur des fonds.

TIT. V.
Observ. 4e.

6.
Coutumes où
les rentes constituées sont
meubles.

nantissement. L'art. 126 de la coutume de Boulonnois attribue aussi la qualité de meuble, » *aux rentes quand l'hypothèque, & droit réel ne s'est ensuivi* «.

Toutes rentes constituées en général sont meubles dans les coutumes de Troyes, art. 66; de Tournay, *tit. des hypothèques*, art. 2; d'Artois, art. 149; dont j'ai rapporté les termes, n^o. 1, de la Salle de L'isle, *tit. des biens meubles & immeubles*, art. 7 de Cambrai, tit. 16; art. 1, de Blois, art. 157, du Comté de Bourgogne, art. 37; de Vitry, art. 131; de Sedan, art. 18; de Lorraine, tit. 16 art. 12, & de l'évêché de Metz, tit. 2, art. 2.

Les art. 1 & 2 du tit. 5 de la coutume du duché de Bourgogne se contredisent. Le premier porte » *rentes vendues, & achetées à rachat sortiront nature de meubles durant le tems du rachat; & le second: les rentes constituées & acquises à prix d'argent, seront perpétuellement rachetables, & néanmoins réputées immeubles* «. Ce dernier ayant été ajouté lors de la réformation sembloit devoir l'emporter sur l'autre, suivant la règle, *posteriora derogant prioribus*, qui a lieu notamment en matière de loi. Mais l'usage en a décidé autrement; & les rentes constituées sont constamment regardées comme meubles en Bourgogne. Voyez les *traités du droit franc; à l'usage de cette province, tom. 3, traité 7, n. 66*.

Tout le contraire est arrivé dans la coutume de Chaumont, » *rentes & héritages vendus à faculté de rachat, sortiront nature de meubles*. Ce commencement de l'art. 64 étoit fort clair, & je m'étonne que M. de Laistre, n. 9, demande ce que veut » dire cette disposition, & ajoute quoi: la faculté de rachat stipulée dans un contrat de vente sera capable de rendre meuble ce qui, de sa nature, est immeuble? » Cela n'est pas possible, & il y auroit de l'absurdité dans une pareille idée. Cela est tellement possible, & si peu absurde que, comme nous le verrons dans l'observation suivante, il est incontestable dans plusieurs coutumes que les immeubles acquis à faculté de rachat sont du nombre des biens meubles de l'acquéreur. Ce qui obscurcissoit la disposition de la coutume de Chaumont, c'étoit la fin du même article, » *en façon que les deniers procédans des rentes & héritages vendus à ladite condition de rachat, s'ils sont rachetés durant le tems dudit rachat, iceux deniers sortiront nature de meubles* «. De-là on a pu conclure que l'intention des rédacteurs de cette coutume n'avoit pas été de déclarer meubles, ni les rentes mêmes, ni les héritages sujets au rachat, mais seulement les deniers du remboursement fait par le débiteur, & le prix du rachat exercé par le vendeur; & en conséquence les rentes ont été jugées, & sont réputées immeubles dans cette coutume.

7.
Coutumes où
les rentes acquises sont
meubles; &
échues de succession, sont
immeubles.

Nous en avons deux dans le ressort, qui déclarent les rentes meubles dans la personne de celui qui les acquiert, mais qui en changeant la nature, & les mettent dans la classe des immeubles lorsqu'elles sont tombées en succession: St. Mihiel, *tit. 11, art. 3*; Thionville, *tit. 2, art. 23*, celle-ci dit: » *rentes, tant purement personnelles qu'hypothéquées &c.* «, celles-là en fait *des biens de ligne*. Ce changement de nature des rentes est une singularité que je n'ai remarquée dans aucune autre des coutumes qui attribuent aux rentes la qualité de meubles.

Celle de *Verdun*, art. 25, répute les rentes constituées à prix d'argent, meubles, quant à la disposition, & immeubles à tous autres égards. C'est une autre singularité qui approche de ce que la coutume de Metz dit des biens tenant nature de gagiere.

Il peut paroître assez difficile de comprendre comment cette qualité de gagiere, inconnue par-tout ailleurs que dans cette coutume de Metz, y convient aux rentes : puisque chez nous, si les rentes ne sont pas tréfonds, elles sont meubles ; & qu'il semble qu'il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles de la qualité de gagiere. Cependant il est certain qu'elle peut être attribuée aux rentes : puisqu'à la fin de l'art. 10 du tit. 5 il est dit que, « le sort principal desdites rentes est réputé meuble : jusqu'au rachat, s'il n'est acquitté par gagiere ». Nos rentes sont donc, ou tréfonds, ou gagieres. Les premières sont immeubles ; & , pour en avoir la qualité, il suffit qu'elles n'aient pas été acquises pour gagieres. Ce qui a fait dire à M. D... sur cet article que « notre coutume suit la même règle à l'égard des cens & rentes constituées, qu'à l'égard des vrais immeubles ». Cela est indistinctement vrai pour les cens. Quoique l'héritage ascensé tient nature de gagiere à celui qui l'a baillé à la charge d'un cens, ce cens sera tréfonds dans sa personne, s'il ne l'a pas accepté à titre de gagiere. Je trouve dans les notes de M. Bertrand de Chailly sur notre coutume, qu'une maison ayant été vendue à charge d'un cens de 130 liv. stipulé rachetable, & le vendeur à qui cette maison tenoit nature de gagiere, ayant omis d'accepter le cens pour sa gagiere, il a été jugé par le conseil du Me. échevin, le 23 Décembre 1626, qu'il lui tenoit nature de tréfonds. Mais les cens sont de vrais immeubles soumis à toutes les règles établies pour les autres immeubles. Voy. ci-après obs. 7, n. 9

Ce que dit M. D... est encore vrai, en ce qu'il en est des rentes comme des biens immeubles, qui « sont réputés tenir nature de fonds, s'il n'appert qu'ils soient acquêtés par gagiere », art. 3 du même titre. Mais suivant l'article précédent, l'héritage acquis par gagiere... retient sa nature d'immeubles, en ce qui regarde l'hypothèque, & cela n'est plus vrai des rentes de gagieres, comme je l'établirai ci-après. D'ailleurs, de la disposition de l'art. 10, qui ne répute les rentes immeubles que quand elles n'ont pas été acquêtées par gagiere, il s'ensuit que si, en les constituant, on leur a donné cette qualité de gagiere, elles sont meubles ; à la différence des autres biens, à qui la qualité de gagiere ôte si peu celle d'immeuble, qu'il sembloit, au contraire, que tout ce qui étoit gagiere devoit être immeuble, puisque l'art. 1 du même titre divise les biens en meubles & en immeubles, & les immeubles en fonds, & en gagieres.

C'est en cela que consiste la difficulté dont j'ai parlé. Pour la résoudre, il ne faut que se rappeler ce que j'ai établi après Ancillon, tom. 1, tit. 2, obs. 8, n. dernier, que dans la coutume de Metz, les mots tréfonds, & immeuble sans désignation, ni spécification, sont synonymes. Nous avons donc à Metz deux sortes de rentes constituées. Les unes sont tréfonds, ou, ce qui est la même chose, immeubles ; & com-

TIT. V.
OBSERV. 42.

8.
A Verdun elles ne sont meubles que quant à la disposition.

9.
A Metz les rentes de gagiere sont meubles.

10.
Le cens acquis par le bail d'un bien de gagiere est tréfonds, s'il n'est acquis par gagiere.

TIT. V.
Oblerv. 4e.

me c'est la qualité de tréfonds qui leur donne celle d'immeuble, elles sont les seules à qui la coutume attribue cette dernière qualité d'immeuble. Les rentes de gagieres restent donc meubles à tous égards. Mais ce sont les seuls meubles qui soient susceptibles de la qualité de gagiere.

11.
Comment la
coutume de
Metz a pu ren-
dre les rentes
immeubles.

Ancillon qui n'échappe aucune occasion de censurer l'usage des gagieres, propose une autre difficulté. Il prétend qu'il est contradictoire d'attribuer la qualité de meuble aux héritages de gagiere, & celle de gagiere aux rentes constituées. Pourquoi les gagieres sont-elles réputées meubles ? C'est parce que les acquêts de gagieras n'étoient dans leur origine que des engagements simulés ; & qu'au moyen de cette fiction, l'acquéreur, quoique vrai propriétaire, est encore aujourd'hui supposé n'avoir aucun autre droit que la simple détention de l'héritage, pour sûreté du prix dont il est supposé créancier, & qui n'est qu'un meuble. » De même, dit Ancillon sur l'art. 1. du tit. 5, » *le créancier à qui les rentes sont dues n'a que des deniers à recevoir. Pourquoi la même raison qui fait réputer un engagement meuble, ne fait-elle pas aussi réputer meuble la constitution de rente qui ne donne droit que de demander de l'argent.* » ? Il est aisé de répondre, & la différence se fait sentir. L'héritage engagé n'appartient pas au créancier engagiste ; & le droit que l'engagement lui donne de jouir des fruits, n'a aucun trait à la propriété du fonds qui les produit. Ce droit qui est tout ce que l'engagiste peut prétendre pouvoit donc être regardé comme mobilier : & dès qu'on feignoit qu'un acquêt par gagiere n'étoit qu'un engagement, il devenoit conséquent de feindre aussi que la propriété de l'héritage acquis ne passoit pas à l'acquéreur, & qu'entre ses mains cet héritage, ou le droit qu'il avoit sur icelui n'étoit qu'un meuble, au moins à certains égards. Or, c'est l'héritage acquis par gagiere, & par cette fiction légale, supposé n'être qu'engagé, qui est réputé meuble en ce qui touche la liberté d'en disposer, &c. par l'art. 2 du tit. 5 de notre coutume ; mais comme je l'ai dit ci-dessus, n°. 3, après Dumoulin, Buridan & M. D..., le sort principal des rentes constituées produit un revenu annuel comme les véritables immeubles. *Reditus annui... successionem quamdam ut fructus renascentes habent* : & c'est par cette raison que tant de coutumes mettent les rentes au rang des immeubles. Or, le capital qui les produit appartient constamment au créancier. Il en a la pleine & absolue propriété, & c'est ce capital, c'est le sort principal desdites rentes qui est réputé immeuble jusqu'au rachat, par l'art. 10 du tit. 5. Il n'y a donc rien de contradictoire entre cette disposition & celle de l'art. 2. La propriété reconnue dans le cas des rentes, le défaut de propriété, réel dans le cas de l'engagement, feint & simulé dans le cas de l'acquêt par gagiere, établissent que, malgré la différence de ces deux dispositions, elles dérivent du même principe.

12.
Par quelles cou-
tumes les ren-
tes se régissent.

La diversité des coutumes au sujet des rentes a donné lieu de demander si elles se régissent par la coutume sous laquelle les héritages hypothéqués sont situés, par celle du domicile du débiteur, ou par celle du domicile du créancier. Cette question a été autrefois diversément jugée ; mais elle ne fait plus aucun doute. On distingue

les rentes sur l'état, qui se paient dans des bureaux établis à cet effet, & les rentes sur particuliers. Ces dernières n'ont point d'affiette. Ce sont des coutumes attachées à la personne de celui à qui elles appartiennent, & qui sont » meubles, ou immeubles indistinctement, suivant la disposition de la coutume du lieu où le créancier » a son domicile, sans avoir aucun égard aux coutumes, où les héritages affectés à » icelle sont situés, ni aux coutumes où les débiteurs ont leur domicile «. *Ferriere, sur l'art. 94, gl. 1, n. 9.*

Quant aux rentes dûes par le roi, dont le paiement est assigné dans certains bureaux, on les considère comme ayant une affiette, & comme un revenu local régi par la coutume du lieu où le bureau est établi. *Id. ibid., n. 12.* D'Héricourt, traité de la vente des immeubles, chap. 3, n. 13, où il ajoute : » qu'il en est de même » des rentes dûes par les villes ou par les provinces qui ont une affiette certaine pour » le bureau où elles se paient «. On doit en dire autant des rentes sur le clergé de France, ou sur celui des diocèses particuliers, la raison étant la même.

Si le créancier est domicilié en pays de droit écrit, ou dans une coutume qui ne s'explique pas sur la nature des rentes, les doit-on regarder comme meubles ou comme immeubles ? D'Héricourt, *ibid.*, n. 10 & 11, témoigne que le parlement de Paris les juge immeubles, & que les parlemens de Toulouse, de Grenoble, & de Bordeaux les regardent comme meubles. Je n'ai pas connoissance que cette question ait été agitée au parlement de Metz. Si elle s'y présentait, je crois qu'il faudroit d'abord examiner l'usage du lieu où le créancier seroit domicilié ; car les usages non écrits, quand ils sont certains, & n'ont rien que de raisonnable, n'ont pas moins de force que la coutume écrite, souvent même ils y dérogent. A défaut d'un usage assez certain pour fixer la nature des rentes constituées, comme elles font une partie notable de la fortune de bien des familles, & que par-là elles méritent plus d'attention que les meubles, dont *vilis & abjecta est possessio*, selon la glosse sur le §. 1 de la l. 31, ff. *de usurp. & usu cap.* J'inclinerois beaucoup à adopter la jurisprudence du parlement de Paris.

Mais si le créancier établi dans une coutume, transporte son domicile dans une autre, ou si la propriété de la rente passe, soit à titres successifs, soit par donation, ou par vente, à un tiers soumis à une coutume différente de celle du premier rentier, à laquelle des deux coutumes faudra-t-il s'arrêter pour déterminer la nature de la rente ? Ancillon, sur notre art. 10, V^{bo}. *rentes constituées*, dit indistinctement » qu'il » faut suivre la coutume du créancier lors de la constitution de la rente «. Mais cette opinion ne peut pas être suivie, s'il s'agit de décider à qui la rente appartiendra dans la succession du dernier propriétaire. Il n'y a en ce cas d'autre coutume à consulter que celle où il étoit domicilié en mourant ; car la nature de la rente change si le propriétaire est régi, lors de son décès, par une coutume qui la règle différemment de la coutume sous laquelle lui, ou son auteur étoit domicilié lors de la création de la rente. *Mutatione personæ mutatur qualitas rei* ; dit Saligny à la fin de son com-

TIT. V.
Observ. 4^{es}.

13.
Quid : Si la loi ne dit rien sur la nature des rentes.

14.
Quid : S'il y a changement de domicile ?

TIT. V.
Observ. 49.

mentaire sur l'art. 131 de la coutume de Vitry. » L'héritier, ajoute-t-il, qui prend » la constitution comme meuble en une coutume, la rend immobilière dans une » autre s'il y décède. Et réciproquement, quoique la rente fut originairement immeuble par le domicile de celui au profit duquel elle avoit été constituée, elle peut devenir meuble dans sa personne, s'il va résider dans une autre coutume; & dans la personne de son héritier, dont le domicile est différent du sien. Dans cette dernière espèce il n'y a point de fraude à soupçonner. Mais je voudrois excepter le cas où elle seroit apparente. Comme si le propriétaire de la rente, menacé d'une mort prochaine, changeoit de domicile sans autre motif que celui de pouvoir faire de cette rente une disposition que lui interdrait la coutume à laquelle il étoit soumis.

Mais s'il s'agit des effets de l'hypothèque, imprimée sur la rente en faveur des plus anciens créanciers du propriétaire d'icelle, domicilié originairement dans une coutume qui la rendoit immeuble, la décision de M. Ancillon est conforme » aux » principes du droit & de l'équité naturelle, qui ne veulent pas que les créanciers » puissent perdre, par le fait de leur débiteur, les droits qu'ils ont acquis sur son bien. » Ainsi le changement de domicile du propriétaire de la rente n'en doit point changer » la nature au préjudice de ses créanciers. D'Héricourt, *ibid.*, n°. 9. Voy. aussi Ferrière aussi, *ibid.*, n°. 23, De Laistre sur l'art. 64 de la coutume de Chaumont, n°. 12, & l'arrêt dont ils font mention au 2e. tom. du journ. du palais, pag. 683. Il en est de même si le changement provient de la différence des coutumes où le défunt & son héritier sont domiciliés. Alors le nouveau propriétaire ayant recueilli une rente immeuble & chargée d'hypothèque, cette charge ne peut être effacée par la mutation des personnes, & les effets de l'hypothèque subsistent sur la rente entre ses mains, dans toute l'étendue qu'ils auroient eue, si elle étoit restée dans celle du défunt.

La raison de décider; savoir, que ni le fait, ni la mutation de la personne du débiteur ne peuvent faire perdre à ses créanciers les droits qui leur sont acquis sur son bien, n'est plus applicable dans le cas où le propriétaire de la rente domicilié dans une coutume où elle étoit meuble, va résider, ou laisse un héritier établi dans une coutume où les rentes sont immeubles. Ainsi je crois qu'il faut encore alors s'écarter de l'avis d'Ancillon, & que les derniers créanciers ne peuvent pas demander que le prix de la rente vendue sur leur débiteur, qui en étoit propriétaire, soit distribuée par contribution au sol la livre. Cette contribution n'est pas l'effet d'un droit acquis aux derniers, comme aux premiers créanciers sur les meubles. Elle est fondée, au contraire, sur ce que les premiers comme les derniers créanciers, n'ont sur les meubles aucun droit certain, & ne peuvent les regarder comme un gage assuré de leurs créances. Or, si le fait du débiteur ne peut ôter à ses créanciers, les droits anciens qu'ils avoient sur ses biens, il peut leur en donner de nouveaux, qu'ils n'avoient pas originairement. Par exemple, si un débiteur emploie son argent comptant, ou le prix de ses

meubles & marchandises en acquisitions d'immeubles, les premiers créanciers qui n'auroient été payés que par contribution sur les deniers, ou les effets convertis en immeubles, emportent le prix de ces immeubles, à l'exclusion des derniers, qui n'en peuvent rien prétendre qu'après l'entier paiement des anciennes créances. Je pense qu'il en seroit de même, si un habitant de Sedan s'établissoit à Metz, ou à Verdun. Je crois que les rentes à lui appartenantes, meubles à Sedan, deviendroient immeubles par son changement de domicile, & seroient assujetties à l'hypothèque de ses créanciers, entre lesquels, *prior tempore seroit potior jure*. Je ne vois pas plus d'inconvénient de distribuer par ordre d'hypothèque le prix d'une rente constituée, qui, originairement meuble, est devenue immeuble par le fait, & le changement de domicile de celui à qui elle appartenoit, que d'accorder la même préférence aux plus anciens créanciers hypothécaires d'un débiteur qui a changé la nature des choses qu'il possédoit, en convertissant son mobilier en immeubles. La rente constituée appartenante à un habitant de Sedan qui transporterait son domicile à Metz, seroit même un tréfonds, faute d'avoir été acceptée pour gagière; & il ne pourroit pas en disposer par testament. Elle seroit immeuble, mais de libre disposition, s'il s'établissoit à Verdun.

D'Héricourt, toujours *ibid.*, n^o. 8 & 9, dit que dans les coutumes où les rentes constituées sont immeubles, elles doivent être décrétées comme les autres immeubles; mais que dans celles où elles sont réputées meubles, elles ne peuvent être saisies, ni décrétées. (Il entend sans doute qu'elles ne peuvent être saisies réellement). La première partie de cette décision ne peut faire difficulté. La seconde entraîneroit de grands inconvéniens: 1^o. avant que le créancier pût se pourvoir pour être payé de son dû, sur une rente appartenante à son débiteur, il faudroit qu'il fut, à Metz, si la rente tient nature de fonds, ou de gagière au propriétaire d'icelle; à St. Mihiel & à Thionville, si elle a été originairement constituée à son profit, ou si elle lui est obvenue de succession, & c'est chose qu'il lui seroit très-souvent impossible de découvrir: 2^o. ici on ne pourroit faire vendre une rente de 20 liv. ou 30 liv. qu'après tous les délais, & avec toutes les formalités du décret, parce qu'elle seroit immeuble; & là, on pourroit, huitaine après la saisie, faire adjuger une rente cent fois plus forte; mais réputée meuble, sans autre précaution que de faire signifier au saisi le jour & l'heure de la vente, & tout au plus après trois expositions. Voy. les art. 12 & 13 du tit. 33 de l'ordon. de 1667. Je dis tout au plus, parce que le dernier de ces articles, qui exige les trois expositions, ne parle que *des bagues, joyaux & vaisselle d'argent*: 3^o. n'y auroit-il pas de l'absurdité de permettre de faire vendre forcément une rente souvent considérable sur le marché, comme une marmite? Est-ce là où on peut espérer le concours d'un nombre de personnes assez aisées pour en porter le prix à sa valeur?

C'est donc avec raison, que toutes les rentes constituées, de quelque nature qu'elles soient, se vendent par décret dans le ressort, sans néanmoins qu'on fasse les quatre

TIT. V.
Observ. 4^e.

17.
Les rentes se
décrètent.

16.
Même quand
elles sont meu-
bles.

TIT. V.
Observ. 4^e.

criées. Il me semble que ce qui a paru à d'Héricourt mettre obstacle au décret des rentes, c'est la disposition des coutumes qui les réputent meubles; mais elle ne doit pas empêcher de les décréter, puisque comme nous le verrons dans l'observation suivante, il y a d'autres biens que les coutumes réputent pareillement meubles, & qu'on n'y peut faire vendre forcément que par décret. Je crois même que, quoi qu'en ait dit cet auteur, on suit ailleurs le même usage que nous pour les rentes: du moins Ferrière sur l'art. 348 de la coutume de Paris, après avoir proposé la question au n^o. 6, & avoir dit que » les arrêts ont jugé que les rentes réputées meubles doivent être vendues par décrets comme les héritages, & comme les offices, termine en disant » qu'aujourd'hui on ne fait point de criées des rentes constituées sur particuliers. » *Elles se saisissent réellement*, & la vente s'en fait sur trois publications, qui doivent être faites en la paroisse du saisi, & en celle de la juridiction où la saisie se poursuit. Apparemment il a voulu dire que les publications doivent être annoncées par des affiches aux portes & principales entrées de la paroisse du saisi & de la juridiction où se fait la poursuite; car les publications mêmes ne se font qu'à la barre du tribunal, & en présence du juge.

17.
Mais sans les
quatre criées.



OBSERVATION V.

TIT. V.
Observ. ges*Des Contrats pignoratifs ou Engagemens, & des Ventes à faculté de rachat.*

LES antichrèses, ou contrat d'engagement, admis en simple prêt dans les coutumes du Maine, d'Anjou & de Touraine ne sont gueres tolérés dans les autres. Cependant on a pensé que deux coutumes du ressort les autorisoient; celle de Luxembourg, & celle de Lorraine, & qu'elles les égaloient presque en tout aux ventes à faculté de rachat. Et au fond, qu'un homme qui a besoin de 1000 écus, les emprunte, & qu'il engage à celui qui les lui prête, un héritage pour en jouir jusqu'au remboursement, ou que le même homme vende cet héritage 3000 liv., à condition qu'il lui sera libre d'y rentrer quand bon lui semblera, en remboursant l'acquéreur; c'est la même chose, soit dans la réalité de la convention, soit dans son effet; pourvu que dans le premier de ces contrats il ne soit pas libre au créancier engagé d'exiger, à sa volonté, la somme qu'il a prêtée. Cela est si vrai, que lorsque le roi fait vendre ses domaines, comme par la loi de l'état, ils sont inaliénables, & qu'ainsi la vente est toujours faite sous condition du rachat perpétuel, quand même elle ne seroit pas exprimée, on ne donne jamais aux acquéreurs de ces domaines d'autre qualification que celle d'engagistes.

Il me semble donc que vendre son bien sous la faculté perpétuelle de réméré, c'est sous un autre nom l'engager. Il n'y a de différence entre les deux contrats que dans l'expression. Mais on attache quelquefois tant d'importance aux mots, qu'ils suffisent pour faire prendre des idées toutes contraires de choses entre lesquelles il n'y a aucune diversité réelle.

Ainsi la vente à faculté de rachat est approuvée par-tout. Supposons même qu'un héritage vendu, à cette condition, 4000 liv., en valoit réellement 7000, & rapportoit, année commune, 280 liv. de revenu; ce n'en fera pas assez pour faire déclarer usuraire un contrat qui vaudra cependant à l'acquéreur l'intérêt de son argent à sept pour cent.

À la vérité, on réproûve dans toutes les coutumes, hors celles que j'ai nommées, les antichrèses, ou contrats pignoratifs, même quand on les a coloré du nom de vente, & la fiction & déguisement de tels contrats se découvre par trois conjectures, *quæ sunt juris & de jure*, ne recevant preuve au contraire, *vilitas pretii, pactum de retrovendendo & consuetudo fœnerandi*. M. Louet. L. P. somm. 8, n. 1 « On en ajoute une autre qui est la réconduction, quand le vendeur demeure toujours en possession

1.
Coutumes où les engagemens sont admis.2.
Ils ne diffèrent que de nom, des ventes à faculté de rachat.3.
Cependant la vente à faculté de rachat est admise par-tout.4.
Et on réproûve presque par-tout les contrats pignoratifs.5.
À quelles marques on les reconnoît.

Tit. V.
Observ. 5e.

6.
La principale
marque est la
relocation.

7.
Le contrat qui
n'a que deux
de ces marques
n'est pas ré-
prouvé.

8.
S'il a la forme
d'une vente.

9.
Seuls, s'il a
celle d'un en-
gagement.

10.
Excepté dans
quelques cou-
tumes.

11.
Disposition de
celle de Lor-
raine.

12.
Et de celle de
Luxembourg.

de l'héritage qu'il a vendu, par un bail qui lui a été fait par l'acheteur lors de la vente. *Ferrière sur Paris, art. 94, gl. 1, n. 20.* La rélocation, ou réconduction est même » la principale marque d'un contrat pignoratif. *Non enim videtur traditus is fundus, cujus possessio per locationem retinetur à venditore...* laquelle marque dé- » faillant, la cour n'a pas coutume de s'arrêter aux autres; savoir, à la vilité du » prix, ni à la faculté de rémérer. *Brodeau sur Louet. L. P. som. 11, n. 2.* L'ar- » rêt du 6 Avril 1588, rapporté en cet endroit par M. Louet, a décidé en effet, que » la faculté de rémérer, avec une lésion énorme, n'étoit pas suffisante pour faire déclarer un contrat pignoratif; & qu'il falloit la 3e. marque, qui est la coutume de fenerer. Celle-ci est cependant la moins essentielle; & lorsque les trois autres se rencontrent, on ne laisse pas de juger le contrat pignoratif. *Brodeau, ibid. n. 3.*

Aussi dans l'espece que j'ai posée de l'héritage de la valeur de 7000 liv. & du rapport de 280 liv., vendu à faculté de rachat, moyennant 4000 liv.; mais sans que l'acquéreur pût être convaincu de faire habituellement l'usure; & sans relocation de l'héritage au vendeur, la convention seroit confirmée par-tout, tant en pays de droit écrit qu'en pays coutumier.

Mais si, au lieu de vendre l'héritage, il avoit été simplement engagé, le contrat seroit réprouvé, quand même le revenu qu'il pourroit produire n'iroit pas au-delà, ou qu'il seroit au dessous du taux courant de l'intérêt de la somme prêtée; car » l'an- » tichrésé pour l'intérêt du prêt qui étoit permise par le droit romain, comme l'é- » toit l'usure, est illicite par notre usage, qui punit l'usure, & les contrats qui la » pallient sous l'apparence d'autres conventions. *Loix civ. tom. 1, liv. 3, tit. 1, n. 28 à la note.* Nous ne tolérons donc même en pays de droit écrit les contrats d'engagemens que lorsque la créance est de nature à produire légitimement des intérêts.

J'ai dit qu'il y avoit quelques coutumes qui les autorisoient; & que de ce nombre étoient celles de Lorraine & de Thionville, dans lesquelles cependant cette autorisation est plutôt tacite qu'expresse. La première, art. 32 du tit. 13, porte » *en toutes venditions, gagieres, & autres aliénations, qu'elles elles soient, pour les- » quelles ex lettres du même contrat, ou par autre à part ou séparé, a été donnée fa- » culté de rachat au vendeur, ou aliénant, à toutes fois que bon lui semblera; telle » faculté de rachat ne se prescrit jamais, & dure perpétuellement.* La coutume de Luxem- » bourg renchérit sur cette disposition, art. 4 du tit. 5, en rendant le rachat perpétuel, non-seulement lorsqu'il a été stipulé tel, mais aussi lorsqu'il n'a été accordé que pour un tems. » *Celui qui a engagé ou vendu son bien à grace de rachat, le peut » lui-même, ses héritiers, ou ayant-cause, dégager ou racheter sans aucune limitation » de tems; étant la coutume telle, que ce qui est une fois gagere, est toujours gage- » re, & sujet à rachat: & ladite faculté, & grace de rachat faite à certain tems et » contrats de vente, est perpétuelle comme en simple gagere.* &c. Ce n'est pas seulement par ces articles; c'est aussi par les art. 12 du tit. 16 de la coutume de Lorraine, &

23 du tit. 2 de celle de Thionville dont je rapporterai dans un moment les termes, que les ventes à faculté de réméré sont assimilées aux engagements : & c'est de là qu'on a conclu que ces deux coutumes n'admettoient pas moins le dernier de ces contrats que le premier. Quoi qu'il en soit, l'usage est très-certain que dans ces deux coutumes, l'engagement y est autorisé, avec cette modification cependant qu'une année portant l'autre, le revenu du bien engagé n'exécède pas manifestement l'intérêt au taux courant de la somme prêtée. J'ai fait juger par arrêt, en faveur du Sr. Baron de Metzzenhausen, que lorsque le revenu du bien engagé surpassoit notablement l'intérêt du prêt, l'excédent devoit être imputé sur le principal ; mais si l'excès n'est pas assez évident, pour ne pouvoir douter s'il y en a, le contrat s'exécute.

Cet usage est moins singulier dans le Luxembourg Autrichien, & dans les états qui jusqu'à la mort du roi Stanislas, ont été regardés comme une souveraineté distincte du royaume, que dans les parties détachées du Luxembourg & de la Lorraine qui ont été réunies à la France, & qui ressortissoient au parlement de Metz. Dans le Luxembourg resté à la maison d'Autriche, & dans les états des ducs de Lorraine, on a toujours toléré, & on tolère encore les stipulations d'intérêts par contrats, obligatoires ou simples billets. On a donc pu sans inconvénient y tolérer aussi que le créancier, au lieu de se faire payer l'intérêt de la somme prêtée, se fit céder la jouissance d'un bien dont le revenu n'excédoit pas cet intérêt. Mais l'édit du mois de Juin 1669, vérifié au parlement de Metz le 1 Août même année, a déclaré nulles & usuraires toutes promesses & obligations qui seroient à l'avenir passées... avec stipulation... d'intérêt à quelque raison que ce fut ; & cette loi est en vigueur dans tout le ressort ; on seroit donc imputer sur le capital le plus modique intérêt payé dans le cas d'un simple prêt, à Sare-Louis, à Thionville, à Damvillers, & à Montmédy. Mais si les parties sont domiciliées dans quelques-unes de ces villes, & que le créancier se soit fait, au lieu d'intérêt, abandonner la jouissance d'un bien à titre d'engagement, il n'aura aucune imputation à craindre, pourvu que le revenu qu'il en tire n'exécède pas visiblement, au tems du contrat, l'intérêt au taux du roi de la somme prêtée.

On va plus loin : si dans ces deux coutumes de Thionville & de Lorraine, le contrat a la forme extérieure d'une vente à faculté de réméré, il ne pourra plus, quel que soit l'excès du bénéfice pour le créancier, être attaqué avec succès, quand il auroit toutes les marques du contrat pignoratif : par la raison que, quand elles le seroient réputer engagement, il n'en seroit pas moins valable, puisque ces deux coutumes autorisent les engagements : d'où on conclut que, pourvu qu'il n'y ait pas lésion d'outre moitié de juste prix dans les ventes à faculté de rachat, elles sont indistinctement à l'abri de toute atteinte, quand même le bien vendu produiroit beaucoup plus que l'intérêt légitime. Ainsi celui qui, à titre d'engagement, ne pourroit se faire abandonner un revenu plus fort que le taux courant, le pourra dès que le contrat sera

Tit. V.
Observ. 36.

13.
Dans l'engagement le revenu ne peut excéder le taux courant.

14.
Examen de cet usage.

17.
Tout intérêt réprouvé en simple prêt dans le ressort.

Tr. V.
Obierv. 5e.

conçu en forme de vente à faculté de *rémeré* : voilà de nouvelles preuves, & bien plus fortes du pouvoir des mots. Il y auroit bien des choses à dire contre ces usages. Mais on en sent aisément le vice ; & j'examine bien moins ici ce qui devoit être, que ce qui est, & sera observé, jusqu'à ce que le législateur, ou le parlement touché de l'abus, y remédient par un nouveau règlement.

16.
Les biens acquis à faculté de rachat sont immeubles, presque partout.

17.
Les droits de l'engagiste sont mobiliers.

18
Coutumes où les biens acquis à faculté de rachat sont réputés meubles.

Par tout ailleurs que dans ces deux coutumes, & celle de l'évêché de Metz, la vente à faculté de rachat ne fait pas perdre aux biens vendus leur qualité naturelle d'immeuble : mais le contrat d'engagement ne transfère point la propriété des biens engagés. Ce qui appartient à l'engagiste, ce n'est pas l'immeuble même ; ce n'est qu'une créance affectée sur l'immeuble. Les coutumes de Lorraine & de Thionville ont entièrement assimilé les ventes à faculté de rémeré aux engagements ; & comme l'engagiste n'acquiert rien d'immobilier, mais seulement une action, qui, quoique hypothécaire, est mobilière, elles ont mis, comme toutes les autres coutumes, les droits de l'engagiste dans la classe des meubles ; & passant plus loin, elles ont rangé sous la même catégorie les droits de l'acquéreur à faculté de rémeré ; parce que s'attachant plus à l'effet qu'à la forme extérieure du contrat, & à la qualification que les parties lui ont donnée, elles regardent tous biens vendus à la condition du retrait conventionnel, comme n'étant réellement qu'engagé.

Ainsi par l'art. 12 du tit. 16 de la coutume de Lorraine, « *les contrats d'emption, ou vendition d'immeubles à rachat & les gagieres... sont réputés meubles, tant & si longuement que la faculté de rachat dure : voire ne sont telles venditions, & emptions d'immeubles à rachat, pour lesquelles les vendeurs, ou autres en leurs noms retenant les héritages vendus, constituent aux acquéreurs rente, ou pension pendant la faculté censées & revenues que pour simples hypothèques, ladite faculté durante* ». J'ai dit que la rélocation étoit la marque la plus forte du contrat pignoratif. Il arrive souvent que, pour éluder la preuve qui en résulte, ce n'est pas le vendeur, à qui l'acquéreur relaisse l'héritage à bail, mais à quelque autre qui ne fait que prêter son nom au vendeur. On voit par l'article que je viens de transcrire, qu'en Lorraine la rélocation est approuvée, soit qu'elle se fasse ouvertement au vendeur, ou qu'il se cache sous un autre nom : & c'est une assez bonne preuve qu'on n'y réproouve pas les contrats pignoratifs.

La coutume de l'évêché ne les autorise pas. Ils n'y sont admis par l'usage que, comme dans presque toutes les coutumes du royaume, pour des créances qui sont de nature à produire légitimement des intérêts. Il n'étoit pas même parlé des biens engagés, mais seulement de ceux vendus à faculté de rémeré, dans l'art. 9 du tit. 2, du M. de Ramberviller, dont a été tiré le commencement de l'art. 12 du tit. 2 de la coutume, & par la manière dont Ramberviller expliquoit son article 5, il paroît que ce qu'il regardoit comme meuble, c'étoit plutôt le prix du rachat exercé, que l'héritage sujet à rachat, (& non encore racheté) entre les mains de l'acquéreur. Mais cette idée n'a pas été suivie lors de la rédaction de la coutume, puisqu'elle

porte : » *immeubles , engagés ou vendus à faculté de rachat , dans le tems dudit rachat . . . sont censés meubles* .»

La coutume de Luxembourg , art. 23 du tit. 2 , admet aussi la fiction légale , qui fait regarder comme meubles , les biens vendus sous la clause de réméré. Mais elle ne proroge pas comme les coutumes de Lorraine & de l'évêché , cette fiction pendant tout le tems de la durée du rachat : par cet art. 23 : » *les engageres , ou vendages à rachat de biens immeubles , dîmes , & autres semblables , sont réputées pour meubles : mais si telles engageres . . . ont une fois tombé en succession , elles sortissent en ce cas nature d'immeubles* .» Cette disposition est contraire , quant aux biens vendus à faculté de réméré , à ce qui s'observe dans les coutumes de Lorraine & de l'évêché , où l'échûte en succession ne les rend pas immeubles ; & quant aux biens engagés , à ce qui s'observe par-tout où , dans la personne de l'héritier de l'engagiste , non plus que dans la sienne , on ne considère pas le droit résultant du contrat d'engagement comme ayant trait à la propriété de l'immeuble , mais comme une créance hypothécaire. Les art. 21 du tit. 7 , & 19 du tit. 12 de la coutume de Luxembourg sont fondés sur celui-ci. Le premier regardant les retraits lignagers , & l'autre les successions ; je me borne à les indiquer ici , où il n'est pas question de les expliquer ; parce qu'ils n'ont aucun rapport avec la nature & qualité des biens , qui fait la matière de ce titre.

Ainsi les biens acquis à faculté de réméré , qui feroient ailleurs partie de la succession immobilière du possesseur , sont dans ces trois coutumes dévolus à l'héritier mobilier de l'acquéreur : & cet héritier décédant à son tour , ils dépendent encore de la succession mobilière en Lorraine & dans l'évêché ; mais non dans le Luxembourg , où la fiction n'a lieu qu'une fois , & où ces biens reprennent leur véritable nature d'immeuble , dès qu'on les a recueillis à titre successif ; où même , contre ce qui s'observe ailleurs , les droits résultans d'un simple contrat d'engagement , deviennent immobiliers par l'échûte en succession. Il arrive donc dans cette coutume pour les immeubles engagés ou vendus à faculté de rachat ; ce qui , comme je l'ai dit , n°. 14 de l'observ. précédente , arrive aux rentes constituées , lorsque le premier propriétaire & celui qui en hérite sont domiciliés dans des coutumes différentes ; que ce que l'héritier a recueilli comme meuble , devient immeuble en sa personne.

Au surplus , la fiction introduite par ces trois coutumes n'a lieu que pour les successions *ab intestat* , ou testamentaires ; & si l'acquéreur est discuté à la requête de ses créanciers , ils ne peuvent faire vendre les biens qu'il possède à la charge du retrait conventionnel , que par décret en la manière ordinaire ; & le prix qui en provient se distribue entr'eux comme celui des autres immeubles. Il en est de même des biens engagés , l'usage est certain ; & comme il arrive assez souvent que les engagistes des domaines du roi mettent leurs créanciers dans la nécessité de les poursuivre , les exemples n'en sont pas rares.

A Metz , non plus que dans la plupart des autres coutumes , on n'a pas cru que

TIT. V.
Observ. 30.

19.
L'échûte en succession les rend immeubles dans la coutume de Thionville.

20.
Ce qui a lieu même pour les biens engagés.

21.
Les biens acquis à rachat , ou engagés se décrètent.

22.
Les biens acquis à rachat sont immeubles à Metz.

TIT. V.
Observ. 5e.

la faculté de rachat dût faire perdre aux biens acquis sous cette condition leur qualité naturelle d'immeubles. On les a donc toujours distingués des biens engagés. Du moins je n'ai trouvé aucune preuve que chez nous on ait jamais confondu les engagements & les rentes à réméré.

23.
Les engagements y étoient autrefois très-fréquens.

Cependant les contrats d'engagement y étoient autrefois très-fréquens. Comme avant l'édit de 1669 l'intérêt étoit autorisé dans cette province, & qu'il étoit ordinaire & licite de le stipuler dans les promesses & obligations, on n'y réprovoit pas plus l'engagement, dont la cause étoit une dette exigible, que dans le Luxembourg & en Lorraine. D'Abocourt en parle en différens endroits, & en particulier, fol. 164 v^{so}. » *Celui, dit-il, qui tient héritage d'autrui en gage & à cens dessus ice-* » *lui, néanmoins rachetable, ne peut faire telle gagiere tréfonds à ses héritiers, &* » *par ce empêcher la faculté de rachat, s'il n'acquiert autre droit sur les héritages* « : par où il ne vouloit pas dire, selon moi, qu'un bien engagé ne pouvoit jamais devenir tréfonds entre les mains de l'engagiste, s'il n'en acquéroit la propriété ; mais seulement qu'en changeant de nature le bien qui lui avoit été engagé, il ne pouvoit mettre obstacle au dégageement.

24.
Et les contrats pignoratifs.

Je pense encore que ce que dit ici notre praticien prouve, 1^o. que le débiteur qui engageoit son bien, n'en abandonnoit pas toujours la jouissance à son créancier ; & qu'il la retenoit souvent, en s'obligeant de payer pour la conserver, un canon annuel & perpétuel, jusqu'au dégageement, qui étoit regardé comme un cens rachetable : conventions qui formoient une pure & évidente impignoration.

25.
Le droit d'engagiste étoit mobilier.

2^o. Qu'en conséquence, l'engagiste n'étoit considéré comme propriétaire que de la somme à lui dûe, qui n'étoit qu'un meuble, & nullement des biens engagés : au moyen de quoi ces biens, entre ses mains & lors même qu'il en avoit été mis en possession par l'engagement, n'étoient pas considérés comme immeubles : termes synonymme de tréfonds ; ce qui nous montre qu'elle a été l'origine de nos gagieres modernes. *Celui qui tient héritage en gage ne peut faire telle gagiere tréfonds.* Ce mot *gagiere* signifioit donc originaiement engagement ; & il est encore employé en ce sens dans la coutume de Lorraine, & même dans celle de Luxembourg. Voy. ci-dessus n^o. 12 ; & dans celle de St. Mihiel, tit. 4, art. 1.

26.
Engagement & gagiere c'étoit la même chose.

27.
Les biens engagés peuvent devenir tréfonds.

L'usage à Metz approche encore en un autre point de celui de Luxembourg. Je viens de dire que, dans cette dernière province, les engageres réputées meubles entre les mains de celui qui s'est fait passer l'engagement, deviennent immeubles lorsqu'elles échoient à ses héritiers. Ce changement ne s'opere pas à Metz de plein droit par l'échûte en succession ; mais du moins lorsque les biens engagés sont compris dans un partage sans clause, qui leur conserve leur nature de gagiere ou de meuble, ils deviennent immeubles. C'est une des décisions portées par l'arrêt du 10 Juillet 1677, qui, nonobstant le testament par lequel le fleur Michel Persode, major de Verdun, avoit légué tous ses biens à M. André Persode, conseiller vétéran au bailliage de Metz, son frere, a ordonné qu'il partageroit avec les enfans

d'Anne Perfode, leur sœur germaine, les biens du pays messin, compris dans le partage de la succession du pere commun, fait le 27 Juin 1625, sans clause de gagiere : même ceux situés à Vaucremont, qui n'étoient qu'engagés. Voy. les premières & les secondes observations de M. Ancillon sur l'art. 7 du tit. 5.

Ce n'est pas même la seule maniere dont les biens engagés peuvent devenir tréfonds, sans sortir des mains de l'engagiste ou de ses héritiers. Il n'est pas douteux, par exemple, qu'ils prennent la qualité de fonds, lorsque lui ou ses héritiers en acquièrent la pleine propriété sans clause de gagiere. Je pense même que cette mutation peut s'opérer, sans que l'engagiste acquierre aucun droit nouveau par toutes les voies qui des gagières font des tréfonds. Voy. d'Abocourt, fol. 310 rto.

C'est sur ce principe que les biens engagés peuvent avoir la nature de tréfonds dans la personne de l'engagiste ou de ses héritiers, qu'a été fondé un des principaux chefs d'un autre arrêt, dont voici l'espece.

Le 18 Janvier 1644, le sieur Marcilly se rendit adjudicataire, pour sa gagiere, d'une maison à Metz, saisie réellement sur les Guillermins. Par une déclaration du roi, du 7 Juillet 1643 (1), il avoit été permis, tant aux parties saisies qu'à leurs créanciers, de retirer les biens décrétés, en remboursant l'adjudicataire; ce qui avoit été confirmé par un arrêt du conseil du 18 Avril 1646 (2). Le parlement qui avoit été renvoyé à Toul fut rétabli à Metz le 1er. Décembre 1658. M. Charles Gr***. qui l'avoit suivi, se servit, dès le même mois de Décembre, du bénéfice de ces deux loix, pour se procurer une habitation à Metz. Il étoit créancier des Guillermins, neveux de sa femme, comme étant aux droits de Jeanne Mahuet, sa belle-sœur. Mais ce n'étoit que d'une somme de 25 écus quarts; & il craignit que le sieur Marcilly ne lui en offrit le remboursement, s'il se présentoit en son nom. Il prit donc celui de ses débiteurs; & pour faire cesser les exceptions que le sieur Marcilly en tiroit, il se fit passer postérieurement à sa demande, & les 7 Janvier & 11 Mars 1659, deux procurations par Marie & Chrestien Guillermin, pour retirer la maison; portant qu'il avanceroit les deniers nécessaires, & qu'il jouiroit de la maison jusqu'à ce qu'il fut remboursé. Aux termes de ces procurations, il n'auroit été qu'engagiste; mais on prétendoit qu'elles n'étoient point sérieuses, & que par deux autres conventions, (qu'on disoit être les deux pieces qu'on verra avoir été latitées dans la suite) les Guillermins avoient cédé la pleine propriété à M. Gr***. Arrêt du 24 Mars 1659, qui condamna le sieur Marcilly au désistement, à charge de lui rembourser les sommes à lui dûes, qui furent liquidées à 9500 liv. Par autre arrêt du 17 Mai suivant, l'un & l'autre avoient été vendus au profit du sieur & de la Dlle. Guillermin. Cependant, le jour même du second arrêt, Marcilly reçut son remboursement de M.

TIT. V.
Observ. 30.

28.
Par toutes les
voies qui en
donnent la qua-
lité aux engage-
gistes.

(1) Voy. le recueil des édits, &c. enregistrés au parlement de Metz, tom. 11. pag. 616.

(2) Ibid. tom. 2. pag. 128.

TIT. V.
Observ. 5e.

Gr.***. qu'il subrogea dans ses droits sur la maison, comme étant, portoit la quittance, lui M. Gr.***. aux droits de Jeanne Mahuet, créancière des Guillermins.

En conséquence, M. Charles Gr.***. jouit de la maison jusqu'à son décès. Il laissa deux filles, Marie Gr.***., épouse de M. Nicolas-Louis Be.***., trésorier de France, & Barbe Gr.***., mariée en premières nœces à M. Arc.***., conseiller au bailliage de Metz. Ces deux sœurs partagèrent la succession de leur père commun, le 26 Juin 1681. Elles acceptèrent leurs lots pour leur tenir nature de gagière. La maison & une métairie au village d'Ancy sur Mozelle, tombèrent dans celui de la dame Arc.***., & le 1er. Juillet suivant, les titres de la maison lui furent remis au nombre de 39 pièces, cottées par première & dernière, & paraphées de la main de M. Be.***. dont elle donna sa reconnaissance.

Au mois de Juin 1691, elle épousa en secondes noces M. Jean le D.***., conseiller au parlement; & dès le 15 Janvier 1692, il lui fit faire un testament, par lequel elle dispoit en sa faveur de l'universalité de ses biens. Mais comme deux des 39 pièces remises à sa femme lui apprennent que la maison étoit tréfond, & par conséquent qu'elle n'étoit pas plus disponible que la métairie d'Ancy, régie par la coutume de l'Evêché, il chercha à vendre ces deux immeubles. N'ayant pu y parvenir, il passa, le 19 Juillet 1696, un contrat simulé, par lequel il paroïssoit que lui & sa femme avoient vendu la maison au sieur Pri.***., & que partie du prix avoit été payé comptant. Pour donner encore plus l'air de vérité à cette convention feinte, il prit du sieur Pri.***. un reversal par lequel ce feint acquéreur accordoit à la Dlle. le D.***. un délai de 5 ans pour retirer la maison, en lui remboursant les 4000 liv. qu'il paroïssoit avoir payées; & le surplus du prix, si au tems du retrait il en avoit parachevé le paiement, avec les loyaux coûts. Il prit ensuite l'accession des quatre parens que la coutume exige pour la validité de l'aliénation des biens de tréfonds d'une femme mariée. Enfin il donna quittance du restant du prix dont il n'avoit pas reçu un denier.

La dame le D.***. mourut sans enfans, le 21 Novembre 1699. M. Be.***., son héritier légitime aux droits de son épouse, avoit découvert que la vente n'étoit pas sérieuse, & le 13 Mars 1700, il forma demande contre le sieur Pri.***. à ce que, sans s'arrêter au contrat du 19 Juillet 1696, comme feint & simulé, il fût maintenu dans la possession de la maison, & contre M. le D.***., à ce que le jugement qui interviendroit sur ce chef fût déclaré commun avec lui; & à ce qu'il fût condamné au déistement de la métairie d'Ancy.

Je dirai ailleurs quel étoit l'objet de la contestation sur cette métairie. Il ne s'agit ici que de la maison. Le sieur Pri.***. fut interrogé sur faits & articles; & par ses réponses, non-seulement il avoua la simulation, mais encore que M. le D.***. avoit essayé de l'engager à affirmer que le contrat étoit sérieux; & pour lui persuader qu'il pouvoit en conscience faire cette affirmation, lui avoit remis seulement alors les titres de la maison, qu'il avoit retirés de ses mains un mois après.

La

La probité du sieur Pri. ***. ayant déconcerté toutes les mesures prises par M. le D. ***. pour s'approprier la maison sous le nom de ce prétendu acquéreur ; il revira de bord, & soutint que la maison étoit gagiere, & qu'elle lui appartenoit en vertu du testament de son épouse. Pour tâcher de le prouver, il produisit les deux procurations que M. Gr. ***. avoit prises des Guillermins, les 7 Janvier & 11 Mars 1659; & la quittance qui lui avoit été donnée par le sieur Marcilly le 17 Mai même année. C'étoient trois des trente-neuf piéces mentionnées dans la reconnoissance du 1er. Juillet 1681; & elles portoient les cottes 1, 37 & 39, sur lesquelles on avoit tiré un trait. Il paroissoit même qu'on avoit employé l'eau forte pour enlever la cotte qui étoit sur la quittance en ces termes : *Trente-neuf & dernière, avec le paraphe de M. Be. ***.* ; mais que n'ayant pu y réussir qu'en partie, on avoit rétabli d'une autre main les mots *trente-neuf*, qui seuls avoient disparu avec une partie du paraphe.

M. Be. ***. soutint que ce n'étoit pas sur ces trois piéces isolées qu'on pouvoit juger si la maison étoit tréfonds ou gagiere, & qu'il falloit représenter tous les titres de la maison. Après une sommation, il forma incidemment demande en représentation des 36 piéces non produites. M. le D. ***. soutint que, dans le droit, il n'étoit pas tenu *edere contra se* ; & dans le fait, il offrit d'affirmer qu'il ne détenoit aucune de ces 36 piéces. Cependant, le 15 Février 1701, il déclara qu'il venoit d'en recouvrer 34 ; & il les produisit. Restoient celles cottées 32 & 36. M. B. ***. insista à ce qu'elles fussent représentées, & soutint qu'elles établissoient que les procurations des Guillermins n'avoient été ni sérieuses, ni exécutées ; que ces deux piéces non produites étoient les vrais titres, en vertu desquels la maison avoit appartenu à son beau-pere, & qu'elles prouveroient qu'il l'avoit possédée en tréfonds.

Sur quoi, par sentence des requêtes du palais du 17 Mars 1701, il fut ordonné, avant faire droit sur le chef de demande concernant la maison, que M. le D. ***. représenteroit dans quinzaine les deux piéces cottées 32 & 36, restantes des 39 portées par l'acte de reconnoissance de la dame son épouse, du 1er. Juillet 1681 ; & sans s'arrêter aux dispositions testamentaires de cette dame, M. Be. ***. fut maintenu en la possession & jouissance de la métairie d'Ancy, avec restitution des fruits.

Appel de cette sentence dans tous ses chefs par M. le D. ***. qui, sur le premier, disoit pour griefs, 1°. que, *nemo tenetur edere* ; 2°. qu'il n'avoit pas les piéces qu'on demandoit, & qu'on ne pouvoit, sur ce point, exiger que son affirmation ; 3°. que le sieur Marcilly avoit acquis la maison pour gagiere, & que M. Gr. ***. ayant été subrogé dans ses droits par la quittance du 17 Mai 1659, elle lui tenoit même nature ; 4°. qu'il n'en avoit même joui qu'à titre d'engagement, puisqu'il n'avoit évincé Marcilly qu'au nom des Guillermins, & en vertu de leurs procurations des 7 Janvier & 11 Mars même année ; & que tout bien simplement en

gagé est réputé meuble dans la coutume de Metz; 5°. que par le partage du 26 Juin 1681, Marie & Barbe Gr.***. avoient accepté leurs lots pour gagiere.

On répondoit au premier grief que les titres de la maison étoient les pieces d'une succession commune à l'héritier légitime & au testamentaire, par conséquent des titres qui leur étoient communs; que comme il seroit ridicule de penser que l'héritier nanti des titres qui établissent que les biens légués sont des gagieres, peut les soustraire, & priver par là le légataire du bénéfice d'une disposition autorisée par la coutume; il étoit encore plus absurde d'imaginer que le légataire pouvoit, par la suppression d'une partie des titres, faire valoir, au préjudice de l'héritier, une disposition proscrire par la loi, puisque c'est à celui qui attribue à des immeubles réputés tréfonds par la coutume la qualité de gagiere, qui ne leur convient pas naturellement, à prouver son allégation, qui ne peut se vérifier que par tous les titres de propriété, dont l'ensemble seul peut constater la vraie nature des biens qu'on veut enlever à l'héritier à qui la coutume les destinoit.

On répondoit au second grief par toutes les circonstances du fait, qui faisoient présumer l'appellant nanti des pieces dont la dame son épouse avoit donné son récépissé, qui étoient passées entre ses mains lors de son mariage, qu'il avoit, depuis la demande formée, remises au sieur Pri.***, & retirées de ses mains un mois après, dont il n'avoit originairement produit que trois, après avoir tenté d'en faire disparaître les cottes, & en offrant d'affirmer qu'il ne détenoit aucune des 36 autres; & qu'il avoit enfin toutes produit bientôt après, à l'exception de deux qui étoient les principales, & les vrais titres de propriété de M. Charles Gr.***. De tout cela on conclusoit qu'il détenoit ces deux pieces, à moins qu'il ne les eût supprimées depuis la contestation. Mais on ajoutoit qu'au moins il étoit constant par le récépissé de la dame le D.***. qu'elles avoient existé entre ses mains, & que quand, contre toute vraisemblance, on pourroit lui en attribuer à elle-même la suppression, elle n'auroit pas pû acquérir par-là, en fraude de la loi, la liberté de disposer par testament d'un bien dont la propriété étoit assurée à son héritier *ab intestat*; enfin, qu'il en seroit de même quand bien on pourroit supposer que les deux pieces manquantes avoient été détruites par un effet du hasard, & sans aucun dessein de fraude; parce que, suivant la coutume, la qualité de gagiere ne se présuinoit pas, mais devoit être établie par titres; qu'elle dépendoit par conséquent de tous les titres, & que l'inexistence d'un seul suffisoit pour qu'on ne pût attribuer à la maison d'autre qualité que celle de tréfonds, qui est la qualité naturelle de tous les immeubles.

Sur le 3e. & le 4e. griefs on disoit que c'étoit contre la persuasion intérieure de M. le D.***. qu'il vouloit faire regarder la maison comme gagiere; que ce qu'il en avoit pensé lui-même paroissoit, par la vente frauduleuse qu'il avoit faite au sieur Pri.***, par tous les faux actes dont elle avoit été accompagnée & suivie, & qui n'avoient été imaginés que pour persuader à l'héritier que la maison ne dépendoit plus de la succession, & qu'elle étoit aliénée, actes dont les frais avoient occas

TIT. V.
Oblig. 301

fionné à l'appellant une dépense assez forte, qu'à coup sûr il se seroit épargnée, s'il eût cru pouvoir faire regarder la maison comme disponible; qu'il n'avoit imaginé de lui attribuer la qualité de gagiere que lorsque, par les aveux du sieur Pri. ***, la simulation avoit été découverte, & qu'il avoit perdu l'espérance de s'approprier induement la maison sous le nom de ce faux acquéreur; qu'au fonds, la subrogation portée par la quittance du sieur Marcilly ne concernoit que son hypothèque, & nullement son droit de propriété; que d'ailleurs si M. Gr. ***. avoit acquis de lui cette propriété par la quittance, la maison étoit fonds, M. Gr. ***. ne l'ayant pas acceptée pour sa gagiere; que les procurations n'étoient pas sérieuses; qu'il y avoit eu d'autres conventions entre M. Gr. ***. & ses neveux; savoir, celles portées par les pieces 32 & 36 latitées, en vertu desquelles, & non des procurations, M. Gr. ***. avoit joui de la maison; en tous cas, & que quand il n'en auroit joui qu'en vertu des procurations, & comme engagiste, la maison, quoique simplement engagée, avoit pu prendre entre ses mains la qualité de tréfonds par les deux pieces que l'appellant refusoit de montrer.

Ces réponses ayant fait prévoir à M. le D. ***. que son appel échoueroit, il s'arrangea avec M. Mitallat, conseiller au siege de la Table de marbre, héritier des Guillermins, sous le nom duquel il fit donner requête d'intervention, tendante à ce qu'il fut ordonné qu'il rentreroit en possession de la maison, en remboursant la somme de 9500 liv. que M. Gr. ***. en avoit payée au sieur Marcilly, suivant les procurations des 7 Janvier & 11 Mars 1659. M. Mitallat n'étoit qu'un fantôme. Il ne faisoit que prêter son nom à M. le D. ***. contre lequel M. Be... forma demande à ce qu'il eût à lui fournir moyens valables pour faire débouter M. Mitallat de son intervention. Sur toutes ces contestations intervint arrêt le 3 Juillet 1702, par lequel la cour faisant droit sur l'intervention & sur le principal évoqué, ordonna que l'intervenant rentreroit en la possession de la maison, en remboursant à M. le D. ... 9500 liv. avec les impenses & améliorations faites dans la maison depuis 1659; & faisant droit sur les demandes de M. Be..., faite par M. le D. ... d'avoir représenté les pieces 32 & 36, qui faisoient partie des titres de propriété de cette maison, il fut condamné d'indemniser M. Be... du prix d'icelle jusqu'à concurrence de la somme de 1600 liv. (pour laquelle elle étoit entrée au partage de 1681, & qui en étoit encore la valeur actuelle) si mieux il n'aimoit le faire jouir de la maison, dont il fut en outre condamné de lui restituer les loyers depuis le décès de la dame le D. ... Après quelques nouvelles chicannes dont il seroit inutile de parler, M. le D. ... profita de l'option, & fit déclarer par son prête-nom qu'il abandonnoit la maison à M. Be... à qui elle est restée propriétairement aux droits de la dame son épouse.

J'ai rapporté exactement les circonstances de cette affaire, parce que l'arrêt qui l'a terminée juge différentes questions; comme je l'observerai quand l'occasion s'en présentera. Je me borne ici à celle qui m'a donné lieu d'en parler. La latitacion des

TIT. V.
Oblig. se.

deux piéces par M. le D. . . ne pouvant nuire à l'intervenant, l'arrêt juge que la maison n'étoit qu'engagée, comme elle paroiffoit l'être par les procurations des Guillermins; & que le droit de la dame le D. . . sur cette maison n'étoit pas compris dans la disposition à cause de mort, qu'elle avoit faite au profit de son mari. Il met donc en principe qu'un bien qui n'est qu'engagé peut cependant être tréfond.



OBSERVATION VI.

De la Distinction des Tréfonds & des Gagieres dans la Coutume de Metz.

TIT. V.
Observ. 6e.

LES testamens sont si souvent le fruit de la captation, de la suggestion & des intrigues des avides hérédipetes; lorsqu'ils émanent de la pure volonté des testateurs, elle est si souvent ou séduite par une aveugle prédilection, ou décidée par une injuste animosité, ou entraînée tantôt par l'orgueil, & tantôt par le caprice; enfin lors même que les vices du cœur ou de l'esprit ont moins influé sur les dispositions de dernière volonté, elles divisent tellement les familles, en dérangeant l'ordre naturel des successions, & y engendrent des haines & des procès si animés, que les anciens habitans du pays messin, trop frappés de ces désordres, avoient excessivement restreint le pouvoir de tester, en le bornant aux seuls meubles, & en défendant de disposer en mourant de ses immeubles, même de ses acquêts.

1.
Les dangers
des testamens.

2.
Les avoient fait
trop restreindre
par nos anciens
loix.

Nos ancêtres paroissent avoir été encore plus touchés du préjudice que les secondes nocces causent toujours aux enfans du premier lit. Ces enfans leur avoient paru mériter tant de faveur, que nos anciens usages leur assurent, à l'exclusion de leurs freres d'un autre lit, tous les immeubles que leur pere possédoit en se mariant la première fois; tous ceux qui lui étoient échus, ou pouvoient échoir de succession directe, & tous ceux acquis pendant son premier mariage, & la viduité suivante.

3.
Elles maltraitoient
trop les
enfans du second lit.

C'étoit remédier aux inconvéniens des testamens & des secondes nocces, par des précautions poussées trop loin, & qui entraînoient d'autres inconvéniens non moins fâcheux; un vieillard a toujours besoin de secours, & souvent il en a bien peu à espérer de ses collatéraux, quelquefois même de ses enfans, lorsqu'ils savent que son bien ne peut leur échapper, & qu'il n'est pas le maître de leur en rien ôter. Il est dur d'ailleurs de ne pouvoir récompenser en mourant l'affection & les services d'un parent ou d'un ami; d'être obligé de laisser tout ce qu'on possède à un collatéral très-déméritant, & de qui on a les plus justes sujets de se plaindre; de ne pouvoir assurer ses biens à ses petits-enfans ou à sa famille, en prévenant les dissipations d'un héritier nécessaire, &c. Il est encore plus triste pour un pere, marié plusieurs fois, de penser que les enfans, peut être même une fille unique d'un premier lit, recueillant toute sa fortune, vivront dans l'opulence, tandis que ses autres enfans éprouveront toutes les rigueurs de l'indigence. Quoi de plus contraire à cette regle dont la religion fait elle-même une espece de précepte pour les peres! *Quos æqualis junxit matura, eosdem jungat & gratia.* J'aurai occasion de m'étendre davantage ailleurs sur

TIT. V.
Observ. 6e.

les effets dangereux de cette privation presque absolue de la liberté de tester, & de cette affectation de la plus forte partie des biens du pere aux enfans du premier lit. Je ne fais ici que les indiquer.

On éprouve encore tous les jours dans la coutume de l'Evêché, dont sur ces deux points les dispositions sont les mêmes que celles de la coutume de Metz, combien les suites qu'elles entraînent sont injustes. Mais depuis bien des siècles, on a trouvé dans la dernière de ces coutumes le moyen de les rendre inutiles, au moins pour les acquêts.

4.
Les inconvé-
niens qu'elles
entraînent ont
fait imaginer
les acquêts par
gagieres.

Nous avons vu dans l'observation précédente que les biens, possédés à titre d'engagement, étoient, à Metz comme ailleurs, réputés meubles dans la personne de l'engagiste, & tomboient par conséquent dans la disposition testamentaire, & dans le partage égal entre les enfans du même pere, nés de mariages différens. On s'avisait donc de cacher la qualité d'acquereur sous celle de simple engagiste; ce qui se faisoit au moyen de deux contrats & d'une personne interposée, au profit de laquelle le contrat de vente étoit passé, quoiqu'elle n'acquît rien, & qui mettoit à l'instant l'acquêt en gage entre les mains du véritable acquereur, des deniers duquel le vendeur étoit payé. Je suis dispensé d'expliquer plus au long cet ancien usage. Je ne pourrois que répéter ce qu'en a dit Ancillon dans son traité de la différence des biens, qu'il faut lire si on veut être bien au fait de cette matiere, & dans ses observations sur notre coutume, art. 1 du tit. 5, où il donne un exemple de ces acquisitions par deux contrats qu'il transcrit en entier. M. D... en parle aussi, mais beaucoup plus en abrégé, vers la fin de son commentaire sur les *trois premiers articles de ce titre*.

Il y a toute apparence que les premiers acquereurs qui imaginèrent d'é luder la coutume par cette voie, ne se disoient que simples engagistes, & qu'ils donnoient les deux contrats pour des conventions réelles & sérieuses; mais l'expédient fut trouvé si commode, & on s'en servit si souvent, que l'usage parut le légitimer, quoique ce fût manifestement une fraude à la loi, & que bientôt on ne s'en cachât plus. Peut-être même que les héritiers de quelques-uns de ceux qui n'avoient fait que prêter leurs noms aux véritables acquereurs, furent tentés de se prévaloir de la simulation; (car il ne paroît pas qu'on prît la précaution d'une contre-lettre) qu'ils voulurent exercer le dégage ment; & qu'il fût jugé qu'ils n'en avoient pas le droit, & ne pouvoient abuser de la confiance de ceux qui avoient réellement acquis la propriété incommutable sous leur nom emprunté. De quelque maniere que la chose soit arrivée, il est certain qu'au plus tard, dès la fin du 13e. siècle, on avoit ouvertement la simulation des deux contrats, & qu'on ne les regardoit que comme une forme d'acquérir propriétairement, qui donnoit la liberté de tester de l'acquêt, & comme une fiction qui, en succession, le faisoit réputer meuble.

5.
Etymologie &
signification du
mot gagiere.

On a donné à ces acquêts le nom de gagieres, qui, comme je l'ai déjà dit, n^o. 21 de l'observation précédente, désignoit dans l'origine un engagement, & qui a

encore cette signification dans les coutumes de Lorraine, de Luxembourg & autres ; mais qui, par l'usage que je viens d'expliquer, a pris dans la nôtre un sens tout différent. Chez nous, c'est, dit, en empruntant le langage des loix, Ancillon, traité de la différence des biens, n^o. 3, » *vanum nomen, vacuum & superfluum verbum ; nomen quod nihil ab enigmate discrepat* ». Il convient cependant au n^o. suivant que » l'origine des gagieres est très-ancienne dans cette coutume, & que l'on voit » dans les vieux contrats qu'elles sont appellées *wagieres*, de même que le mot de » gage s'exprimoit par celui de *waige* dans les mêmes contrats, & est appelé *wadium* » dans les anciens titres, & qu'*invadiare* s'y prend pour engager ».

L'usage d'acquérir pour sa gagiere s'étant donc parfaitement établi, & étant devenu très-commun, on a eu raison de supprimer par l'ordonnance de Metz de 1564, le détour inutile des deux contrats, & de substituer à cette formalité bizarre & superflue une autre forme plus simple, & qui ne consiste qu'à marquer par ce seul mot *gagiere*, qu'on a intention de posséder à ce titre l'héritage, le cens, ou la rente qu'on acquiert. En effet, dès qu'il dépendoit de tout acquéreur de donner à son acquêt cette qualité de gagiere, & que sa volonté seule la lui attribuoit, pourquoi exiger qu'il la manifestât cette volonté, par des stipulations feintes & simulées ? N'étoit-il pas plus naturel & plus raisonnable de la lui faire déclarer ouvertement ? Le langage de la vérité n'étoit-il pas préférable à des suppositions fausses, & qui ne trompoient personne ?

Cette ordonnance de nos aïeux ne mérite donc pas la très-forte & très-aigre censure qu'en fait Ancillon, tant dans son commentaire sur la coutume, que dans son traité de la différence des biens ; n^o. 37 & suiv. C'est presque l'unique objet de ce petit traité. Il y dit, n^o. 48 ; » *qu'il ne se pouvoit faire de changement de plus dangereuse conséquence dans la coutume de Metz ; puisqu'il est aisé de faire voir qu'il en renverse non-seulement quelques dispositions particulieres, mais même, pour ainsi dire, le corps en entier ; en ce qui concerne ce qu'il peut y avoir de plus important* ». Il ne propose pas cependant ni d'abolir la distinction des tréfonds & des gagieres, ni de rétablir l'ancienne forme d'acquérir, pour gagieres ; au contraire il suggère, n^o. 75, d'accorder » *que les acquêts avec l'expression de gagiere seront de libre disposition par testament* ». Mais il veut, n^o. 77, qu'après le décès de l'acquéreur, cet acquêt reprenne sa première & véritable qualité, suivant la coutume, & devienne fonds. Il s'objecte à lui-même, n^o. 79, qu'en ce cas » *il sembleroit que l'on doit permettre de disposer par testament d'une certaine portion, comme du quart ou du quint, des immeubles échus de succession* ». Mais il ne pense pas qu'on le doive, parce qu'il lui semble que la coutume étant conçue en termes négatifs & prohibitifs, on ne peut pas donner atteinte à sa disposition. Enfin il souhaite, n^o. 81, que le parlement fasse là-dessus un règlement pour l'avenir, sans préjudice du passé & des droits acquis.

Il avoit changé en partie de sentiment lorsqu'il a composé son second ouvrage

TIT. V.
Observ. 6^e.

6.
La forme en a été simplifiée par l'ordonnance de Metz de 1564.

7.
Examen de cette ordonnance & de l'usage.

TIT. V.
Observ. 60.

sur notre coutume, puisqu'il dit sur l'art. 1 du tit. 5, » *il ne faut plus parler d'acquêt de gagiere dans cette coutume, & en procédant à sa réformation, il ne faut plus distinguer entre les immeubles de fonds & de gagiere; mais il en faut revenir à la distinction qui est généralement reçue en pays coutumier; entre les acquêts & les immeubles de succession, qui sont les propres: & il sera bien de déclarer que chacun pourra librement disposer de ses acquêts, comme bon lui semblera; & quant aux immeubles de successions que l'on appellera propres, à la différence des acquêts, on pourra donner la liberté d'en disposer par testament du quint seulement* ». Il répète au surplus, que sans attendre la réformation de la coutume, le parlement peut la corriger par tel réglemeut pour l'avenir qu'il jugera à propos.

M. Dilange dit, au contraire, sur les trois premiers art. du tit. 5, que » *les doutes & les prétendus inconvéniens qui sont répandus dans le petit traité d'Ancillon, qu'il ne nomme pas, doivent céder au texte formel de la coutume: d'autant plus qu'elle est appuyée d'un usage constant, du consentement des peuples, & d'une jurisprudence uniforme du parlement. On ose même dire, ajoute-t-il, malgré le respect qui est dû à l'auteur de ce traité, que si on donnoit atteinte à cette disposition suivant ses idées, ce seroit jeter le trouble dans les familles* ».

8.
Les inconvéniens qui résultent de cet usage sont réels.

Pour moi, je pense que les inconvéniens qui résultent de l'usage observé depuis si long-tems dans le pays messin par rapport aux gagieres, qualité qui originairement n'étoit donnée dans la coutume à aucuns des immeubles possédés en tous droits de propriété sont réels, quoique trop exagérés par le savant & respectable Ancillon: mais que, pour en trouver la source, il faut remonter plus haut que l'ordonnance de 1564. Elle a sans doute beaucoup multiplié les gagieres, par la facilité qu'elle a donnée d'acquérir à ce titre; en sorte qu'un bien plus grand nombre d'immeubles ayant été mis au rang des meubles, les effets de la fiction sont devenus plus fréquens & plus sensibles. Mais ils existoient avant l'ordonnance, & on ne peut les imputer qu'à ceux qui ont attribué à des acquêts faits en toute propriété (qui n'étoient pas même cachés sous une fausse apparence d'engagement, puisque la simulation ne trompoit personne) une qualité qui ne convenoit qu'aux biens réellement engagés.

9.
En quoi ils consistent, & comment on pourroit y parer.

Le mal ne vient pas cependant de ce que notre coutume reconnoît des immeubles de deux especes, ni de la facilité de donner à ceux qu'on acquiert, la qualité de gagiere, ni enfin de toutes les autres regles de notre coutume sur les tréfonds & les gagieres; à l'exception d'une seule, dont l'abrogation exigeroit cependant qu'on en admît une autre.

Je parle de la disposition de l'art. 5 du tit. 5. *Les acquêts faits par gagiere, demeurent gagiere aux successeurs, s'il n'y a chose faite au contraire.* Cet article proroge à l'infini une qualité fictive, contre la regle de droit que les fictions ne doivent pas être perpétuelles. Voyez Ancillon, de la différence des biens, n°. 76, & ajoutez ce que dit, après les docteurs, Le Brun, des successions, liv. 2, ch. 8; *fictions sermel*

vel tantum funguntur, nec egrediuntur personam cujus intuitu admiffæ sunt. Il seroit donc plus régulier de statuer au contraire, que les acquêts faits par gagieres tiendront à l'avenir nature de tréfonds aux successeurs, s'il n'y a chose faite au contraire. C'est-à-dire, si celui qui aura fait des acquêts de gagieres n'ordonne pas qu'ils seront possédés au même titre de gagiere par ceux à qui il les laissera en succession légitime, ou testamentaire.

Par cette seule réforme, on obviendroit à la plus grande multitude des gagieres, qui est la source de tous les inconvéniens, & je ne vois pas quel trouble cette nouvelle regle pourroit apporter dans les familles. Elle ne gêneroit en rien les possesseurs actuels des gagieres, elle n'empêcheroit pas d'acquérir à ce titre. Si les propriétaires des gagieres, soit échues de successions, ou par eux acquises, vouloient que leurs successeurs pussent en disposer aussi librement qu'eux, ils seroient les maîtres de leur en laisser la faculté, mais cela arriveroit rarement, parce qu'il est naturel de desirer la conservation de ses biens dans sa famille, & que ceux mêmes qui par leurs dispositions dérangent l'ordre des successions, souhaitent ordinairement qu'il soit suivi dans celle de leurs héritiers. Ainsi sans porter la moindre atteinte à la liberté de disposer indéfiniment, acquise à ceux qui posséderoient actuellement des gagieres, on seroit cessé les suites de leur trop grand nombre, qui ne provient que de ce que les biens à qui on a donné cette qualité en les acquérant, la conservent, quoiqu'ils changent de main, à titre successif, ou du moins la perdent très-rarement.

Mais en rendant à presque tous les biens obvenus de succession, la qualité de tréfonds, il faudroit prévenir l'inconvénient qui pourroit résulter de ce que ceux qui n'auroient point d'acquêts, ne pourroient tester que de leurs meubles, ni laisser à leurs enfans du second mariage rien au-delà de ces mêmes meubles. C'étoit l'esprit des plus anciens usages du pays. Mais la rigueur excessive de ces usages en a occasionné le renversement total; & nous sommes tombés dans un excès tout opposé, par l'introduction & la multiplication des gagieres. J'ai fait sentir ci-dessus, n. 3, qu'il y avoit du danger & même de l'injustice d'ôter tout pouvoir de disposer de ses immeubles par testament. Accoutumé d'ailleurs à la liberté de tester la plus indéfinie, comment passer tout d'un coup à une interdiction absolue? Rien de plus raisonnable que de prendre un juste milieu entre ces deux extrémités, en permettant de tester seulement d'une portion de ses tréfonds. Je ne croirois pas même qu'il faudroit borner cette portion au quint. On pourroit l'étendre comme la coutume de Verdon, & plusieurs autres, jusqu'au tiers.

Mais, quoi qu'en ait dit Ancillon, & quoiqu'on ne puisse pas blâmer ses souhaits de réforme, le parlement a eu raison de n'y pas déférer, il ne le pourroit pas. Ancillon ouvroit la maxime, *non ambigitur senatum jus facere posse.* Chez les Romains, quoique les Sénatus Consultes fussent des loix, le sénat qui pouvoit les porter, ne pouvoit pas abroger les plébiscites. Parmi nous les cours souveraines ont le

76.
Mais il faut
suivre la coutume tant
qu'elle ne s'est
pas réformée.

TIT. IV.
Observ. 62.

pouvoir de faire des réglemens sur des points non décidés par l'autorité législative, mais elles ne la partagent pas. Elles peuvent interpréter les loix, & en fixer le sens & l'effet, mais non pas les détruire. Quand le statut est clair, & soutenu par l'usage, aucun juge ne peut s'en écarter, ni se dispenser de prononcer ponctuellement tout ce qu'il ordonne. Les coutumes sont des loix que les peuples se sont faites à eux-mêmes sous l'autorité du souverain. Celle des parlemens ne va pas jusqu'à les abroger. Ce seroit s'attribuer le pouvoir législatif dont ils ne sont que les organes. Lors même qu'un arrêt, sans anéantir la disposition d'une coutume, la viole ouvertement, il peut être attaqué par la voie de la cassation. Or ce qu'Ancillon proposoit n'étoit pas moins que de renverser les dispositions formelles de la coutume de Metz, appuyées, comme ledit M. Dilange, d'un usage constant, & du consentement des peuples. La coutume doit donc être suivie telle qu'elle est, jusqu'à ce qu'elle soit réformée par les trois états de la province, ou abrogée par un édit du souverain.

Il ne connoit pas à Metz les propres de succession.

Ainsi on distingue à Metz comme ailleurs, deux especes d'immeubles. Mais au lieu que dans la plupart des coutumes, ce sont les propres & les acquêts, dans la nôtre ce sont les tréfonds & les gagieres. Nous reconnoissons bien des propres de communauté, mais non des propres de succession; car il n'est pas possible de confondre nos tréfonds avec les propres des autres coutumes. M. D... *ubi supra*, en fait consister la différence, en ce qu'on peut disposer des propres par testament, du moins jusqu'au tiers, au quart, ou au quint (1); au lieu que la prohibition de disposer des tréfonds à cause de mort, est absolue, & pour le tout: & en ce que les propres ne remontent jamais, & passent aux lignes, suivant la regle, *paterna paternis*: au lieu que cette regle n'est pas admise dans notre coutume, qu'elle destine les biens de fonds aux héritiers les plus proches; qu'ils n'y sont pas affectés aux lignes, & qu'il y a un cas où ils remontent. Mais ni l'un ni l'autre de ces usages ne sont des caracteres distinctifs de nos tréfonds & des propres des autres coutumes. Il y en a plusieurs où toute disposition des propres à cause de mort, n'est pas moins interdite que celle des fonds l'est à Metz. Telle est, sans aller plus loin, la coutume de St. Mihiel, qui les nomme *héritages de lignes*, art. 3 du tit. 4. Je ne dirai pas que plusieurs coutumes font remonter les propres au moins pour l'usufruit; celle de Paris, art. 314 le donne aux peres & meres sur les propres délaissés par leurs enfans à qui ils étoient advenus par décès de l'un d'eux. Ferriere sur cet article, gl. 1,

(1) Il y a des coutumes qui vont plus loin. Celle de Bourgogne, art. 4 du chap. 7, permet de tester des deux tiers. Il est vrai que c'est de l'universalité de ses biens: en sorte que celui qui dispose des deux tiers de ses propres, doit laisser à son héritier naturel le tiers de ses meubles & acquêts. La coutume de Thionville, tit. 10, art. 1, & les usages locaux de Toul, art. 60, permettent de tester de la totalité des propres, ainsi que des autres biens.

n. 6, indique comme conformes les coutumes d'Orléans & de Bayonne; & on voit par le 144e. des arrêts de Le Veff, qu'il auroit pu ajouter celle d'Anjou, Mais fans pouffer les recherches plus loin, & en fupposant qu'il n'y a aucune coutume qui n'admette pour les propres la regle *paterna paternis* (1). Je dis que la coutume de Metz l'admet auffi quant aux tréfonds, en faveur des freres & fœurs & de leurs descendans, au préjudice des peres & meres, & aïeux; art. 21, 24 & 25, du tit. 11, & que si elle la rejette en faveur des ascendans, lorsqu'il n'y a ni freres ni fœurs, ni descendans d'eux, qui foient de la ligne, & en faveur des freres & de leurs descendans lorsqu'il n'y a que des oncles & des coufins, elle l'admet indiftinctement par l'art. 27 du même tit. 11, contre tous autres parens que les ascendans, les freres & fœurs, & leurs descendans. Ainfi cette regle peut d'autant moins diftinguer les tréfonds des propres, qu'elle n'a jamais lieu à Metz pour les gagieres, non plus qu'ailleurs pour les acquêts; que nos gagieres ne font jamais affectées aux lignes: & qu'en toutes fortes de cas elles remontent comme les acquêts, même les fiefs; (nonobftant l'art. 18 du tit. 3, qui ne peut être entendu que des fiefs des tréfonds, comme il paroît par l'art. 14 du même tit.) : & à plus forte raifon les feigneuries qui n'ont ceflé d'être abfolument allodiales, & dont on ne fait hommage au roi que depuis 1754. Ce qui a été jugé pour la dame Perfode pour une portion de la terre d'Ay, & de Tremery, par un arrêt du 25 Janvier 1760, dont l'efpece trouvera fa place ailleurs plus naturellement qu'ici.

La vraie différence entre nos tréfonds & les propres des autres coutumes, c'est donc qu'elles nomment propres tous biens échus de fucceffion directe & collatérale, & les oppofent aux acquêts; au lieu qu'à Metz, les acquêts font auffi fufceptibles de la qualité de tréfonds que les biens de ligne, & qu'au contraire les biens échus de fucceffion collatérale, font, à certains égards, cenfés acquêts de gagiere, art. 16 du même tit. 11.

12.
En quoi les propres different des tréfonds.

C'est encore par là que les anciens dont parlent les coutumes de Metz & de l'Evêché, & qu'elles oppofent aux acquêts, font diftingués des propres: par tout ailleurs la fucceffion collatérale fait des propres: à Metz & dans l'Evêché, elle fait des acquêts & non des anciens. L'art. 5 du tit. 11 de la coutume de l'Evêché a à peu près la même difpofition que celui de la coutume de Metz que je viens d'indiquer.

13.
Et des anciens.

Sur quoi j'observe encore que notre coutume n'attribue cette qualité d'anciens qu'aux feuls tréfonds, & qu'elle nomme acquêts de gagiere des biens échus de fucceffion; en forte que les immeubles originaires acquis pour gagiere, & qui ont

(2) Quoique De Renuffon dans son traité des propres, chap. 2, feft. 9, n°. 1, la tire du droit ancien & général de la France, elle n'a pas lieu en droit écrit. Guyné fur cette regle, *in initio*,

244 DE LA DISTINCTION DES TRÉFONDS, &c.

Tit. V.
Observ. 6a.

fait souche même plusieurs fois, & en directe comme en collatérale, ne prennent pas pour cela la qualité d'anciens, s'ils ont conservé celle de gagiere à toutes les mutations. Cet usage est suivi à Metz depuis très-long-tems. Voy. le texte de D'Abocourt que je rapporte ci-dessous, observ. VIII, n°. II.

14.
La qualité de gagiere est fictive.

Cette qualité de gagiere est purement imaginaire. Les biens auxquels nous l'attribuons sont, à l'exception des rentes constituées, de vrais immeubles, réputés meubles jusqu'à certain point, par une fiction qui, quoiqu'ils aient une assiette permanente, les met dans la classe des choses qui n'en ont point. Ce sont des biens acquis incommutablement & en tous droits de propriété, & dont on suppose, sans le croire, que le possesseur n'est pas propriétaire, mais simple engagé.

15.
Celle de tréfonds est réelle.

La qualité de tréfonds, au contraire, est vraie & réelle; car comme il a été dit plus d'une fois, les termes de *fonds* & de *tréfonds* ne signifioient originellement qu'immeuble: & quand notre coutume emploie cet mot *immeuble* sans le restreindre, elle entend un tréfonds. Ainsi tous immeubles sont naturellement tréfonds: & pour ne pas les regarder comme tels, il faut qu'il conste qu'ils ont été acquis à autre titre. Donc » *tous biens immeubles sont réputés tenir nature de fonds, s'il n'appert qu'ils soient acquis par gagiere* ». Voy. l'art. 3 du tit. 5 & nos deux commentateurs sur cet article.



OBSERVATION VII.

Tit. V.
Oblerv. 7e.

S U I T E D E L A P R É C É D E N T E .

Comment on doit prouver qu'un Immeuble est Gagiere, & dans quels Actes la Clause de Gagiere est nécessaire.

LA preuve qu'un immeuble tient nature de gagiere ne peut se faire que par le contrat d'acquêt : & celui qui prétend que l'immeuble est de gagiere, est tenu de le prouver ; car son adverfaire qui le maintient fonds, a pour lui la présomption de droit, parce qu'il n'attribue à l'immeuble que la qualité qui lui est donnée par la coutume.

1.
La qualité de gagiere doit être prouvée par le contrat d'acquêt.

On a cependant soutenu que l'immeuble ayant été accepté pour gagiere dans un partage de succession, q'en étoit assez pour faire présumer qu'il étoit de cette nature, & qu'en ce cas la preuve qu'il étoit fonds, devoit tomber sur celui qui le maintenoit tel. Je l'ai même vu juger ainsi par une sentence du bailliage de Metz ; mais je pense qu'aux termes de la coutume, ce n'est pas assez de montrer un, ni même plusieurs partages, dans lesquels un bien ait été compris comme gagiere ; & qu'il faut nécessairement justifier par l'acquêt même, qu'il a été acquis à ce titre. La coutume ne dit pas que les immeubles sont réputés fonds, *s'il n'appert qu'ils ont été partagés comme gagiere* ; mais *s'il n'appert qu'ils soient acquêtés par gagiere*. Ainsi c'est dans le titre de l'acquisition qu'il faut trouver cette qualité, & rien ne peut y suppléer.

2.
Un partage n'en dispense pas.

On a encore soutenu qu'il suffisoit que l'acquêt parût, & qu'il ne fut pas fait pour tréfonds, pour regarder le bien acquis comme gagiere. La contestation étoit entre les enfans que Me. Abraham Bennelle avoit eu de deux femmes. Il avoit acquis, pendant son second mariage, une métairie par différens contrats & décrets. Les contrats étoient faits à titre de gagiere, les décrets n'exprimoient pas à quel titre il acquéroit. La métairie entière avoit été partagée comme gagiere entre les enfans des deux lits. Me. Benjamin Boudier, procureur au parlement, qui avoit épousé la fille du second mariage, s'en plaignoit, & prétendoit que les décrets avoient fait des acquêts de tréfonds qui pour le tout étoit échu à sa femme seule, enfant du second lit. Suivant l'article 15 du tit. 11 de la coutume, les enfans du premier lit répondoient que les immeubles étoient réputés tréfonds lorsque les titres d'acquêts ne pa-

3.
Il ne suffit pas que l'acquêt soit réputé pour tréfonds.

Tit. V.
Observ. 7^e.

roissoient pas : mais que c'étoit tout ce qu'on pouvoit conclure de l'art. 3 du tit. 5, qu'ici les titres étoient représentés, & qu'ils justifioient que tous les héritages composans la métairie étoient également acquêts au pere commun ; que dans tous les contrats où il avoit parlé, il avoit eu soin de faire insérer la clause de gagiere : que si elle ne se trouvoit pas aussi dans les décrets, c'étoit parce qu'ils avoient été faits en son absence ; mais que ces décrets ne donnoient pas non plus aux biens adjugés la qualité de tréfonds ; & qu'il n'étoit ni vraisemblable qu'ayant acquis partie de la métairie à titre de gagiere, il eut voulu acquérir l'autre à titre de tréfonds, ni raisonnable de supposer qu'il avoit voulu se priver de la liberté que donne le droit commun de tester de ses acquêts. Nonobstant ces raisons, par arrêt rendu au rapport de M. Boffuet, pere du fameux évêque de Meaux, le 9 Juillet 1653, les héritages mentionnés aux décrets furent adjugés à la Dlle. Boudier. Voy. mes extraits du rec. d'arrêts par Ancillon, pag. 12, n^o 14. Ce préjugé n'est que l'écho de la coutume, qui ne rend pas les acquêts gagières quand ils n'expriment pas qu'ils sont faits en tréfonds : mais qui, au contraire, les rend tréfonds, quand ils ne portent pas qu'ils sont faits pour gagiere.

4^e
Il faut que les titres soient représentés.

Pour faire regarder un immeuble comme gagiere, ce n'est pas même assez de produire les titres primitifs qui paroissent lui donner cette qualité, s'il y en a de postérieurs qui puissent la lui avoir ôtée, il faut les représenter ; & si quelques-uns manquent, le bien doit être réputé tréfonds, parce que la qualité de gagiere dépend de l'ensemble de tous les titres de propriété. C'est un des points jugés par l'arrêt du 2 Juillet 1702, dont j'ai rapporté l'espece, observ. 5, n^o 29 de ce titre. Il est vrai que toutes circonstances du fait paroissent prouver que les deux pieces non représentées, qui faisoient partie des titres de propriété de la maison dont il s'agissoit, étoient entre les mains de M. Led... , comme les 37 autres qu'il avoit produites, & qu'il ne les latitoit que pour cacher la vraie nature de cette maison. J'avoue même qu'il ne faut pas abuser de ce que je viens de dire, que la preuve de la gagiere tombe sur celui qui prétend que l'immeuble est de cette qualité, & que c'est à lui à l'établir par la représentation de tous les titres. L'héritier légitime doit les montrer s'il les a, & peut y être forcé. Mais je crois qu'à moins que les titres non produits ne paroissent devoir être entre les mains de celui qui soutient que l'immeuble est un tréfonds, & qu'il ne puisse être soupçonné avec fondement de les cacher frauduleusement, pour faire prendre le change sur la qualité de cet immeuble. Il suffit qu'il manque quelques-uns des titres qui constamment ont existé, pour ne pouvoir plus lui donner celle de gagiere. Par exemple, s'il conste qu'un bien de gagiere a été compris une, ou plusieurs fois dans le partage définitif & par écrit de la succession de quelques-uns de ceux à qui le bien a appartenu, ce n'est pas assez de montrer le contrat d'acquisition originaire, il faut aussi représenter les actes de partage ; car en supposant même que ces actes, ou tous autres titres de propriété qui manquent ont été supprimés, & jetés au feu par le propriétaire, ou ils établissent que le bien

5^e
L'héritier des tréfonds ne peut les cacher.

étoit un fonds, où ils lui donnoient la qualité de gagiere. Au premier cas le propriétaire n'a pas pu les anéantir pour changer son tréfonds en gagiere, avoir la liberté d'en disposer par testament, ou pour l'ôter à ceux à qui la coutume le destinoit : c'eut été frauder la loi. Au second cas, en détruisant les preuves de la gagiere, il est censé en avoir voulu faire un tréfonds, ce qui, comme nous le verrons, est permis par la coutume.

C'est, au surplus, en tous genres d'acquisition de la propriété qu'il faut insérer la clause de gagiere, si on veut que le bien acquis en ait la nature. On le pensoit ainsi long-tems avant la rédaction de la coutume, & ce point n'est pas moins certain aujourd'hui. On voit dans d'Abocourt, fol. 165 Rto. que *« choses acquises par relevement & ban de tréfonds (1), orés qu'elles sortissent auparavant nature de gagiere, » deviennent néanmoins tréfonds, par jugement de l'an 1355* ». Il est même à remarquer qu'avant l'ordonnance de Metz de 1564, il étoit impossible d'acquérir par relevement, autrement qu'en tréfonds; car les acquêts pour gagiere ne se faisoient que par l'interposition d'une tierce personne, & par deux contrats simulés; & cette simulation n'étoit pas praticable en relevement, qu'on ne pouvoit faire qu'en son propre nom.

« Quand quelqu'un fait donation d'une terre & héritage de gagiere, dit encore » D'Abocourt fol. 166, & promet la garantie à toujours mais; par ce mot de TOUJOURS MAIS telle gagiere est faite tréfonds, & pour telle est tacitement conditionnée par jugement de l'an 1440. Cette expression, à toujours mais, étoit autrefois employée dans tous les contrats pour désigner la propriété incommutable. Elle a cessé d'être en usage, & nos instrumentaires ne s'en servent plus depuis long-tems. Mais la qualité de tréfonds ou de gagiere n'est pas la suite des mots qui ont été abandonnés comme peu françois. L'acquêt prend l'une & l'autre, suivant que dans l'acte qui en transfere la propriété, l'acquéreur exprime ou n'exprime pas qu'il veut lui donner celle de gagiere. Le seul défaut de cette expression suffit pour laisser les biens acquis dans la classe naturelle aux immeubles. Ainsi les donations entre vifs étant des actes translatifs de propriété, elles font des tréfonds indépendamment de la promesse de garantir à toujours mais, à moins que le donataire ne les accepte pour la gagiere. Il faut excepter toutes les donations en avancement d'hoirie. Car comme ce ne sont que des successions anticipées, & que la gagiere demeure gagiere aux successeurs, il suffit pour en conserver la qualité aux biens donnés en avancement d'hoirie, que la donation n'en soit pas faite pour tenir au donataire nature de tréfonds.

Quant aux ascensemens, si le laisseur n'accepte pas le cens, & le preneur l'hé-

TIT. V.
Observ. 70.

6.
La clause de gagiere est nécessaire en tous actes translatifs de propriété.

7.
En donations.

8.
Excepté celles en avancement d'hoirie.

9.
Dans les baux à cens, tant pour l'héritage que pour le cens.

(1) J'ai expliqué, tit. 3, observ. 5, nomb. 33 & suiv. ce que c'étoit que les bans de tréfonds & les relevemens.

ritage, à titre de gagiere, l'un & l'autre deviennent tréfonds, encore que le bien ascencé fut gagiere auparavant. *L'héritage tenant nature de gagiere, dit D'Abocourt ibid., laissé par ascencement à toujours, par après devient tréfonds : par jugement de l'an 1377... chose tenant auparavant nature de gagiere, comme héritages délaissés pour cens au crédeur (qui les tenoit en gage.) (1) par assurement, advenant qu'il les tréfondre (2) à soi, par prises de bans, lui sortissent & aux siens nature de tréfonds par jugement de l'an 1381... Autre jugement de l'an 1386, par lequel il est dit que l'héritage tenant nature de gagiere donné en ascencement à toujours devient tréfonds.* On doit même conclure des termes généraux de notre praticien, que dans l'origine les ascencemens ne faisoient jamais que des tréfonds : & en effet, je ne vois pas comment on auroit pu acquérir ni le cens, ni l'héritage ascencé par les deux contrats simulés, & l'intervention d'un faux acquéreur, qui étoit autrefois la seule voie d'acquérir pour gagiere. Mais depuis l'ordonnance de 1564 le cens & l'héritage ont pu être réciproquement acceptés pour gagiere. La clause omise doit donc encore plus que dans les autres contrats donner à ce qu'on acquiert par un bail à cens la qualité de tréfonds.

C'est sur ce principe, que si le censitaire n'accepte pas pour sa gagiere l'héritage ascencé, il le possède en tréfonds, qu'a été rendu l'arrêt du 7 Décembre 1719, dont M. D... fait mention sur les trois premiers articles du tit. 5 de notre coutume, & par lequel il a été jugé que la Dme. le Bossu n'avoit pu, au préjudice de la Dme. Chapy sa sœur, & son héritière naturelle, disposer par testament d'une maison qui lui avoit été ascencée, & à son mari, pour eux, leurs hoirs, & ayant cause, sans clause de gagiere, par les freres-prêcheurs de Metz. Quoique l'ascencement eut été fait sous la condition que ces religieux pourroient rentrer dans cette maison toutes & quantes fois ils le voudroient, en remboursant le prix de la reconstruction qui devoit en être faite dans deux ans par les censitaires, les frais & loyaux coûts du contrat, & 500 liv. par forme de dédommagement, sans être tenus de rien payer pour les bâtimens que les sieur & Dme. le Bossu, ou leurs représentans pourroient faire après les deux ans. Telles étoient les clauses de l'ascencement dont la Dme. de Villaray concluoit que les sieur & Dme. le Bossu n'ayant pas acquis la propriété incommutable, mais seulement un droit momentané, il n'avoit pas été nécessaire qu'ils acceptassent ce droit à titre de gagiere. Mais la faculté de rachat

(1) On voit ici ce que j'ai dit, obs. 5, n°. 27 de ce titre, qu'engagement & gagiere étoient des termes synonymes, & que le droit de tout engagiste sur l'héritage engagé, & dont il jouissoit précairement, & jusqu'à ce qu'il fut remboursé, n'étoit considéré que comme une action mobilière & comme un meuble.

(2) Voy. tom. 1, pag. 619, l'explication des mots *assurement*, & *tréfondre*, ou *tréfondre*.
n'opere

n'opere pas plus dans un ascensement que dans un contrat de vente, & n'empêche ni dans l'un ni dans l'autre la translation de propriété.

Quant aux cens, il est encore très-certain que comme c'est un droit foncier & immobilier, si le laisseur ne l'accepte pas à titre de gagiere, il lui tient nature de tréfonds, quelque fut la nature du bien ascensé. Voy. l'observ. 4 de ce titre, n^o. 12. Avant le jugement de 1626 que j'y rapporte, d'Abocourt avoit dit, fol. 165 v^{so}. & 166 : *Cens acquêté ou RACHETÉ sous ce terme POUR TOUJOURS MAIS, combien qu'auparavant il tnt nature de gagiere, devient tréfonds par jugement de l'an 1407. tellement que le profit du cens racheté, & paiement de tel cens ainsi acquêté échet aux héritiers du tréfonds, & peuvent poursuivre le détenteur de l'héritage, ou que l'about soit gagiere.* Si donc le cens n'a pas été accepté pour gagiere par celui qui a fait l'ascensement, ou s'il a été vendu, & que la clause de gagiere ait été omise dans le contrat de vente, on diroit en vain que l'héritage ascensé étoit gagiere entre les mains du laisseur, encore plus inutilement qu'il est de même nature entre les mains du tuteur. Cela n'empêcheroit pas que le cens n'appartint comme tréfonds aux héritiers immobiliers, & que ce ne fut à eux à s'en faire payer, & à en recevoir le rachat. Mais si le cens a été acquis pour gagiere, c'est aux héritiers mobiliers que reviennent les deniers du rachat, en quelques termes qu'il se fasse, parce que le rachat ne peut rendre ces deniers tréfonds, non plus que l'héritage ascensé, s'il est gagiere : & malgré ces expressions *cens... racheté... pour toujours mais... devient tréfonds*, échappés à l'inexact d'Abocourt, il n'a pas voulu dire le contraire.

La vente d'un bien de gagiere, quoique faite par forme de subrogation, le rend tréfonds, si la clause de gagiere ne s'y trouve pas. Jacques Henry ayant acquis pour sa gagiere les droits de Marie Modéré, héritière d'Isaac Drouin, prétendit que dans son acquisition étoit comprise une moitié de maison qui avoit été donnée par ledit Drouin à Débora Touffaint sa femme, parce que cette donation n'étoit pas valable. Il la fit juger nulle par arrêt, qui néanmoins permit à David Roucel, second mari de Débora Touffaint, de rendre à Henry ce qu'il avoit payé pour acquérir les droits de Marie Modéré, auquel cas il y demeurerait subrogé. Roucel prit le parti de rembourser Henry de qui il tira une quittance pure & simple, sans autre précaution. Il légua à sa femme tous ses meubles & acquêts de gagiere. David Roucel & conforis ses héritiers, soutinrent que la moitié de maison n'étoit pas comprise dans ce legs, parce que le testateur n'avoit pas déclaré vouloir l'acquérir à titre de gagiere. On répondoit que Henry avoit acquis pour sa gagiere, & que puisque Roucel étoit subrogé dans ses droits, il étoit propriétaire au même titre. Par arrêt du 17 Mai 1659, jugé que la moitié de maison étoit dans la personne de Roucel un tréfonds dont il n'avoit pu tester. Voy. mes extraits des arrêts d'Ancillon, pag. 22, n^o. 32.

On peut se souvenir que cette question a été jugée de même par l'arrêt du 2 Juillet 1702, dans l'espece duquel rapportée ci-dessus, observ. 5, n^o. 29, le sieur Marcilly, acquéreur à titre de gagiere de la maison dont il s'agissoit, avoit subrogé dans

rs.
Dans les cas de subrogation à un droit de propriété.

Tit. 7.
Observ. 7e.

ses droits M. Charles Gr... par qui il avoit été remboursé du prix de son adjudication ; subrogation qui n'a pas empêché la cour de regarder cette maison comme un tréfonds dans la personne de M. Gr... & de ses filles, qui, en partageant la succession, avoient accepté leurs lots pour gagiere.

Ces décisions sont très conformes à l'esprit de notre coutume, puisque la subrogation aux droits de l'acquéreur d'un héritage en fait passer la propriété du subrogeant au subrogé ; & que toutes les fois qu'il y a mutation de propriété par actes entre vifs (autrement qu'en avancement d'hoirie) il faut que le titre du nouveau propriétaire contienne la clause de gagiere, sinon l'héritage ne peut avoir entre ses mains que la qualité naturelle aux immeubles qui est celle de tréfonds.

17.
Mais non dans
les baux à lon-
gues années.

Je parle des actes translatifs de la pleine propriété, & qui la donnent sans retour, ou, comme on parloit autrefois à Metz, à *toujours mais* ; cette expression surannée, & dont on ne se sert plus, n'est pas ce qui donne aux immeubles la qualité de tréfonds, mais la perpétuité du droit de propriété qu'elle désignoit. Ainsi les biens tenus à bail emphytéotique de quatre-vingt-dix-neuf ans, ou pour un autre long terme, ne sont pas tréfonds à l'amphitéote, ni le canon au laisseur. Ce canon n'est qu'un loyer, qui ne diffère des autres loyers que par la durée du bail. C'est par conséquent un pur meuble, & les biens laissés à bail emphytéotique, que notre coutume nomme *terres tenues à années*, ont la même qualité ; elle dit, art. 2 du tit. 5, « *qu'ils nient nature de meubles, & néanmoins ont suite par hypothèque* ». Cette suite est une conséquence de la règle vulgaire que tout bail au dessus de neuf ans est regardé comme une aliénation. Ancillon qui, sur ces mots *terres tenues à années*, prouve ce point de droit par l'autorité de MM. Tiraqueau & d'Argentré, voudroit que la coutume ne se fût pas contentée de donner suite par hypothèque aux *terres tenues à longues années* ; & comme la réformation de la coutume étoit par tout l'objet de son travail, il dit qu'il « *est bien plus dans les règles, eu égard à la qualité & à l'effet des contrats & baux à longues (1) années, de les tenir pour immeubles* ». Mais la coutume de Metz n'est pas à blâmer, si, par la raison que la vraie & absolue propriété reste aux laisseurs, elle n'a regardé le droit acquis aux preneurs par ces baux que comme un meuble. La coutume de l'évêché, tit. 2, art. 12, porte aussi que « *conductions (2) prises à ferme, au dessous de vingt ans, sont censées meubles* ». Remberviller, tit. 2, art. 9, imagine que cette disposition vient de ce que, par

(1) Ancillon par ces termes de la coutume, *terres tenues à années*, n'entendoit donc pas, non plus que moi, celles qui sont affermées pour 9 ans, & au dessous.

(2) On lit dans la coutume, *les conductions prises à ferme*, ce qui n'a point de sens. C'est une faute d'impression, il faut lire *conductions* comme dans l'art. 9 du tit. 2 du manuscrit de Remberviller, d'où celui de la coutume a été manifestement tiré, & qui porte *les conductions & prinsees à ferme si la ferme n'est de vingt ans & plus*.

cette coutume » dix ans n'est pas long-tems; ains vingt ans est long-tems, & non
 » moins à cause que, par notredite coutume, rien ne se prescrit en dix ans, même
 entre présens. Donc en location de moindre tems que de vingt ans, non constituitur
 » jus in re. Cette idée me paroît fausse. Le tems qu'on nomme en droit longum
 tempus, & qui emportant aliénation, donne constamment au preneur jus in re, est
 le même dans toutes les coutumes, quoiqu'elles fixent très-différemment le tems
 requis pour la prescription des immeubles. Si l'un dépendoit de l'autre, il faudroit
 dire qu'en Lorraine, à St. Mihiel, à Toul & ailleurs, les locations n'emporteroient
 aliénation que quand elles seroient faites pour 30 ans & au-delà; & dans le Luxem-
 bourg, que quand elles iroient à 40 ans: & comme les chapitres & les monasteres
 ont la liberté de passer tous actes qui n'emportent pas aliénation des biens de leur
 église, ils pourroient, dans la dernière de ces provinces, les laisser à bail pour 39
 ans, & dans les autres pour 29; ce qui n'est pas proposable. Faber, sur l'art. 26 du
 tit. 12 de la coutume de Lorraine, qui ameublît les baux à ferme, fait à peu d'an-
 nées, dit que » tous les baux, faits à neuf-années & au dessous, se doivent enten-
 » dre à peu d'années, parce qu'en icelles il n'y a aucune translation de propriété,
 » qui n'est de droit entendue qu'aux baux excédans dix ans. Canon en dit autant
 sur le même article; & il est certain qu'en Lorraine, à St. Mihiel, à Toul, dans le
 Luxembourg, & même dans l'Evêché, comme ailleurs, les biens des chapitres &
 des autres églises ne peuvent pas être affermés pour plus de neuf ans, sans toutes les
 formalités requises pour les aliéner. La vraie raison qui a engagé les rédacteurs des
 coutumes de Metz & de l'Evêché de mettre le droit acquis aux preneurs par des
 baux à plus long terme que de neuf ans, dans la classe des meubles, est donc celle
 que j'ai indiquée; que, quoiqu'ils emportent une espece d'aliénation, elle n'est que
 momentanée, au moyen de quoi ils ne sont pas translatifs de la vraie & absolue
 propriété.

Je ne puis croire que M. D... se soit mépris sur le sens de ces mots de notre art.
 2 du tit. 5: terres tenues à années. En rapportant l'arrêt de 1719, il fait dire au
 défendeur de la dame Chapy que » cet article ne s'entendoit que des baux à loyers
 » ou emphytéotiques. J'étois présent à la plaidoyerie de la cause. J'ai même tenu note
 des plaidoyers & de l'arrêt, où je ne trouve rien de ces expressions, au moins équi-
 voques, attribuées à Me. Ruland, qui étoit trop éclairé pour mettre ici dans la mê-
 me catégorie les baux à loyer pour 9 ans & au dessous, & les baux emphytéoti-
 ques. Si M. D... les avoit confondus, ce ne pourroit être qu'un défaut d'attention.
 Il n'a pas sans doute voulu restreindre la disposition de la coutume aux baux ordi-
 naires; ce qui mettoit les baux à longues années dans la classe des immeubles.

Cependant on pourroit donner ce sens à ce qu'il dit à la fin de son commentaire
 sur cet article, que par » les terres tenues à années..., nous entendons celles qui
 » sont laissées à loyer ou à trescens, d'autant plus qu'il ajoute: il est donc juste que
 » ces sortes de baux tiennent nature de meubles, puisqu'ils ne sont pas translatifs de

TIT. V.
 Observ. 70.

72.
 Ce que la coutume de Metz emend par les terres tenues à années.

TIT V.
Observ. 2e.

» propriété; & que néanmoins ils aient suite par hypothèque, lorsqu'il s'agit de dis-
 » cuter les biens des preneurs des ces baux «; car qu'entend-on par baux à loyer
 & à trecent? Quels sont ceux dont on peut dire d'une manière absolue qu'ils ne
 sont pas translatifs de propriété, sinon les baux ordinaires au dessous de 9 ans? Ce-
 pendant il n'est pas possible de soupçonner M. D... d'avoir cru que les baux au des-
 sous de 9 ans avoient suite par hypothèque dans notre coutume. On n'y a jamais vu
 les créanciers du preneur qui avoit rétrocedé un pareil bail à un tiers, imaginer de
 former contre le cessionnaire demande en déclaration d'hypothèque. L'idée seule de
 cette action seroit ridicule.

13.
Comment ces
terres peuvent
être tréfonds.

Les terres *tenues à années* sont donc celles affermées à tems; mais pour un tems
 dont la longue durée puisse être regardée comme emportant une sorte d'aliénation.
 Ce sont celles-là qui, à cause de cette aliénation, quoiqu'imparfaite & momentanée,
 ont suite par hypothèque; mais qui, parce que cette aliénation n'est pas perpétuelle,
 & que le preneur ne doit avoir qu'une jouissance limitée, n'ont naturellement dans
 sa personne que la qualité de meubles. Jusques-là que pour la leur attribuer, il n'est
 pas nécessaire que le preneur exprime qu'il les accepte pour gagiere; & qu'il suffit
 qu'il ne les déclare pas vouloir tenir à titre de tréfonds; comme il le peut, s'il le juge
 à propos, auquel cas il n'est pas douteux qu'elles sont immeubles. » *Terres à années*,
 » dit d'Abocourt, fol. 166, acquises par louage, de soi retient nature meublière,
 » si l'acquéreur ne déclare autrement sa volonté ». Ce qu'il entend au cas où le
 preneur la pris pour lui, ses hoirs, successeurs, & ayant cause. Il avoit déjà dit,
 fol. 165 r^{to}, » *Droit de terres à années* peut être acquis par gagiere, ou pour tré-
 » fonds, selon la volonté de l'acquéreur, pour venir à échoir à ses droits héri-
 » tiers ou testamentaires, selon la nature de tel acquêt ». Il seroit absurde de sup-
 poser qu'un bail de 9 ans soit un acquêt dans la personne du preneur, ni qu'il puisse,
 à son gré, s'en faire un tréfonds, ou une gagiere; il est donc incontestablement
 vrai que, sous le nom de terres à années, la coutume n'entend que celles qui sont
 laissées par des baux à longues années, ou des emphytéoses qui ne sont pas per-
 pétuelles.

14.
Tous les im-
meubles qui
sont dans le
commerce peu-
vent être gagie-
res.

Tous héritages qui peuvent tomber en commerce, comme de vente & achat, soit
seigneuriaux, francs ou de roture, peuvent être acquetés par gagiere. D'Abocourt,
 fol. 164 r^{to}.

OBSERVATION VIII.

SUIVE DES PRÉCÉDENTES.

Tit. V.
Observ. 8e.*De la Conversion des Gagieres en Tréfonds, & des Tréfonds en Gagieres.*

COMME les fictions ne doivent pas être perpétuelles, & que le retour des choses à leur vraie nature est favorable & facile, tout propriétaire d'un bien de gagiere qui n'est pas grévé de substitution, peut en faire un tréfonds; & il suffit pour cela qu'il déclare que telle est sa volonté, par quelque acte que ce soit, entre vifs & à cause de mort. » *Il est permis à celui à qui les gagieres appartiennent libres, les conditionner à ses héritiers & successeurs pour tréfonds... par jugement de l'an 1413 de D'Abocourt, fol. 163.* Quoique les rédacteurs de la coutume aient dit en moins de mots, & plus généralement à la fin de l'art. 4 du tit 5, que le propriétaire *peut de ses gagieres faire des tréfonds*: cela ne peut s'entendre que des gagieres qu'on possède librement; & il est évident que celui qui est chargé de les restituer n'ayant pas la liberté d'en disposer, ne peut en changer la nature, au préjudice des substitués. C'est donc avec cette restriction qu'il faut entendre ce que dit M. D... sur cet article; que non-seulement les héritiers *peuvent convertir les gagieres* qui leur obviennent par succession, *en bien de fonds ou de tréfonds*, mais encore que *cette liberté est aussi accordée EX POST FACTO, à celui-là même qui avoit fait un acquêt de gagiere*. La qualité de tréfonds étant naturelle aux immeubles, ils la reprennent très-aisément.

1.
On peut convertir les gagieres en tréfonds.

Cette conversion des gagieres en fonds se fait quelquefois en contrat de mariage, lorsqu'il y est porté que les gagieres dont les époux se dotent ou sont dotés leur tiendront nature de fonds. Cette clause, comme l'observe *Ancillon sur le même art. 4*, a un effet différent de celui qu'opère dans les autres coutumes la stipulation de propre, étendue même jusqu'à l'estoc & ligne; car celle-ci n'empêche pas de disposer par testament: au lieu qu'on ne peut plus tester de sa gagiere, quand on s'en est fait un fonds (1). Si cette clause est l'ouvrage du conjoint lui-même, qui stipule

2.
Effets de cette conversion par contrat de mariage.

(1) Ceci ne contredit pas ce que j'ai dit tome 1, pag. 389 & suiv. que je pensois qu'on pouvoit disposer par testament du prix d'un tréfonds aliéné, quoique par le contrat de vente on

TIT. V.
Observ. Se.

3.
On ne peut pas
s'interdire la li-
berté de tester.

4.
Ni intervertir
l'ordre des suc-
cessions *ab in-
testat*.

5.
Le partage en-
tre cohéritiers
sans clause de
gagiere fait des
fonds.

que ses gagieres lui tiendront nature de fonds, l'effet que je lui donne peut paroître contraire à deux maximes de droit : l'une que personne ne peut renoncer à la liberté qui lui est acquise par la loi, de disposer de son bien par testament : maxime reçue en pays coutumier comme en pays de droit écrit, & dont on n'excepte que les contrats de mariage contenant institution contractuelle, ou promesse d'égalité ; l'autre » qu'il n'est pas permis à une personne d'intervertir l'ordre de sa succession » *ab intestat*, au préjudice de la coutume, & qu'on ne pourroit pas, dans son ca- » binet, déclarer que son bien est meuble ou immeuble ». Ce sont les termes de M. Le Camus sur l'art. 88^e de la coutume de Paris, n^o. 6. Mais dans la nôtre, la liberté de tester des biens de gagieres, & l'ordre d'y succéder, ne sont fondés que sur une fiction qui, contre leur vraie nature, les fait réputer meubles : fiction qu'il est facile de leur ôter par une déclaration contraire. *Ancillon, ibid.*

Elle cesse plus souvent par les partages entre cohéritiers ; » car *tous héritages & » cens acquêts, OU PARTAGÉS (1), A TOUJOURS MAIS, deviennent tréfonds,*

eur stipulé que le prix tiendrait même nature que l'héritage vendu ; & que cette clause n'opé- roit pas plus que celle qui dans les autres coutumes réalise des deniers, ou des acquêts, & les rend propres, sans que pour cela ils soient exclus de la disposition testamentaire. Il s'agissoit là de deniers qui sont de purs meubles, ou d'acquêts auxquels la qualité de propre ne convient pas naturellement, & de ce que doit opérer la fiction qui la leur donne. Je parle au contraire ici d'un immeuble réel, qui n'avoit naturellement d'autre qualité que celle de tréfonds, & qui la reprend à tous égards, dès que la fiction qui la lui ôtoit ne subsiste plus.

(1) Ces mots *ou partagés* ne se lisent pas dans l'édition de la coutume de 1613. Cette omission étoit-elle une faute d'impression ? Il n'est pas aisé de décider. D'un côté dans la plupart des exem- plaires les mots *ou partagés* avoient été ajoutés à la main, & cette addition ne paroissant pas avoir été donnée, ni autorisée par aucun procès-verbal de correction, on peut croire que c'étoit sur l'autorité du manuscrit original de la coutume que ces mots avoient été rétablis à la main sur les imprimés. D'un autre côté, il y a lieu de douter qu'anciennement il fut nécessaire pour con- server aux biens partagés la qualité de gagiere, de la leur donner dans les actes de partage ; car avant l'ordonnance de 1564, la seule manière admise de donner cette qualité aux immeubles, c'étoit la simulation d'un engagement qui se faisoit par deux contrats, à l'intervention d'une tierce personne. Si donc les partages avoient pu anciennement effacer la qualité de gagiere, il semble que tous l'auroient fait ; puisque les formalités qui la donnoient ne pouvoient avoir lieu dans aucun partage, tous les biens partagés seroient nécessairement devenus tréfonds : & l'art. 5 du tit. 5 seroit de nouvelle coutume. Ce qui fourniroit une nouvelle raison pour autoriser la réfor- mation que j'ai proposée ci-devant, observ. 6, n^o. 11. Il paroît certain qu'anciennement pour em- pêcher que les actes de partage ne changeassent les gagieres en tréfonds, il suffisoit de n'y pas mettre les mots *à toujours mais*. Voy. le n^o. 10 qui suit. Peut-être aussi que dans l'intervalle des 48 ou 49 ans qui se sont écoulés entre l'ordonnance de 1564 & la rédaction de la coutume

« encore qu'ils fussent de gagiere auparavant » ; art. 7 du tit. 5. L'omission de la clause de gagiere dans un partage de succession opère donc le même effet que dans un contrat d'acquêt, ou dans tout autre acte par lequel la propriété est transférée d'une personne à une autre. C'est la décision formelle d'un arrêt du 10 Juillet 1677, dont M. D... fait mention sur cet article, mais qui est plus au long & plus exactement rapporté dans le premier & dans le second commentaire de notre coutume par M. Ancillon sur le même article. J'en ai dit un mot, observ. 5, n°. 28 ci-dessus ; & comme on en trouvera l'espece dans nos deux commentateurs, je m'abstiens de la rapporter.

Il faut prendre garde que ce qui vient d'être dit n'a lieu que pour les partages d'une succession entre cohéritiers, & non pour ceux d'un bien indivis entre copropriétaires. On peut, à la vérité, appliquer aux uns comme aux autres ce que dit Dumoulin sur l'art. 73 de la coutume de Paris, gl. 3., in *Vbo. Exhibet* lettres, n°. 11. *Divisio proprie non est alienatio, nec nova acquisitio, sed portionum distributio : & semper censetur res haberi jure successivo primitivo, cujus virtute facta est divisio, que non est nisi illius juris, & primariæ acquisitionis executio.* Ce jurisconsulte ajoute même : *Hinc dicitur necessaria alienatio*, & renvoie à ce qu'il avoit dit sur l'art. 33, gl. 1, in *Vbo. Droit de relief*, n°. 74. *Est divisio, contractus mixtus participans de distractu & contractu, & de permutatione & venditione ; & tamen propriam & distinctam habet naturam.* Il est vrai du partage entre coacquéreurs comme de celui qui se fait entre cohéritiers, que par ces actes chacun des copartageans aliène le droit qu'il avoit à la propriété des portions qui étoient à ses copartageans, & acquiert le droit qu'ils avoient à la propriété de ce qui tombe dans son lot. Il sembloit donc que tous les partages devoient produire le même effet, & que la clause de gagiere étoit aussi nécessaire dans les uns que dans les autres.

Mais ce qui est dit dans l'art. 7 du tit. 5 de la coutume, « tous héritages.. par- tagés à toujours mais, deviennent tréfonds », se rapporte manifestement à la règle tracée dans l'art. 5 du même titre, *les acquêts faits par gagiere demeurent gagiere aux successeurs.* L'art. 7 n'étant donc qu'une explication & une limitation de l'art. 5, l'un & l'autre doivent être entendus des successeurs ou héritiers.

D'ailleurs, les immeubles prennent la qualité de gagiere dès que celui qui en devient propriétaire exprime qu'il veut les posséder à ce titre. C'est sa volonté seule qui la leur imprime. Or cette volonté est marquée lorsque le contrat d'acquêt passé au profit de plusieurs personnes est accepté par tous pour gagiere. Ces coacquéreurs

Tit. V.
Observ. 83.

6.
Les gagieres ne changent pas de nature par les partages entre copropriétaires.

7.
Définition des partages.

de Merz, l'usage s'étoit introduit d'insérer la clause de gagiere dans ces actes. Quoi qu'il en soit, les mots, *ou partagés*, omis dans l'édition de 1613, se trouvent dans celle de 1677, & dans toutes les suivantes, & il est très-certain que si la clause de gagiere est omise dans un partage de succession, les gagieres qui y sont comprises deviennent tréfonds aux co-partageans.

TIT. V.
Observ. 2e.

divisant ensuite entr'eux l'acquisition commune, ne sont donc pas obligés de répéter la clause de gagiere : leur intention de posséder à ce titre est certaine. Il en est de même si les coacquéreurs ayant possédé par indivis, le partage ne se fait qu'entre l'un d'eux & les héritiers de l'autre, ou entre les héritiers de tous les deux ; sans que ces héritiers, chacun de leur côté, fassent entr'eux la subdivision de la portion qui leur est échue en commun. Dès qu'elle reste indivise entr'eux, c'est toujours le bien à eux obtenu à tous, tel qu'il dépendoit de la succession de leur auteur ; & comme les acquêts faits par gagiere demeurent gagiere aux successeurs, & que la simple appréhension de l'hérédité ne change pas la nature des biens qui en dépendent, ils ont recueilli cette portion avec la qualité de gagiere qui y étoit attachée, & qui continue dans leur personne telle qu'elle étoit dans la personne de leur auteur. *Possessio defuncti, quasi juncta, descendit ad heredem.* Ayant donc été saisis par indivis de la propriété d'une portion dans un bien de gagiere, & n'ayant fait entr'eux aucun partage de cette portion, elle demeure gagiere entré leurs mains, sans qu'il soit besoin qu'en partageant avec l'autre coacquéreur ou ses héritiers, ils fassent une nouvelle déclaration qu'ils entendent continuer de posséder à titre de gagiere, le bien ou la portion héréditaire qu'ils continuent de posséder indivisément entr'eux. *Semper res censetur haberi jure primitivo successivo, cujus virtute facta est divisio, quæ non est nisi illius juris, & primariæ acquisitionis executio.*

8.
L'addition d'hérédité ne change pas la nature des gagieres.

9.
Mais les partages de successions sans clause de gagiere.

Il suffit à l'héritier de ne rien faire de contraire au titre & à la nature de la possession de son auteur, pour conserver aux biens dont il hérite la qualité qu'ils avoient dans la personne du défunt. C'est l'effet de la liaison des deux possessions. Tant que celle de plusieurs cohéritiers reste commune entr'eux, tous ensemble possèdent exactement comme possédoit le défunt. La simple addition de l'hérédité ne met donc pas ceux qui l'appréhendent dans la nécessité, & même elle ne leur fournit pas l'occasion de déclarer à quel titre ils veulent posséder les biens qui la composent. Leur silence ne doit donc pas faire présumer qu'ils aient intention d'en changer la nature. Mais dès qu'ils ont occasion de le rompre, ils doivent parler. Le partage par écrit & définitif de la succession la leur fournit cette occasion ; & puisque cet acte participant de la vente, ils sont censés acquérir en partageant, les droits de leurs cohéritiers sur la propriété des immeubles qui leur sont assignés pour leur portion, & que jusques-là leur volonté de posséder cette portion au même titre que le défunt, étoit plutôt présumée que prouvée ; ils ne peuvent plus se dispenser de la faire connoître, en acceptant leurs lots pour gagiere, sinon l'omission de cette clause rend aux gagieres la qualité de tréfonds ; parce qu'étant celle qui appartient naturellement à tous les immeubles, on ne peut présumer que l'héritier, qui n'a pas encore dit, ni personne pour lui, vouloir les posséder à autre titre, en ait l'intention lorsqu'il s'en tait, quoiqu'il ait occasion de le dire.

Voilà la raison de la différence que nous mettons entre les partages entre cohéritiers, & les partages entre copropriétaires par indivis. Ceux-là doivent déclarer,

ce

ce que jusques-là ils n'ont pas fait, à quel titre ils veulent posséder ce qu'ils acquièrent par le partage; & quand même ils s'en feroient expliqué en appréhendant la succession, ils doivent réitérer leur déclaration en partageant; parce que la coutume excepte de la règle, que les gagieres demeurent gagieres aux successeurs, celles que ces successeurs partagent entr'eux *à toujours mais*. Les copropriétaires ont parlé en acquérant, ou s'ils ne sont pas les premiers possesseurs, ils ont été saisis (du bien que leur auteur qui a parlé avoit acquis en commun avec un tiers) au même titre que ce tiers & le défunt le possédoient. C'est ce premier titre en vertu duquel ils ont joui en commun avec ce tiers avant le partage, & en vertu duquel ils continuent après le partage de jouir en commun entr'eux, qui détermine de quelle nature est le bien à eux obvenu par une succession non partagée, sans que dans les actes qu'ils passent pour régler leur jouissance commune entr'eux, & la séparer de celle du tiers, leur copropriétaire, la clause de gagiere soit nécessaire; parce qu'étant inférée dans le titre originaire de leur propriété, il établit que cette propriété est une gagiere. S'il n'en est pas de même lorsqu'on partage une succession, c'est que, quoique l'addition de cette succession partagée soit le titre de la propriété des héritiers, & ne change pas la qualité des biens qui leur obviennent, il n'énonce pas ordinairement de quelle nature ils veulent que ces biens soient entre leurs mains. Il faut donc qu'ils déclarent cette volonté dans le premier acte où ils ont occasion de le faire, ou plutôt dans l'acte que la coutume a désigné pour cette déclaration, & qu'elle a eu raison de choisir, parce qu'en quelque tems que des cohéritiers fassent entr'eux le partage des biens de leur auteur, il se rapporte à l'addition de l'hérédité.

Au reste, j'avoue que la différence que nous mettons entre les partages entre copropriétaires & ceux qui se font entre cohéritiers, pourroit paroître bien légère, & trop subtile, si elle n'étoit pas fondée sur ce que j'ai dit ci-dessus, n^o. 7, que l'art. 7 du tit. 5 de la coutume, qui change en tréfonds les gagieres partagées *à toujours mais*, ne pouvoit s'entendre que des partages de successions; parce qu'il se rapporte manifestement à l'art. 5, qui conserve aux gagieres échues de succession cette qualité de gagiere, s'il n'y a chose faite au contraire.

Quoi qu'il en soit, la distinction que je viens de faire, & la limitation de l'art. 7 aux partages entre cohéritiers, sont certaines dans l'usage, & ont été suivies tant en consultations qu'en jugemens, toutes les fois que des coacquéreurs d'un même bien, à titre de gagiere, l'avoient partagé entr'eux sans clause de gagiere: & cet usage seul décideroit, quand on ne pourroit en rendre raison. *Optima legum interpres consuetudo*.

Il a même été étendu jusquaux partages des biens composans la communauté, faits entre le survivant des conjoints & les héritiers du prédécédé. Sébastien Michel & sa femme avoient acquis, en 1681, la seigneurie de Chevaling, par différens contrats, moitié à titre de gagiere, & moitié à titre de tréfonds. Ils avoient cinq en-

10.
Et non aux partages de communauté.

fans : Jacques, Nicolas, Anne, Jeanne, & Catherine Michel. Leur mere étant morte, ils partagerent la communauté avec leur pere, le 6 Avril 1717. Le pere eut pour sa moitié une portion dans la seigneurie de Servigny & des biens à Frécourt ; & les enfans pour la leur, la terre de Chevaling. L'acte qui la leur assignoit ne contenoit pas la clause de gagiere. Mais ils ne firent aucun partage de cette terre entr'eux, & jouirent par indivis jusqu'à la vente que Catherine Michel fit de la moitié de son cinquieme. Elle déclara dans le contrat de vente que la moitié qu'elle vendoit étoit celle qui lui tenoit nature de tréfonds, & qu'elle se réservoir l'autre moitié pour lui tenir nature de gagiere. Ce contrat n'occasionna encore aucun partage. Catherine Michel & ses copropriétaires continuerent de jouir de la terre par indivis. Elle fit un testament olographe le 26 Août 1753, par lequel elle légua à Barbe Bouillet, veuve du sieur Bouqueneim, une somme de 300 liv. ; & la rémanance, qui ne consistoit que dans un mobilier absorbé par les dettes, & dans le dixieme de la terre de Chevaling, à Françoise Bouillet, fille majeure. Ces deux légataires étoient filles naturelles d'une de ses soeurs. Elle mourut le 3 Décembre 1754. Le sieur Lacquiet, aux droits d'Elisabeth Michel de Morville, sa femme, & consorts, neveux & nieces de la testatrice, contestèrent le dixieme de Chevaling à la légataire universelle. Ils convenoient que la totalité de cette terre avoit appartenu pour moitié à titre de gagiere ; & pour l'autre à titre de tréfonds, à Sébastien Michel & à sa femme ; & que leurs enfans auroient pu conserver la qualité de gagiere, à la moitié de la portion obvenue à chacun d'eux à titre successif. Ils avouoient encore que la testatrice avoit vendu la moitié de son cinquieme, qui étoit incontestablement tréfonds, & conservé l'autre moitié de ce cinquieme, qu'elle croyoit lui appartenir à titre de gagiere. Mais ils prétendoient qu'elle s'étoit trompée en attribuant à cette seconde moitié une qualité qu'elle avoit perdue ; parce que la terre de Chaveling ayant été comprise dans le partage de 1717, tout ce qui étoit gagiere dans cette seigneurie étoit devenu tréfonds, faite par les enfans de Sébastien Michel, dans le lot desquels elle étoit tombée, de l'avoir accepté pour gagiere. Ils le firent juger ainsi par sentence du bailliage de Metz, du 28 Mai 1755. Françoise Bouillet en porta l'appel au parlement, & la veuve Bouqueneim qui, attendu les dettes passives, ne pouvoit être payée de son legs de 300 liv. que sur la terre de Chevaling, donna requête d'intervention, & adhéra aux conclusions de l'appellante.

On soutenoit pour griefs, 1°. qu'il n'y a que les partages entre cohéritiers qui, faite d'acceptation pour gagiere, fassent perdre cette qualité aux biens qui l'avoient auparavant ; & que les enfans de Sébastien Michel n'avoient pas partagé entr'eux la succession de leur mere ; mais avoient tous ensemble partagé avec leur pere la communauté qui étoit entre lui & sa défunte femme : ce qui formoit un partage entre copropriétaires, & non entre cohéritiers ; 2°. que quand l'acceptation pour gagiere seroit nécessaire dans un pareil partage, celui dont il s'agissoit ne pourroit être op-

posé, attendu qu'il étoit nul; parce que l'acte sous feing-privé qui le contenoit n'a-voit pas été fait double. Tit. V.
Observ. 82.

Ce second grief étoit très-mal fondé. Les actes privés non faits doubles, ne peuvent être argués de nullité que lorsqu'ils n'ont pas encore eu leur effet. Mais le partage du 6 Avril 1717 étoit exécuté depuis près de 38 ans lorsque la succession de Catherine Michel s'étoit ouverte. Dès le premier instant que les copartageans en conséquence de cet acte s'étoient mis mutuellement & respectivement en possession, Sébastien Michel, de la portion de la seigneurie de Servigny-lez-Raville, & des biens de Frécourt qui lui avoient été assignés pour sa moitié dans la communauté, & les enfans, de la terre de Chevaling qui leur avoit été donnée pour la leur, le partage imparfait, pour n'avoir pas été fait double, avoit reçu la perfection qui lui manquoit, & étoit devenu un acte obligatoire & inattaquable.

Quant au premier moyen, les raisons que l'appellante employoit pour le soutenir, n'étoient pas toutes, à beaucoup près, également solides. Par exemple, elle soutenoit, qu'avant la rédaction de la coutume *» le bénéfice de la gagiere, c'étoit son expression, n'étoit que personnel; parce que la gagiere étoit une fiction, & qu'à la mort la vérité reprenoit ses droits, comme l'enseigne, disoit-elle, Me. Joseph Ancillon.* Cependant Ancillon dit seulement que c'est contre la pureté des principes qu'on a rendu la fiction des gagieres perpétuelles. Il n'a jamais dit qu'avant la rédaction de la coutume elle finissoit à la mort de l'acquéreur, ni que l'art. 5 du tit. 5 étoit une disposition nouvelle, ajoutée par les rédacteurs contre l'ancien usage. Il n'avoit garde de le dire; non-seulement parce que rien n'est moins vrai, mais parce qu'il avoit sous les yeux l'ouvrage de d'Abocourt qui, fol. 163 r^{co}. & v^{so}. atteste positivement tout le contraire. Voici ses termes: *» Gagieres ne changent de nature, ores qu'elles proviennent & soient échues d'anciennes successions, voire de plus haut qu'aïeux & bisaïeux: même qu'elles consistent en héritages, si ne peuvent-ils être dits anciens. Ains retiennent leur nature de meubles, si autrement ne sont conditionnées, par jugement de l'an 1383.*

C'est donc, au contraire, une vérité incontestable que par un usage observé à Metz depuis qu'on y a distingué les immeubles en tréfonds, & en gagieres, les biens de gagiere d'un défunt restent gagieres entre les mains de ceux qui lui succèdent, *s'il n'y a, comme le dit l'art. 5, du tit. 5, chose faite au contraire.* Delà il s'ensuivoit que les enfans de Sébastien Michel avoient été saisis des biens de leur mere au moment de son décès, au même titre qu'elle les avoit possédés. S'ils avoient partagé entre eux la terre de Chevaling, l'acceptation pour gagiere seroit devenue nécessaire, parce que le partage d'une succession remonte au jour de son ouverture: au moyen de quoi chacun d'eux auroit dû être considéré comme n'ayant jamais été saisi que de la portion de cette terre qui lui seroit obvenue par le partage, & comme ayant acquis dès le jour du décès de la mere commune, les droits de ses cohéritiers sur cette portion: en sorte qu'il eut été censé n'être devenu propriétaire que

Tit. V.
Observ. 83.

par le partage de la succession; acte qui, comme je l'ai dit, participe de la vente & dans lequel par cette raison la clause de gagiere est nécessaire, si on veut être propriétaire à ce titre.

Mais les enfans de Michel n'ayant fait aucun partage de la succession de leur mere, c'étoit uniquement par l'addition de son hérédité qu'ils avoient été saisis des biens qu'elle leur avoit laissés. Ils en étoient donc propriétaires, & ils l'étoient au même titre qu'elle, avant le partage fait avec leur pere; & quoiqu'il fut vrai que, par ce partage, ils avoient en quelque sorte acquis de leur pere le droit qu'il avoit sur la moitié de la terre qui leur étoit échue pour la part de leur mere dans la communauté: cependant ce partage ne changeant rien au droit que leur mere leur avoit transmis, & dont ils avoient été saisis par son décès, qui étoit le titre originaire de leur propriété: pour conserver à ce titre & à cette possession la même nature qu'ils avoient eue, tant entre les mains de leur mere, que dans les leurs avant de partager, il étoit inutile d'insérer dans l'acte la clause de gagiere. Voilà, comme je l'ai appris des magistrats les plus éclairés de la chambre qui a connu de cette contestation, les motifs qui les ont déterminé à infirmer par arrêt du 8 Mars 1756, la sentence du bailliage, & à adjuger le dixieme de la terre de Chaveling à la légataire universelle de Catherine Michel.

Cet arrêt interprète donc l'art. 7 du tit. 5, & juge qu'il ne doit pas être entendu des partages faits entre copropriétaires de biens qui leur tiennent nature de gagiere. Il confirme en même tems l'art. 5, suivant lequel les biens acquetés par gagiere demeurent gagiere aux successeurs. M. D... dit avec raison sur cet article, » qu'on n'a jamais douté que ce mot *successeurs*, ne s'appliquât tant aux héritiers testamentaires qu'aux héritiers légitimes. Voyez les raisons qu'il en donne qui sont très-justes, & très-solides. Cela a lieu même lorsque, le testateur au lieu d'instituer un, ou plusieurs héritiers, fait un ou plusieurs légataires universels; car quoique la plupart des coutumes ne donnent le nom d'héritiers qu'à ceux qui tirent leur droit de la nature & de la loi, & qu'elles nomment légataires universels, ceux qui sont appellés à la succession d'un défunt par ses dispositions de dernière volonté; en sorte que rejetant toute institution d'héritier, elles la distinguent du legs universel: » la coutume de Metz ne s'arrête pas à cette différence, qui ne consiste, à proprement parler, que dans le nom «: dit encore très-bien le même commentateur sur l'art. 1 du tit. 11.

En effet, notre coutume ne rejette pas l'institution d'héritier, puisqu'elle admet des héritiers testamentaires, art. 1 & 2 du tit. 11. Elle dit seulement, art. 1 du tit. 8, que cette institution n'est pas nécessaire pour faire valoir un testament. » De là il s'ensuit, dit toujours M. D... que dans notre coutume un testament, ou un codicile est valable... quoiqu'il soit sans institution d'héritiers. Or la seule différence que l'art. 6 du même titre mette entre les testamens & les codiciles, c'est qu'on ne peut ôter, ou donner toute une succession que par un testament: donc un acte qui donne toute une succession par forme de legs universel & sans institution

11.
Les gagieres demeurent gagieres aux héritiers, & aux légataires universels.

12.
A Metz, l'institution d'héritier a lieu.

13.
Mais n'est pas nécessaire.

14.
Et ne diffère pas du legs universel.

d'héritier, est un vrai testament, comme celui qui contient une institution, & par une conséquence ultérieure, donc le legs universel ne diffère en façon quelconque de l'institution, ni le légataire universel de l'héritier institué.

Cela posé, on ne peut douter que dans notre coutume le légataire universel ait sur l'héritier légitime la même préférence, quant aux biens disponibles, que l'art. 2, du tit. 11, accordé à l'héritier testamentaire. Ainsi l'art. 16, du tit. 8; qui porte que *le legs testamentaire ne saisit point, ains faut que le légataire en demande la délivrance à l'héritier du testateur, ou à l'exécuteur testamentaire*, ne peut s'entendre que des legs particuliers en vertu d'un testament, aussi n'est-ce qu'à ceux qui prétendent quelques legs particuliers en vertu d'un testament que M. Dilange impose l'obligation d'en demander la délivrance. Ce qui marque assez que ce magistrat ne doutoit pas que le légataire universel ne fut saisi comme l'héritier testamentaire; d'autant plus qu'il n'admettoit entre eux qu'une différence de nom. Ancillon sur l'art. 1 du tit. 11 paroît avoir trouvé plus de difficulté qu'il n'y en a, de décider si à Metz l'héritier testamentaire est saisi. Il se détermine cependant pour l'affirmative. *« Par l'usage constant, dit-il, l'héritier légitime est saisi de droit, & de fait des biens du défunt: & par ledit article, l'héritier testamentaire est préféré au légitime non institué. Il semble que ce doit être le même avantage qui appartiendroit à l'héritier légitime, de sorte que l'étranger de la famille institué héritier, se peut dire saisi des biens du défunt dans cette coutume, ce qui est autorisé par l'usage »*. D'où on doit conclure que si l'héritier naturel conteste l'exécution du testament, l'institué doit obtenir la provision, quant aux biens reconnus disponibles.

15.
Qui saisit comme l'institution.

Mais je crains qu'Ancillon n'ait distingué l'héritier institué du légataire universel; car un peu plus bas, après avoir rappelé la disposition de l'art. 16 du tit. 18, il dit que *« si l'héritier institué n'étoit considéré que comme un légataire universel... il devrait demander à l'héritier la délivrance »*. Ce qui pourroit faire croire qu'il pensoit qu'à Metz, le légataire universel est obligé de la demander, mais comme il renvoie au commentaire de La Fons, sur l'art. 71 de la coutume de Vermandois, où on lit, n°. 2, que *« l'institution d'héritier par testament ne saisit point au pays coutumier... pour ce que tel héritier n'est tenu que comme légataire universel, qui doit avoir délivrance »*: je présume que tout ce qu'Ancillon a voulu dire, c'est que si l'héritier institué n'étoit considéré dans la coutume de Metz que comme le légataire universel l'est dans les autres coutumes, il seroit obligé de demander la délivrance; & que ce jurisconsulte n'a pas voulu faire entre l'héritier institué, & le légataire universel une distinction qu'on ne fait presque nulle part; car toute la différence entre notre coutume qui admet l'institution d'héritier, sans la rendre nécessaire, & celles qui la rejettent, c'est que chez nous le légataire universel est considéré comme un héritier testamentaire, au lieu qu'ailleurs l'institué n'est regardé que comme un légataire universel.

Ces remarques appartiennent plus au titre des testamens qu'à celui de la différence

TIT. V.
Observ. 8e.

16.
Et dont l'acceptation ne change pas la nature des gagieres.

des biens. Cependant j'ai cru devoir les placer ici, parce que delà sort la conséquence que le légataire universel est du nombre des successeurs auxquels les gagieres demeurent gagieres, suivant l'art. 5 du tit. 5, sans qu'il soit nécessaire qu'il accepte son legs pour gagiere, & même sans qu'il soit nécessaire qu'il en fasse aucune autre acceptation que l'appréhension de fait qui lui est permise sans demander délivrance, parce qu'il est saisi des biens disponibles comme l'héritier du sang de ceux qui ne le sont pas.

C'est donc par un excès de précaution fort inutile que quelques notaires, faute de connoître assez l'esprit de la coutume, ont depuis un certain nombre d'années, inféré la clause de gagiere dans l'acceptation des legs universels. Clause que je n'ai vue dans aucuns des anciens actes, & qui n'est propre qu'à tromper ceux, qui sur le fondement de ce nouvel usage, imagineroient qu'elle est nécessaire pour conserver aux biens légués la nature de gagiere.

17.
Secus dans le cas d'un legs particulier.

18.
S'il est accepté par écrit.

On pourroit même douter si elle est nécessaire, dans l'acceptation du legs particulier de certains immeubles; car ce legs fait aussi un successeur. Mais ce n'est qu'un successeur à titre particulier, qui n'est pas saisi par la mort du testateur, & qui par conséquent n'acquiert la propriété de la chose léguée que par la délivrance. Il faut donc, si elle se fait par écrit, que l'acte qui la contient, & qui est translatif de propriété porte la clause de gagiere, ou ait été précédé d'une acceptation pour gagiere; si - non le bien acquis devient tréfonds. Mais si le légataire se trouvoit en possession du bien légué, en sorte qu'il le conservât sans aucune acceptation expresse de son legs, & sans qu'il lui en fut fait aucune délivrance; ou que l'héritier, comme il arrive quelquefois, lui en abandonnât la jouissance de fait, & sans aucun acte écrit, je crois que le bien conserveroit sa nature de gagiere: parce qu'il n'y auroit pas alors *chose faite au contraire*. Il est vrai qu'on peut opposer, qu'en ce cas il n'appert plus que l'immeuble est acquêté par gagiere par le légataire; mais alors son unique titre est le testament, qui prouve par lui-même que le bien est gagiere; & le légataire n'ayant eu aucune occasion de déclarer qu'il entend lui en continuer la nature, il me semble qu'il en doit être de cette espece, comme de celle où des cohéritiers n'ont fait entre eux qu'un partage verbal, qui n'ôte pas aux biens partagés la qualité de gagiere, dont la stipulation ne me paroît nécessaire que quand il y a eu, ou quand il y a dû avoir un acte par écrit, comme en cas de vente, de donation, &c. Je crois que l'usage est conforme à mon opinion.

19.
Et d'un partage par écrit entre plusieurs légataires.

20.
Un partage verbal ne changeroit pas les gagieres en tréfonds.

Mais s'il y a un partage écrit entre plusieurs collégataires, même universels, des mêmes biens, l'omission de la clause de gagiere dans ce partage convertiroit sans aucun doute les gagieres en tréfonds; car pourquoi ne produiroit-il pas entre ceux qui sont appelés à la succession par testament, le même effet qu'il produit entre ceux qui y sont appelés par la loi?

Si, au contraire, il n'y avoit eu qu'un partage verbal, les gagieres ne deviendroient pas tréfonds, même dans le cas d'une succession *ab intestat*, & déferée aux héritiers

naturels. C'est la suite de ce que j'ai dit, que l'addition d'hérédité n'opéroit pas ce changement; que le silence de l'héritier qui en appréhendant une succession, ne déclare pas à quel titre il entend posséder les biens qui la composent, ne peut faire présumer qu'il ait intention de convertir les gagieres en tréfonds; & qu'au contraire la coutume suppose qu'il veut posséder comme son auteur possédoit, précisément parce qu'il ne déclare pas au moment qu'il est saisi de l'hérédité, vouloir posséder à autre titre; car » *les acquêts faits par gagieres, demeurent gagieres aux successeurs, s'il n'y a chose faite au contraire* ». Les partages entre cohéritiers ne sont pas non plus des actes qui, nécessairement & par eux-mêmes, emportent la conversion des gagieres en tréfonds, que l'addition d'hérédité n'opère pas. On peut en partageant conserver aux gagieres cette qualité. L'art. 7 du tit. 5 ne dit pas que *tous les héritages partagés*, mais que *tous les héritages... partagés A TOUJOURS MAIS*, deviennent tréfonds. C'étoit donc autrefois cette expression à *toujours mais*, qui changeoit les gagieres en tréfonds; ainsi ce changement ne pouvoit arriver que par un partage rédigé par écrit.

Elle excluait nécessairement la qualité de gagiere; car avant la rédaction de la coutume, c'est-à-dire, depuis 1564 jusqu'à 1613, & assez long-tems après, tous les acquêts, & tous les partages qui se faisoient dans le pays Messin, portoient toujours l'une ou l'autre de ces stipulations, ou qu'ils étoient faits à *toujours mais*, ou qu'ils étoient faits à *titre de gagiere*: & jamais la clause de gagiere n'étoit omise que le contrat ne fut fait à *toujours mais*. Cette expression plutôt barbare que gauloise, & qui tenoit plus du patois du pays que de la langue françoise, a cessé d'être employée par nos instrumentaires. Mais par la raison que je viens de dire que dans l'ancien usage, dès que la clause de gagiere ne se trouvoit pas dans un contrat, la stipulation étoit à *toujours mais*, on a continué de donner à tous les actes qui n'étoient pas faits par gagiere, le même effet que s'ils avoient porté les mots à *toujours mais*. M. D... en avertit sur l'art. 7, » *si*, dit-il dans un partage absolu & définitif, ce terme de *toujours mais*, ne se trouvoit pas: (on auroit bien de la peine à le trouver dans aucun de ceux qui ont été faits depuis environ cent ans), » & que les contractans n'aient pas déclaré que les biens de gagiere leur tiendroient même nature, il est certain que, suivant la décision dud. art. 7, ce qui étoit gagiere à leur auteur commun, leur tiendrait nature de fonds, ou de tréfonds, suivant la présomption de notre coutume. Ce magistrat en donne une raison qui n'est pas sans fondement, & qu'on doit ajouter à celle que je viens d'indiquer, savoir que » ce terme à *toujours mais* n'a été mis dans cet article que pour dénoter un partage absolu & définitif, » par opposition à un partage conditionnel, ou provisionnel seulement.

Mais pour que les gagieres partagées entre cohéritiers deviennent tréfonds, il faut que le partage de la succession ait été fait par un écrit, où les copartageans aient omis la clause de gagiere. S'il n'a été que verbal, on ne peut plus montrer chose faite au contraire. Ainsi les acquêts faits par gagiere demeurent gagieres aux

TIT. V.
Observ. 3e.

21.
Sens & effet
des mots, à
toujours mais.

22.
Ils ne sont plus
en usage, mais
l'effet subsiste.

23.
Dans les parta-
ges par écrit
entre cohéri-
tiers.

TIT. V.
Observ. 8e.

24.
Pourvu qu'ils
soient définitifs.

successeurs, dont, comme je l'ai dit, le silence ne suffit pas, lorsqu'ils n'ont pas fait d'actes où ils aient pu & dû le rompre, pour ôter aux biens de la succession la qualité qu'ils avoient dans la personne du défunt.

25.
L'exécution
d'un partage
provisionnel ne
change pas la
nature de ga-
grière.

C'est par cette raison qu'un partage écrit & sans clause de gagiere, mais provisionnel, ne change pas la nature des biens de gagiere, quoiqu'il devienne définitif pour avoir été suivi d'exécution pendant un tems plus que suffisant à prescrire. Le sieur de Chavenel, le sieur de Roserieulle, son frère, les dames Royer & Blaise de Retoufay, leurs sœurs, ayant partagé provisionnellement les successions de leurs pere & mere, toutes les parties satisfaites de leurs lots les conserverent, sans que personne demandât un nouveau partage définitif. Très-long-tems après, le sieur de Chavenel testa au profit du sieur de Roserieulle. Les dames leurs sœurs prétendirent qu'il ne l'avoit pas pu, parce que si le partage où l'on ne trouvoit pas la clause de gagiere n'avoit été originairement que provisionnel, il étoit devenu définitif par sa longue exécution. Nous fûmes consultés par l'héritier institué, MM. Ruland, Vanier & moi; & nous pensâmes que si le partage qui n'étoit que provisionnel, n'avoit pas empêché que les gagieres des pere & mere des parties ne demeurassent gagieres à leurs successeurs. Le laps de tems qui l'avoit rendu définitif n'avoit pas non plus changé la nature des biens y compris, parce qu'il ne s'étoit rien fait pendant tout le tems qui s'étoit écoulé depuis le partage, & que le tems même ne pouvoit être regardé comme la *chose faite au contraire*, que la coutume requiert pour la conversion des gagieres échues de succession en tréfonds. Les Dmes. Royer & Blaise de Retoufay ayant consulté de leur côté, la résolution fut la même, & le sieur de Roserieulle profita de la disposition faite en sa faveur. Dans la suite il testa tant des mêmes biens que de ceux qui avoient formé son lot personnel, au profit des enfans de la Dme. Royer, & son testament fut confirmé par un arrêt dont je parlerai ailleurs. Il n'avoit même été attaqué que par des moyens de forme, & non par la nature des biens dont il avoit testé, que les Sr. & Dme. Blaise de Retoufay avouoient être des gagieres & de disposition libre.

26.
Regles sur cet-
te matière.

De tout cela on doit conclure 1°. que la volonté du propriétaire d'un bien de gagiere suffit pour lui donner la qualité de tréfonds; & que tout acte dans lequel configne cette volonté opère ce changement: 2°. que cette volonté ne se présume pas dans celui qui partagé un bien qu'il a acquis lui-même à titre de gagiere avec son co-acquéreur, parce qu'en acquérant il a marqué une volonté toute contraire; qu'elle ne se présume pas non plus dans son héritier, ou ses héritiers, qui tous ensemble & en commun partagent avec le co-acquéreur de leur auteur, ou ses héritiers; ni dans tout autre partage d'un bien dont l'indivision ne provient pas d'une succession échue en commun aux co-partageans: qu'elle se présume au contraire lorsque des héritiers partagent par écrit, & définitivement sans clause de gagiere les biens d'une succession commune entre eux.

Mais s'il est libre de convertir ses gagieres en tréfonds, il ne l'est pas de changer
en

en gagieres les biens qu'on possède en tréfonds. *On ne peut faire gagiere de l'héritage ou rente de tréfonds*, dit la coutume, art. 4 du tit. 5. Avant sa rédaction, d'Abocourt l'avoit répété trois fois, après avoir dit, fol. 163 v^o., que celui à qui les gagieres appartiennent peut les conditionner à ses héritiers & successeurs pour tréfonds, il ajoute : « *Mais au réciproque le tréfonds ne peut, par ces mêmes manieres, être conditionné pour gagiere : ains échet comme l'on tient aux droits & vrais héritiers, & au fol. suiv. r^o. toute acquisition conque par contrat, sous ces termes, A TOUJOURS MAIS, tient nature de tréfonds, & n'en peut-on faire gagiere, sans sortir de la main du propriétaire, par jugement de l'an 1352 . . . & de l'an 1358. Enfin, fol. 165, l'on ne peut faire des choses anciennes ou de nouveau acquêtes pour tréfonds, gagieres, en fraude des héritiers du tréfonds. Jugement de l'an 1347.* » C'étoit la suite nécessaire de l'origine des gagieres & de l'engagement simulé qui jusqu'à l'ordonnance de 1564 étoit la seule voie qui pût donner cette qualité de gagiere aux immeubles. Il étoit impossible de supposer ni de feindre qu'on s'engageoit à soi-même les biens dont on avoit la pleine propriété.

Ainsi ce qui est une fois fonds, si on en conserve la propriété jusqu'à son décès, non-seulement ne peut être ôté à ceux que la coutume appelle à la succession de cette espece de biens, mais conserve nécessairement entre leurs mains la même qualité de tréfonds. « *Si tout immeuble, dit M. D . . . sur l'art. 4 du tit. 5, & les 3 suiv. tient nature de fonds à celui-là même qui les a acquêtes simplement & sans l'expression de gagiere, il s'enfuit à plus forte raison qu'il tient la même nature de fonds aux successeurs qui le représentent, & sont censés ne faire qu'une même personne avec lui. C'est pour cela que le présent art. 4 défend d'abord de faire une gagiere de l'héritage ou rente de fonds, ou de tréfonds.* » M. D . . . n'a pas sans doute voulu dire qu'il sortoit du principe que l'héritier représente le défunt, & qu'il est censé ne faire qu'une même personne avec lui, une raison plus forte pour conserver la qualité de tréfonds entre les mains de l'héritier que dans celles de l'acquéreur. Cette raison plus forte est, que l'esprit du droit coutumier est de gêner la disposition testamentaire des biens qu'on recueille de succession, beaucoup plus que celle des biens qu'on a acquis par son travail, ses épargnes, ou son industrie. Il n'a pas voulu dire non plus que la prohibition de changer les tréfonds en gagieres venoit de ce que les biens de la première espece demeurent fonds aux successeurs. Il n'étoit pas possible de conclure de-là que l'acquéreur lui-même, ou tout autre possesseur d'un bien de fonds ne peut pas s'en faire une gagiere. Ce changement ne lui est interdit (& quelles que soient les expressions de M. D . . . c'est sûrement ce qu'il avoit dessein de faire entendre) qu'à cause que la coutume ne veut pas qu'on puisse ôter les fonds par testament aux héritiers à qui elle les destine : destination qui deviendroit illusoire, si on pouvoit changer les fonds en gagiere.

Le propriétaire ne le peut pas lors même qu'il les donne en dots, & en avancement d'hoirie à ses enfans. La question s'est présentée dans deux especes qui n'ont

TIT. V.
Observ. 8e.

été décidées que par consultations. J'ai rapporté la premiere, tom. 1, pag. 265, n°. 24. Voici la seconde. Le sieur Bouda & sa femme mariant la Dlle. Marthe Bouda leur fille au sieur Toupet, lui avoient donné en dot une métairie à Sainte-Ruffine, qu'ils lui avoient fait accepter pour sa gagiere, & qui lui étoit réservée pour en disposer à sa volonté. Le contrat de mariage portoit en outre qu'elle pourroit disposer de sa part dans la communauté comme de ses réserves. La Dme. Toupet étoit décédée laissant deux enfans en très-bas âge, auxquels le sieur Toupet leur pere avoit été confirmé tuteur, & le sieur Bouda leur aïeul établi curateur. L'un des enfans étoit mort peu après sa mere. Sa succession quant aux meubles & gagieres seulement, étoit échue au sieur Toupet son pere. En conséquence, dans différens comptes qu'il avoit rendus comme tuteur au sieur Bouda en qualité de curateur, il n'avoit fait recette que de la moitié des revenus de la métairie de Sainte-Ruffine; & le sieur Bouda avoit accepté cette recette, & reconnu que l'autre moitié de cette métairie appartenoit propriétairement à son gendre, comme héritier des gagieres de l'enfant décédé. Mais le même sieur Toupet ayant ensuite formé contre son beau-pere en sa qualité de curateur de l'enfant qui vivoit, demande en licitation de cette métairie. Le conseil qu'il consulta sur cette demande, pensa qu'il devoit s'en défendre, parce que toute la métairie appartenoit au mineur comme héritier des tréfonds de l'enfant décédé. Le sieur Bouda le soutint ainsi dans ses défenses; & pour le prouver il dit, & justifia par les pieces qu'il communiqua, ce que jusques-là il avoit laissé ignorer à son gendre que la métairie dont il avoit doté Marthe Bouda sa fille, lui étoit échue de la succession de Madelaine Othelin sa mere, à qui elle avoit été léguée par le sieur Michelet, à condition qu'elle lui tiendrait nature de fonds. Le sieur Toupet nous consulta sur ces défenses le 7 Décembre 1766; M. Harvier & moi: & à la vue des pieces, nous estimâmes qu'il n'étoit pas possible de douter que la métairie n'eût été possédée à titre de tréfonds par Madelaine Othelin, & conséquemment par le sieur Bouda son fils & son héritier: qu'en la donnant en dot à sa fille il ne lui avoit fait qu'un avancement d'hoirie; que son conseil avoit eu raison de penser que les clauses du contrat de mariage des Sr. & Dme. Toupet n'avoient pu changer la nature de cette métairie, parce que la dotation & l'avancement d'hoirie ne sont qu'une succession anticipée; & que le propriétaire d'un bien de fonds qui ne peut pas s'en faire une gagiere ne peut pas plus le rendre gagiere à son héritier. D'où il étoit aisé de conclure que la demande en licitation ne réussiroit pas. Mais nous pensâmes en même tems que le sieur Toupet trompé par la réticence des Sr. & Dme. Bouda, & par les clauses de son contrat de mariage qui avoient dû lui faire croire que sa femme étoit dotée d'un bien de gagiere, paroïssoit pouvoir former contre son beau-pere & sa belle-mere demande à ce qu'ils fussent condamnés en leurs purs & privés noms de lui fournir moyens valables pour faire juger que la métairie de Sainte-Ruffine étoit un bien de gagiere, de moitié duquel il avoit hérité par la mort d'un de ses enfans; sinon, & au cas que cette métairie seroit jugée tréfonds, de

28.
Si celui qui
donne un fon's
en dot comme
gagiere doit le
garantir tel?

l'acquitter, & indemniser des condamnations qui interviendroient contre lui, & en ses dommages & intérêts. Au moment que j'écris ceci, *sub-judice lis est*. Mais la contestation n'est plus sur la demande en licitation, ni sur la qualité de l'immeuble que le sieur Toupet reconnoît n'avoir pu être converti en gagiere par le contrat de mariage. Elle ne roule plus que sur la demande en indemnité, que nous n'avons pas pensé être sans difficulté, parce que de la part des Sr. & Dme. Bouda, il peut y avoir eu dans les clauses du contrat de mariage plus d'ignorance que de fraude; mais qui cependant nous a paru fondée sur l'équité, parce que toute la bonne foi qu'on veuille supposer dans les Sr. & Dme. Bouda n'empêche pas que pour n'avoir pas fait attention, en mariant leur fille, à la nature de la métairie dont ils la dotoient, ou à ce que pouvoit opérer l'acceptation pour gagiere qu'ils lui en faisoient faire, ils ont, sinon de dessein prémédité, au moins par une erreur qu'il leur étoit aisé d'éviter, trompé leur gendre, qui n'eut peut-être pas accepté la métairie pour la dot de sa femme, s'il avoit cru que c'étoit un tréfonds, dont elle n'auroit pas la liberté de l'avantager le cas échéant, & dont il n'hériteroit pas en cas de mort de quelqu'un de ses enfans (1).

Il faut donc que le contrat de mariage où l'enfant est doté par ses pere & mere contienne une vente du tréfonds pour qu'il puisse être converti en gagiere. Cela eut été facile dans celui des Sr. & Dme. Toupet, sans en déranger l'économie. Il ne s'agissoit que de stipuler la dot en argent, & d'abandonner la métairie de Sainte-Ruffine pour un certain prix en paiement du tout, ou de partie de la dot. Lorsque le contrat est ainsi conçu, l'enfant doté achete l'immeuble qu'on lui cède, & peut par conséquent l'acquérir pour sa gagiere. Si le même immeuble étoit une gagiere, & qu'il ne l'acquît pas au même titre, il deviendroit tréfonds entre ses mains, parce que ce ne seroit plus cet immeuble qu'il auroit reçu à titre de succession anticipée, mais la somme employée à en faire l'acquisition; mais si c'est l'immeuble même qui soit donné en dot, ou en avancement d'hoirie, même avec estimation, l'enfant le reçoit à titre successif: d'où il suit qu'il a entre ses mains les mêmes nature & qualité qu'il avoit entre les mains de ses pere & mere; & que s'il étoit gagiere il reste gagiere, quand même le contrat de mariage n'en contiendroit pas l'acceptation à ce titre; & que s'il étoit fonds il en conserve la qualité, nonobstant toute acceptation pour gagiere.

Il ne parle que de la dot constituée par les pere & mere, ou par un autre ascendant dont l'enfant doté est héritier présomptif. La donation en collatérale n'est plus un avancement d'hoirie, ni une succession anticipée; mais un acquêt qu'il faut par conséquent accepter pour gagiere, sans quoi l'immeuble est tréfonds au donataire, quoique gagiere au donateur, & qui peut être accepté pour gagiere, encore que

(1) Le sieur Toupet ayant été forcé de convenir, en plaidant au bailliage, que son beau-pere l'avoit averti lors du contrat de mariage, que la métairie étoit tréfonds, il est intervenu sentence contre lui, à laquelle nous lui avons conseillé d'acquiescer.

TIT. V.
Observ. 3e

29.
Le tréfonds cédé en paiement de la dot peut devenir gagiere.

30.
On en peut prendre la qualité.

31.
Tout cela n'a lieu qu'en donnant par avancement d'hoirie.

TIT. V.
Observ. 8e.

l'immeuble fut possédé à titre de fonds par le donateur ; parce qu'il y a alors mutation de propriété à autre titre que de succession.

32.
Le fonds ne peut être changé en gagiere par un partage.

Si la conversion du fonds en gagiere ne peut se faire par une donation en avancement d'hoirie, il peut encore bien moins changer de nature par un partage où les parties déclarent accepter leurs lots pour leur tenir nature de gagiere. Cette question ne fait plus de difficulté depuis long-tems, quoiqu'elle ait autrefois paru si problématique qu'elle a donné lieu à trois arrêts de partage. Lors du premier, intervenu entre Mathias François, appellant, & Pierre Christophé, intimé, on disoit que les gagieres pouvant être changées en tréfonds par un partage *à toujours mais*, suivant l'art. 7 du tit. 5 de la coutume, on devoit admettre, *e converso*, que le partage qui n'étoit pas fait avec ces expressions *à toujours mais*, & qui contenoit au contraire la clause de gagiere, pouvoit en attribuer la qualité aux biens de fonds. Mais outre qu'il est évident que cela étoit impossible, tant qu'a duré l'usage antérieur à l'ordonnance de 1564, & qu'elle ne contient rien d'où on puisse induire qu'elle a permis de donner aux partages un effet qu'ils ne pouvoient pas produire auparavant ; l'argument à sens contraire, qui en droit n'est souvent d'aucun poids, est ici manifestement fautif ; car de ce que la qualité de gagiere, qui n'est que fictive, peut être effacée par la volonté déclarée ou présumée des copartageans, il ne s'enfuit pas qu'ils puissent aussi détruire la qualité réelle & naturelle des immeubles par le seul effet de leur volonté ; puisque la coutume qui permet de faire tréfonds de sa gagiere, défend de faire gagiere de son tréfonds. Ainsi, par arrêt définitif du 21 Décembre 1673, il fut jugé que les tréfonds ne peuvent être convertis en gagiere par un partage. Voy. mes extraits des arrêts recueillis par Ancillon, pag. 41, n°. 63.

La question s'est renouvelée à la fin du siècle dernier ; & après avoir partagé les avis une première fois à l'audience, & une seconde fois sur les écritures & productions des parties, elle a enfin été définitivement jugée de même, par arrêt rendu *consultis classibus*, le 30 Janvier 1696. C'est tout ce que je dirai ici de ce fameux arrêt, dont M. Ancillon fait mention sur l'art. 7 du tit. 5 de notre coutume, & sur l'art. 26 du tit. 11, & que M. D... a fait imprimer avec les moyens des parties à la fin de son commentaire sur le tit. 5.

C'est encore un des points jugés par l'arrêt du 2 Juillet 1702, dans l'espèce duquel, que j'ai donnée ci-dessus, observ. 5, n°. 29, on a pu remarquer que les dames Be. *** & Arc. *** en partageant la succession de M. Charles Gr. *** , leur pere, avoient accepté leurs lots pour gagiere. Nonobstant quoi il a été jugé que la dernière n'avoit pu léguer la maison comprise dans le sien à M. le D. *** , son second mari.

33.
Si ce n'est jusqu'à la concurrence de la soulte.

Cependant le tréfonds qu'un des cohéritiers n'a eu en partage qu'au moyen d'une soulte payée de ses deniers, & non en effets de la succession, peut devenir gagiere jusqu'à concurrence de la soulte ; & l'héritier des tréfonds de celui qui a payé la soulte, & qui a accepté son lot pour gagiere, doit ou rendre la somme à l'héritier

ou légataire des meubles & gagieres, ou lui abandonner une portion proportionnelle de l'immeuble. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 9 Décembre 1658. Comme j'évite, autant que je le puis, de m'étendre sur ce qu'on peut voir ailleurs, je ne rapporterai pas ici l'espece de cet arrêt qu'on trouvera dans mes extraits du recueil d'arrêts par Ancillon, pag. 21, n°. 30. Il me paroît très-conforme à l'esprit de notre coutume; puisque s'il y a soulte dans un échange, elle répute l'héritage acquêt jusqu'à concurrence de la soulte. Art. 6 du tit. 5. Je le crois même fondé sur le droit commun; » car en ce cas, ce qui excède la part & portion de l'héritier dans la » masse de la succession, est plutôt une acquisition qu'une chose échue par droit successif. Mais comme tout partage, *causam successoriam in se continet...*, il est juste » de dire que celui auquel est échu l'immeuble, & dont il a payé soulte & récompense, venant à décéder, & laissant un héritier des propres, & un héritier des » acquêts, l'héritier des propres retienne la totalité de l'immeuble, & qu'il soit propre pour le tout; mais toutefois en indemnifiant l'héritier des acquêts de pareille » somme que le défunt auroit payée pour ce qui excédoit sa part & portion dans la » succession ». De Renusson, des propres, ch. 1, sect. 5, n°. 10.

Il s'est présenté une question qui approche de la précédente. Le sieur de St. Aubin avoit institué les dames d'Allegrain & Rollin, ses nieces, ses héritières par égale portion, & il avoit grévé la dame Rollin de substitution. De la succession du testateur dépendoient deux immeubles: l'un de fonds, & l'autre de gagiere, par le partage fait entre les deux héritières. La gagiere étoit à la dame d'Allegrain, & le tréfonds à la dame Rollin, sur laquelle il est dans la suite fait réellement. Les sieurs d'Allegrain, appelés à la substitution, s'opposent à fins de distraire. Par arrêt du 12 Décembre 1746, jugé que le fonds étoit subrogé à la gagiere & substitué. Mais il semble que la subrogation ne pouvoit avoir lieu que pour la moitié; car aux termes du testament, la dame Rollin avoit moitié tant dans la gagiere que dans le tréfonds; & le partage ne lui avoit donné que l'autre moitié, au lieu & place de celle qu'elle avoit dans la gagiere. Ainsi, quoique j'aie vu citer cet arrêt comme fondé sur la subrogation du tréfonds à la gagiere, j'aurois mieux dire qu'encore que les fonds ne tombent pas dans la disposition testamentaire, cependant si l'héritier ne réclame pas contre le testament qui les lui donne à charge de substitution, elle doit opérer tout son effet: & qu'ainsi la dame Rollin ayant accepté purement & simplement le testament de son oncle, sa portion héréditaire, tréfonds ou gagiere, étoit substituée toute entière.

Plusieurs tiennent, disoit d'Abocourt, fol. 166, que quand quelque héritage est légitimement vendu, & qu'il sortiroit au vendeur nature de tréfonds, ledit premier vendeur le peut par après racheter pour sa gagiere; pourvu qu'il n'y ait point d'intention de fraude contre ceux à qui le tréfonds dudit premier vendeur doit échoir; & ainsi l'on peut faire de tréfonds gagiere. Dans ce cas, l'héritage a changé de main. Or,

TIT. V.
Observ. 85.

34.
Cas où le tréfonds a été subrogé à la gagiere par le partage.

35.
Les tréfonds ne peuvent être substitués si l'héritier n'y consent.

36.
Le fonds vendu sans fraude, puis racheté, peut devenir gagiere.

TIT. V.
Observ. 8e.

tout bien de fonds peut devenir gagiere, quand il y a mutation de propriété, à autre titre que de succession, d'avancement d'hoirie ou d'échange. Mais il faut que l'aliénation soit sérieuse, & sans aucune convention expresse ni tacite, que l'acquéreur retrocédera l'héritage au vendeur; & même sans que celui-ci paroisse avoir eu aucune intention de rentrer dans le fonds qu'il a aliéné. Cette intention se présu-meroit, ou plutôt elle seroit évidente, si la rétrocession avoit suivi de près la vente. On pourroit même dire alors qu'il n'y a point eu de vente; car, *non videtur factum*, du moins à certains égards, *quod non durat factum*. Mais si le prix avoit été réellement convenu, payé ou laissé entre les mains de l'acquéreur, à charge d'une rente dont il parût s'être exactement acquitté, qu'il eut joui pendant long-tems, & qu'il y eut lieu de penser par les circonstances & les changemens arrivés dans l'état où la fortune des contractans, que l'arrangement de leurs affaires a pu déterminer l'un à revendre, & l'autre à racheter; je pense que l'ancien possesseur ayant incommuta-blement perdu la propriété du tréfonds, il auroit pu l'acheter à titre de gagiere, comme tout autre bien. Ce seroit au moyen de ce nouveau contrat qu'il jouiroit propriétairement, & non en vertu de ses anciens droits anéantis sans retour par la vente qu'il a fait de son bien: & si le nouveau contrat est l'unique fondement de sa propriété, il détermine nécessairement la nature de l'héritage.

Il en seroit de même si le vendeur d'un bien de fonds le faisoit, faute de paie-ment du prix, saisir réellement & décréter sur l'acquéreur, & qu'il s'en rendît adjudicataire à titre de gagiere. Mais, au contraire, si faute de paiement, il se contentoit de faire déclarer la vente par lui faite nulle, & résolue, il rentreroit dans l'héritage en vertu de ses anciens droits de propriété, & ne pourroit le posséder qu'au même titre qu'il le possédoit originairement.

A plus forte raison si le propriétaire d'un tréfonds le vend à un parent qui l'achete avec clause de gagiere, & que le vendeur devienne ensuite l'héritier de ce parent, l'immeuble lui revient avec la qualité de gagiere. Il est sans difficulté que lui étant retourné à titre successif, il est entre ses mains de la même nature qu'il étoit dans les mains du défunt; puisque *les acquêts faits par gagiere demeurent gagiere aux successeurs*. J'en ai rapporté un exemple bien fort, tom. 1, pag. 236; car dans cette espece il y avoit tout lieu de croire que le pere qui avoit doté sa fille de certains biens par elle acceptés pour tréfonds, ne les avoit acquis d'elle que pour favoriser l'envie qu'elle avoit d'en changer la nature, & d'en pouvoir disposer. Mais la fille avoit sérieusement vendu: le pere étoit devenu réellement ac-quéreur: le prix paroissoit avoir été délivré: ainsi la vente ne pouvoit être répu-tée simulée; car, *imaginaria venditio non est pretio accidente* L. 16, ff. de reg. jur. Le pere s'étoit mis en possession, & avoit joui jusqu'à son décès. On ne retrouvoit donc plus dans la succession de la fille les tréfonds dont elle avoit été dotée: elle en avoit perdu & la propriété & la possession au moment de la vente par elle faite.

37.
Le fonds qui revient par suc-cession à celui qui l'a vendu à titre de gagiere est gagiere.

Ce qu'elle délaiffoit, c'étoient les gagieres qu'elle avoit recueillies dans la fuccellion de fon pere : & on difoit en vain que ces gagieres n'étoient autre chofe que les tréfonds qu'elle n'avoit vendus que parce qu'elle n'avoit pas la liberté d'en difpofer à caufe de mort. Il eft très-permis & très-commun de vendre fes tréfonds par ce feul motif, ou pour empêcher que les enfans d'un premier lit, ou les héritiers immobilières ne les emportent au préjudice des autres enfans ou héritiers : & quand il auroit été démontré que la dame d'Alanz y n'avoit eu d'autres raifons que celles-là pour vendre au fleur Demontbas fon pere : dès que la vente étoit férieufe, elle n'en eut pas été moins légitime, ni plus frauduleufe. Il n'eft défendu de difpofer de fes tréfonds que par acte de dernière volonté. » *On ne peut ... difpofer valablement par teftament, de l'héritage, ou rente de fonds : peut néanmoins le propriétaire difpofer de fon héritage de fonds, par vente ou autre difpofition entre vifs, dit la coutume, art. 4, du tit. 5* « ; elle n'affecte donc les tréfonds à certains héritiers, qu'au cas qu'on les délaiffe en mourant. Ainfi les vendre précifément pour ne les pas laiffer dans la fuccellion, ce n'eft frauder ni la loi, ni les droits des héritiers : & il n'y a fraude que quand on veut en conferver la propriété jufqu'au dernier moment de fa vie, & cependant en difpofer à caufe de mort, ou en fruftrer les héritiers néceffaires, à la faveur d'une aliénation fimulée & imaginaire.

On ne peut pas convertir par un contrat décharge fon tréfonds en une gagiere ; car quoiqu'il y ait mutation de propriété, le bien pris par échange n'eft pas cenfé acquêt ; mais étant fubrogé à celui qu'on donne en contre-change il en prend toutes les qualités, à moins qu'il n'ait été payé une foulte : auquel cas, comme je l'ai déjà dit en paffant, il devient acquêt jufqu'à concurrence. Tout cela eft ftatué par l'art. 6 du tit. 5 de notre coutume. » L'héritage pris par échange fans foulte & mieux value fortit pareille nature que celui qui a été baillé en contre-échange : mais s'il y a foulte & mieux value, l'héritage fera réputé acquêt à celui qui l'aura baillé, jufqu'à concurrence d'icelle. On trouve la même difpofition dans l'art. 115 de la coutume de Vitry, dont le commentateur indique comme coutumes conformes celles de Paris, art. 143 ; de Vermandois, art. 115, de Rheims, art. 36 ; de Sedan, art. 33 & 34, & de Melun, art. 140. Ferriere fur cet article de la coutume de Paris, n. 1, y ajoute celle d'Orléans, art. 385, & de cette conformité des coutumes, il conclut au nombre fuivant » que leur difpofition étant fondée fur le droit commun, elle doit être étendue aux autres coutumes qui n'ont pas de difpofition contraire. Ce que je crois d'autant plus vrai qu'il feroit très-aifé d'ajouter nombre d'autres coutumes à celles-ci deffus. Je me borne à celle de Verdun, art. 30, & d'Amiens auffi, art. 30, fur laquelle Dumoulin fait cette note. *Scilicet respectu qualitatum antiqui vel novi prædii, respectu acquirentium ; sed non respectu qualitatium intrinsecarum vel realium ipsius fundi, quia defendali non fit sensuale, vel contrâ.* Ce qui eft répété fur les articles cités par Ferriere, n. 3 ; par la Lande

TIT. V.
Observ. 86.

39.
On peut vendre les fonds pour pouvoir tester, ou pour ne les pas laiffer aux héritiers immobilières.

40.
L'échange conferve aux biens qu'on acquiert la nature de ceux qu'on aliène, à moins qu'il n'y ait foulte.

TIT. V.
OBSERV. 8.

n. 3 & 4, & par Ancillon, Vbo. *sortit pareille nature*. Cela est trop évident pour n'être pas universellement adopté (1).

Art.
Quid si le bien
donné en con-
tre échange
n'est pas dans
la coutume de
Metz.

Mais la subrogation qui fait des tréfonds, ou des gagieres, doit-elle avoir lieu, quand le bien pris par échange, est situé dans la coutume de Metz, & le bien donné en contre-échange dans une autre coutume? La question s'est présentée dans la succession de la dame de Lévenehaupt: elle avoit acquis du sieur Le Goulon son frere, à titre d'échange, un quart de la seigneurie de d'Urville, pays messin; & lui avoit donné en contre-échange des *anciens maternels* régis par la coutume de l'Evêché, & payé une soulte. L'échange portoit la clause de gagiere, & on disoit que les biens qu'elle avoit donnés à son frere n'étant pas des tréfonds, parce que la coutume de l'Evêché ne connoit pas la distinction des gagieres & des tréfonds, l'échange ne pouvoit avoir donné cette qualité de tréfonds au quart de la seigneurie d'Urville; qu'ainsi la dame de Lévenehaupt qui l'avoit acquis avec clause de gagiere, avoit pu en disposer par testament: & que quoiqu'il fut vrai que si elle avoit conservé ses anciens maternels régis par la coutume de l'Evêché, cette coutume ne lui auroit pas permis d'en disposer à cause de mort, la réalité des coutumes ne permettoit pas de consulter celle de l'Evêché pour un bien situé dans celle de Metz. Nonobstant ces raisons, nous avons quelques-uns de mes confreres & moi, estimé par deux consultations faites, l'une au mois de Décembre 1763, l'autre sur de nouvelles objections quelques mois après, que le quart d'Urville n'étoit gagiere que jusqu'à concurrence de la soulte; parce qu'au moyen de la subrogation que l'échange opère toujours, il étoit incontestable que le surplus de ce quart devoit être réputé *ancien maternel* à la dame de Lévenehaupt, comme les biens par elle cédés en contre-échange; & que la coutume de Metz ne connoit point d'anciens qui ne soient fonds: qu'elle qualifie même d'acquêts les gagieres échues de succession, & les defère aux héritiers des meubles: qu'ainsi tout ce qui dans le quart d'Urville excédoit la soulte, n'étoit pas disponible, non pas à cause de la prohibition de la coutume de l'Evêché, qu'on ne pouvoit consulter pour une seigneurie du pays messin, mais à cause des regles de la coutume de Metz, où tout ce qui est ancien, étant aussi tréfonds, ne peut être compris dans les actes de dernière volonté.

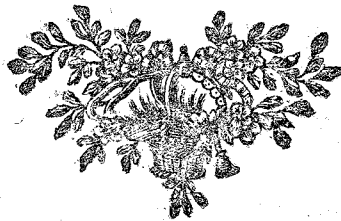
La question auroit fait beaucoup plus de difficulté si la dame de Lévenehaupt avoit donné en contre-échange à son frere des biens par elle acquis dans l'Evêché, ou des propres dans la coutume de Paris, de Lorraine, de Verdun, ou autre semblable. Au premier cas, on auroit pu dire que la subrogation du quart d'Urville aux biens contre lesquels il avoit été échangé, n'avoit pu donner à cette portion de seigneurie

(1) Voy. l'art. 9 du tit. 9 de la coutume de Lorraine, & l'art. suiv.

rie que la qualité d'acquêts, puisque les biens donnés en échange étoient des acquêts : qu'à la vérité si elle les eut conservé, la coutume de l'Evêché qui les régissoit ne lui auroit pas permis d'en tester : mais que bornée à son territoire, elle ne pouvoit régler les droits des légataires, ni des héritiers sur une seigneurie située dans le pays messin ; que cette seigneurie étoit acquêt, puisque acquise par échange, elle étoit subrogée aux acquêts cédés pour l'acquérir ; & que la coutume de Metz, reconnoissant des acquêts de gagiere comme des acquêts de tréfonds, la clause de gagiere insérée dans le contrat d'échange devoit opérer tout son effet ; puisque le quart d'Urville pouvoit être gagiere sans cesser d'être acquêt comme les biens échangés.

Au second cas on auroit pu dire qu'il étoit impossible que la portion de la seigneurie d'Urville échangée contre des propres de succession, eut pris cette qualité, parce que la coutume de Metz qui la régit, ne connoit point de propres, de succession ; & que si la subrogation n'avoit pu lui donner cette qualité de propre, il ne restoit plus qu'à la considérer comme un acquêt qui avoit pu être fait à titre de gagiere, & dont on pouvoit disposer par testament.

Ces difficultés sont considérables : & sans entreprendre de résoudre le problème je dirai qu'il me semble que la disponibilité, ou l'indisponibilité (si on peut se servir de ces expressions) du bien pris par échange, sont du nombre de ces qualités extrinsèques, qui, à cause de la subrogation, passent du bien donné à celui acquis par la voie de l'échange ; & conséquemment qu'un bien situé dans la coutume de Metz, pour lequel on a donné en échange un bien situé dans celle de l'Evêché, n'est en façon quelconque disponible : & que s'il a été échangé contre un propre régi par un autre coutume, on n'en peut disposer qu'autant que cette autre coutume permet de disposer des propres, & pour la portion qu'elle rend de libre disposition. Mais ceci n'est que mon opinion particulière, que je donne toujours plus timidement, que quand je puis l'appuyer du sentiment de mes confreres.



OBSERVATION IX.

De la Nature des Biens de Gagiere.

LES héritages possédés à titre de gagiere ne pouvoient pas être réellement dépouillés de la qualité d'immeubles, & ne la perdent par fiction qu'en tant que le mot *immeuble* est presque toujours synonyme de celui de *tréfonds*, dans notre coutume. Mais en prenant la première de ces expressions dans un sens plus général, les gagieres sont mises par notre coutume elle-même dans la classe des immeubles. L'art. 1. du tit. 5., après avoir divisé les biens en meubles & en immeubles, ajoute : les immeubles *tiennent nature de fonds, ou de gagiere.*

Les biens acquis à titre de gagiere ne sont donc jamais de purs meubles. Il en faut cependant excepter les rentes constituées, parce que l'art. 10 du même titre, portant que *le sort principal des dites rentes est réputé immeuble jusqu'au rachat, s'il n'est acquêté par gagiere*, il s'ensuit nécessairement que la rente constituée, acquise à titre de gagiere, n'est qu'un pur meuble. Je l'ai déjà remarqué ci-devant, obs. 4., n. 13, & à la preuve qui résulte de la disposition de la coutume, & qui seule suffiroit pour l'établir, j'ajouterai ici, qu'à cela près, que les rentes constituées, de quelque nature qu'elles soient, se vendent à Metz par décret (ce qui ne doit pas les faire considérer comme immeubles, puisqu'elles se décrètent aussi dans les coutumes qui les déclarent expressément meubles; voy. *ibid.* n. 18, & suiv.). Celles qui sont acquises par gagiere, ont tellement la vraie nature de meubles à tous égards, qu'elles n'ont point de suite par hypothèque, non plus que les simples obligations, & que le cessionnaire après le transport signifié ne peut pas être inquiété par les créanciers hypothécaires du cédant. C'est ce qui a été jugé en faveur des Dlle. Marchal qui avoient acquis d'un débiteur d'Alexandre Isaac Cahen, juif de Metz, une rente sur un particulier de la même ville, constituée à titre de gagiere, au profit de ce débiteur du juif, & qui ont été déchargées de la demande en déclaration d'hypothèque formée contre elles par Cahen, par arrêt du 11 Décembre 1747, dont l'espece dépouillée de toute singularité n'avoit pas d'autres circonstances que celles que j'indique, & qui par conséquent a jugé la these dans toute sa généralité.

Quant aux héritages, & même aux cens & rentes foncieres, quoiqu'ils aient la qualité de gagieres, la fiction qui la leur donne, ne les rend jamais meubles qu'à certains égards seulement. » *L'héritage acquis par gagiere EST RÉPUTÉ meuble, EN CE QUI TOUCHE la liberté d'en disposer par testament ou entre vifs, & le droit d'y*

TIT V.
Observ. 9^e.

1.
Les gagieres
sont de vrais
immeubles

2.
Excepté les
rentes consti-
tuées.

3.
Qui n'ont point
de suite par hy-
potheque.

4.
Les gagieres
sont immeubles
à d'autres
égards que
pour l'hypothé-
que.

« succéder. Mais il retient sa nature d'immeuble, en ce qui regarde l'hypothèque » : c'est ce que porte l'art. 2 du même tit. 5, qui cependant ne doit pas être interprété comme bornant à la seule hypothèque les effets de la nature d'immeubles que les gagieres conservent. Il dit qu'elles la retiennent quant à l'hypothèque ; mais il ne dit pas qu'elles ne la retiennent à aucun autre égard : & même il n'auroit pas dû dire *indéfiniment* qu'elles sont réputées meubles, en ce qui touche la liberté d'en disposer entre vifs : puisqu'il est certain qu'on ne peut les donner sans écrit, & de la main à la main comme un meuble ; que c'est sans distinguer les tréfonds & les gagieres que l'art. 12 du tit. 9 défend l'aliénation des biens des mineurs, sans permission du magistrat, & qu'il est même exprimé dans l'art. 5 du tit. 1, que la défense faite aux mineurs de vingt-cinq ans de vendre, ou autrement aliéner sans cette permission les héritages qui leur sont échus de ligne directe, ou collatérale, comprend ceux tenant nature de gagiere, comme ceux qui tiennent nature de fonds aux mineurs.

Il n'y a gueres, par rapport à la disposition entre vifs, que deux différences entre les fonds & les gagieres. La première est celle qui résulte de l'art. 6 du tit. 7, « homme & femme peuvent, en traitant mariage, s'avantager l'un l'autre de leurs meubles & gagieres, par donation entre vifs ». Cette liberté n'étant accordée que pour les gagieres, les fonds en sont exclus, & ici, *qui de uno dicit, de altero negat*. La seconde différence est que la femme mariée peut vendre, & partager ses gagieres, avec la seule autorisation de son mari, & que pour les tréfonds, il faut en outre l'accession de quatre parens, art. 6 & 7 du tit. 1.

A cela près, toutes les règles des dispositions entre vifs sont communes aux tréfonds & aux gagieres, & celles-ci sont considérées sous l'aspect d'immeubles à tous autres égards que les deux cas de la disposition testamentaire & de la succession *ab intestat*. Par exemple, les gens de main-morte ont toujours été aussi incapables d'acquérir les gagieres que les tréfonds. Lorsqu'ils obtiennent la permission d'acquérir des immeubles, le droit d'amortissement est dû au roi, & celui d'indemnité au seigneur, sans distinguer si le bien étoit fonds, ou gagiere au vendeur. Les mêmes moyens qui fondent la restitution contre un partage de biens de tréfonds, ou contre une vente d'hérédité qui consiste en biens de cette qualité, sont rescinder ces actes, quoiqu'on n'y ait disposé que de biens de gagieres. La lésion d'outre moitié de juste prix a lieu en vente de gagiere, comme en vente de fonds, &c. &c. Ce seroit donc une erreur de penser que les gagieres ne sont censées immeubles qu'en ce qui regarde l'hypothèque ; & la disposition de la coutume qui dit qu'elle la retiennent à cet égard, est démonstrative, & non pas limitative.

TIT. V.
Observ. 9e.

7.
En quoi elles
sont immeubles
quant à la dis-
position entre
vifs.

6.
En quoi elles
sont réputées
meubles à cet
égard.

7.
Autres aspects
sous lesquels
elles sont im-
meubles.

OBSERVATION X.

*Des Créanciers hypothécaires.*Tit. V.
Objet. 102.y.
Nature des dettes actives.x.
Quatre especes d'hypothèques chez les Romains.3.
Réduite à trois par notre usage.4.
Définition de l'hypothèque.

LES dettes actives sont souvent la plus forte partie des biens du créancier. Ce sont des droits incorporels, toujours mis au rang des meubles, quand ils ne tendent qu'au paiement d'une somme exigible à volonté, ou à terme, qui, comme nous l'avons vu, sont de la même nature dans beaucoup de coutumes, lors même qu'ils consistent en une rente constituée à prix d'argent : qui cependant se rapprochent des droits immobiliers par l'hypothèque à laquelle ils doivent toute leur stabilité, & à défaut de laquelle ils sont encore plus cauels que les meubles.

Les juriconsultes romains » faisoient quatre especes d'hypothèque : la conventionnelle, qui procédoit de la convention des parties ; la légale, qui étoit introduite » par la loi, & que par cette raison l'on appelloit aussi tacite; le gage du prêteur, » qui étoit lorsque par la contumace, ou la fuite du débiteur, son créancier étoit » envoyé en la possession de ses biens, & le gage judiciaire, qui étoit lorsqu'en vertu » d'une sentence, & pour l'exécution d'icelle, le créancier se faisoit envoyer en » la possession des biens de celui qu'il avoit fait condamner, afin d'être payé de ce qui » lui étoit dû de ces quatre especes d'hypothèques : nous n'en avons retenu que trois; la » conventionnelle, la légale ou tacite, & la judiciaire « *Basnage, des hypothèques, par. 1, ch. 4, n. 3.*

La définition que cet auteur au chapitre précédent, n. 1, donne de l'hypothèque, est donc très-imparfaite. » L'on appelle hypothèque, dit-il, une obligation que » celui qui baille de l'argent acquiert sur les biens de celui qui l'emprunte, & qui » le reçoit. » L'hypothèque n'est pas bornée au seul cas d'un emprunt. Elle a lieu non-seulement pour toute autre convention, pourvu qu'elle soit consignée dans un acte pardevant notaires, ayant caractère pour l'imprimer, mais encore pour toute autre créance, ou assez favorable pour que la loi ait eu à cœur d'en assurer le recouvrement, ou résultante d'une condamnation prononcée par le juge.

Définissons donc l'hypothèque, comme *Ferriere, dict. de droit, V^o hypothèque*; » une charge imposée sur les biens du débiteur pour sûreté de la dette : ou plutôt à peu » près comme *Domat, part. 1, liv. 3, tit. 1, sect. 1, n. 1.* Le droit acquis au créancier sur les immeubles de ses débiteurs, qui lui sont affectés... encore qu'il n'en soit » pas mis en possession «.

Je dis, sur les immeubles de ses débiteurs, qui lui sont affectés, & non pas comme l'auteur des loix civiles sur les immeubles qui lui sont affectés par son débiteur; parce

que s'il étoit nécessaire que ce fut le débiteur lui-même qui affectât ses biens à son créancier, il n'y auroit plus d'autre hypothèque que la conventionnelle (1). Cependant il reconnoît, *ibid.* sect. 2, n. 4, que « l'hypothèque s'acquiert en trois manières, ou du consentement du débiteur par convention, s'il oblige ses biens; ou sans que le débiteur y consente, & par la qualité, & le simple effet de l'engagement, dont la nature est telle que la loi y a attaché la sûreté de l'hypothèque que... ou enfin... par l'autorité de la justice. Il admet donc deux espèces d'hypothèques qui ne procèdent point du débiteur. Mais par la manière dont il s'explique dans cet article: & même dans tout ce titre, il ne reconnoît d'hypothèque conventionnelle que celle qui résulte d'une stipulation par laquelle le débiteur a formellement obligé ses biens. Cela étoit vrai dans le droit romain: Mais parmi nous, c'est un usage général & certain, que toute obligation reconnue emporte hypothèque, sans autre stipulation; suivant cet ancien proverbe, que *qui s'oblige, oblige le sien*. *Basnage, ibid. ch. 4, n. 1.* L'hypothèque conventionnelle dépendant donc dans toute la France de l'authenticité de l'acte, (2) qui contient l'obligation, & nullement de la stipulation par laquelle le débiteur engage ses biens. L'écrit privé, où cette stipulation se trouve, ne produit point d'hypothèque, jusqu'à ce qu'il ait été reconnu pardevant notaires, ou en justice; & le contrat public où cette même stipulation a été omise, ne laisse pas d'emporter hypothèque.

Une autre différence entre notre usage, & celui des Romains, c'est que chez eux l'hypothèque judiciaire mettoit le créancier en possession des biens du débiteur: au lieu que parmi nous cette hypothèque s'acquiert par tout jugement, qui non seulement n'envoie pas le créancier en possession des choses hypothéquées, mais qui même ne fait aucune mention d'hypothèque, & qui reconnoît simplement le titre privé de la créance, ou prononce une condamnation quelconque.

La matière des hypothèques est très-vaste; mais agitée par-tout, ainsi elle est étrangère à mon plan, si ce n'est en tant qu'il y a quelque chose de particulier dans nos usages du ressort. J'ai examiné dans l'obs. 5 du tit. 2, comment les femmes mariées pouvoient hypothéquer leurs biens dans les coutumes de Metz, & de l'Evêché, n. 19 *ibid.*...: ce qu'on devoit penser à Metz de deux créanciers, dont le premier en date, n'avoit pas l'accession de quatre parens; & le second avoit pris cette précaution. Ailleurs encore j'ai traité quelques autres questions, & en particulier même, tit. obs. 12, n. 2, l'hypothèque de la femme pour son indemnité: obs.

5.
La conventionnelle dépend chez nous de l'authenticité de l'acte, & non point de la stipulation.

6.
La judiciaire ne met pas la possession des biens hypothéqués.

7.
Renvoi sur plusieurs questions qui concernent l'hypothèque.

(1) Il seroit peut-être mieux de dire sur les biens que sur les immeubles. Mais l'hypothèque sur les meubles étant imparfaite, j'ai cru pouvoir retenir l'expression de Domat.

(2) Et non pas de la certitude de la date; car le contrôle d'un acte sous seing-privé, la mort de quelqu'un qui l'ont soussigné, & dont les signatures sont reconnues, &c. en rendent la date certaine, & ne produisent point d'hypothèque, si ce n'est en Normandie.

Tit. I.
Chap. 109.

14, n. 15; celle qu'elle a pour ses propres fiefs; obs. 15, n. 4, 47 & 48; celle du emploi, tit. 3, obs. 3; celle du douaire, tit. 4, obs. 9, n. 1, & suivans, & obs. 10, n. 13; celle du mineur sur les biens de son tuteur, & de son curateur: & n. 12 de la même obs. 9, celle du tuteur sur les biens de ses mineurs: j'ai parlé tit. 3, obs. 16; n. 3, du défaut de publicité des hypothèques: & j'ai établis, tit. 4, obs. 12, n. 14, que les actes reçus par le juge en son hôtel, ne donnoient pas d'hypothèque. J'aurai peut-être occasion de toucher ailleurs quelques autres points. Je me bornerai donc ici à quatre remarques isolées, & auxquelles le titre de cet ouvrage me permettroit de ne donner aucune liaison.

8.
Les prérogatives de la dot n'ont pas lieu dans nos coutumes.

9.
Celle de Luxembourg lui donne l'hypothèque légale.

1°. On n'accorde pas aux femmes, en pays coutumier, pas même à Toul (1) les prérogatives que les loix romaines leur donnent pour la restitution de la dot. Cependant par l'art. 15 du tit. 8 de la coutume de Luxembourg, la femme qui renonce, » peut néanmoins... demander son dot qu'elle vérifiera avoir apporté en mariage, & pour la restitution d'icelui les biens du mari sont obligés & affectés par droit de tacite hypothèque, dès la réception dud. dot ». La singularité de cette disposition consiste en ce qu'elle donne à la femme, sans que la faculté de reprendre en renonçant, lui ait été accordée, & même sans qu'il y ait de contrat de mariage, une hypothèque qui ailleurs n'a lieu que quand cette faculté a été expressément stipulée par un contrat public: 2°. en ce que cette hypothèque ne remonte ni au jour du contrat de mariage, ni à celui de la célébration, & qu'elle est bornée au jour de la réception des apports. Remarquons cependant que si la reprise étoit accordée par un contrat public, il y auroit hypothèque du jour de sa date, mais alors elle résulteroit du contrat, & non de la coutume.

10.
Coutumes de nantissement.

2°. Il y a des coutumes où » l'hypothèque ne se constitue par le seul consentement; mais est requis nantissement, du jour duquel elle doit avoir cours, & non plutôt. En manière que si aucun a emprunté quelque somme de deniers, & au paiement d'icelle oblige ses héritages, & constitue rente sur rente sur iceux, dont il y ait brevet signé de deux notaires, ou d'un notaire & deux témoins, ou lettres passées sous scel royal, ou autre authentique, le créateur d'icelle somme, ou acquéreur de ladit. rente, pour acquérir droit d'hypothèque, doit faire nantir lesdites lettres sur les héritages; exhiber lesdites lettres aux maire, échevins, ou autres justiciers ». &c. *Vermandois*, art. 119; *Rheims*, art. 173; *Amiens*, art. 137, &c. Les dettes ainsi nanties sont censées & nommées réalisées.

11.
Qui est une suite du vest & du devest.

Cet usage » est une suite du vest & du devest, dit M. Eulèbe de Laurière, gloss. du droit fr. Vbo. *nantir les deniers*, dans quelques coutumes du royaume, » ajoute ce savant auteur, celui qui veut transporter un héritage à un tiers, est tenu

(1) Cela résulte de l'art. 29 par lequel il n'est accordé à la femme qui renonce que la reprise de ses propres.

« de le mettre en la main du seigneur , & celui à qui il est transporté , est obligé
 » d'aller au seigneur , & d'en recevoir de lui la possession. C'est ce qu'on appelle
 » *vest & devest* , *faisine & défaisine* ». Et l'effet qu'on a donné , ou plutôt le sens
 abusif qu'on a attribué à la maxime de droit *traditionibus , non nudis pactis ,*
dominio rerum transferentur. Voyez Buridan sur l'art. 166 de la coutume de

TIT. V.
 Observ. 1004

Cet usage est très-ancien , comme il paroît par un capitulaire du roi d'Agobert ,
 de l'an 630 , art. 59 , n. 1 : dans Baluse , tom. 1 , col. 43 , *si quis alteri aliquid ven-*
diderit , & emptor testamentum (instrumentum) venditionis accipere voluerit , in mallo (1)
hoc facere debet : . . & testamentum publice conscribatur. Voyez aussi l'article suivant :
 le capitulaire de Louis-le-Débonnaire de 819 , art. 6 , *ibid.* col. 599 , & le liv. 4
 des capitul. art. 19 *ibid.* col. 778. On peut donc faire remonter bien haut les coutu-

12.
 Ancienneté de
 cet usage.

» Dans ces coutumes , continue De Lauriere , les seigneurs ont fait extension
 » de ce droit , & ont introduit que le débiteur qui voudroit hypothéquer son fonds ,
 » pour quelque dette que ce fût , seroit obligé de le rapporter en leurs mains par
 » *deffaisine* , afin que la *faisine* en fut donnée au créancier , pour sûreté de sa dette.
 » Ainsi dans ces coutumes il n'y a point d'hypothèque sans nantissement , ou pos-
 » session du gage ». Cette possession est cependant purement fictive. Le même au-
 teur dit encore que ce n'est pas tant *une extension du vest & du devest* , qu'une suite
 de la réalité des rentes ; c'est-à-dire , que comme » anciennement les rentes étoient
 » centées faire partie des fonds sur lesquels elles étoient assignées , & que si elles
 » étoient assignées sur un fief , on en faisoit la foi » ; on a profité de la réalité attri-
 buée aux rentes , pour introduire à leur égard la nécessité de s'adresser au seigneur
 ou à ses officiers , pour acquérir , par le nantissement ou par l'inféodation , hypo-
 theque sur les fonds affectés aux rentes , comme il étoit déjà établi qu'il falloit s'y
 adresser pour acquérir , par le *vest & le devest* , ou par la réception en foi , la pleine
 propriété de ces mêmes fonds. Ce qui , par un abus plus grand encore , & plus dénué
 de prétexte , a été étendu des rentes aux dettes ordinaires & exigibles.

13.
 Extension abusive
 qu'on en a
 faite.

Je ne prétends pas cependant nier que le nantissement des titres de créance n'ait
 quelque utilité , en ce qu'il rend les hypothèques publiques : & que celui à qui on
 demande de l'argent à emprunter , peut connoître si les héritages qu'on offre à lui
 hypothéquer , ne le sont pas déjà à d'autres créanciers , en consultant les registres
 de la seigneurie dans laquelle ces fonds sont situés ; car *sonè tenus lesdits justiciers*
fonciers , pardevant lesquels se font lesdits vests & devests , & nantissemens , faire
faire par leurs greffiers registres à part d'iceux vests & devests , & nantissemens. Ver-

14.
 Utilité du nan-
 tissement.

(1) *Malus majus placitum , sive de majoribus causis ; ubi quem presentem adesse oportuit*. Pi-
 shai gloss. ad lib. capitul : dans Baluse , tom. 2 , col. 727.

TIT. V.
Chârv. 102.

mandois, art. 120; Rheims, art. 177; Amiens, art. 145, qui ajoute même, *après que les créanciers ou acquéreurs puissent connoître au vrai quelles hypothèques y a sur les héritages pour raison desquels ils veulent contracter, & nul nantissement ne peut être reçu que ce ne soit à charge de précédens. Vermandois, art. 119; Rheims, art. 174 & 175.*

15.
Il n'est pas requis pour l'hypothèque légale.

Mais cette utilité est bien bornée; car les registres du nantissement ne peuvent donner connoissance que des hypothèques purement conventionnelles, puisque « *ex cas esquels par disposition de droit y a tacite hypothèque, ladite hypothèque a lieu encore que telle reconnaissance & solemnité de coutume ne soit intervenue* ». C'est la disposition de l'art. 140 de la coutume d'Amiens, qui me paroît devoir être suivie par-tout. L'art. 124 de celle de Vermandois n'admet, il est vrai, l'hypothèque sans nantissement, qu'en faveur du mineur contre son tuteur pour l'administration de sa tutelle, & de la femme contre son mari pour son douaire: & l'art. 182 de la coutume de Rheims n'y ajoute que le seigneur pour ses droits seigneuriaux. Mais les cas exprimés par ces coutumes sont des exemples des applications, de la règle générale; non pas des exceptions d'une règle contraire. Elles ne disent pas que l'hypothèque n'a pas lieu sans nantissement dans les autres cas où la loi la donne sans convention. Ainsi leurs dispositions sont démonstratives, & non pas limitatives, & la faveur de toutes les autres créances auxquelles le droit attache une hypothèque tacite doit la leur faire accorder dans les coutumes de nantissement. C'est l'avis de Buridan sur l'art. 124 de la coutume de Vermandois, & de La Fons, *ibid.* n°. 26.

16.
Il n'étoit autrefois pour l'hypothèque judiciaire.

Il en est de même de l'hypothèque judiciaire. Comme le droit romain attachoit l'hypothèque à la stipulation, & à la remise du gage entre les mains du créancier, & qu'il n'y a point de convention dans une condamnation prononcée contre le débiteur, ce n'étoit pas assez pour acquérir hypothèque, d'être fondé en jugement: il falloit encore qu'en exécution d'icelui, le créancier se fût, de l'autorité du juge compétent, nanti des biens du débiteur pour sûreté de sa créance. *Si, & jurè judicatum, & pignus in causâ judicati, ex autoritate ejus qui jubere potuit, captum est; privilegium temporis forè potiorum hæredem ejus in cujus pignus constitutum est. L. 10, ff. qui potior. in pign.* Cela avoit été suivi dans les coutumes de nantissement, dont quelques-unes l'exprimoient formellement: entr'autres, celles de Vermandois, dont l'art. 125 porte: *Sentences du juge emportent hypothèque, du jour de l'exécution d'icelles, &c.*

17.
Elle n'est plus depuis l'ordonnance de Moulins.

Mais l'art. 53 de l'ordonnance de Moulins en 1566, a statué que « *dès-lors & en l'instant de la condamnation donnée en dernier ressort, & du jour de la prononciation, sera acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné* »; & l'art. 11 de la première déclaration donnée en interprétation de cette ordonnance, le 10 Juillet même année, a réglé que « *l'hypothèque sur les biens du condamné aura lieu & effet du jour de la sentence, si elle est confirmée par arrêt, ou que d'ailleurs celle n'y ait appel* ». Il est vrai que sous prétexte que ces lois ne dérogeoient pas

pas formellement aux coutumes, on a douté si elles devoient être suivies dans celles de nantissement. Mais ce n'est pas seulement *l'opinion la plus commune*, comme le dit Buridan sur cet art. 125, de celle de Vermandois : c'est une maxime incontestable, que les ordonnances sont par-dessus les coutumes, & que se trouvant contraires, il faut suivre les ordonnances comme dérogeant tacitement aux coutumes, notamment quand lesdites ordonnances sont postérieures.

Ainsi les registres des nantissements ne contenant ni les hypothèques légales, ni les judiciaires, leur utilité est très-médiocre ; & cette formalité n'empêche pas que ceux qui prêtent ne soient souvent trompés par des débiteurs, dont les biens sont déjà affectés à des dettes qu'on ignore.

Quelques succinctes que soient ces notions, mon plan n'exige pas que je les étende, encore que quelques lieux du ressort soient régis par la coutume de Vermandois. Si on veut être plus instruit des questions qui peuvent naître dans les coutumes de nantissement, il faut consulter leurs dispositions : *Buridan, sur celles de Rheims & de Vermandois ; La Fons, sur la dernière ; Ricard, sur celle d'Amiens, &c.* auxquels je me contente de renvoyer, parce que je ne pourrois que copier ou abrégier ce qu'ils ont écrit.

Les formalités que la coutume de Luxembourg exige pour l'aliénation des biens de roture, par l'art. 1 du tit. 5, & même pour les hypothéquer, par l'art. 5 du même titre, & pour l'aliénation des biens nobles, par l'art. 3 du tit. 6, sont, sous d'autres noms, le vest & devest, & le nantissement. Cette coutume les nomme dans ces articles & quelques autres, *transport* ; c'est-à-dire, ce me semble, tradition ou délivrance : & dans l'art. 4 du tit. 6, *œuvres de loi*, expression dont se servent aussi quelques autres coutumes des Pays-bas ; entr'autres, celle de Hainaut, chap. 77 & 94 ; & l'édit perpétuel, art. 24.

Dans l'usage, on nomme indifféremment ces formalités *transports, œuvres de loi, & réalisation*. Elles se font, pour les biens de roture, pardevant les officiers de la justice des lieux, ou du moins deux d'entr'eux, assistés de leur greffier ordinaire, ou en cas d'absence, d'un greffier commis, qui doit en tenir note, & la remettre au greffier ordinaire, par lequel elle doit être enregistrée ; art. 5 du tit. 5 ; & pour les biens féodaux, pardevant les seigneurs ou leurs officiers, & les hommes de fiefs dont ils sont mouvans ; & pour ceux ressortissant sous le siege des nobles dudit pays, pardevant le justicier desdits nobles, & six gentilshommes de son siege ; art. 2 du tit. 6. Quant aux autres solemnités, elles dépendent de l'usage, qui est différent d'un lieu à l'autre ; même art. & art. 7 du tit. 5. La coutume porte même, art. 3 du tit. 3, & il importe pour la suite de remarquer cette disposition : « qu'aux lieux esquels d'ancienneté les transports ont été faits par les tabellions, icelle forme sera observée & continuée ».

Mais ailleurs, à défaut de ces formalités, le contrat le plus authentique ne transfère pas la propriété incommutable, & n'est tenu & réputé que pour engager seu-

TIT. V.
Obierv. 106.
18.

Les ordonnances doivent être suivies de préférence aux coutumes.

19.
Ce qui diminue beaucoup l'utilité du nantissement.

20.
Renvoi sur d'autres questions.

27.
Transports, œuvres de loi, dans la coutume de Luxembourg, ce que c'est.

22.
Comment ces formalités se pratiquent.

23.
La vente sans transport n'est regardée que comme un engagement.

TIT. V.
Oblig. 108.

lement; art. 1 du tit. 5, & 3 du tit. 6 : en sorte que le bien acquis n'est dans la personne de l'acquéreur, & jusqu'à ce qu'il soit tombé en succession, qu'un meuble. Voy. ci-dessus, observ. 5, n^o. 20.

24.
Le transport
peut être refusé
en remboursant
le prix de
la vente.

L'art. 1 du tit. 5 ajoute : *bien entendu que si le vendeur ou autre contractant, ou ses héritiers, sont requis de faire le transport de la chose vendue, ils ne le pourront refuser.* Sur quoi j'ai vu soutenir que le vendeur ne pouvoit se dispenser de consommant l'aliénation, & de la rendre incommutable par le transport, même en offrant de rembourser à l'acheteur le prix qu'il avoit reçu de lui, les frais & loyaux coûts, & les impenses & améliorations. Mais si cela étoit, à quelles fins la coutume auroit-elle déclaré immédiatement auparavant, *qu'est le contrat tenu pour engager tant seulement* ? Il ne faut donc pas prendre judaïquement la fin de cet article ; il faut la concilier avec ce qui précède, & avec l'art. 4 du même titre, qui porte : » *Celui qui a engagé... son bien... le peut lui-même, ses héritiers ou ayant cause, déguerpir ou racheter* ». Ces deux points, également certains qu'avant le transport, le contrat de vente n'emporte pas d'aliénation incommutable, & n'est regardé que comme un engagement ; & que tout bien engagé peut être déguerpi, me paroissent démontrer sans réplique, que, tant qu'il n'y a pas de transport, la vente n'a pas reçu toute sa perfection ; que l'acheteur n'a pas encore de droit acquis à la propriété ; qu'elle est conservée au vendeur, nonobstant toute stipulation, parce que *non nudis pactis, sed traditionibus dominia rerum transferuntur* ; qu'il n'a perdu que la possession d'un bien qu'il est censé n'avoir qu'engagé ; & par conséquent, que l'acheteur qui, en demandant le transport, reconnoît que tant qu'il ne sera pas fait, il ne sera réputé que simple engagiste, ne peut refuser de recevoir le remboursement qui lui est offert.

24.
Mais ne peut
être refusé
qu'en remboursant
sur le champ.

Mais il faut que le vendeur, à qui on demande le transport, opte de deux choses l'une, ou de rembourser & d'indemniser pleinement & sur-le-champ l'acquéreur, ou de faire le transport. La vente n'est entièrement accomplie que par la délivrance, mais il y a obligation de délivrer contractée par le seul consentement à la vente. Ailleurs, cette obligation forceroit le vendeur de faire la délivrance, & il ne seroit pas reçu à rembourser. Dans le Luxembourg, le consentement à la vente le force au moins de faire la délivrance, s'il ne rembourse pas ; & il ne peut, en refusant de consommer l'aliénation par le transport, se réserver la liberté de rentrer dans son bien quand bon lui semblera. C'est le sens de la fin de l'art. 1 du tit. 5.

25.
En quoi la vente
sans transport
diffère de la vente à
rachat, ou de
l'engagement.

L'art. 4 dit cependant que le déguerpiement ou le rachat peuvent se faire, *sans aucune limitation de tems : étant la coutume telle que ce qui est une fois gagière, est toujours gagière, & sujet à rachat : & la faculté & grace de rachat faites à certains tems ex contrats de vente, est perpétuelle, comme en simple gagere, & se peut effectuer après l'expiration du tems stipulé & limité par le contrat.* Mais cette disposition ne regarde que les biens réellement engagés, ou vendus à faculté de réméré, & non

ceux dont l'aliénation perpétuelle & sans retour a été convenue, & qui ne sont que réputés engagés, parce que la vente n'a pas été suivie du transport.

J'ai même toujours vu décider en consultation que quand de pareils contrats ont été suivis d'une possession de 40 ans de la part de l'acquéreur, la propriété incommutable lui est pleinement acquise. Un tems si long la lui donneroit sans titre; *art 1 du tit. 15* : à plus forte raison lorsqu'il a été précédé par un titre légitime, & auquel, dans le tems de sa formation, il n'a manqué que la solemnité de la délivrance abondamment suppléée par la possession; car de cette possession résulte la preuve que, si la délivrance n'a pas été formalisée, elle n'en a pas moins été réelle. Il ne faut même que dix ans dans les coutumes de vest & devest. *Vermandois, art. 129 & 130; Rheims, art. 167 & 168, &c.* Mais c'est parce que ces coutumes admettant la prescription de dix ans avec titre & bonne foi; *Vermandois, art. 141; Rheims, art. 180.* Telle jouissance de dix ans équipolle à tradition & vêtur; & comme la coutume de Luxembourg ne connoît d'autre prescription pour les immeubles que celle de 40 ans, un moindre tems ne peut y tenir lieu de transport.

Quant à l'hypothèque, cette coutume n'énonce pas si clairement qu'elle ne s'acquiert que par la réalisation de la créance. Mais, 1°. *l'art. 1 du tit. 5* en établit la nécessité pour ALIÉNER la propriété des biens immeubles par vente, échange, ou AUTREMENT ENTRE VIFS. Or, l'hypothèque est un des genres d'aliénation, comme je l'ai prouvé, tom. 1, pag. 228 & suiv. 2°. *L'art. 5 du même titre* ne peut être entendu que de l'hypothèque. Il porte : « & bien qu'on ait été en diversité d'opinions, si pour valablement ENGAGER héritages, il est requis par la coutume de comparoir pardevant leurs justices, néanmoins lesdites engageres de biens n'étant réputées pour nobles, seront ci-après passées pardevant lesdites justices, &c. ». Ce n'est pas des conventions par lesquelles les débiteurs mettent leurs biens en la main de créanciers pour en jouir jusqu'à l'extinction de la créance, qui sont les engagements proprement dits, dont la coutume a voulu parler dans cet article. Ils se font non seulement sans transport, mais assez souvent sans aucun acte public. D'ailleurs, on vient de voir que toute aliénation, non suivie de transport, n'est tenue que pour engagement. La coutume n'a donc pas voulu dire qu'on ne pouvoit engager ses héritages sans en faire le transport. Ainsi dans cet article, ces termes *valablement engager héritages*, ne peuvent signifier que les hypothéqués valablement. Le mot *engager* a très-souvent ce sens dans les coutumes & les anciens auteurs. Le glossaire du droit françois le traduit par *oppignorare*. 3°. *L'édit perpétuel*, qui fait partie du droit municipal de la province de Luxembourg, ordonne, *art. 15*, que « nulles clauses de fidei-commis, substitutions, prohibitions d'aliéner, ou semblables charges, ordonnées par testamens, donations ou contrats, forriron effet de réalisation ou affectation de droit : ne soit que ladite clause des testamens, donations ou contrats contenant telle charge, soit notifiée & enregistrée pardevant les juges où loix où tels biens sont situés, &c. ». Qu'est-ce que cette affectation de droit,

TIT V.
Observ. 1003

26.
L'exécution de la vente pendant 40 ans vaut transport.

27.
Comment ailleurs elle vaut saisine après dix ans.

28.
La réalisation est requise pour l'hypothèque conventionnelle.

TIT. V.
Observ. 106.

qui sans les œuvres de loi ne peut résulter d'aucun acte entre vifs, ni testamentaire, sinon l'hypothèque ? Cependant l'art. 24 est encore plus précis. Il porte : » *Combien que nul droit ez biens immeubles soit en tout par vente ou donation, ou en partie* » PAR HYPOTHEQUE, se peut acquérir, sinon par les œuvres de loi à ce statué, &c. ». L'usage de n'accorder l'hypothèque conventionnelle qu'aux créances réalisées, qui d'ailleurs est certain & notoire, est donc très-bien fondé.

29.
Et pour la judiciaire dans le Luxembourg autrichien.

Il s'étend encore dans le Luxembourg autrichien aux sentences & jugemens. Cette province n'étant pas sous la domination de nos rois en 1566, l'ordonnance de Moulins n'étoit pas loi pour elle, & n'a pu en changer les usages comme a changé ceux des coutumes de nantissement. Mais dans la partie du Luxembourg qui a été réunie à la couronne, on s'est conformé à la plupart des ordonnances de France, même antérieures à cette réunion, du moins à celles qu'on observe dans le reste du ressort du parlement de Metz.

30.
Mais non pour la légale.

A l'égard de l'hypothèque tacite & légale, elle s'acquiert, même à Luxembourg, sans réalisation; parce que c'est la loi elle-même qui la donne. C'est ce que répondirent, le 10 Septembre 1611, les archiducs, auteurs de l'édit perpétuel, au conseil de Mons, qui se plaignoit que l'art. 24 de cet édit eût attribué au fisc l'hypothèque légale sur les biens des receveurs des domaines, & autres revenus de ces princes. » Ce que par ledit article a été ordonné.. est conforme au droit écrit, & plusieurs arrêts rendus au profit de notre fisc, même ez lieux où il y a pareille coutume » qu'en Hainaut, que l'on ne peut acquérir l'hypothèque sinon par déshérence & » adhérence, ou autre voie semblable « *Voy. Anselmo, comment. ad perpet. edict. art. 24 & 25, §. 1* ». L'art. 15 du tit. 8 de la coutume de Luxembourg donne un autre exemple de l'hypothèque légale acquise de plein droit. Quelque favorable que soit la femme à qui elle est accordée, on conviendra qu'elle l'est moins que les mineurs. Il faut donc la leur accorder également; & en général elle doit avoir lieu dans tous les cas où le droit écrit la donne.

37.
Dans le Luxembourg françois les actes des notaires royaux emportent le transport.

Ce que je viens de dire de la nécessité des œuvres de loi, pour transférer la propriété des immeubles, & pour acquérir sur iceux une hypothèque conventionnelle, ou judiciaire, n'est exactement observé que dans le comté de Chiny, & dans la partie du duché de Luxembourg qui est restée sous la domination de la maison d'Autriche. A Thionville, & dans les autres dépendances de cette province qui sont passées sous la souveraineté du roi, on suit, comme je l'ai déjà dit, l'ordonnance de Moulins pour l'hypothèque de sentences & jugemens, & on regarde les contrats reçus par les notaires royaux, comme emportant le transport & les effets; en sorte que l'usage de faire réaliser les contrats & les jugemens est tombé depuis longtemps en désuétude, & que les œuvres de loi n'ont plus lieu que pour les contrats reçus par les tabellions, ou autres officiers des seigneuries ou par des notaires étrangers.

Quelques-uns attribuent l'usage moderne à la création des notaires royaux. Ils ont

raison pour Mont-Médi, Damvillers, & les autres lieux qui ne dépendent pas de la prévôté de Thionville ; mais non pour cette prévôté dans laquelle il y a eu de tous tems des tabellions dont les actes emportoient le transport & la réalisation, suiv. l'art. 3 du tit. 5 de la coutume dont j'ai fait remarquer la disposition ci-dessus, n°. 22.

L'édit du mois de Novembre 1661, en créant un bailliage à Thionville, & des prévôtés à Damvillers & à Mont-Médi, créa en même-tems six notaires dans la première de ces villes, & trois dans chacune des deux autres : & ces créations furent faites *aux mêmes pouvoirs, fonctions, privilèges, & exemptions qui sont attribuées, & dont jouissent les autres prévôtés & bailliages du royaume.* Voyez le recueil des édits enregistrés au parlement de Metz, tom. 3, pag. 404. Les offices de notaires ayant été quelque-tems sans être levés, le lieutenant général du nouveau bailliage de Thionville y pourvut par une sentence du 13 Mai 1662, dont l'exécution fut ordonnée par provision, par arrêt du 1er. Juin suivant, rendu sur la requête du procureur général. Cet arrêt portoit qu'en conformité de ladite sentence, les contrats de ventes, aliénation & transport, seroient passés pardevant les notaires qui seroient commis par le lieutenant général ; que ces notaires commis recevraient tous autres contrats, obligations & actes ; & que lesdits contrats de vente seroient bons & valables comme étoient auparavant, *les aliénations passées pardevant les échevins de ladite ville, ou les maires & gens de justice des villages.* Ce qui supposoit que précédemment les échevins de Thionville faisoient le transport des biens aliénés, & qu'on les dépouilloit de cette fonction. Ils n'eurent garde de s'en plaindre, parce que la supposition étoit fautive, & qu'on ne leur ôtoit rien dont ils fussent en possession. En conséquence les notaires commis, & ceux qui furent ensuite pourvus en titre à Thionville, se maintinrent dans l'usage où étoient avant eux les tabellions auxquels ils succédoient de n'ajouter aux actes par eux reçus aucune formalité séparée. Nonobstant quoi, ces actes furent pendant long-tems regardés sans aucune difficulté comme emportant transport & réalisation.

Il n'en fut pas de même de Mont-Médi & à Damvillers, où les notaires nouvellement créés ne pouvoient pas alléguer la même possession, on prétendoit assujettir leurs actes aux œuvres de loi. Ils s'en plainquirent au parlement, où il intervint en leur faveur différens arrêts, qui rendirent la formalité du transport sur les actes reçus par les notaires royaux, aussi inutiles dans ces deux prévôtés que dans l'étendue du bailliage de Thionville.

Il s'écoula plus de 27 ans sans qu'on élevât sur ce point la moindre contestation dans cette dernière ville. Mais le 21 Avril 1689, Agnez Philippe, veuve de François Bock, dame de Volkrange, forma au bailliage de Thionville demande en déclaration d'hypothèque, contre Me. Jean Michel Scharff, avocat audit bailliage, qui avoit acquis quelques héritages du nommé Klopstein, & de la femme, débiteur de ladite dame d'une somme de 76 écus, portée par un contrat de constitution,

32.
On leur conteste cette prérogative.

passé pardevant notaires à Thionville, le 15 Janvier 1684. Me. Scharff n'imagina d'autre moyen, pour éviter l'effet de cette demande, que de soutenir que le contrat de la demanderesse n'ayant pas été suivi de transport, il n'avoit point imprimé hypothèque sur les héritages par lui acquis. Il parvint aisément à faire goûter ce système au lieutenant-général du bailliage, à qui il ouvroit une source d'émolument : & par sentence de ce siege du 9 Février 1691, Me. Scharff fut renvoyé de la demande de la dame Bock avec dépens, sauf à elle à faire réaliser son contrat, pour acquérir hypothèque sur les biens de ses débiteurs. Elle en porta l'appel au parlement, où dès le 20 du même mois de Février, il fut rendu arrêt qui, par provision, ordonnoit l'exécution de celui du 1 Juin 1662.

Alors Scharff, & ceux qui s'intéressoient au succès de sa prétention, comprirent qu'elle ne paroîtroit pas soutenable tant que ces deux arrêts ne seroient pas attaqués, & crurent qu'il étoit à propos de rendre la contestation, jusques-là particulière aux deux parties, si publique par une nouvelle instance, que les arrêts provisoires pussent être rétractés. Pour cela le lieutenant-général, un conseiller, & l'avocat du roi du bailliage de Thionville prenant le nom des officiers de ce siege donnerent, le 9 Mars, requête au parlement, contenant opposition aux arrêts des 1er. Juin 1662, & 20 Février 1691, & tendante à ce que, sans s'y arrêter, il fut ordonné que les notaires dudit bailliage, après avoir reçu les contrats de vente d'immeubles, obligations, & autres semblables actes, & les parties qui voudroient acquérir la propriété des héritages roturiers, ou droit d'hypothèque sur iceux, seroient tenus d'apporter au greffe des justices des lieux, lesdits contrats, pour en être tenue note au registre : & à l'égard des biens nobles, que les contrats seroient apportés au greffe dudit bailliage, comme représentant le siege des nobles du pays de Luxembourg, aux droits & charges accoutumés, le tout conformément à la coutume. Sur cette requête, la communauté des notaires royaux de Thionville fut assignée. Les gens de justice de neuf villages, & dix seigneurs hauts-justiciers intervinrent, le 28 Mars, pour appuyer la prétention du lieutenant-général & de ses confrères. Au contraire les principaux habitans de Thionville, à la tête desquels étoit le Me. échevin, & même le lieutenant particulier du bailliage, donnerent requête d'intervention en faveur des notaires, le 2 Avril suivant. Quoique le sieur de Jévigny, bailli de Thionville, fut du nombre des hauts-justiciers intervenans, il intervint encore séparément le 27 Avril pour faire ordonner que les réalisations des biens nobles seroient faites pardevant lui, & non ailleurs, comme il se pratiquoit aux cantons du Luxembourg. Enfin le 6 Juillet, les justiciers des nobles du duché de Luxembourg qui étoit alors tout entier dans la main du roi, intervinrent aussi, & conclurent à être maintenus au droit de recevoir, & faire la réalisation des biens nobles situés dans la ville de Thionville & dépendances, avec défenses aux officiers du bailliage & au sieur de Jévigny bailli de les troubler (1).

(1) Ces prétentions opposées au bailli, au lieutenant-général du bailliage & des justiciers des

Cette instance intéressante pour le public , & que tant d'interventions rendoient fameuses , & celles sur l'appel de la dame Bock , avoient été jointes & appointées. Les notaires invoquoient , à la vérité , leur édit de création qui avoit suffi à ceux de Mont-Médy & de Damvillers , pour obtenir les arrêts par lesquels leurs actes avoient été jugés valables , translatifs de propriété , & hypothécaires sans œuvres de loi : mais ils insistoient principalement sur l'ancien usage , qui , disoient ils , avoit de tout tems autorisé les tabellions de Thionville , auxquels ils avoient succédé , de donner aux actes par eux reçus , tout l'effet du transport & de la réalisation , conformément à l'art. 3 du tit. 5 de la coutume , sans recourir aux justices pour les rotures , ni au siege des nobles pour les biens féodaux. On leur oppoisoit que la sentence du 13 Mai 1662 , & l'arrêt du 1 Juin suivant détruisoient leur allégation , & ce prétendu usage : puisqu'il y étoit dit que les contrats de vente par eux reçus , seroient bons & valables , comme étoient auparavant les aliénations passées pardevant les échevins de Thionville , ou les maires & gens de justices des villages ; mais ils repliquoient qu'en 1662 , le lieutenant-général nouvellement pourvu ignoroit l'usage de la prévôté de Thionville , qu'il avoit supposé conforme à ce qui se pratiquoit à Luxembourg , & que le parlement ne l'avoit pas vérifié : mais que la vérité de leur allégation n'en étoit pas moins certaine , puisqu'ils prouvoient que les contrats reçus par les tabellions de Thionville avoient toujours été jugés translatifs de la pleine propriété , & hypothécaires , sans qu'on pût montrer par aucun registre , soit des échevins de Thionville , soit des justices dont les seigneurs , ou les officiers étoient intervenans ; ou d'aucune autre seigneurie de la prévôté , ni par aucun autre acte particulier , que jamais un seul des contrats reçus par les tabellions de Thionville eut été présenté aux officiers de cette ville , ni à ceux des villages pour être par eux réalisé : en sorte que la réalisation s'étoit toujours réduite aux actes purement privés , ou reçus par les officiers des seigneuries.

Ce défaut de toute possession relatif à l'art. 3 du tit. 5 de la coutume , décida : & par arrêt du 3 Juillet 1691 , la cour , sans s'arrêter aux demandes & interventions de Me. Scharff , des seigneurs hauts-justiciers , & des maires & gens de justices de différens villages , non-plus qu'à celles du bailli de Thionville , & des justiciers des nobles du duché de Luxembourg , faisant droit sur l'intervention des principaux habitans de Thionville , débouta le lieutenant-général du bailliage , ses consorts & Me. Scharff de leurs demandes & oppositions ; en conséquence garda , & maintint les notaires de Thionville au droit & possession de passer toutes sortes d'actes , obligations & contrats , de même que les autres notaires du royaume , sans que les parties qui auroient contracté pardevant eux fussent tenus de les faire réaliser : sur l'appel

53.
Ils y sont maintenus.

nobles provoient par elles-mêmes que la réalisation étoit une nouveauté à Thionville , & qu'aucun d'eux n'étoit en possession de la faire.

Tit. V.
Observ. 100.

de la dame Bock, mit l'appellation & sentence au néant, en émandant fit droit sur la demande en déclaration d'hypothèque de cette dame, contre Me. Scharff, si mieux il n'auroit lui indiquer d'autres héritages, permit aux maire & gens de justice de recevoir les contrats dans l'étendue de leurs justices seulement, ainsi qu'ils avoient accoutumé : condamna les officiers du bailliage à la moitié des dépens envers les notaires, & à la moitié des épices ; Scharff à l'autre moitié, & à tous les dépens faits par la dame Bock, tant en première instance, qu'en cause d'appel : le surplus des dépens entre les autres parties compensé.

34.
Ce qui est com-
mun à tous les
notaires du
royaume.

Cet arrêt a toujours fait loi depuis : & en conséquence il est certain que dans tout le Luxembourg françois il n'y a de contrats publics qui exigent les œuvres de loi, que ceux qui sont reçus par les tabellions, ou autres officiers des seigneuries, & que tous ceux que reçoivent non-seulement les notaires royaux de Thionville, & des autres villes françoises de Luxembourg, mais aussi tous les autres notaires royaux du royaume, sont de plein droit & sans transport, translatifs de la propriété absolue, & hypothécaires : quoique par une crainte sans fondement, il soit encore arrivé quel-
ques fois que des contractans pour plus grande sûreté aient pris l'inutile précaution de faire enregistrer au greffe des justices leurs titres d'acquisitions, ou les obligations passées à leur profit. M. le duc de Penthièvre ayant acheté pardevant notaires à Paris, le duché de Carignan, (autrefois Yvoy), il consulta à Metz pour savoir s'il devoit en faire faire le transport : & il lui fut répondu qu'il n'en avoit pas besoin.

35.
Il en est de mê-
me pour les ju-
gemens.

On suit aussi dans tout le Luxembourg françois, à l'égard de l'hypothèque des jugemens, la disposition de l'ordonnance de Moulins & de la déclaration que j'ai indiquées ci-devant n. 17.

36.
S'il y a quel-
ques seigneu-
ries à excepter.

On prétend cependant que la réalisation des actes des notaires royaux s'est conservée avant, & depuis l'arrêt de 1691, dans les seigneuries de Rodemacher, Rouffy, Preisch, & Pultelange ; & que le bailliage de Thionville l'y a jugée nécessaire par quelques sentences. Mais je crois que c'est un reste de ses anciennes préventions, & que ces sentences eussent été infirmées s'il y en avoit eu appel ; d'autant plus que le prétendu usage de ces seigneuries ne put être justifié en 1691, quoique le sieur de Limoufin, seigneur de la seigneurie & propriétaire de Rouffy, fut du nombre des hauts-judiciers intervenans. Une preuve certaine que les œuvres de loi ne sont pas regardées dans ces seigneuries sur le même pied que dans le Luxembourg autrichien, c'est que ceux mêmes des officiers du bailliage de Thionville qui voudroient les conserver à Rodemacher, &c. pour l'hypothèque des contrats, sont forcés d'avouer qu'elles n'y ont pas lieu pour celles des jugemens.

37.
Si dans cette
coutume le ca-
cher des gen-
tilshommes
emporte hypo-
thèque.

Il y avoit infiniment moins d'inconvénient de dispenser les contrats reçus par les notaires royaux de la formalité du transport, que d'en dispenser des actes purement privés. Cependant l'art. 4 du tit. 6 de la coutume de Luxembourg dit que *le gentilhomme peut, suivant la coutume observée d'ancienneté, engager, hypothéquer, & obli-*

ger

ger ses biens & héritages sous sa signature & cachet, ou scel, sans qu'il soit besoin d'en passer aucunes œuvres de loi, ni autrement comparoître en justice. Il ne seroit pas aisé de trouver dans aucune coutume une disposition plus singulière & plus opposée au droit commun, disons même à la raison, que celle-là ; car le cachet d'un gentilhomme ne rend pas l'acte plus authentique, & n'en assure pas plus la date que sa signature. C'est toujours une écriture purement privée. Bartole, sur la loi 65, ff. de *procurat.* distingue entre les écrits auxquels il a été apposé un scel public, & qui sont preuve, & ceux qui n'ont qu'un scel privé, qui ne fait foi qu'après qu'il a été reconnu : & Dumoulin, sur la coutume de Paris, §. 8, gl. in *Vbo. dénombrement*, après avoir mis en principe, n°. 11, que *scriptura privata de se non probat etiam inter easdem partes*, sans autre modification, si ce n'est que les écrits privés ne sont pas tout-à-fait inutiles parce qu'ils peuvent être vérifiés (1), étend cette maxime sous le n. suivant aux actes munis du sceau des seigneurs particuliers, qui, à la différence de ceux des princes & des grands, n'ont rien d'authentique. *Hanc conclusionem acceptio, etiam si sit sigillata sigillis & armis, sive insigniis patroni & clientis; quia, (principibus & magnis dominis exceptis) (2) eorum sigilla non sunt authentica, sed privata; & sic, non magis probant, quam scriptura ve subscriptio privata quæ nullius est fidei, nisi sit recognita; aut alias verificata.*

Rien n'est donc plus bizarre, & en même tems plus dangereux que d'accorder au simple cachet d'un gentilhomme une force & un effet qu'on refuse au caractère public des officiers préposés pour recevoir les contrats, ou pour administrer la justice. C'est cependant ce qu'on admet dans le Luxembourg autrichien ; mais je n'ai pas connoissance que depuis la conquête de Thionville & le traité des Pyrénées de 1659, on ait prétendu, dans aucunes des villes cédées à la France, ni dans leurs dépendances, faire valoir comme hypothécaire l'obligation d'un gentilhomme sous ses simples signature & cachet ; & je crois que si la question se présentoit, on regarderoit cette disposition de la coutume comme abrogée dans tout le ressort *per non usum*.

Mais je viens de dire qu'il n'en étoit pas de même à Luxembourg. Thomas Mar-

TIT. V.
Ohterv. 1002

38.
Cela n'a plus
lieu dans le
ressort.

(1) *Quamvis autem increbescente hominum malitiâ, & rarecente fide, hujusmodi privata scriptura jamducum experient esse nullius fidei, non tamen sunt omnino inutiles, quoniam multis modis & adminiculis verificari possunt.*

(2) Il y a pour de juriconsulte qui n'ait vu d'anciennes chartres qui n'étoient pas même signées des parties, mais qui n'en étoient pas moins regardées comme authentiques, non pas précisément parce que les contractans y avoient apposé leurs sceaux, mais parce qu'à leur réquisition & en témoignage de vérité, les évêques, les grands & autres personnes notables y avoient aussi appendu les leurs. C'est, je crois, de ces chartres qu'on doit entendre l'exception de Dumoulin. Du moins est-il vrai que quand elles sont saines & entières, & munies des sceaux, & que non d'ailleurs ne les rend suspects, elles font encore foi en justice.

39.
Mais se serve
encore dans le
Luxembourg
autrichien.

chant, échevin de l'hôtel commun de cette ville, fut annobli avec ses enfans nés & à naître; par le roi d'Espagne, par lettres du 20 Août 1681, registrées au conseil de Luxembourg le jour même de son décès, 29 Novembre même année. Lambert Marchant, son fils, maître des forges de Hamawé, passa, le 13 Octobre 1685, un billet de la somme de 500 écus, au profit de ses freres & sœurs; le 4 Mai 1689, une obligation de 1200 écus, au profit de Charles Albert de Bettenhoven: & le 20 Novembre 1694, un autre de 1062 écus au profit de François Vassand. Toutes ces dettes furent par lui contractées sous sa signature & son cachet. Jean le Jeune, échevin de Durbuy, obtint contre lui au conseil provincial de Luxembourg, le 26 Octobre 1694, une condamnation en paiement d'une somme de 1562 écus & demi, qu'il lui avoit avancés pour prix de cent milliers de fer, que Marchant s'étoit engagé de lui fournir, & aux dommages & intérêts faute d'en avoir fait la délivrance. Pour acquérir une hypothèque que les actes des juges, non plus que ceux des notaires ne donnent pas à Luxembourg, le Jeune se fit passer, le 22 Novembre même année, une obligation de la somme ci-dessus, & de celle de 2377 écus & demi, à laquelle furent liquidés les dommages & intérêts. Cette obligation fut réalisée le même jour.

Faute de paiement, le Jeune fit vendre par décret la moitié de la forge de Dousmeldange, & les immeubles appartenans audit lieu à son débiteur, qui ne produisirent qu'une somme de 10,500 liv. Les freres & sœurs de Lambert Marchant, le sieur de Bettenhoven, & François Vassand formerent opposition au décret à fins de collation: & par la sentence d'ordre rendue au conseil de Luxembourg le 5 Mars 1697, tous furent colloqués avant Jean le Jeune, pour les sommes à eux dûes, avec les intérêts: ce qui joint à une autre collocation au profit de Thomas Marchant absorboit tout le prix du décret. La sentence fondée sur ce que ces trois créances avoient été reconnues par le débiteur commun qui étoit noble, sous sa signature & cachet; ce qui leur avoit donné à toutes, même à celle de François Vassand (1) une hypothèque antérieure à celle de le Jeune, qui n'en avoit d'autre que celle de l'acte de réalisation du 22 Novembre 1694.

Le Jeune porta l'appel de la sentence d'ordre au parlement de Metz, dont le ressort comprenoit alors tout le Luxembourg. Il ne prétendit ni que la sentence du 26 Octobre 1694, portoit hypothèque, ni que les actes privés passés sous la signature, & le cachet d'un gentilhomme n'en portoient point: mais il soutint pour griefs 1°. que l'art. 4 du tit. 6 de la coutume ne s'appliquoit point à Lambert Marchant qui n'étoit pas gentilhomme, mais annobli, ou fils d'annobli, qui même étoit né roturier, & n'étoit noble que depuis 4 ans lorsqu'il avoit passé le premier

(1) Le titre de Vassand étoit postérieur de près d'un mois à la sentence obtenue par le Jeune, mais antérieur de deux jours à l'acte qui avoit réalisé sa créance.

des titres qu'on lui oppoisoit, & depuis 13 ans qu'il avoit souscrit le dernier : 2°. que les actes privés munis de la signature & du cachet d'un gentilhomme ne donnoient hypothèque que sur ses biens féodaux : 3°. que cette hypothèque n'avoit lieu qu'entre le gentilhomme & son créancier, & non contre des tiers dont les créances avoient été réalisées postérieurement. Voy. mon rec. de factums, tom. 4, pag. 105.

J'ignore comment cette contestation a été décidée. Il y a même apparence qu'elle n'a pas été jugée au parlement de Metz, parce que le traité de Riswick par lequel Luxembourg & le comté de Chiny furent rendus à l'Espagne, est du mois de Septembre de la même année 1697.

Quoi qu'il en soit, je pense que le premier grief de Jean le Jeune étoit très-bien fondé. La coutume de Luxembourg, art. 4 du titre 1, reconnoît trois classes de nobles; ceux de l'ancienne chevalerie, les écuyers & les annoblis; ainsi on ne doit pas les confondre; & l'art. 4 du titre 6 ne parlant que des gentilhommes, qualité qui ne peut être attribuée tout au plus qu'à ceux qui sont nés écuyers, on ne peut pas étendre sa disposition jusqu'aux annoblis & à leurs enfans, pas même à ceux nés depuis l'annoblissement de leur pere; d'autant plus qu'étant exorbitante du droit commun, & très-singulière, elle ne souffre point d'extension.

Mais l'appliquer à tous les biens du gentilhomme qui s'est obligé, ce n'est pas l'étendre; c'est la prendre dans le sens naturel & littéral que présentent les termes absolus dans lesquels elle est conçue. Ainsi le second grief de Jean le Jeune étoit sans fondement.

A l'égard du 3e. c'étoit une pure illusion de prétendre que l'hypothèque n'a lieu qu'entre le gentilhomme & celui envers lequel il s'est obligé sous ses signature & cachet, & non au préjudice des tiers. En ce cas ce ne seroit pas une hypothèque, & l'écrit ne produiroit rien de plus que celui d'un roturier, ou tout autre titre non hypothécaire, qui ont toujours leur effet contre l'obligé: en sorte que celui de l'hypothèque ne concerne jamais que les tiers.

L'art. 1 du tit. 4 de la coutume de Metz porte que *l'obligation passée pardevant notaires n'emporte hypothèque que du jour qu'elle est mise en arche d'aman*. L'art. 19 du même titre dit que *les contrats passés pardevant notaires prendront seulement hypothèque avant les écritures privées, ores qu'ils soient premiers en date que les cédulés reconnues en jugement, ou les obligations passées pardevant aman*. Il y a quelque contrariété entre ces deux dispositions. L'une sembloit refuser toute hypothèque aux actes de notaires, l'autre y attache une hypothèque, mais qui ne concourt pas avec celle résultante des actes des amans; en sorte que par une bizarrerie inconnue partout ailleurs, notre coutume admettoit deux ordres d'hypothèques subordonnées l'une à l'autre, & dont le second cédoit, malgré la priorité de date, aux contrats postérieurs, mais emportant l'hypothèque du premier ordre.

Tit. V.
Observ. rec.

40.
Ce qui ne s'entend pas des annoblis, ni de leurs enfans.

41.
Mais a lieu sur tous les biens.

42.
Et contre les tiers.

43.
Des amans de Metz.

TIT. V.
Observ. 10e.

Pour entendre ces articles il faut favoir ce que c'étoit que les amans, & à quels notaires la coutume les préféroit.

J'ai dit quelque chose de la création des amans, dans mes opuscules, tom. 2, pag. 328, où j'ai prouvé par la chartre même, que c'étoit par l'accord, le concours & l'autorité de tous les citoyens, par le résultat d'une délibération de tous les ordres, par un statut de la cité que les amans de Metz avoient été établis, & non par la volonté de l'évêque Bertrand, comme l'infidèle Meurisse voudroit le persuader. L'objet de cet établissement étoit la rédaction, l'authenticité, & la conservation de tous les actes entre vifs, & à cause de mort qui sont attribués ailleurs aux notaires, tabellions & garde-notes, dont les amans avoient la qualité sous un autre nom. Quant à leur nombre, leurs arches, & la manière dont ils exerçoient leurs fonctions, il faut voir Ancillon sur les deux articles indiqués de notre coutume. L'hôtel-de-ville de Metz avoit été maintenu au droit de pourvoir à ces offices d'amans par arrêt du conseil du 9 Juin 1674. Cependant un autre arrêt du conseil du 23 Mars 1728 les a anéantis. Il ne les a pas supprimés; il ne leur a même défendu de faire fonctions de notaires que dans la ville & banlieue de Metz. C'étoit tacitement leur permettre de les continuer dans le reste du pays: mais comme il auroit fallu pour cela qu'ils se transportassent dans les villages que les habitans de la campagne les y auroient rarement appellés, que c'eût été trop peu de chose pour occuper 34 officiers (1), & que d'ailleurs l'arrêt leur ordonnoit de remettre aux notaires toutes les écritures & minutes de leurs arches, ils se sont regardés eux-mêmes, & on les a regardés comme supprimés: & l'hôtel-de-ville a cessé de pourvoir à leurs offices.

44.
Et des anciens
notaires de
Metz.

Ajoutons qu'avant la réunion des Trois Evêchés à la couronne, il y avoit à Metz des notaires impériaux, des notaires apostoliques & des notaires du palais. M. D... dit que les fonctions des notaires impériaux & apostoliques étoient bornées à certaines matieres. Cela est vrai des notaires apostoliques qui n'ont jamais eu de caractère que pour les actes concernant le spirituel & le titre des bénéfices, quoiqu'abusivement ils entreprissent assez souvent de recevoir des testamens, & même des contrats en matieres purement prophanes & temporellés. Les notaires du palais dont

(1) Il ne subsistoit plus en 1728 que 14 paroisses dans Metz, y compris celle de St. Jean qui avoit été renfermée dans la citadelle: (celle de St. Simon n'étoit pas encore érigée) mais il y en avoit eu autrefois trois autres, St. Hilaire, St. Feroy & St. Jacques, dont (quoiqu'elles eussent été supprimées comme quelques autres; par exemple St. Médard) on avoit conservé les amans, & quoiqu'il n'y eut qu'une arche pour chacune de ces dix sept paroisses, il y avoit deux amans, dont l'un étoit en chef, & tenoit l'arche où devoient être remis non-seulement tous les contrats reçus ou par lui, ou par ses devanciers; mais aussi toutes les minutes & tous les registres de l'aman adjoiat, Voy. Ancillon sur les art. 1 & 19 du tit. 4.

M. D. . . ne dit rien, avoient des fonctions encore plus bornées. Elles ne consistoient qu'à écrire les inventaires des biens des mineurs (qui même étoient signés par le greffier de la chambre des Sauvetés) & les procès-verbaux de vente de meubles par encan : & les expéditions qu'ils délivroient n'étoient pas regardées comme authentiques.

Ce n'est donc ni des uns ni des autres qu'on doit entendre la coutume; mais principalement des notaires impériaux qui avoient caractère pour recevoir les testamens & les contrats. Cela se prouve comme Ancillon l'a remarqué pour les testamens, par l'art. 76 de l'ordonnance de Metz, publiée le 2 Décembre 1564, & par la coutume même, art. 14 du tit. 8, & pour toutes sortes de contrats par les art. 77, 79 & 80, & sur-tout 82 de la même ordonnance qu'on peut consulter.

Mais le gouvernement républicain, la jalousie de juridiction, l'affectation d'indépendance qui avoient engagé les magistrats de Metz de sévir contre ceux qui portoient à la chambre impériale l'appel de leurs jugemens, quoiqu'il fut certain qu'en matière civile, & au-dessus de certaine somme cette chambre eut droit d'en connaître, les avoient aussi portés à donner aux actes reçus par les amans, dont le caractère émanoit d'eux, la préférence sur les actes reçus par les notaires qui tenoient le leur de l'empereur. A quoi le grand crédit des amans peut aussi avoir contribué; car dans ces anciens tems ces offices d'amans étoient remplis par des personnes distinguées, & il n'étoit pas rare de les voir élevées à la dignité de Me. échevin autrefois si considérable, & qui l'est encore beaucoup, quoiqu'elle ait perdu de son ancien éclat. Voy. mes opuscules, tome 2, pag. 265.

Dans les premières années qui suivirent la révolution de 1552, & jusqu'à la création du parlement, les Trois-Evêchés se regardoient toujours comme des républiques dépendantes de l'empire. Ainsi les notaires impériaux subsistoient à Metz, où Henry II avoit cependant établi deux notaires royaux, non pas à la vérité en titre d'office, mais par commission. Ces notaires ne recevoient pas seulement les actes passés par les officiers de la garnison, comme M. D. . . le fait entendre. Ils passaient aussi tous contrats entre les habitans de la ville & du pays qui s'adressoient à eux. On va en voir deux exemples. Mais comme Henry II & ses premiers successeurs voiloient en quelque sorte la qualité de souverains des Trois-Evêchés sous celle de protecteurs, on ne donna pas à ces notaires royaux plus d'autorité qu'on n'en donnoit aux notaires impériaux. Henry IV voulut corriger cet abus en 1606, par des lettres-patentes portant qu'il ne feroit fait à l'avenir aucune différence entre les contrats reçus par les notaires royaux, & ceux reçus par les amans; mais ces lettres restèrent sans exécution. L'usage continua; & je suis persuadé que dans l'esprit de ceux qui, 20 ans avant la création du parlement, travaillèrent à la rédaction de la coutume de Metz, les actes des amans devoient emporter une hypothèque de préférence sur ceux des notaires royaux comme sur ceux des notaires impériaux. Le bailliage de Metz lui-même le pensoit ainsi dans les premiers tems de son établisse-

TIT. V.
Observ. 100.

45.
Les notaires impériaux avoient caractère pour toutes sortes d'actes.

46.
Pourquoi l'hypothèque de ces actes avoit été subordonnée à celle des actes reçus par les amans.

47.
Etablissement des notaires royaux.

48.
Donc on subordonne aussi les actes à ceux des amans.

TIT. V.
Oblerv. 102.

ment : & par une sentence du 24 Mars 1633, il colloqua Pierre Modéra & Moïse Gaillard pour les sommes à eux dûes par Jean Modéra, en vertu de deux obligations reçues par un aman le 23 Juin 1637, par préférence à Jean Caillet, dont la créance étoit portée par un contrat passé pardevant Louyot, notaire-royal à Metz, le 31 Janvier 1636. Ancillon qui sur les art. 1 & 19 du tit. 4 rapporte cette sentence, dit qu'elle fut exécutée.

49.
Cet abus est réformé.

Mais peu après, le traité de Munster consumma la révolution, & rectifia les idées. Le contrat de mariage d'Abraham Lechoüaube, & de Marie de Marfal avoit été passé à Metz pardevant un notaire royal le 15 Novembre 1634. Lechoüaube avoit emprunté du sieur de St. Aubin 3000 francs messins par un contrat reçu par un aman le 26 Septembre 1636, en vertu duquel il prétendoit devoir être colloqué, suivant les art. 1 & 19 du tit. 4 de la coutume, avant Marie de Marfal qui s'étoit fait séparer de biens. Elle répondoit que la coutume ne devoit pas être entendue des notaires royaux dont elle ne parloit pas nommément, mais des notaires impériaux, ou apostoliques, ou de ceux du palais : que d'ailleurs la coutume n'avoit pas pu préjudicier aux droits du roi, qui avoit accordé aux notaires par lui établis à Metz la même autorité dont ces officiers jouissent dans tout le reste du royaume. Elle le fit juger ainsi par sentence du bailliage du 11 Avril 1656, qu'Ancillon dit dans son commentaire être passée en force de chose jugée, parce qu'il n'y en a point eu d'appel : mais voy. mes ext. de son recueil d'arrêts, pag. 16, n°. 22, où j'observe que dans ce recueil il dit au contraire que sur l'appel elle fut confirmée par arrêt du 23 Juin suivant.

50.
Les amans ne donnoient hypothèque que sur les biens du pays messin.

Il tâche de prouver dans son commentaire que les contrats reçus par les amans, quoiqu'entre personnes non-domiciliées dans la ville de Metz, ou pays messin, devoient porter hypothèque sur tous leurs biens en quelques lieux qu'ils fussent situés, & notamment sur ceux assis dans l'Evêché de Metz. Sa principale raison est que, par un arrêt du 29 Juillet 1675, il a été jugé que les sentences du bailliage de Vic & les contrats reçus par les tabellions de l'Evêché entre personnes qui y étoient domiciliées, produisoient hypothèque sur les immeubles des parties, quelque part qu'ils fussent situés. Je parlerai dans un moment de ces contrats : quant à l'hypothèque des sentences du bailliage de Vic, Ancillon ne pouvoit pas s'en prévaloir pour fonder son opinion ; car ce n'est point un privilege particulier de ce bailliage qui n'est que seigneurial. C'est au contraire un principe général que les sentences des juges des seigneurs donnent hypothèque par-tout où l'on suit l'ordonnance de Moulins, & la déclaration du 10 Juillet 1566. Voy. ci-devant n°. 17 ; & M. D... remarque très-bien que, nonobstant la fin de l'art. 1 du tit. 4 de la coutume de Metz, (qui semble dire qu'une » cédula reconnue pardevant la justice d'un village, ne prend » hypothèque du jour de la reconnoissance, & ne sera colloquée en ordre que si l'exécution & distribution se FAIT AU même lieu »,) on doit tenir indistinctement que la sentence d'un juge seigneurial assésse & porte hypothèque non-seulement sur les

51.
Les sentences des juges seigneuriaux portent hypothèque par-tout.

biens que celui contre lequel elle a été rendue, a dans la seigneurie du lieu, mais aussi sur tous ceux qu'il peut avoir ailleurs (1). Ainsi Ancillon n'auroit pas dû argumenter des sentences du bailliage de Vic aux actes des amans de Metz; & au surplus, l'usage de tous les tems limitoit l'hypothèque de ces actes aux biens situés dans le pays messin, peut-être parce que les évêques de Metz, les ducs de Lorraine & de Bar, & les autres princes voisins ne reconnoissoient pas l'étendue de ce pouvoir presque souverain que s'arrogeoient les magistrats de Metz, & dont ils jouissoient réellement dans la ville & le pays. Quoi qu'il en soit, l'hypothèque refusée dans les terres du domaine de l'évêché de Metz aux actes des amans de cette ville, prouve encore, contre les assertions de Meurisse, ce que j'ai dit ailleurs, que ces officiers n'avoient pas été établis par l'évêque, mais par les citoyens; car s'ils eussent été officiers de l'évêque, comment leurs actes n'auroient-ils pas été regardés comme authentiques dans tous les domaines où l'évêque avoit les droits régaliens? Ils ne donnoient pas non plus d'hypothèque dans les autres pays voisins: & le traité du 17 Février 1701, qui en a établi la réciprocité entre les états de Lorraine & Barrois, & le pays messin, ne faisoit mention que des notaires royaux, résidans à Metz, & non des amans.

Les amans avoient donc moins d'autorité que n'en ont aujourd'hui les notaires & tabellions seigneuriaux. » Les contrats qu'ils passent dans leur ressort & entre personnes y demeurantes, emportent hypothèques sur tous les biens des obligés, » en quelque endroit du royaume qu'ils soient situés; mais ils ne sont exécutoires » que dans le ressort de la seigneurie du seigneur qui a droit de notariat, & non pas » ailleurs ». *Dict. de droit; V^{bo}. notaires des seigneurs.* Ainsi l'arrêt de 1675, dont Ancillon fait mention, & dont je viens de dire un mot, est dans les règles; & on ne peut refuser aux actes reçus par les tabellions de l'évêché la force d'imprimer hypothèque sur les biens que les contractans ont dans le pays messin, en Lorraine & ailleurs, quoique ces actes ne puissent avoir l'exécution parée que dans l'étendue de l'évêché.

Basnage, traité des hypothèques, part. 1, chap. 12, tient même que » lorsque les » notaires des seigneurs passent des contrats dans l'étendue de leur pouvoir, il n'y » a point d'inconvénient que ces contrats passés sous un scel authentique, aient » leur effet sur les biens des contractans domiciliés ailleurs; c'est-à-dire, impriment » hypothèque sur iceux; » & en effet, deux Messins se trouvent à Vic où leur présence est nécessaire pour un certain tems. L'un d'eux qui a besoin d'argent pour une affaire imprévue, & qui ne souffre point de retard, en trouve dans la bourse de

Tit. V.
Observ. 100.

52.
Et non les actes
des amans.

53.
De l'hypothèque
des actes
des tabellions
des seigneurs.

54.
Notamment
dans l'évêché.

(1) Le commencement de cet article n'est pas mieux rédigé que la fin: & quoiqu'il semble ne refuser l'hypothèque à une cédule non reconnue, que quand elle est au dessus de 60 sols, il est certain que quand elle porteroit moins, elle ne seroit pas hypothécaire.

l'autre. S'il leur est impossible, ou à l'un d'eux, de quitter le lieu où ils sont, ne pourront-ils plus contracter ? Seroit-il raisonnable de les obliger, quand même leurs affaires le leur permettroient à tous deux, de revenir à Metz uniquement pour y passer leur contrat pardevant un notaire royal, & s'en retourner à Vic après l'avoir signé ?

On dira peut-être que si on permet de contracter avec hypothèque pardevant un notaire seigneurial, étranger aux parties, on ouvre la porte aux fraudes qui peuvent résulter des pactions secrètes que les contractans, libres de s'adresser aux notaires du lieu où ils sont domiciliés, iront faire ailleurs, dans le dessein d'en dérober la connoissance au public, & à des tiers qui n'eussent pas postérieurement contracté avec eux, s'ils n'eussent été instruits. Mais si cette raison étoit valable, ce ne seroit pas seulement aux actes reçus par des tabellions subalternes, ce seroit aussi à ceux des notaires royaux, autres que ceux du domicile des parties contractantes qu'il faudroit refuser l'hypothèque ; ce qui n'a jamais été proposé : & avec raison ; car les actes passés pardevant les notaires du domicile sont aussi faciles à cacher, & presque toujours aussi ignorés que ceux qui se passent ailleurs.

Cependant l'opinion commune est qu'il faut qu'au moins l'un des deux contractans soit domicilié dans la seigneurie, & c'est l'espece de l'arrêt du 6 Juin 1659, dont Ancillon parle *ibid.*, & qui est rapporté au 2e. tome de l'ancienne édition du journal des audiences, liv. 2, ch. 26, & de celui du 14 Juillet 1671, au 1er. tome du journal du palais, lors desquels il s'agissoit de contrats passés pardevant des notaires seigneuriaux, dans le ressort desquels une des parties résidoit. On soutenoit cependant en général, dans l'une & dans l'autre de ces contestations, que tout ce qui étoit requis c'étoit que le tabellion instrumentât dans son ressort, & que son pouvoir ne dépendoit pas du domicile des parties : ce que j'admettrois volontiers, hors le cas de fraude qui n'est jamais compris dans aucune règle, & qui se présueroit si les contractans paroïssent ne s'être transportés dans une seigneurie étrangère que pour y passer le contrat dont ils vouloient dérober la connoissance à ceux qui pouvoient avoir intérêt d'en être informés.

Mais ce qui est aujourd'hui certain, savoir que quand le tabellion seigneurial n'a instrumenté qu'entre des personnes domiciliées, ou au moins l'une d'elles dans son district, le contrat porte hypothèque sur les biens de l'obligé en quelques lieux qu'ils soient assis, a été autrefois très-controversé, & c'est probablement dans le tems qu'on pensoit qu'il n'étoit pas possible d'étendre le pouvoir de ces tabellions plus loin que la juridiction du seigneur, dont ils le tenoient, qu'on a borné l'hypothèque des actes reçus par les amans de Metz, aux biens situés dans le pays messin, ce qui a duré jusqu'à leur anéantissement. Telle a été, à mon avis, la principale cause de cet usage, auquel cependant celle que j'ai donnée ci-dessus, n. 52, comme une conjecture, peut avoir puissamment contribué, sur-tout pour le pays de l'Évêché.

Les habitans de la campagne passent souvent leurs contrats pardevant les maires & gens de justice de leurs villages, quelquefois pardevant le greffier seul. Il ne me paroît pas possible de donner aucune hypothèque à ces actes. Ce seroit donner aux simples hauts-justiciers le droit de tabellionage & de sceau, ou l'équivalent de ce droit éminent qui ne convient qu'aux grandes seigneuries, & qui même ne leur appartient que quand elles en ont titre ou possession équipolente à titre. Ces actes ont une date certaine; mais j'ai déjà dit dans la note 2 sous le n. 5 de cette observation, que ce n'est point ce qui donne l'hypothèque. Elle ne sert que de l'authenticité de l'acte, qui dépend du caractère de l'officier qui l'a reçu. Or, l'officier n'a caractère que quand il est en fonctions, & les fonctions des juges & des greffiers ne sont pas de recevoir des contrats; c'est la raison pour laquelle le juge royal lui-même ne donne pas l'hypothèque conventionnelle en son hôtel: comme je l'ai établi ci-devant, tit. 4, obs. 9, n. 14.

Cependant je crois qu'il faut excepter les maires & gens de justice du Luxembourg qui ont été de tout tems en possession de recevoir les contrats, & qui y ont été maintenus par le fameux arrêt du 30 Juillet 1691, rapporté ci-dessus, n. 32 & suiv.

TIT. V.
Observ. 100.
55.
Cette hypothèque ne s'étend pas aux contrats reçus par les gens de justice.

36.
Excepté dans le Luxembourg.



TIT. V.
Observ. III.

O B S E R V A T I O N X I.

*De la Suite par Hypothèque, & de la Distribution du prix des Biens,
& sur-tout des Meubles des Débiteurs entre leurs Créanciers.*

1.
Trois effets de
l'hypothèque.

EN droit tous les biens indistinctement étoient susceptibles de tous les effets de l'hypothèque. On fait que les principaux de ces effets sont 1^o. que le bien hypothéqué est le gage & la sûreté du créancier hypothécaire, qui, faute de paiement, peut poursuivre le débiteur, tant par action personnelle, que par exécution sur les biens qu'il lui a hypothéqués : 2^o. que les biens hypothéqués sont tellement affectés au créancier hypothécaire que lors même que le débiteur en a transféré la propriété à un tiers, le créancier peut forcer ce tiers de s'en défaire pour être vendus & discutés tant que l'hypothèque n'a pas été purgée, si mieux l'acquéreur n'aime acquitter la créance : 3^o. que le prix provenant de la vente du bien hypothéqué, se distribue entre les créanciers suivant la date de leur hypothèque; en sorte que les derniers n'ont rien à prétendre, jusqu'à ce que ceux qui les précèdent soient entièrement payés.

2.
Différence entre le droit romain & notre usage, quant au premier effet.

Lorsque la chose hypothéquée existe entre les mains du débiteur, notre usage n'est pas tout-à-fait le même que celui des Romains; mais la différence est très-peu importante. Les Romains actionnoient le débiteur pour lui ôter la possession du bien hypothéqué, s'en faire nanti, le vendre & se payer sur le prix. Dans toute la France on le saisit de plein saut, & on le fait vendre en justice. C'est ce qu'on nomme exécution. Voyez Loiseau, des offices, liv. 3, ch. 5, n. 18 & 19.

3.
L'exécution parée dépend de la grosse: elle peut se faire sans décret du juge, en vertu d'un contrat grossoyé.

Elle peut se faire sans décret du juge, en vertu d'un contrat grossoyé, & scellé: & alors on l'appelle exécution parée. Mais si, comme il arrive le plus souvent dans le ressort, le créancier ne s'est fait délivrer qu'une expédition de son titre, il faut, pour exécuter le débiteur, qu'il obtienne un décret du juge.

4.
Dans le ressort l'hypothèque n'est pas attachée à la grosse.

Sur quoi il est très-important de remarquer qu'à Paris, & ailleurs, on ne délivre les contrats aux parties qu'en grosse & en parchemin: & si le créancier perd cette première grosse, il faut des formalités pour en avoir une seconde. Encore cette seconde grosse ne porte-telle hypothèque au parlement de Paris que du jour qu'elle a été délivrée. *Secds* à Rouen, voyez le dictionnaire de droit au mot grosse. Dans le ressort tous contrats peuvent s'expédier en papier. Voyez l'arrêt de règlement du 26 Juin 1717, & la perte de la première expédition, ni même de la grosse, quand le contrat a été grossoyé, n'est d'aucune conséquence, parce qu'on peut sans aucune formalité s'en faire donner une seconde, une troisième, &c. qui ont autant d'effet que

la première. C'est donc sans aucune raison que les notaires tâchent d'engager les parties à faire grossier les contrats ; car l'avantage de pouvoir exécuter son débiteur sans demander au juge un décret, qu'il ne refuse jamais, est bien mince.

Nos coutumiers, sous le nom de *suite par hypothèque*, comprennent les deux autres effets de l'hypothèque, c'est à-dire, non seulement le droit qu'a le créancier de s'adresser au tiers détenteur du bien qui lui est hypothéqué, pour l'obliger de s'en désister, ou de lui payer son dû, mais aussi le droit de toucher le prix qui provient de la vente des biens du débiteur, jusqu'à extinction de sa créance, avant tous autres créanciers dont l'hypothèque est d'une date postérieure à la sienne, ou simples chirographaires. Le Paige sur l'art. 60 de la coutume de Bar en explique ainsi la disposition. « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque ; c'est-à-dire qu'étant saisis » par autorité de justice, un tiers ne peut prétendre droit d'hypothèque sur le meuble saisi, quoique son obligation soit antérieure à celle en vertu de laquelle le meuble est saisi ; & le saisissant est préféré, bien que postérieur en date de l'obligation ». Le Paige ne dit ici que ce qu'on lit par-tout. On entend donc dans l'usage ordinaire sous le nom de *suite par hypothèque*, le droit de se faire payer sur les biens hypothéqués avant tous créanciers postérieurs, aussi bien que le droit de ne pas perdre ces biens de vue, & de les poursuivre comme son gage, quoiqu'un tiers les ait acquis du débiteur. Cette façon de parler est celles de toutes les coutumes, sans en excepter celle de Metz, qui à la différence de presque toutes les autres, adjuge, art. 17 du tit. 4, aux plus anciens créanciers hypothécaires le prix des meubles trouvés en la possession du débiteur : ce qu'elle nomme *suite par hypothèque*.

Dans ce sens l'expression est assez impropre, si on avoit voulu parler exactement ; le droit de s'adresser au détenteur du bien hypothéqué, aliéné par le débiteur auroit été nommé seul *suite par hypothèque*, & distingué de la préférence accordée à l'antériorité d'hypothèque sur le prix provenant des biens du débiteur, ou de la distribution par ordre d'hypothèque.

Cependant les auteurs désignent l'un & l'autre sous le nom de *suite par hypothèque*. Loiseau lui-même ne les distingue pas, quoiqu'il fasse une autre distinction, réelle à la vérité, mais bien moins fondée. « La suite par hypothèque est, dit-il, » *ibid.* n. 29, quand un créancier suit son hypothèque, ou contre l'acquéreur, ou » contre le créancier postérieur (1), & la suite en exécution, ou saisie, est quand le » créancier non-hypothécaire, bien que l'hypothèque lui manque, ne laisse pas de

5.
Les deux autres effets sont ordinairement compris sous le nom de suite par hypothèque.

6.
On n'auroit dû distinguer de la distribution par ordre d'hypothèque.

7.
On distingue la suite par hypothèque de la suite en exécution.

(1) Il confond donc la suite par hypothèque avec la distribution par ordre d'hypothèque ; car faire valoir son hypothèque contre un créancier postérieur, c'est demander que les créances soient payées suivant la date des tiers hypothécaires. Cela n'est pas exact. Mais l'inexactitude est générale.

TIT. V.
OBSERV. RIC.

» suivre la chose saisie sur son débiteur, soit contre celui qui l'a achetée par après, ou
» contre celui qui l'a saisie «.

8.
Meubles hors
de la possession
du débiteur.

En France, meubles n'ont point de suite par hypothèque quand ils sont hors de la possession du débiteur. Loisel, inst. cout., liv. 3, tit. 7, n. 5. Cependant si le meuble a été saisi & vendu depuis la saisie par le débiteur, le créancier peut forcer celui qui l'a acheté de le représenter. Ibid. n. 7. Voilà les deux suites que Loiseau distingue, & qu'il nomme, l'une suite par hypothèque, & l'autre suite en exécution.

9.
N'ont pas de
suite par hypo-
thèque dans nos
coutumes.

La première de ces règles est observée presque par-tout : & elle est écrite dans un très-grand nombre de coutumes. Je ne citerai que celles de Paris art. 170, de Verdun, art. 277 ; de Toul, art. 173 ; de Lorraine, tit. 16, art. 17 ; de St. Mihiel, tit. 2, art. 28 ; de Sedan, art. 273, & de Bar, art. 60. Elle exclut ordinairement, tant la poursuite du meuble hypothéqué, vendu ou autrement aliéné à un tiers, que la distribution par ordre d'hypothèque du prix des meubles saisis, & vendus sur le débiteur.

10.
Quid suivant le
droit romain ?

Loiseau, *ibid.* n. 21, dit qu'il y a grande apparence que cette double suite d'hypothèque avoit lieu, par le droit romain, tant sur les meubles, que sur les immeubles : mais que chacun n'en est pas d'accord. Le Paige, sur l'art. 60 de la coutume de Bar, est du nombre de ceux qui n'en conviennent pas ; car il dit que cet article, qui porte que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, est conforme au droit civil. Mais l'opinion commune est au contraire, & je la crois prouvée par l'auteur des loix civ. part. 1, liv. 3 ; tit. 1, préambule de la sect. 1 ; par Ricard sur l'art. 170 de la coutume de Paris, par Ferrière, sur le même art., n. 1 ; par Ancillon sur l'art. 17 du tit. 4, de la coutume de Metz ; par M. D... sur le même article, & par les loix qu'ils citent.

» Mais, dit Domat *ibid.*, les inconvéniens d'affujettir à ce droit de suite, les meub-
» bles si-sujets à changer de mains, ont fait établir une autre jurisprudence dans ce
» royaume, & c'est notre règle, que l'hypothèque sur le meuble ne dure que tan-
» dis qu'il demeure en la jouissance de celui qui est obligé «. Il ne distingue pas
entre la France coutumière, & les pays régis par le droit écrit, c'est pour les uns
comme pour les autres qu'il rejette, non-seulement la suite par hypothèque contre
les tiers détenteurs des meubles, mais encore la distribution du prix d'eux par or-
dre d'hypothèque ; car il dit que le créancier qui fait vendre le meuble sera payé
par préférence à tous autres créanciers, mêmes antérieurs... » & si d'autres créan-
» ciers concourant avec lui par d'autres saisies, ou oppositions, il leur sera préféré
» s'il a fait le premier, hors le cas de déconfiture «. Tout cela est exactement vrai
dans la plupart des coutumes. Mais si ce savant auteur avoit voulu dire que dans les
pays de droit écrit on ne distribue pas par ordre d'hypothèque, le prix des meubles
vendus à la requête d'un des créanciers, il se seroit certainement trompé. (1) Fer-

(1) Quel est le jurisconsulte à qui il ne soit jamais échappé aucune erreur ? Celles des

rière sur l'art. 170, n. 5, dit bien » qu'en pays de droit écrit les meubles n'ont » point de suite par hypothèque contre un tiers ». Mais sur l'art. 178, n. 4 & 5, il dit & prouve parfaitement que » la disposition du droit romain est suivie dans les » pays de droit écrit pour l'hypothèque des meubles, au profit des créanciers » hypothécaires, nonobstant les saisies & arrêts dont la priorité ne donne point » de préférence «.

Telle est aussi la règle dans la coutume de Metz. Elle n'admet pas la fuite des meubles par hypothèque contre le tiers détenteur ; mais elle ordonne la distribution du prix de ceux qui sont trouvés dans la possession du débiteur par ordre d'hypothèque. C'est la disposition de l'art. 17 du tit. 4, *meubles trouvés en la possession du débiteur, saisis & pris par exécution, ont suite par hypothèque, & seront les deniers en provenant adjugés aux créanciers premiers en date, encore qu'ils n'aient été saisis, ni venans à leur requête.* Nulle différence à cet égard entre les meubles & les immeubles. *Deniers provenans de vente de meubles, ou héritages vendus par autorité de justice, se distribuent aux créanciers selon l'ordre de l'hypothèque acquise par obligation ou cédula reconnue.* Art. 6 du tit. 15, qui s'entend aussi de ceux qui ont une hypothèque légale ou judiciaire, & a lieu pour le produit des saisies tierces interposées entre les mains des débiteurs du débiteur ; cet usage est conforme à l'art. 38 de l'ordonnance de Metz, publiée le 2 Décembre 1564, & a été confirmée par arrêt du 7 Septembre 1673. Voyez mes extraits du recueil d'Ancillon, pag. 41, n. 61.

Peu de coutumes ont la même disposition. Ferrière sur l'art. 178 de la coutume de Paris, n. 3, indique les articles 96, 97 & 596 de celle de Normandie, l'art. 245 de l'ancienne coutume de Bretagne, & les art. 231, 577, & suiv. de la nouvelle ; les art. 421 & 490 de celle d'Anjou, & les art. 436 & 494 de celle du Maine ; il ne sera pas tout-à-fait inutile de rectifier ce que ces citations ont de fautif.

Tout ce que porte l'art. 96 de la coutume de Normandie, c'est que le créancier peut faire vendre les meubles & les immeubles de la succession de son débiteur, en gardant les solemnités requises. L'art. 97 a plus de rapport à la question. Il porte que les deniers de la vente seront distribués aux créanciers selon l'ordre de priorité & de postériorité. Mais l'article précédent parlant, comme on vient de le voir, des meubles & des immeubles ; si cette disposition eût été seule, on auroit pu la restreindre aux prix des immeubles, pour la ramener au droit commun des pays coutumiers. Le doute n'est parfaitement dissipé que par l'art. 593, (& non pas 596) qui est absolument conforme à notre usage. *En discussion des biens meubles, les deniers seront distribués aux créanciers, selon l'ordre de priorité & de postériorité : & le*

TIT. V.
Observ. 116.

17.
A Metz le prix des meubles se distribue par ordre d'hypothèque.

12.
Coutumes où le même usage a lieu.

grands hommes doivent faire excuser celles que je relève. J'ai souvent dans nos auteurs du pays ; & j'ai encore bien plus besoin qu'eux de la même indulgence.

premier arrêtant aura les dépens de ses diligences, premier & au devant des créanciers. On suit la même règle à Metz, pour les frais de saisie, & même celui qui s'oppose à fins de distraction de tous les meubles, saisis & trouvés en la possession du débiteur du saisissant, ou pour en arrêter les poursuites, soit comme créancier privilégié, ou autrement, doit ordinairement (1) offrir les frais de saisie.

Les art. 577 & suiv. de la coutume de Bretagne n'ont nul rapport à la distribution du prix des meubles : & tout ce que dit l'art. 231 de la nouvelle, le même que le 245 de l'ancienne, c'est que *si biens pris par exécution étoient vendus, le premier créancier les pourroit faire arrêter dedans huit jours après la vente d'iceux biens.* Cependant on peut conclure delà que, puisqu'en Bretagne le premier créancier a huit jours après la vente pour se pourvoir, il le peut à plus forte raison après la saisie, & avant la vente, & que ce droit que la coutume lui accorde, marque qu'il doit être payé par préférence aux créanciers postérieurs sur les biens pris par exécution, expressions générales qui comprennent les meubles & les immeubles. D'Argentré, gl. 1, sur cet article, les applique aux meubles, & atteste que l'usage de Bretagne, contre la règle, *meubles n'ont suite par hypothèque*, les en rend susceptibles. *Nos jus hypothequarum in his persequimur, jure ordinario & regulari.*

L'art. 421 de la coutume d'Anjou, & l'art. 436 de celle du Maine, disent, que *si le meuble est arrêté à la requête d'un tiers créancier, un autre seroit bien reçu à opposition, pour être payé de sa dette sur tel meuble, & y être préféré, ou venir à contribution.* L'art. 490 de la première, & l'art. 494 de la seconde, prorogent comme la coutume de Bretagne, le tems utile pour cette opposition, à huitaine après la vente, & répètent qu'elle peut être formée, *pour venir à contribution, ou être payés ou préférés si la matière y est sujette.* Il résulteroit de ces dispositions, qu'il y avoit des créanciers à qui la préférence étoit due, & d'autres qui ne pouvoient être payés que par contribution. Mais les hypothécaires étoient-ils du nombre des premiers, comme les privilégiés ? Ou étoient-ils réduits à venir à la contribution comme les chirographaires ? La question ne paroissoit pas décidée par les termes de ces deux coutumes. Cependant on en a conclu qu'elles admettoient la distribution du prix des meubles saisis, & vendus sur le débiteur par ordre d'hypothèque. Mais la conséquence étoit si peu évidente, que par un arrêt du 10 Mars 1604, rendu *consultis classibus*, le parlement de Paris ordonna une enquête par turbes, sur l'usage du pays du Maine. Voy. la note marginale de Chopin, *de legib. andium, lib. 3, cap. 2, sit. 5, n. 20.*

Ainsi quoique dans les quatre coutumes que Ferrière nomme, l'usage soit commun à Metz de distribuer par ordre d'hypothèque le prix des meubles vendus sur

(1) Voy. une exception ci après, obs. 12, n°. 49.

le débiteur, il n'y a cependant que celle de Normandie qui ait sur ce point une disposition bien précise.

La coutume de l'Evêché ne seroit pas intelligible, si on se borroit aux termes dans lesquels l'art. 13 du tit. 7 est conçu. Il porte » *En concurrence de créiteurs, celui est préféré qui est le premier en hypothèque ; si donc que il n'y a reconnaissance ou obligation faite & écrite : auquel cas celui qui en est muni, est préférable à tous autres, encore que postérieur en date* ». Cette disposition prise à la lettre, seroit le comble de l'absurdité. Elle signifieroit que l'hypothèque, qui ne peut résulter que d'un acte authentique, ne donne la préférence que quand il n'y a point d'acte, point de reconnaissance ni d'obligation par écrit : mais que s'il y en a, c'est au créancier dont le titre est postérieur en date, qu'il faut accorder la préférence. Il est impossible que les compilateurs de la coutume aient voulu dire de pareilles inepties. Il faut donc que l'article soit corrompu, ce qui peut provenir de quelques mots omis, ou par le copiste qui a écrit l'exemplaire sur lequel l'impression a été faite, ou par l'imprimeur : pour lui donner un sens raisonnable, on peut lire : *En concurrence de créiteur, celui-ci est préféré qui est le premier en hypothèque ; mais le premier saisissant est préféré sur les meubles, si donc il n'y a reconnaissance faite & écrite par acte authentique, auquel cas celui qui est muni est préférable à tous autres, encore que postérieur en date aux écrits privés*. Il est du moins nécessaire de faire quelque correction semblable à cet article.

Mais, tel qu'il est, il me paroît borner le privilège du premier saisissant au seul cas où il n'y a que des créanciers chirographaires, & établir la distribution du prix des meubles comme de celui des immeubles, par ordre d'hypothèque ; car, 1°. c'est en général & sans distinction des meubles & des immeubles, qu'il est dit : *celui est préféré qui est le premier en hypothèque* ; 2°. cet article doit être entendu des meubles dont il s'agit en cet endroit, & de la saisie desquels il est parlé à la fin de l'article qui précède immédiatement ; 3°. on ne trouve pas dans cette coutume la règle équivoque, *meubles n'ont suite par hypothèque*, de laquelle on conclut dans tant d'autres coutumes, que le premier saisissant en emporte le prix, si ce n'est en cas de déconfiture.

J'ai cependant vu plus d'une fois accorder dans l'Evêché la préférence au saisissant sur les meubles, ou en distribuer le prix par contribution au préjudice des créanciers hypothécaires, sans qu'ils s'y soient opposés. Je crois même que quand il n'y a point de créances hypothécaires, le privilège de la première saisie doit avoir lieu dans cette coutume, ou la contribution s'il y a déconfiture. C'est peut-être ce qui est d'usage en ce cas, qui a fait penser à des créanciers hypothécaires peu instruits, & aux praticiens ignorans, qu'ils avoient chargé de leurs intérêts, qu'ils ne pouvoient faire valoir leur hypothèque sur les meubles. Je dois même ajouter que Ramberviller disoit, art. 7 de son tit. 5, » où il y a concurrence de créiteurs » munis d'obligations en forme, celui qui est prier en date, est prier en hypo-

TIT. V.
Observ. etc.

13.
S'il a lieu dans
celle de l'évé-
ché.

Tit. V.
Observ. 116.

» theque. Ce néanmoins meuble n'a point de suite par hypothèque; & qui premier
 » par voie raisonnable en dessaisit le débiteur, a en iceux meilleur droit. « Ces
 termes en dessaisit le débiteur, pourroient s'entendre non-seulement du tiers acqué-
 reur, mais aussi du premier saisissant : d'autant plus que Ramberviller, à la fin de
 son annotation sur cet article, après avoir répété le Brocard, *meubles n'ont point de
 suite par hypothèque*, semble lui donner dans l'Evêché le même effet qu'on lui donne
 presque dans tout le pays coutumier. » C'est, dit-il, une coutume qui est observée
 » quasi par-tout, notamment en France & en Allemagne. « Mais outre qu'on peut
 aussi interpréter ses expressions dans un sens plus borné, & que peut-être il a seu-
 lement voulu dire que celui qui, par vente, donation ou autre titre légitime, a
 acquis des meubles dont le débiteur s'est dessaisi, ne peut être inquiété par ses
 créanciers hypothécaires, & que c'est un usage presque général, il me semble que
 les rédacteurs de la coutume n'ayant pas adopté, à beaucoup près, toutes les idées
 de Ramberviller, & n'ayant pas en particulier rappelé comme lui le brocard, *meu-
 bles n'ont pas de suite par hypothèque*, ce qu'il a pu penser ne doit pas l'emporter
 sur le sens naturel du texte de la coutume.

Quant aux occasions dans lesquelles des créanciers hypothécaires ont laissé le prix
 des meubles au premier saisissant, ou l'ont partagé au sol la livre, on peut dire que
 les exemples ne peuvent interpréter une disposition coutumière, beaucoup moins
 encore l'abroger qu'à deux conditions; l'une que l'usage contraire à la loi ait été
 confirmé par quelque jugement contradictoire Voy. la *L. 34. ff. de legib.*; l'autre,
 qu'il soit tellement universel, qu'on ne s'en soit jamais écarté; car un seul acte au-
 thentique, conforme à la disposition de la coutume, quoique contraire à une infi-
 nité d'autres, conserve la vigueur de la coutume en son entier; *méthode de Chalines
 sur la 52. règle*. Je croirois donc que, dans l'Evêché, les créanciers hypothécaires
 doivent être payés dans leur ordre tant sur les meubles que sur les immeubles de
 leurs débiteurs, & j'aurai peine à croire que ce ne soit pas l'esprit de la coutume;
 jusqu'à ce qu'on me fasse voir qu'elle a été interprétée autrement par le parlement.

Reprenons les points généraux que je viens de toucher: ajoutons-y quelques re-
 marques nécessaires qui en auroient interrompu le fil; & pour éviter toute équivo-
 que, distinguons la véritable suite par hypothèque de la distribution par ordre d'hy-
 pothèque, que les coutumes & les praticiens ont confondues.

1°. L'une & l'autre ont lieu pour tous les immeubles, même pour ceux qui sont
 réputés meubles par fiction: comme les gagieres de la coutume de Metz, les biens
 engagés ou vendus à rachat, des coutumes de Lorraine & de Luxembourg, &c.;
 & encore pour les baux à longues années; & à bien plus forte raison, pour les im-
 meubles ameublés par contrat de mariage.

Du tems de Loiseau, on observoit le contraire pour les offices. Du moins c'étoit
 l'avis de cet auteur, *traité des offices, liv. 3, ch. 5, n°. 39 & suiv.*, fondé princi-
 palement sur l'art. 95 de la coutume de Paris, suivant lequel *les deniers provenans
 de*

14.
La suite & la
distribution par
hypothèque ont
lieu sur tous les
immeubles ré-
pétés meubles,
même par fic-
tion.

15.
Et pour les of-
fices.

de l'adjudication d'un office vénal, étoient sujets à contribution comme meubles. Quoique les Parisiens nous vantent sans cesse l'excellence de leur coutume, à laquelle en effet de grands jurisconsultes ont travaillé, cette disposition étoit très-bizarre; puisque par le même article, *office vénal est réputé immeuble, & a suite par hypothèque quand il est saisi*; car soit qu'on distingue la suite par hypothèque de la distribution par ordre d'hypothèque; soit qu'on les confonde, il seroit toujours étrange de distribuer comme meuble le prix d'un bien qu'on répute immeuble. Pour sauver la contradiction, & ne pas trouver la distinction de la suite & de la distribution par hypothèque, dans cet article, Loiseau étoit obligé de soutenir que, quoique les termes de la coutume de Paris soient *suite par hypothèque*, on ne devoit l'entendre que de la suite en exécution; par la raison que le créancier, qui a hypothèque sur un office, ne peut pas le suivre, s'il ne l'a pas saisi avant la résignation admise. Mais il est aisé de voir que cela vient de ce que le sceau des provisions du résignataire d'un office efface l'hypothèque à son égard. Ce qui fait dire communément que le sceau purge les hypothèques sur les offices, comme le décret sur les immeubles; en sorte que de même qu'il n'y a plus de suite pour un créancier qui a laissé effacer par un décret l'hypothèque qu'il avoit sur un immeuble; de même aussi il n'y en a plus pour un créancier qui a laissé effacer l'hypothèque qu'il avoit sur l'office de son débiteur, par les provisions d'un nouveau titulaire. La partie est entière. Si l'immeuble est vendu, le créancier le suit entre les mains de l'acquéreur, & en formant opposition au décret que cet acquéreur fait formaliser, il le force d'en consigner le prix sur lequel il est colloqué. Il peut de même, après la vente de l'office, le suivre entre les mains du résignataire; & en formant opposition au sceau, il l'oblige de lui en payer le prix jusqu'à concurrence de son dû, quand même il auroit eu l'imprudence de le délivrer au vendeur.

Toute la différence entre les offices & les autres immeubles, par rapport à l'hypothèque, ne consiste donc qu'en ce que c'est le décret pour les immeubles, & le sceau pour les offices qui met l'acquéreur à l'abri de l'action hypothécaire; & au surplus, quoi qu'en ait dit Loiseau, les uns sont sujets comme les autres, & à la suite par hypothèque, & à la distribution par ordre d'hypothèque. Ce qui est si vrai que, même après l'obtention des provisions, ce qui reste du prix de l'office se distribue par ordre d'hypothèque, même entre les créanciers qui n'ont pas formé d'opposition au sceau (1). Cela résulte de l'édit du mois de Février 1683, qui établit, art. 1, la préférence des créanciers opposans au sceau sur les non-opposans; art. 3, de la

TIT. V.
Observ. 113.

16.
Comment l'hypothèque sur un office est purgée.

17.
Comment se fait la distribution du prix des offices.

(1) Par où on voit qu'il n'est pas vrai de tous points que le sceau purge l'hypothèque sur les offices, comme le décret sur les immeubles; car après la vente & le décret volontaire d'un immeuble, si les créanciers qui n'y ont pas formé d'opposition saisissent entre les mains de l'acquéreur ce qu'il redoit du prix, ce ne sera plus qu'une saisie mobilière, & ce restant du prix

Tit. V.
Observ. 116.

distribution entre les opposans, d'abord en faveur des privilégiés, puis des hypothécaires, selon l'ordre de priorité ou de postériorité de leur hypothèque; & , art. 4, le même ordre entre les non-opposans; en sorte que le défaut d'opposition au sceau ne purge l'hypothèque qu'à l'égard du résignataire de l'office, & qu'elle subsiste entre les créanciers du résignant. Enfin l'art. 10 déroge à toutes coutumes, style & ordonnances contraires, notamment à l'art. 95 de la coutume de Paris. Cet article n'est donc plus observé en ce qui concerne la contribution sur le prix des offices.

18.
La vraie suite
par hypothèque
n'a lieu nulle
part sur les
meubles.

2°. Les meubles du débiteur, dont un tiers a légitimement acquis la propriété à quelque titre que ce soit, ne peuvent nulle part être suivis par hypothèque. Ce qui est fondé sur les inconvéniens de cette suite qu'on ne pourroit admettre sans anéantir tout commerce, puisque n'y ayant aucune voie pour purger les meubles d'hypothèque, on ne pourroit les acheter sans s'exposer à être inquiété par les créanciers du vendeur. Ainsi cette suite en mains tierces des meubles hypothéqués a été, nonobstant les loix romaines, rejetée même dans nos provinces régies par le droit écrit; il n'y a sur ce point nulle diversité entre nos coutumes, soit qu'elles accordent, comme presque toutes, le prix provenant des meubles au premier saisissant, ou comme quelques-unes, au plus ancien hypothécaire.

Du nombre des premières sont, la coutume de Paris, dont l'art. 170 porte: *meubles n'ont point de suite par hypothèque, quand ils sont hors de la possession du débiteur*; & celle d'Auvergne qui, ch. 24, art. 52, dit: *meuble n'a point de suite quant au droit d'hypothèque par la coutume dudit pays; tellement que si le detteur a aliéné aucuns de ses biens meubles, le créancier ne les peut poursuivre sur le détenteur d'iceux, posé que le detteur lui eut, deparavant ladite aliénation, hypothéqué tous & chacuns ses biens, tant meubles qu'immeubles.*

Quant aux secondes, c'est par où commence l'art. 421 de la coutume d'Anjou: *« Celui qui acquiert ou achète aucuns meubles à juste titre & de bonne foi, & en prend la possession, si le vendeur doit à autrui aucune somme de deniers, il n'en peut être poursuivi par le créancier, comme détenteur de tel meuble obligé, puisqu'il est hors des mains du detteur; car en telle matière, meuble quand il est hors des mains de l'obligé ou de son héritier, n'a point de suite »*. L'art. 436 de la coutume du Maine est conforme presque de mot à mot: & c'est le sens de l'art. 17 du tit. 4 de la coutume de Metz. *Les meubles TROUVÉS EN LA POSSESSION DU DÉBITEUR... ont suite par hypothèque*; car ne parlant que des meubles trouvés dans la main du débiteur, elle exclut ceux qu'il a aliénés. *Qui de uno dicit, de altero negat.*

A l'égard des pays qui suivent le droit écrit, on peut consulter Domat que j'ai

n'étant qu'un meuble, se distribuera comme tel. Mais après les provisions, s'il n'y a point d'opposans au sceau, ou si après qu'ils sont remplis de leurs dûs, il reste des deniers entre les mains de l'acquéreur, ils se distribuent par ordre d'hypothèque.

citée, pag. 149 & 150; & Ferriere, sur l'art. 270, n°. 5. Ce petit nombre d'autorités suffit pour prouver que la règle est universellement adoptée dans toute la France.

Faber, sur l'art. 17 du tit. 16 de la coutume de Lorraine, n°. 2594, imagine que l'hypothèque spéciale diffère en ceci de la générale, & que, *si par exprès, le meuble est hypothéqué, il y peut avoir suite*. Il cite Boerius sur le §. 2 de la coutume de Berry, au titre *des coutumes concernant hypothèque*, qui semble en effet le dire, mais qui cependant peut n'avoir entendu parler que du meuble mis en gage entre les mains du créancier, & par lui prêté au débiteur, qui, abusant du prêt, l'a vendu. C'est du moins un des exemples qu'il donne; mais alors c'est moins suite par l'hypothèque que *conditio rei furtivæ*; & il n'en est pas moins vrai en général que l'acquéreur d'un meuble, spécialement hypothéqué, n'est pas plus exposé aux poursuites des créanciers, que s'il n'y avoit sur le meuble qu'une hypothèque générale (1).

On a dû remarquer que, pour que le créancier ne puisse exercer ses droits hypothécaires sur les meubles de son débiteur, il ne suffit pas qu'ils aient été aliénés, & qu'il faut qu'ils aient été traduits à celui qui les a acquis du débiteur; car comme ce n'est pas la simple convention, mais la délivrance qui transfère la propriété, L. 20, *cod. de pact.*, tant que la chose reste entre les mains du débiteur, elle lui appartient encore, & l'aliénation n'en devient parfaite que lorsque l'acquéreur en est mis en possession. *Cujuscumque generis sit, corporalis res tradi potest, & à domino tradita alienatur. §. 40, inst. de rer. divis.*

Il n'en est pas tout-à-fait de même des dettes actives. Comme ce sont des choses incorporelles, elles ne peuvent proprement être délivrées. Mais la signification du transport forçant celui qui doit la somme cédée de ne plus reconnoître d'autre créancier que le cessionnaire, dessaisit le cédant, & tient lieu de délivrance de la dette que les créanciers du dernier ne peuvent plus saisir.

Meubles n'ont point de suite par hypothèque, dit la coutume de Calais, art. 216, « quand ils sont mis hors de la possession du débiteur. Mais tant qu'ils se trouvent en la possession d'icelui, peuvent être prins par exécution, nonobstant toute aliénation & transport desdits meubles que le débiteur en pourroit avoir fait. Ainsi, afin que le créancier ne puisse pas saisir les meubles de son débiteur, il faut qu'ils soient hors sa possession réellement & actuellement: de sorte que si le débiteur les avoit vendus, & que l'acheteur les lui eût prêtés ou délaissés par constitut ou précaire, cela n'empêcheroit pas qu'ils ne pussent être saisis par les créanciers du débiteur ». Ferriere, sur l'art. 170, n°. 14, ce qui ne peut s'entendre que, lorsqu'à l'instant

TIT. V.
Observ. 11c.

19.
Sans distinction de l'hypothèque générale & de la spéciale.

20.
Pourvu qu'ils aient été traduits.

21.
Les dettes actives n'ont point de suite après la signification du transport.

22.
Cette suite n'est arrêtée que par la délivrance, ou la signification du transport.

23.
Quid si le débiteur emprunte les meubles qu'il a vendus?

(1) Voy ce que j'en dirai, obs. 12, n°. 11, du privilège du marchand sur la marchandise par lui vendue.

Tit. V.
Observ. 118.

de la vente, le meuble vendu a été prêté au vendeur ; ou lorsqu'après qu'en apparence l'acheteur a été mis en possession du meuble vendu, il s'en dessaisit par forme de prêt, & le rend au vendeur pour en jouir toute sa vie, ou pour un tems indéfini, ou pour un autre tems dont la durée puisse faire présumer qu'il y a eu de la fraude, & que le vendeur a plutôt feint de se dessaisir qu'il ne s'est réellement dessaisi ; car après une délivrance sérieuse, & une possession de quelque durée de la part de l'acheteur, s'il prête pour peu de jours le meuble qu'il a acheté à celui qui lui a vendu, je ne crois pas que personne pense que le meuble puisse être véritablement saisi par les créanciers du dernier, sous-prétexte qu'il s'en trouve précàirement ou momentanément détenteur. Domat, *part. 1, liv. 3, tit. 1, sect. 1, n^o. 30*, dit, qu'en ce cas, le créancier qui tenoit un meuble en gage, & qui l'a prêté, a droit de reprendre sa possession ; celle du débiteur pendant l'usage qu'il fera de la chose propre n'étant que précàire. Voy. observ. 12, n^o. 2, l'arrêt rapporté au 4^e tome de Boniface. L'acheteur du meuble prêté me paroît beaucoup plus favorable que celui qui le tient en gage.

24.
Si la signification du transport n'est indispensable.

De même, puisque c'est par la signification du transport que la délivrance des sommes cédées est censée faite, le transport ne fait point le cessionnaire, s'il ne l'a fait signifier au débiteur de la somme cédée. *La coutume de Paris* en a une disposition formelle, art. 108, sur lequel *Ferriere dit*, § 1, n^o. 11 : « Le créancier du » cédant, même celui qui a une hypothèque postérieure au transport, ou un simple créancier chirographaire, peut faire saisir & arrêter la somme cédée.. avant » la signification du transport, & il seroit préféré au cessionnaire ». *La coutume de Clermont*, art. 55 ; celle de *Calais*, art. 224 ; celle de *Xaintonge*, art. 42 & autres, qui disent que le simple transport ne fait point, ne contiennent que pur droit commun. Voyez *Loisel*, instit. cout. liv. 3, tit. 1, n^o. 10. Cependant on se contente souvent de faire accepter le transport par le débiteur de la somme cédée, & alors il est inutile de le lui faire signifier ; parce que, par son acceptation, il s'oblige envers le cessionnaire, qui, par conséquent, est plus fortement saisi qu'il ne le seroit par une simple dénonciation. Ainsi cette acceptation suffit ; quand même elle seroit sous feing privé, pourvu qu'elle ne soit pas suspecte de fraude & d'antidate.

25.
La vente & le transport font nuls après une saisie.

26.
Tout opposant est saisissant & demandeur.

27.
L'acheteur ou le cessionnaire doivent être de bonne foi.

A plus forte raison, il faut que la vente des meubles ou le transport des dettes aient été faits avant toute saisie. (Voy. obs. 12, n^o. 12). Les choses saisies étant mises sous la main de la justice, le débiteur ne peut plus en disposer au préjudice des créanciers saisissans ou opposans ; car c'est une règle en pratique, que toute opposition vaut saisie & demande. Cet effet de la saisie est, comme nous l'avons vu, ce que *Loiseau* appelle suite en exécution.

Il faut enfin que la vente des meubles, ou la cession des dettes & la délivrance, soient accompagnées d'une entière bonne foi, au moins de la part de l'acheteur ou du cessionnaire. *Celui*, disent les coutumes d'Anjou & du Maine, qui acquiert à juste titre & de bonne foi, &c. L'art. 17 du tit. 16 de la coutume de Lorraine, l'art. 273

de la coutume de Sedan ; l'art. 60 de la coutume de Bar, &c. ne refusent la suite par hypothèque sur les meubles que quand ils sont trouvés ez mains d'un tiers, & hors de la puissance du débiteur, sans fraude. L'art. 4 du tit. 11 de l'ordonnance de 1673 déclare « nuls tous transports, cessions, ventes & donations de biens meubles ou immeubles, faits en fraude des créanciers » ; & la déclaration du 18 Novembre 1702 portant la précaution plus loin, a nulle « toutes cessions, & transports » sur les biens des marchands qui font faillite... , s'ils ne sont faits dix jours au moins « avant la faillite publiquement connue » ; & quoique cette loi ne parle que des marchands, je crois qu'elle doit être étendue, par parité de raison, à tous les débiteurs qui se trouvent insolubles. Voy. ci après n°. 34.

3°. La distribution du prix des meubles par ordre d'hypothèque ne peut-elle se faire qu'au profit des créanciers qui ont formé leur opposition avant qu'ils aient été vendus par autorité de justice ? Ancillon, sur l'art. 17 du tit. 5, le croit ainsi. Il en donne deux raisons : la première, « qu'autrement ce seroit étendre l'hypothèque sur les » meubles, plus avant que sur les immeubles, après l'adjudication desquels les créanciers ne sont plus recevables à s'opposer ». M. D... sur cet article, s'explique dans les mêmes termes, à l'exception qu'au lieu de dire, après l'adjudication, il dit, après la discussion. La seconde raison d'Ancillon est « qu'après la vente publique des » meubles, ils sont mis hors la possession du débiteur, qui ne peut plus être censé le » propriétaire ». M. D... la passe sous silence, ce qui me fait croire que, quoiqu'il adopte le sentiment d'Ancillon, il a senti le vuide des deux raisons sur lesquelles il s'appuie ; car M. D... n'a probablement substitué le mot de discussion à celui d'adjudication que parce qu'après l'adjudication des immeubles, les créanciers peuvent encore s'opposer ; puisque le décret doit rester 24 heures au greffe avant d'être scellé ; & que ce n'est qu'après qu'il l'a été que les oppositions ne sont plus recevables : ainsi argumentant des décrets des immeubles aux ventes forcées des meubles, il faudroit accorder au moins 24 heures après l'adjudication aux créanciers pour former leur opposition. Mais y auroit-il quelque justice de faire opérer la même déchéance à la vente des meubles qu'au décret des immeubles. Les meubles peuvent être vendus huit jours après la saisie. Cette saisie est presque la seule formalité qui précède la vente, & la vente n'a une sorte de publicité qu'au moment même qu'on y procède, & dont les créanciers peuvent très facilement n'avoir aucune connoissance. Le décret ne peut intervenir qu'après de très-longés délais, & un grand nombre de formalités toutes publiques : en sorte que les créanciers ne peuvent l'ignorer qu'au cas qu'ils perdent entièrement de vue leur débiteur, & l'état de ses affaires.

La seconde raison d'Ancillon est encore plus frivole. Ce n'est pas la vente, c'est la saisie qui met les meubles hors de la possession du débiteur. Après la vente, non-seulement il ne peut plus en être censé le propriétaire, mais réellement il ne l'est plus. Que conclure de-là ? Les deniers provenans de la vente lui appartiennent,

TIT. V.
Observ. 116.

28.
Et avoir acquis
dix jours avant
la faillite.

29.
Si pour être
colloqué sur les
meubles en or-
dre d'hypothèque,
il faut s'être
opposé
avant la vente.

TIT. V.
Observ. 112.

tant qu'ils sont encore entre les mains de l'exploiteur ou consignés. Il n'en est dépouillé que lorsque, de l'autorité du juge, la délivrance en a été faite au saisissant & aux opposans. Ainsi jusques-là il est toujours tems de s'opposer, ou de faire saisir les deniers entre les mains du sergent. Tel est l'usage, & les exemples en sont fréquens. Si La Lande, cité par Ancillon, a pensé le contraire sur l'art. 447 de la coutume d'Orléans, ce n'est peut-être que parce qu'il écrivoit sur une coutume qui ne donne pas la préférence sur les meubles à l'hypothèque, mais au premier saisissant, & par conséquent, aux diligences : ce qui ne suffit pas néanmoins pour fonder son opinion contredite par Ferrière sur l'art. 180, n°. 4. » La contribution, dit-il, » se peut demander tant que les choses sont entières ; c'est-à-dire, avant que le saisissant ait touché les deniers, quoique par sentence ou arrêt, il eût été ordonné » qu'il les toucheroit. Il cite Brodeau sur le même art. n°. 7, qui le prouve par l'autorité des arrêts. Il y a encore bien plus de raison d'admettre les oppositions sur le prix des meubles, tant qu'il n'est pas distribué, dans les coutumes où il doit l'être suivant l'ordre des hypothèques, qu'il seroit ridicule de regarder comme purgées par le procès-verbal du sergent exploiteur. Ainsi l'opinion de nos deux commentateurs de la coutume de Metz n'est pas soutenable.

30.
Si l'on a donné
autrefois à
Metz la préfé-
rence aux sen-
tences sur les
autres titres
hypothéqua-
ires.

Ancillon dit encore *ibid.*, que l'ancien usage accordoit à Metz au créancier qui, en vertu d'une sentence, faisoit saisir les meubles de celui contre lequel elle avoit été rendue, la préférence sur les créanciers dont les titres hypothécaires étoient d'une date antérieure à la sentence ; & il cite le coutumier manuscrit, liv. 3, tit. 5, art. 8 ; c'est-à-dire, d'Abocourt, fol. 175 v^{so}. (1), dont voici les termes, qui, quoique très-obscurs, me paroissent seulement prouver que le créancier, fondé en sentence, n'avoit pas plus de droit que celui qui avoit pour titre un contrat obligatoire de suivre les meubles dont le débiteur n'étoit plus en possession ; & que sur les meubles saisis en vertu d'une obligation, celui qui avoit obtenu sentence, étoit colloqué dans son ordre ; mais nullement qu'il étoit préféré aux créanciers qui avoient des titres hypothécaires, antérieurs à la sentence. *Meubles saisis en vertu de sentence passée en forme de chose jugée, n'auront suite ; comme quand ils sont saisis en vertu d'obligation non conforcée : spécialement s'ils sont transportés. Mais celui qui est fondé de sentence... aura suite sur les biens de celui qui est envers lui condamné, jusqu'à la concurrence de ce qui lui est adjugé, qui seront saisis à la poursuite d'autres créanciers, munis d'obligations, cédules ou non.*

Quoi qu'il en soit, & quand on supposeroit que l'usage eut été autrefois tel que le prétend M. Ancillon, il ajoute que » les commissaires de la rédaction de cette cou-

(1) Dans mon exemplaire l'ouvrage de d'Abocourt n'est pas divisé en livres, mais en cahiers ; & les chapitres ne sont pas numérotés, non plus que les articles : c'est pourquoi je n'indique que les feuillets où se trouve ce que j'en rapporte.

«tume ne s'y font point arrêtés, & *sic hoc abii in defuetudinem* ». En quoi les rédacteurs ont eu grande raison ; car rien n'eut été plus injuste que ce prétendu usage ; & quoi qu'en dise notre commentateur , la préférence d'une sentence postérieure sur les autres titres hypothécaires antérieurs n'auroit eu aucun fondement dans les loix du titre du cod. *si in causâ judic. pign. capt. sit.*

TIT. V.
Observ. 112.

4°. Dans toutes les autres coutumes la distribution du prix des meubles ne se fait jamais par ordre d'hypothèque ; mais le premier saisissant l'emporte jusqu'à concurrence de son dû , tant en principal , intérêts , que dépens : à moins qu'il n'y ait *déconfiture* , au quel cas ce prix se distribue entre tous les créanciers indistinctement au marc la livre. C'est ce qu'on nomme *contribution*.

31.
Le privilege du premier saisissant cesse par la déconfiture.

*Le cas de la déconfiture est quand les biens apparens du débiteur , tant meubles qu'immeubles ; ne suffisent aux créanciers apparens. Paris, art. 180, & Ferrière, ibid. n. 1 ; Orléans, art. 249 ; & La Lande, ibid. n. 2, Verdun, art. 284 ; Toul, art. 169. Le paigé sur l'art. 60 de la coutume de Bar, &c. Je dis biens apparens, & j'ajoute au mot, biens, cette épithete, que ne lui donnent pas les coutumes & les auteurs cités ; parce que je crois qu'on seroit mal fondé à prétendre qu'un débiteur n'est pas déconfit, sous prétexte qu'il a des prétentions douteuses, & des actions litigieuses qui ne paroistroient pas constater sa solvabilité. Pour qu'il y ait *déconfiture*, il n'est pas nécessaire qu'il y ait une certitude absolue de l'insolvabilité du débiteur ; il suffit qu'il y ait de fortes présomptions qu'il n'est pas solvable.*

32.
Ce que c'est.

La *déconfiture* diffère de la *faillite*, en ce qu'un débiteur peut avoir beaucoup plus d'immeubles, de dettes actives, de meubles, & de marchandises qu'il n'en faut pour éteindre toutes ses dettes passives ; & cependant manquer d'argent comptant, & ne pouvoir en trouver pour acquitter des lettres & billets de commerce qui sont échus : en sorte que, malgré toute sa solvabilité, il soit même obligé de se retirer pour éviter la contrainte par corps. Tout débiteur en *faillite* n'est donc pas déconfit ; mais tout débiteur déconfit ; est en *faillite* ; car quoiqu'on ait prétendu que le terme de *faillite*, & à plus forte raison celui de *banqueroute*, ne s'appliquent qu'aux marchands, négocians, & gens d'affaires le contraire a été jugé contre un homme de robe revêtu d'un office distingué, par un arrêt du parlement de Metz.

33.
Elle diffère de la faillite.

Le premier qui saisit les meubles, en emporte le prix dans les coutumes qui n'en disposent pas, & qui n'en ordonnent pas non-plus la distribution par ordre d'hypothèque. Le parlement de Metz l'a jugé pour les coutumes de Luxembourg, St. Mihiel, & Fort-Louis, par arrêt du 22 Septembre 1687, pour la Lorraine, le Luxembourg, le Palatinat, & le duché de Deux Ponts, par arrêt du 20 Juillet 1689, & pour Longwy par arrêt du 12 Juin 1698. La table des édits enregistrés au parlement de Metz, imprimée en 1740, où je puise ces arrêts, n'excepte pas le cas de la *déconfiture* : ce qui a fait penser à quelques praticiens que dans toutes ces provinces, les premiers saisissans devoient obtenir le prix des choses saisies, quoique le débiteur fût déconfit. Mais je ne crois pas que le silence de l'auteur de cette table

34.
Un débiteur qui n'est pas négociant peut faillir.

35.
Le 1er. saisissant est préféré sur les meubles dans les coutumes qui n'en disposent pas.

36.
Excepté s'il y a déconfiture.

TIT. V.
Châss. 116.

qui ne contient que des titres très-souvent fort imparfaits , ni même le silence des arrêts , supposé qu'ils n'aient pas parlé du cas de la déconfiture , autorise à conclure qu'ils ont rejeté la contribution admise dans ce cas , par-tout où le prix des meubles ne se distribue pas par ordre d'hypothèque.

Mais quelle qu'ait été l'ancienne jurisprudence , c'est avec grande raison que les derniers arrêts ont ordonné la contribution dans le cas de la déconfiture ; parce que , *quand le débiteur commun n'est pas solvable, la perte doit retomber à proportion sur tous les créanciers: n'étant pas juste qu'un seul, & presque toujours le plus dur, & le moins humain, soit payé de toute sa dette, & que les autres n'en retirent rien.* Ferriere sur l'art. 179, §. 1, n. 2. Il suit de ce principe d'équité , que quand il est douteux s'il y aura ou non déconfiture , les premiers en diligence qui prennent les deniers des meubles par eux arrêtés , doivent bailler caution de les rapporter , pour être mis en contribution au cas que les biens ne fussent. Paris art. 180; Orléans , art. 449.

37.
Dans le doute
le saisissant don-
ne caution.

38
Lorsqu'il y a
contribution, le
prix des meu-
bles se distribue
avant celui des
immeubles.

La Lande sur ce dernier article , Ferriere sur celui de la coutume de Paris , n. 2, & M. Le Camus sur le même article , aussi n. 2, décident qu'on ne doit pas commencer par distribuer aux premiers créanciers le prix des immeubles , pour ne comprendre ensuite dans la contribution que ce qui reste dû des créances hypothécaires , mais il faut distribuer d'abord entre tous les créanciers indistinctement , le prix des meubles par contribution , & ensuite celui des immeubles par ordre d'hypothèque. Cela me paroît très-juste , parce que les créanciers hypothécaires ont autant de droit que les chirographaires sur les meubles , & que ceux-ci n'en ont aucun sur les immeubles , si-non en tant qu'il en reste quelque chose après toutes les hypotheques éteintes.



OBSERVATION XII.

TIT. V.
Observ. 126.*Des Créances privilégiées.*

IL y a des créanciers qui ont droit d'être payés avant les hypothequaires ; contre lesquels le droit du premier saisissant n'a pas lieu , & qui ne sont pas obligés de se contenter de venir à contribution au sol la livre en cas de déconfiture. Cette préférence sur les créanciers ordinaires , qu'on nomme privilege , s'étend rarement sur tous les biens des débiteurs. Elle tombe tantôt sur la généralité des meubles ; tantôt sur quelques meubles seulement , & tantôt sur certains immeubles. Je ne prétends pas épuiser cette matiere dont quantité de points sont plutôt du droit civil , que du droit coutumier : mais je crois à propos de dire quelques choses des principaux privileges : par où j'entends ceux dont il est le plus souvent question au palais , sur lesquels je ne m'arrêterai même qu'à ce qui a fait , ou peut faire difficulté , à ce qui regarde plus particulièrement les dispositions de nos coutumes du ressort , & à ce qui est établi par nos usages , & par la jurisprudence du parlement.

V.
Privileges.

1°. La distribution du prix des meubles par ordre d'hypothèque , dans les coutumes où elle est admise , le droit du premier saisissant , en la contribution en cas de déconfiture dans les autres , n'ont pas lieu sur les meubles dont un créancier se trouve nanti , & qui lui ont été mis en mains pour sûreté de sa créance. Il a sur ces gages un privilege qui lui donne la préférence sur tous les autres créanciers ; & ce n'est que sur ce qui reste du prix , après sa créance acquittée , qu'ils peuvent se pourvoir pour les leurs. *Promiscua rursus moventium tributio , inter creditores , non tenet privilegiarium , qui rem mobilem , antea pignori acceperit , eique incubat pignori suo* , §. 181. *Paristen. consuet. & leg. si debitor* , 10 , *leg. grege* 18 §. 2 & 4 , *ff. de pignorib.* *Chopin , de morib. parif. lib. 3 , tit. 3 , n. 13.* Ce privilege est donc admis tant en pays de droit écrit , contre l'opinion de la Lande , sur l'art. 450 de la coutume d'Orléans , n. 4 & suiv. qu'en pays coutumiers.

2.
Du créancier
saisi du gage.

Pour les premiers , quoique Cambolas , liv. 4 , chap. 4 , rapporte un arrêt du 27 Avril 1606 , qui a jugé que celui qui avoit prêté sur gages ne devoit être payé sur le prix d'iceux que du jour du prêt , on doit tenir le contraire , suivant la décision de plusieurs autres arrêts plus conformes au droit romain ; on en trouve deux dans Boniface , l'un du 30 Juin 1666 , dans l'espece duquel , que l'arrétiste rapporte , tom. 2 , liv. 4 , tit. 3 , ch. 1. Les gages n'avoient pas même été remis aux créanciers , mais

TIT. V.
Observ. 223.

seulement les clefs des chambres de la maison-de-ville de Toulon, où les meubles avoient été laissés ; ce qui a été jugé suffisant pour préférer ces créanciers à d'autres, dont l'hypothèque étoit antérieure à la leur.

Le second est du mois de Juin 1675 ; & Boniface le rapporte, tom. 4, liv. 8, tit. 20, ch. 5, en confirmant une sentence, par laquelle les créanciers avoient été chargés de prouver que le débiteur leur avoit remis en engagement de la vaisselle d'argent, qu'ils lui avoient depuis prêtée, pour s'en servir dans la maladie dont il étoit décédé ; il a préjugé que ces faits prouvés, la préférence étoit dûe à ces créanciers.

Basset, tom. 2, liv. 5, tit. 2, chap. 6, rapporte un autre arrêt rendu de l'avis des chambres, le 17 Février 1635. Ainsi la jurisprudence des parlemens de droit écrit est conforme à la disposition des loix indiquées par Chopin. Ce que je remarque principalement pour notre coutume de Thionville ; car dans le pays Tulois, il ne peut s'élever de doute sur un privilège formellement établi par l'art. 180 des usages locaux.

Quant aux pays coutumiers, à l'art. 181 de la coutume de Paris, remarqué par Chopin, on peut joindre les art. 450 de celle d'Orléans, 248 de celle de Calais, 283 de celle de Verdun, & 5 du tit. 15 de celle de Metz ; qui, dit avec raison M. D... est de droit commun.

C'est pourquoi la préférence sur le gage est accordée au créancier qui en est saisi, dans les coutumes qui n'en disposent pas. Telle est celle de Bar, dont le silence n'empêche pas le commentateur de dire *qu'il n'y a pas de déconfiture si le créancier se trouve saisi du gage que son débiteur lui a mis en mains*. Dénisart V^{bo}, gage en fait une règle générale, sans distinction de pays, ni de coutume.

3.
Comment on
peut prêter sur
gages.

Il avertit au même endroit que » l'ordonnance de 1673, tit. 6, art. 8 & 9, ne » permet de prêter sur gages que quand le prêt & le gage sont constatés par acte » passé pardevant notaires avec minute. Mais que ces dispositions ne sont suivies que » lorsque le prêt sur gages a été fait à un débiteur en faillite peu de jours avant » qu'elle fut ouverte. Cela est plus exact que ce que dit M. D... que cette or- » donnance doit être réduite à son cas, & entre négocians ; mais qu'entre les per- » sonnes ordinaires, il suffit... que le créancier soit saisi du meuble, & qu'il paroisse, » même par un acte sous seing privé, & non-frauduleux, qu'il lui a été donné en » gage. On n'exige pas plus entre négocians qu'entre gens d'un autre état, que la remise du gage soit constatée par un acte authentique, pourvu qu'elle ait été faite de bonne foi, & en tems non-suspect. Et quant à la preuve par un acte au moins sous seing-privé, que le meuble a été donné en gage, M. D... a suivi Ancillon sur le même article, qui cite Brodeau sur l'art. 181 de la coutume de Paris, n. 7. Mais Brodeau ne parle que de la nécessité d'une reconnoissance par écrit donnée par ceux qui prêtent sur gages à leur débiteur, & ne la fonde que sur un arrêt de règlement du 26 Novembre 1599, qui n'oblige nullement le créancier de représenter une pro-

messe, obligation, ou autre acte par écrit qui prouve la créance, & la remise des gages entre ses mains.

Les loix & les coutumes favorisent, comme on vient de le voir, le créancier qui pour sa sûreté, s'étoit fait remettre des gages. Mais les usuriers en ont abusé, tant en exigeant des intérêts énormes, qu'en s'appropriant les choses mises en gages, quoique d'une valeur fort au-dessus du prêt, faute par les débiteurs de pouvoir les retirer au terme convenu. Ils ont fait du prêt sur gage une espece de métier, qui par les exactions qu'ils ont commises, est devenu odieux. » Ainsi pour empêcher les » usures qui se pratiquent ordinairement par ceux qui font profession de prêter sur » gages, il a été, dit Ricard sur l'art. 181 de la coutume de Paris, ordonné par » trois arrêts de réglemant des 26 Novembre 1599, (c'est celui dont parle Bro- » deau) 16 Mars 1617, & 10 Mai 1622, que ceux qui prêteront sur gages, seront » tenus de s'en décharger par actes pardevant notaires, ou sous-seing privé. Je ne fais si on doit appliquer ces reglemens du parlement de Paris à d'autres qu'à ceux qui font profession de prêter sur gages. Quoi qu'il en soit, ils sont sans force dans le ressort du parlement de Metz. Il y a seulement été ordonné par un arrêt du 16 Septembre 1670, que les juifs donneroient des déclarations des gages qu'ils reçoivent. Ce réglemant ne regarde que les juifs (1) qui notoirement font tous ce vilain commerce, dont ils abusent à l'oppression des pauvres débiteurs ; & il seroit inutilement opposé aux autres créanciers, sur-tout à ceux qui ne prêtent pas habituellement sur gages.

Mais non plus que ceux du parlement de Paris, il n'impose pas la nécessité à celui qui prête, de prendre une reconnoissance par écrit de la somme prêtée. La seule possession du gage prouve la créance; car comme les meubles se vendent sans écrit, & se traduisent de la main à la main, on présumeroit que celui qui a le meuble en sa puissance, en est le propriétaire, s'il n'avoit pas qu'il ne le tient que pour sûreté d'une somme à lui dûe. Or sa confession ne peut pas être divisée. C'est pourquoi j'adopte entièrement ce que dit M. Le Camus sur l'art. 181 de la coutume de Paris. » On ne doute pas que celui » qui est nanti du gage ne soit cru à son affirmation que la chose donnée ne luiienne » en nantissement pour la somme qu'il demande : *quia debitor secutus est fidem cre-* » *ditoris*, & on n'observe point d'obliger le créancier de rapporter la preuve par » écrit, que la chose qu'il a en sa possession lui ait été donnée en nantissement. Ce qui est même chez nous d'un usage journalier, sur-tout quand il ne s'agit que de sommes légères ; car quand elles sont plus fortes, on écrit ordinairement. Mais quand on ne l'auroit pas fait, la regle seroit la même : comme si l'emprunt avoit été fait sur des diamans de prix.

(1) Ils n'étoient obligés par les précédens de donner des reconnoissances des gages qu'ils se faisoient remettre que quand ils en étoient requis,

TIT. V.
 Obferv. 120.
 5.
 Des frais de
 justice.

2^o. » Entre les dettes privilégiées font les frais qui fe font pour le fcellé, confécra-
 » tion d'inventaire, vente de meubles, vacations de justice, & tout ce qui s'est
 » fait.. pour la caufe commune de tous les créanciers «. *Bafnage, des hypot.,*
part. 1, ch. 9; il en est de même des frais faits pour la difcuffion des immeubles
Domat, part. 1, liv. 3, tit. 1, fecl. 5, n^o. 25. » Ils font préférés à toutes autres det-
 » tes, fans exception; fur les deniers provenans de la vente de ces mêmes immeu-
 » bles «. *Ferriere, fur l'art. 170 de la coutume de Paris, §: 4, n. 15.*

Mais fi les meubles ne produifent pas de quoi payer les frais exposés par celui
 qui les a fait vendre; fi ceux du décret d'un immeuble en excédoient le prix, le pour-
 fuivant en récupéreroit-il l'excédent par privilege fur les autres biens? Je ne le penfe
 pas. Il ne viendroit pour ces frais qu'au même ordre d'hypothèque que pour fon prin-
 cipal: & s'il perdoit, il ne pourroit que s'imputer à lui-même de s'être obftiné à
 difcuter chose qui n'en pouvoit pas supporter la dépense: à moins que cette difcus-
 fion n'eût été néceffaire, comme celle des meubles d'un mineur qui doit néceffai-
 rement précéder celle de ses immeubles. En ce cas, ayant travaillé pour le bien
 commun du college des créanciers, il feroit juftice de lui accorder les frais avant toute
 autre collocation.

On a douté fi le vendeur d'un héritage ne devoit pas être payé avant les frais du
 décret. Mais ils lui ont été préféré par deux arrêts des 17 Mai 1634, & 13 Juin 1655,
 dont *Bafnage* fait mention, *ibid. ch. 14.* C'est pourquoi le vendeur & tout autre
 créancier privilégié, & même premier hypothécaire font très-bien d'arrêter les
 poursuites, lorsqu'ils en craignent l'événement, & de demander l'abandonnement
 des héritages faisis, fi mieux le pourfuivant n'aime demeurer garant que, tous frais
 déduits, ces héritages produiront de quoi les payer, & leur donner caution pour
 fûreté de cette garantie. Ce qu'il ne peut refuser.

6.
 Des frais funé-
 raires.

3^o. Suivent les frais funéraires, qui font très-favorables, pourvu qu'ils n'excèdent
 pas ce qui a dû être employé fuivant l'ufage, la condition & les biens dont le dé-
 funt jouiffoit; car ce qui n'a été dépensé que pour fatisfaire la vanité du mort ou
 de fa famille, n'a & ne mérite aucun privilege. Voyez ce que j'ai dit, tom. 1, pag.
 530, quand il n'y a rien d'exceffif, le privilege des frais funéraires l'emporte fur celui
 du propriétaire de la maifon occupée à titre de loyer par le défunt. Cependant *Baf-*
nage femble penfer que ce n'est qu'autant que les meubles n'ont pas été faisis du
 vivant du locataire, à la requête du propriétaire: ce que j'ai peine à croire devoir
 former une exception, puifque la raifon de la préférence accordée aux frais funé-
 raires fur les loyers, (favoir que le propriétaire ne peut jouir de la maifon, tant que
 fon locataire n'est pas enterré, & que l'humanité ne permet pas d'en tirer fon cada-
 vre fans lui donner la fépulture fuivant fon état) fubfifte après comme avant la faisie
 des meubles.

Le même auteur demande fi ce privilege des frais funéraires, a lieu fur les immeu-

bles, & il tient que, ce que je crois vrai, mais seulement *in subsidium*, & quand il n'y a pas de meubles en suffisance.

Les salaires des médecins & des chirurgiens, les remèdes fournis par les apothiquaires, ou les marchands épiciers, & autres dettes de même nature; voy. l'obs. 12, n. penult, font partie des frais funéraires, mais seulement pour la dernière maladie. Voy. Domat. *ibid.* n°. 24; *Basnage ubi supra*, ch. 9, & 14, & Ferrière sur l'art. 125, n. 10.

4°. Quoique *Basnage*, chap. 14, dise que « le droit ne donnoit au vendeur aucune hypothèque privilégiée pour le prix de la chose vendue, il n'en a pas moins posé, après Loiseau comme un principe certain », que le vendeur a un privilège personnel sur la chose qu'il a vendue pour le prix d'icelle. Au moyen de ce privilège, celui qui a vendu un immeuble dont il n'a pas reçu le prix, est préféré, dit Domat *ubi sup.* n. 4, aux créanciers de l'acheteur, & à tout autre (1) sur le fonds vendu, quand même il n'auroit pas stipulé cette hypothèque de préférence. Ce qui est conforme à la dernière jurisprudence du parlement de Paris, contraire à l'ancienne. Sur quoi on peut consulter Ferrière sur l'art. 176, n. 33.

Ce commentateur sur l'art. 170, §. 4, n. 4, dit encore, que « le vendeur d'un héritage vient en ordre sur les deniers qui proviennent de la vente d'icelui, en concurrence avec les créanciers qui ont baillé leur argent, pour payer le surplus du prix, au cas qu'ils aient pris cession des droits & hypothèque du vendeur; mais le vendeur peut, en subrogeant celui qui prête, se réserver la préférence: & même elle lui est dûe, pourvu qu'il n'ait pas cédé ses droits au prêteur.

A la vérité, celui qui prête pour acheter un fonds, peut acquérir privilège sur ce fonds sans que le vendeur y consente. Mais il ne suffit pas que des deniers soient empruntés pour acheter un héritage; cela ne donne pas un privilège. . . Ces deux stipulations sont requises expressément, *ut creditor pecuniam sub hoc pacto credat, ut pignus si obligetur* & que *in ipsa rei traditione; in ipso contractu emptionis, interveniat conventio*. Ce sont les termes de *Basnage*, même ch. 14, qu'il ne faut pas prendre trop littéralement, ni en ce sens que la subrogation ne peut être accordée que dans le contrat de vente. Tout ce qui est requis pour cette subrogation, c'est comme l'auteur l'ajoute; *la destination & l'emploi*: c'est-à-dire, que le prêteur ait stipulé que son argent serviroit à payer le fonds, & que dans la quittance du prix, l'acquéreur déclare que les deniers qu'il délivre proviennent de l'emprunt, sans qu'il soit nécessaire que le vendeur lui-même subroge le prêteur; car, comme le dit De Renusson, de la subrogat. chap. 10, n. 19, *la subrogation se fait sans le consentement du créancier, & malgré lui*. La raison en est que s'il est entièrement payé, il

TIT. V.
Observ. 120.

7.
Des médecins,
chirurgiens, &c.

8.
Du vendeur.

9.
D'immeuble.

10.
Et du subrogé
dans les droits.

(1) Voy. n°. 5 ci-dessus.

est hors d'intérêt, & que s'il n'est payé qu'en partie, la subrogation qu'il n'a pas accordée, ne peut lui nuire pour le restant de sa créance.

Car en ce cas, » c'est une maxime constante & bien établie, que tout créancier qui n'a été payé que de partie de sa dette, doit être payé du restant sur les biens de son débiteur, préférablement au subrogé qui auroit fourni les deniers du paiement; & qu'une personne qui a vendu, & qui n'a reçu que partie du prix de la chose vendue, doit être payée du restant préférablement au subrogé qui auroit prêté les deniers du premier paiement. « Idem. ch. 15, n. 9. Ce qui a fait dire à Ferriere sur l'art. 170, §. 4, n. 17, que » celui qui a prêté pour l'acquisition... » est préféré sur le prix du fonds à tous autres créanciers de l'acquéreur, excepté le » vendeur «.

Il avertit encore *ibid.* n. 6, que plusieurs créanciers qui ont prêté pour payer le prix d'un héritage viennent en concurrence, quoiqu'ils aient prêté en différens tems. Il n'en est donc pas de ces créanciers comme de ceux qui, ayant le mari & la femme pour obligés, remontent tous ensemble à la date du contrat, ou de la célébration du mariage de leurs débiteurs, à l'effet d'être colloqués avant tous ceux qui depuis le mariage ont prêté au mari seul; mais qui gardent entre eux l'ordre de leurs hypothèques particulières. La raison de la différence est que ceux qui ont payé le prix de l'acquisition, quoiqu'ils exercent les droits du vendeur, ne les tiennent pas de lui, mais de l'emploi de leurs deniers, qui en quelque tems qu'il ait été fait, produit le même privilège; parce qu'il a la même cause: ce qui établit entr'eux la concurrence, au lieu que les créanciers de la femme exercent les droits qu'elle leur a transmis, en s'obligeant envers eux: & qu'après les avoir cédé à un premier créancier, elle ne peut plus affaiblir l'effet de cette cession, en les cédant à un second. C'est pourquoi je pense que la concurrence dont parle Ferriere, n'a lieu qu'entre ceux qui, ayant prêté leurs deniers pour payer une acquisition, ne sont subrogés aux droits du vendeur, qu'en vertu de l'emploi stipulé & effectué; car comme ils ne pourroient contester la préférence au vendeur, il me paroît certain qu'ils ne pourroient pas non plus la disputer à un créancier, même postérieur à eux, qui auroit pris la précaution de se faire céder les droits du vendeur. La préférence incontestablement acquise au cédant seroit dûe à son cessionnaire. Je pense en second lieu qu'entre deux cessionnaires des droits du vendeur qui ne se seroient pas réservé la préférence, il y auroit concurrence, par la raison qu'elle auroit eu lieu entre le premier cessionnaire & le cédant: mais que si le vendeur recevant d'un tiers partie du prix, lui avoit cédé ses droits à condition de ne les exercer qu'après lui, & sans concurrence; & qu'ensuite recevant d'un autre le restant du prix, il lui eut cédé ses droits, ce dernier entrant dans les droits réservés, les exerceroit comme son cédant, par préférence au premier cessionnaire.

Tout ce que je viens de dire du vendeur d'un immeuble, & de ceux qui sont subrogés dans ses droits, a lieu en vente d'office. *Bainage*, ch. 14.

5°. » Qui vend une chose mobilière sans jour & sans terme, espérant d'être payé promptement, il peut sa chose poursuivre en quelque lieu qu'elle soit transportée, pour être payé du prix qu'il l'a vendue; *coutume de Paris, art. 176*: & néanmoins moins encore qu'il eut donné terme, si la chose se trouve saisie sur le débiteur par autre créancier, il peut empêcher la vente, & est préféré sur la chose aux autres créanciers « *art. 177*. Les questions qui peuvent naître sur ces deux articles sont suffisamment éclaircies par les commentateurs de la coutume de Paris. Je dirai donc seulement que leur disposition est adoptée comme règle générale par Bâfnage, *ibid.* & qu'elle est suivie dans tout le ressort.

Cependant la coutume de Verdun, art. 278, borne à un mois la suite des choses mobilières, vendues sans jour & sans terme. C'est une singularité qui n'est pas sans quelque fondement. Mais le double privilège de celui qui a vendu des meubles est indéfini ailleurs, & admis, suivant la coutume de Paris, notamment dans celle de Metz, comme l'attestent, sur l'art. 17 du tit. 4, M. D..., & avant lui Ancillon, qui rapporte dans son commentaire un arrêt précis du 26 Septembre 1672, auquel il en ajoute d'autres, & des sentences du bailliage, dans son recueil d'arrêts. Voyez mes extraits de ce recueil, pag. 40, n°. 59, où je dis en avoir vu rendre plusieurs autres semblables.

Le parlement de Metz, par un autre arrêt du 5 Septembre 1684, rendu entre Abraham Bivier, juif & marchand de chevaux, & Pierre Jacobé, bourgeois de Metz, avoit défendu de vendre ni échanger des chevaux avec des laboureurs cultivant des fermes, sans le consentement du propriétaire de ces fermes. Mais sur l'opposition des marchands de chevaux, cet arrêt a été rétracté dans la même année; en conséquence, M. Malherbe, conseiller au bailliage de Metz, ayant fait saisir & vendre les effets du nommé Claudin, son fermier à Marinbois, un juif d'Augny, marchand de chevaux, forma opposition, aux fins d'être colloqué par préférence pour la somme de 120 liv. à lui dûe pour prix de trois poulains qu'il avoit vendus à Claudin, & qui ayant été compris dans la saisie, avoient été vendus plus qu'il n'étoit dû au juif. Cette opposition échoua au bailliage où la préférence fut adjugée à M. Malherbe; mais sur l'appel, qui fut appuyé par l'intervention des marchands de chevaux, la sentence fut infirmée, & il fut ordonné que le juif seroit payé avant M. Malherbe, par arrêt du 16 Avril 1750. Voyez la note pag. 325 sous le n°. 20 qui suit.

6°. » Le créancier de qui les deniers ont été employés pour conserver la chose, ou pour la . . . rétablir après sa ruine, a un privilège « *Domat, ibid. n°. 6. Bâfnage, toujours ch. 14*, décide » qu'un acquéreur, ou autre détenteur qui n'aura fait pendant sa jouissance que de simples réparations, comme de couvertures, ou autres semblables, ne pourroit pas demander d'en être remboursé en privilège, au préjudice du propriétaire & des anciens créanciers « *Ce qu'il fonde sur un arrêt du 18 Novembre 1655*, dont il ne rapporte pas l'espèce. Cependant il y a des réparations, par exemple, celle de la couverture, qui sont nécessaires pour la conserva-

TIT. II.
Observ. 120.
13.
Du vendeur de
chose mobilière.

121.
De celui qui
conserve la
chose.

12.
Ou qui la répa-
re.

Tit. V.
Observ. 12c.

tion du bâtiment. Je croirois donc qu'il faut distinguer. Les réparations de peu de conséquence & de peu de durée sont des charges naturelles de la jouissance. Si le détenteur les avoit négligées, & que par là il eut occasionné le dépérissement de la maison, il y a bien des cas où il en deviendroit garant : & lorsque l'acquéreur qui les a faites a joui un certain tems avant d'être évincé, s'il n'est pas condamné à la restitution des fruits, il en a profité, ou du moins il est censé en avoir été indemnisé par sa jouissance, sur-tout lorsqu'elles sont légères. Voilà, ce me semble, le cas où on peut appliquer la décision de Basnage.

Mais s'il rend compte des fruits, comment refuseroit-on de lui faire état des réparations, quelles qu'elles soient ? Et quand même il garderoit les fruits, si ces réparations ont été coûteuses, ou de nature à durer long-tems, comme le rétablissement d'un mur qui crouloit, le remplacement des poutres pourries, &c. Il me sembleroit très-injuste que le propriétaire, ou les anciens créanciers profitassent à son détriment d'une dépense considérable. J'avoue cependant qu'il y a des cas où celui qui est évincé peut paroître indemnisé par une longue jouissance : & que sur-tout, lorsqu'il y auroit eu quelque raison de lui faire rendre les fruits, on peut les compenser avec les réparations. Mais s'il n'est pas certain qu'il est bien indemnisé par sa jouissance, je pense qu'il doit l'être par privilege. *Hujus enim pecunia salvam fuit totius pignoris causam. L. 6, ff. qui pot. in pign.*

C'est » par la même raison que celui qui a prêté pour l'armement d'un vaisseau, » ou pour le radouber, a privilege spécial sur le vaisseau ». Ferriere, sur l'art. 170, §. 4, n°. 19.

14.
De celui qui a
amélioré.

7°. Il en est à peu près de même des améliorations. » Ceux de qui les deniers » ont été employés pour améliorer un fonds... ont un privilege ; mais ce n'est que » sur ces améliorations..., & cette préférence est bornée à ce qui en reste en nature... ; car s'il ne reste rien des améliorations, l'héritage n'en étant pas plus précieux, & personne n'en profitant, il ne reste plus de cause de la préférence ». *Domat, ibid. n°. 7 & 8.* Si donc l'héritage est vendu par décret, il faut faire estimer par experts de combien, relativement au prix de l'adjudication, ce prix a été augmenté, par raison des améliorations dans l'état où elles se trouvoient, & borner le privilege à cette augmentation de prix. La compensation des améliorations avec les fruits me paroît aussi pouvoir être ordonnée, ou ne devoit pas l'être, suivant les différens cas dont j'ai parlé au sujet des réparations.

15.
Des architectes,
maçons.

16.
Et de ceux qui
fournissent les
matieres.

8°. De ce qui vient d'être dit, il est aisé de conclure » que les architectes & autres entrepreneurs de bâtimens, les ouvriers & les artisans qui emploient leur travail pour des bâtimens ou d'autres ouvrages, & qui fournissent des matériaux ; » en général tous ceux qui mettent leur tems, leur travail, leur soin, ou quelque » matiere, soit pour faire une chose, ou pour la refaire, ou la conserver, ont le » même privilege pour leurs salaires & fournitures... qu'a le vendeur pour le prix de » la chose vendue ». *Domat, ibid. n°. 9, sans qu'il soit besoin de stipulation. Ferriere,*

rière, *ibid.* n°. 20; & ce privilege s'étend non-seulement sur la maison, mais sur les loyers : d'autant que, sans le travail du maçon, il n'y auroit point de maison, ni par conséquent point de loyers; ce qui a fait préférer sur ces loyers le maçon & l'apothiquaire, par arrêt du 23 Juillet 1592. *Basnage, ibid. ch. 9.*

» Cette espece de privilege, dit le même auteur ch. 14, se trouve quelquefois « par l'événement, fort mal assuré; car il n'a pas lieu indéfiniment, *sed in quantum res pretiosior facta est* ». Ainsi lorsqu'il reste d'une partie du prix, ou qu'il y a des créances antérieures à la construction ou reconstruction des bâtimens, on ordonne que la maison sera estimée, pour reconnoître de combien les bâtimens en ont augmenté la valeur. *Basnage* en rapporte trois arrêts des 24 Avril 1652, 28 Juin 1677, & 5 Juin 1682; & indique, sans le dater, celui du 29 Juillet 1683, rapporté au journal du palais. Ils sont conformes à l'art. 61 du tit. des actions personnelles & hypothécaires des arrêts de M. de Lamoignon, dans *Auzannet*, pag. 349. Ainsi, quoiqu'il y ait eu des arrêts contraires, cette jurisprudence est certaine aux parlemens de Rouen & de Paris. C'est aussi celle du nôtre, & je l'ai toujours vu pratiquer ainsi.

L'estimation doit se faire proportionnellement au prix du décret. Mais s'il y a de la mévente, comme il arrive presque toujours, elle ne tombe pas cependant au marc la livre sur les créanciers, à qui le fonds est affecté, & sur ceux qui ont privilege sur le bâtiment; mais ils prennent respectivement ce qu'a produit la chose qui leur est affectée. Supposons une maison vendue 8000 liv., dont 2000 liv. seulement ont été payées, & pour la reconstruction de laquelle l'acquéreur a dépensé 16000 liv., dont il redoit 10000 à l'entrepreneur; si cette maison qui revenoit au propriétaire à 24000 liv. décrétée sur lui, est adjugée à 12000 liv., il y aura moitié de perte sur ce qu'elle lui a coûté. Il ne s'ensuit pas de-là que le vendeur & l'entrepreneur doivent perdre chacun moitié de leurs créances; & si les experts estiment que la maison, telle qu'elle étoit avant d'être rétablie, auroit, relativement au prix du décret, été portée à 5000 liv., & que la reconstruction ne la fait valoir que 7000 liv. de plus, le vendeur touchera les 5000 liv., & ne perdra, par conséquent, qu'un sixième de sa créance, tandis que l'entrepreneur perdra un cinquième & demi de la sienne.

Mais si dans l'estimation du fonds, le vendeur ou les créanciers de l'acquéreur, qui ont une hypothèque antérieure à la reconstruction de la maison, ne trouvent pas de quoi se payer, tandis que l'estimation du bâtiment remplit en entier l'entrepreneur, ils ne toucheront rien de cette estimation des bâtimens qu'après que l'entrepreneur aura été payé, & viendront seulement sur ce qui restera dans leur ordre d'hypothèque; *art. 62 des arrêts.*

9°. *Ferrière, ibid.* n°. 21, après avoir dit que « la loi... donne privilege à celui dont les deniers ont été employés à la construction (1) d'une maison, ajoute, &

(1) Et à la réédification, *Basnage* à l'endroit que je cite.

TIT. V.
Oblerv. 120.

» cela sans stipulation ». Ce qui signifie seulement qu'il n'est pas nécessaire de stipuler expressément le privilege ; » mais il ne suffit pas, dit Basnage, ch. 13, d'avoir » prêté son argent pour cet effet, ni même d'en avoir stipulé l'emploi, si le créancier, pour l'assurance de son privilege, ne prenoit les quittances des entrepreneurs » & des ouvriers qui auroient travaillé ». On ne lui refuse pas cependant le privilege, lorsqu'il a confié son argent au propriétaire, qui a payé lui-même les ouvriers, pourvu qu'il les ait payés immédiatement après l'emprunt, & qu'il ait fait énoncer dans les quittances que les deniers, par lui délivrés, proviennent du même emprunt ; car faute de cette déclaration, l'emploi stipulé ne paroît pas avoir été effectué : & si la déclaration étoit faite *ex intervallo*, & les paiemens différés quelque tems après l'emprunt, il seroit à présumer que le débiteur n'a pas emprunté d'avance pour garder des deniers oisifs entre ses mains ; qu'il les a divertis à autre usage ; & par conséquent, que ce ne sont plus ceux qui ont servi à payer le bâtiment. Ainsi, en ce cas, plus de privilege. Je l'ai ainsi soutenu avec succès dans une affaire qui n'a pas été jugée, parce que la créancière abandonna son prétendu privilege.

18.
Des voituriers,
des cultivateurs,
&c.

10°. » Voituriers qui auroient conduit, & mené vin, ou autres choses, ou labou- » reurs, & autres mercenaires, qui ont labouré & cultivé la terre, ou qui ont fait » autres choses, pour raison desquelles la chose est venue ou conservée, sont pré- » férés au paiement de leurs loyers & salaires, à tous autres, sur lesdites choses » voiturées, ainsi venues par leur œuvre, peine & labeur ». *Coutume de Bretagne, art. 183* ; par la coutume d'Orléans, art. 445, & celle de Blois, art. 267. » Les » voituriers par eau & par terre, & ceux qui ont fait la récolte des grains peuvent » pour leurs salaires & voitures retenir & faire arrêter la marchandise qu'ils ont » menée, & voiturée, ensemble les grains jusqu'à ce qu'ils soient payés de leurs sa- » laires ». *Basnage, ibid. ch. 9* ; la coutume de Nivernois, *chap. 13, art. 13*, a la même disposition que celle d'Orléans ; & ce droit d'arrêt qui ici pré suppose un privilege sur la chose, est aussi accordé sur les fruits des héritages à celui qui les aura cultivés, labourés, ou ensemencés ; par l'art. 182 de la coutume de Melun, même dans le cas où les fruits sont amueblis, & transportés hors des lieux où ils sont crus.

19.
De celui qui a
gardé ou nourri
des bestiaux.

Ce privilege qui est aussi porté par les loix romaines a lieu en faveur de ceux qui ont voituré des marchandises, tant » pour les droits de voiture que pour les droits de » douane, d'entrées, ou autres qu'ils auront payés à cause de ces marchandises. Et » ce même privilege est acquis à tous ceux de qui les deniers sont employés à des » dépenses d'une pareille nécessité, comme pour la garde & nourriture de quelques » bestiaux, & autres semblables ».

20.
De celui qui a
fourni la semence.
56.

11°. A l'égard de la semence, Basnage, ch. 14, dit que » par arrêt du parle- » ment de Paris, il a été jugé que celui qui avoit livré la semence pour semer, » étoit préférable, sur le bled qui en étoit provenu, à celui qui avoit baillé l'héri- » tage à ferme ». Il veut sans doute parler de l'arrêt du 8 Mars 1608, rapporté

dans les mêmes termes par Ricard, sur l'art. 171 de la coutume de Paris. Rien de plus juste, puisque sans la semence l'héritage n'eut produit aucun fruit.

Mais celui qui l'a fournie n'a de privilege que pour en récupérer le prix. Il suffit qu'il en soit payé, & s'il a fait d'autres conventions avec le fermier, elles ne peuvent nuire au propriétaire. On trouvera dans mes extraits du recueil d'Ancillon, pag. 11, n°. II, que par sentence du bailliage de Metz du 29 Août 1651, il a été jugé que Jean Bigaré, fermier d'une métairie à Eply, appartenante à Paul Cornuel, étant convenu avec Nicolas Joly qu'en lui fournissant par ce dernier le bled pour ensemençer quatre journaux, il feroit la récolte entiere de deux. Cette convention ne pouvoit avoir lieu, au préjudice des créances de Paul Cornuel sur son fermier; & que tout ce que Joly pouvoit espérer par préférence, c'étoit le prix de la semence des quatre journaux.

Et pag. 74, n°. 104, que Jacob Thiriot, manoeuvre à Augny, ayant sous-fermé de Louis Gachot cinq journaux de terre dépendante d'une métairie fise audit lieu, que Gachot tenoit à bail de M. David Ancillon, ministre de la R. P. R. à Metz, à charge d'en rendre trois quartes de bled de trescens. Il a été jugé par arrêt du 16 Décembre 1681, qu'il ne suffisoit pas à Thiriot d'offrir de payer ce trescens entre les mains de M. Ancillon, & de rendre les pailles après que le bled feroit battu; & qu'il falloit qu'il représentât tous les bleds & les pailles par lui recueillis, en lui payant ses frais de culture & sa semence.

J'observe cependant, comme j'ai déjà fait dans l'extrait de cet arrêt, que je crois qu'il faut en ce cas que le propriétaire de la ferme se pourvoye avant la récolte, parce que si les fruits sont cueillis & enlevés, il ne peut plus les suivre; & que le fermier en est saisi à juste titre & de bonne foi. Je ne vois pas pourquoi la suite par hypothèque, qui constamment ne pourroit avoir lieu sur les grains que le fermier auroit fait battre, & délivré à un tiers, seroit admise sur des bleds en gerbe, qui constamment sont ameublés par la récolte? Ni pourquoi il n'en seroit pas du sous-fermier comme de tout autre qui auroit acheté les bleds en gerbe?

12°. Le contrat que nous nommons bail à chaptel peut faire naître une question qui approche de la précédente. Celui qui a laissé des bestiaux à chaptel, peut-il les reprendre, ou en emporter le prix au préjudice des anciens créanciers, & singulièrement du propriétaire de la ferme détenue par le preneur? Ancillon, dans son recueil d'arr. pag. 567, rapporte une sentence du 16 Août 1658, par laquelle il a été jugé que le créancier ayant fait saisir le bétail de son débiteur, & l'ayant laissé entre ses mains au moyen de la soumission par laquelle il s'en étoit rendu dépositaire comme de biens de justice, un tiers à qui, malgré cette saisie, le débiteur avoit vendu ce bétail, en le retenant en même tems de lui à titre de chaptel, devoit l'emporter, au préjudice du saisissant. Cette sentence me paroît avoir très-mal jugé. Le bailliage peut avoir présupposé, ce que pensent encore quelques praticiens, que la suite en exécution ne doit avoir lieu que quand les meubles saisis ont été transportés, &

20.
De celui qui a
laissé du bétail
à chaptel.

mis hors de la possession du débiteur. Mais d'abord lorsque le débiteur fait se contitue dépositaire des choses saisies, pour éviter les frais de transport & de commissariat, elles ne sont pas moins mises sous la main de la justice, que lorsque l'huissier ou sergent a établi un commissaire étranger. Le débiteur s'étoit interdit la liberté de disposer de son bétail, en se soumettant de le représenter comme dépositaire. Cette qualité incompatible avec la possession propriétaire annuloit la vente, qu'au préjudice de son créancier il en avoit faite contrairement à l'obligation qu'il avoit contractée envers la justice, & au mépris de son autorité.

Mais en second lieu il me paroît certain que quand, comme dans cette espece, & comme il arrive souvent, les bestiaux ont été vendus par celui-là même qui les a repris à l'instant de l'acheteur à titre de chaptel, ces conventions ne peuvent nuire aux anciens créanciers, & sur-tout au propriétaire de la ferme. En ce cas la vente n'a pas été parfaite, parce qu'il n'y a point eu de vraie délivrance, que les bestiaux sont toujours restés dans la possession du vendeur, & que quand même il auroit feint de les traduire à l'acheteur, cette simulation n'auroit pu opérer l'effet d'une tradition réelle & sérieuse. Point de doute par conséquent que le prétendu vendeur est toujours demeuré propriétaire de ses bestiaux, suivant le principe que j'ai établi sous le n°. 20. de l'observation précédente, & qu'ils peuvent être saisis sur lui, & comme lui appartenans, par ses créanciers, & à plus forte raison par le propriétaire de la ferme qu'il cultive.

C'est l'espece d'un arrêt rendu le 4. Septembre 1683, au profit des administrateurs de l'hôpital St. Nicolas de la ville de Metz. Le nommé Laurent, fermier de cet hôpital, à Fleury, avoit vendu à Jean Vosgien, habitant de Magny, deux vaches & seize brebis par contrat public, & les avoit en même tems repris à chaptel. Ce fermier étant débiteur de plus de 1900 francs à l'hôpital pour arrérages de canon, les administrateurs avoient fait saisir ses effets & son bétail. Sur l'opposition en distraction formée par Vosgien, le bailliage avoit rendu une premiere sentence qui admettoit l'opposant à faire preuve que les bestiaux à lui vendus par Laurent, appartenoient à ce fermier, avant son entrée dans la ferme de l'hôpital: fait qui n'étoit nullement relevant; puisque le fermier qui amene ses bestiaux dans une ferme, les hypothèque à l'instant par privilege au propriétaire, & que par conséquent la vente postérieurement faite par Laurent, avoit pour objet choses qui faisoient le gage de l'hôpital, au moins tant qu'il les trouvoit encore dans la possession de son fermier (1). Cependant,

(1) Cette sentence & celle du 16 Août 1658, dont j'ai parlé ci-devant, prouvent, ce me semble, que le bailliage étoit autrefois trop favorable à ces baux à chaptel, qui cependant ne sont dans le fond qu'une espece de prêt, & une maniere de faire valoir son argent, *quæ ujam redolet*: excepté quand ils sont passés par le propriétaire d'une seigneurie, ou d'une métairie à son fermier, parce qu'alors le bail à chaptel & celui de la ferme ne sont proprement qu'une

la preuve faite, il avoit été ordonné par une seconde sentence, que Vosgien seroit payé par préférence de 70 francs qui lui restoit dûs du montant du chaptel, & qu'il lui seroit fait distraction de la moitié du bétail y compris. Mais, sur l'appel, nonobstant l'interlocutoire que les administrateurs de l'hôpital avoient mal à propos laissé exécuter, & que Vosgien avoit rempli, le parlement infirma la sentence, & ordonna la vente de tous les bestiaux saisis; sauf à Vosgien à s'opposer à fins de collocation dans son ordre d'hypothèque. Voy. mes ext. du rec. d'Ancillon, pag. 88, n. 116.

Il y a plus; lorsque le bailleur fournit lui-même les bestiaux qu'il laisse à chaptel, il faut, s'il veut avoir la préférence sur le propriétaire des héritages tenus à ferme par le preneur, que le chaptel soit fait du consentement de ce propriétaire. C'est ainsi que la thèse a été jugée en faveur de M. Thirion, auditeur des comptes, contre Gabriel Caëan, juif, par arrêt du 6 Mai 1749, rendu par forme de règlement (1). Mais quand celui qui prend des bestiaux à chaptel n'est pas fermier des héritages d'autrui, ou que le propriétaire de la ferme est hors d'intérêt, le bailleur qui a fourni les bestiaux, doit être préféré sur iceux à tout autre créancier du premier, & si, après que le chaptel est rempli, il reste du bétail, il doit lui en être adjugé moitié. C'est la propre chose que le preneur poursuit, & qu'il trouve entre les mains de celui qui la tient de lui. Elle est même tellement à lui, que si le preneur la vend, le bailleur, soit avant ou après la délivrance, peut la suivre & la révéndiquer. Art. 16 du chap. 21 de la coutume de Nivernois; art. 8 & 10 du ch. 10 de la coutume de Berry. C'est sur ce fondement qu'est intervenu l'arrêt du 23 Decembre 1681, dont je fais mention dans mes extraits d'Ancillon, pag. 75, n. 105. Il a jugé que Jean Mahiéu fermier des P.P. de la mission à Voisage, qui tenoit d'eux à chaptel des bêtes à laine, ayant vendu des moutons à Mayeur Fribourg, juif, le prix devoit

seule & même convention; & que c'est du produit de la ferme que le bail est nourri. Aussi hors ce cas, il n'y a plus gueres que les juifs qui fassent ce commerce. Mais les chaptels étoient autrefois bien plus communs qu'ils ne le sont aujourd'hui.

(1) Ce règlement ne paroît pas d'abord facile à concilier avec les arrêts rendus au profit des marchands de chevaux dont j'ai parlé ci-dessus n°. 11. Mais en y réfléchissant il est aisé de voir pourquoi celui qui vend des chevaux à crédit a sur iceux un privilège qui l'emporte sur celui du propriétaire, tandis que le propriétaire est préféré à celui qui fournit des bestiaux à chaptel. Le premier ne tire aucun intérêt de son dû, & ne nuit pas au propriétaire; au contraire il fournit au fermier le moyen de cultiver sa ferme. Mais dans le chaptel le bailleur tire du bail qu'il fournit un profit, qui dans trois ou quatre ans va souvent à la moitié du capital; & cela au détriment du propriétaire; puisque le bétail est nourri au moyen de ses prés; ou, si le preneur est un vigneron, au moyen des aides qu'il reçoit de lui. Ces arrêts; quoique opposés en apparence, sont donc également fondés sur l'équité.

TIT. V.
Observ. 122.

en être payé à ses peres, & que le juif ne pouvoit le retenir, à compte de ce qui lui étoit dû par Mathieu.

Mais il faut observer que si le bail à chaptel est sous seing-privé, & que les bestiaux soient saisis par les créanciers du preneur, le laisseur qui en demande distraction, est obligé de prouver qu'il les a fournis au débiteur, parce qu'un écrit privé ne fait pas foi contre des tiers. Ainsi jugé par sentence du bailliage de Metz du 8 Août 1656. Voy. mes ext. du rec. d'Ancillon, pag. 17, n. 25.

ar.
Regles du bail
à chaptel.

Le privilege que donne le bail à chaptel ne pouvant être accordé que quand ce contrat est legitime, je crois à propos d'en expliquer ici les regles. Le chaptel est une convention par laquelle on donne un certain nombre de bestiaux, estimés à un certain prix, à un habitant de campagne, qui se charge de les héberger, nourrir, & garder, jusqu'à ce que le chaptel soit refait; c'est-à-dire, jusqu'à ce qu'en laines, veaux, agneaux, ou autres bestiaux, il ait produit la somme capitale à laquelle il a été originairement estimé, & que le laisseur en soit entièrement remboursé: après quoi, ce qui reste se partage par moitié entre lui & le laisseur. Tel est du moins notre usage, qui differe peu de ce qui s'observe ailleurs. Nous nous conformons, par exemples à l'art. 4 du chapitre cité de la coutume de Nivernois, qui dit que, *les gresses, c'est-à-dire les fumiers, labours & laitages des bêtes appartiennent au preneur.* Mais tout le surplus du produit doit par lui être remis, aussi-tôt qu'il l'a reçu, au laisseur, à compte, & jusqu'à concurrence du prix du bétail, & tant qu'il n'est pas pleinement remboursé, le preneur ne peut, sans mauvaise foi, s'en rien approprier; ni plus de la moitié des bestiaux qui restent, & de ce qu'ils produisent, après que le capital est rentré.

L'essence de ce contrat consiste dans deux conditions: l'une, que le péril du bétail, & la perte soient communs entre les deux contractans: *art. 4, 5, 6, & 13 de la même coutume; art. 4 de celle de Berry aux chapitres cités;* c'est-à-dire, que chacun perde ce qui lui appartenoit: à moins que la perte n'arrive par *les dol, fraude, ou coulpe du preneur*, auquel cas il en répond. *Nivernois, art. 3; Berry art. 4.* Quand la premiere de ces coutumes dit que la perte est commune, elle n'entend pas que si tous les bestiaux périssent sans la faute du preneur, il soit tenu de payer au preneur moitié du capital, ou de ce qui reste à acquitter du capital. Le laisseur est le propriétaire du bétail; & comme *res perit domino*, s'il ne reste plus de bestiaux, le chaptel est fini, & le preneur ne doit rien au laisseur: *Coquille, sur l'art. 4 de Nivernois, tient » quand c'est un vrai cas fortuit sans coulpe précédente, qu'à chacun d'eux périt » ce qui est sien. Aussi le bailleur perd son chaptel sans recours... Comme il n'y » a que le croît & profit qui soient communs, aussi la perte du croît & profit » doivent seulement être communes.* J'ajoute que dans le chaptel le laisseur fournit le capital, & le preneur le logement, la nourriture & les soins du bétail. Si donc lorsqu'il périt entièrement, il falloit que le preneur payât la moitié du capital, il faudroit aussi que le laisseur payât la moitié du logement, de la nourriture & des pei-

nés & travaux. Sans quoi le preneur perdrait toute sa mise, & le second la moitié seulement de la fiente. Il n'y auroit donc plus de réciprocité, ni d'égalité.

» Mais, continue Coquille, si le total du bétail ne périt pas, mais seulement quelques chefs, je crois qu'en ce cas la perte se peut dire être commune, en tant que le preneur doit patienter, & nourrir ce qui reste du bétail jusqu'à ce que le croît & profit puissent parfournir le chaptel, même ne fût-il demeuré qu'une bête femelle : & par conséquent supporter la dépense, & donner ses soins sans espérance d'en rien tirer, du moins de très-long-tems. Mais cette dépense & ces soins sont la mise qu'il s'est engagé de fournir.

Telle doit être la règle dans notre province, aussi bien que dans celle de Nevers, & les coutumes de Berry & de Bourbonnois, qui font supporter au preneur la moitié de ce qui manque au capital, lorsque le chaptel finit, par la perte de tout le bétail sans sa faute, me paroissent très-contraires aux saines maximes & à l'équité. Je fais qu'on a souvent stipulé dans les baux à chaptel qu'en cas de perte du bétail, elle seroit supportée par moitié. Il est même intervenu, le 26 Juillet 1675, un arrêt qui a condamné le sieur de Jeandelaincourt, écuyer seigneur de Lesse, de payer à Philippe Périn, boucher à Metz, la moitié du prix de deux troupeaux de brebis qu'il lui avoit laissé à chaptel, *aux usages & coutumes du pays*, sans autre stipulation; & qui étoit périt, à la réserve de 70 ou 90 brebis, lesquelles avoient été rendues à Périn: arrêt fondé sur le prétendu usage de le stipuler ainsi dans la province. Mais dans mes extraits du recueil d'Ancillon, où je rapporte cet arrêt, pag. 46, n. 70, j'ai dit que cet usage n'avoit jamais été général: & j'ai prouvé qu'il méritoit moins le nom d'usage que celui d'abus, par les raisons qu'on y peut voir, & que j'éviterai de répéter ici.

La seconde condition qui est de l'essence du bail à chaptel, est que le laisseur n'exige rien au-delà de son capital & de la moitié du bénéfice, & qu'il laisse entièrement l'autre moitié au preneur, sans se faire donner aucun préciput, ni aucune partie des engrais provenant du bétail, ou de lait, de la crème, du beurre, & des fromages qui doivent rester sans partage au preneur. On pourroit encore m'opposer ici bien des exemples contraires. De tout tems il y a eu des gens peu délicats, & trop intéressés. Mais ce n'est pas sur ce qui s'est fait quelquefois, qu'on peut juger de ce qu'il est permis de faire. Ces menus profits, dont le laisseur ne pourroit légitimement s'approprier, quoique ce soit, sans en faire état sur son capital, ce qui deviendroit d'un détail difficile & presque impossible, sont une juste & modique récompense des soins dont le preneur est chargé.

Tenons donc pour certain, que tout bail à chaptel qui viole l'une ou l'autre de ces conditions, est un contrat illicite, usuraire & nul. Voy. Part. 15 de la coutume de Nivernois, les art. 11 & 12 de celle de Berry aux titres cités; & Part. 555; de celle de Bourbonnois. Les juges doivent chez nous y faire grande attention,

pour réprimer les exactions usuraires que quelques particuliers, & sur-tout les juifs commettent assez fréquemment, & qui ruinent nos campagnes.

Ce qui est dit dans ces coutumes de l'obligation de continuer le chaptel pendant trois ou cinq ans : de la liberté qu'ont réciproquement le bailleur & le preneur de priser le bétail qui compose le chaptel qu'ils veulent finir, en laissant le choix à l'autre partie de le prendre sur le pied de cette estimation, dont le montant se partage par moitié, ce qu'elles nomment *EXIGUER*, & de la saison de l'année où cette estimation doit être faite, suivant que la fin du chaptel est provoquée par le bailleur, ou par le preneur, n'est point de notre usage. Chez nous, régulièrement, le *cran de chaptel* dure jusqu'à ce qu'il soit *refait*, si je puis me servir de ces expressions vulgaires; & dès qu'il l'est, & que l'année commencée est révolue il doit être partagé.

Cependant si le preneur méusoit, le bailleur pourroit rompre le bail, sans attendre que son capital fût rentré.

Au contraire, le bailleur qui en est rempli, ne peut pas pour cela rompre le chaptel intempestivement: & si le preneur a fait les frais de la nourriture du bétail pendant l'hiver, il ne doit pas être privé de la moitié du bénéfice qu'il peut produire pendant l'été, saison durant laquelle il ne coûte presque plus rien.

M. Hilaire Addée, ancien conseiller au parlement de Metz, avoit donné à chaptel plus de 400 bêtes blanches à Jean Alexandre, admodiateur de Bouxieres sous Froidmont. Quoique le bail n'eut pas encore duré trois ans, le capital étoit rentré, à 128 fr. près, pour lesquels M. Addée avoit reçu plus de deux cents livres de laine. Ainsi le regardant comme *refait*, il en demanda le partage au printemps. Alexandre soutint qu'il étoit de l'équité de ne pas le priver du profit que le bétail qu'il avoit nourri pendant l'hiver, donneroit pendant l'été. Cependant, en partageant dès-lors les bêtes en essence, il auroit eu la totalité du bénéfice de sa moitié du troupeau: & en ne partageant pas, il n'avoit que la moitié du bénéfice de la totalité du bétail. Tout sembloit donc revenir au même. Mais comme 200 bêtes exigent autant de soins que 400; que la moitié du troupeau occupoit sa bergerie, & l'empêchoit d'en tirer profit par quelque autre usage, comme le troupeau entier: enfin que quand le nombre des bêtes est grand, il y a moins de risques à courir; parce que si quelques-unes tournent mal, il y a lieu d'espérer d'en être indemnisé par les autres. La cour, par arrêt du 14 Juin 1655, ordonna qu'Alexandre seroit remboursé de ce que la nourriture du bétail lui avoit coûté depuis le premier Décembre, sinon que le partage seroit différé jusqu'au mois de Septembre. Ext. du rec. d'arr. d'Anillon, pag. 15, n°. 20.

Par une raison fondée sur un intérêt opposé & plus fort, le preneur ne peut pas demander, à l'entrée de l'hiver, la dissolution du chaptel, pour éviter la dépense de cette saison, après avoir eu le profit de l'été. Pierre Garnaches avoit laissé, le 17 Mars 1661, quatre vaches & trente-deux brebis à chaptel à Georges Hennequin, laboureur

laboureur à Chailly. Au mois d'Avril suivant, il lui laissa encore une métairie au même lieu pour trois ans. Le 31 Octobre 1663, Hennequin demanda le partage du chaptel, dont le capital étoit rentré. Garnaches s'en défendit, sur ce que la troisieme année n'étoit pas révolue, & que la saison le chargeroit de la nourriture du bétail pendant l'hiver, tandis que Hennequin en avoit eu le bénéfice pendant l'été. Il ajoutoit que les deux baux étant relatifs l'un à l'autre, l'intention avoit été qu'ils prendroient fin en même tems. Cette intention, & le rapport d'un bail à l'autre ne paroissent pas, puisqu'ils étoient de dates différentes. Cependant, peut-être que cette allégation influa sur la sentence qui intervint au bailliage de Metz, le 18 Novembre 1663, & qui déclara Hennequin non-recevable quant à présent, & ordonna qu'il tiendrait le bétail, non jusqu'au 17 Mars, jour auquel il finissoit la troisieme année du chaptel, mais jusqu'à la St. Georges, terme de sa ferme; sauf à se pourvoir en cas qu'il eut besoin de fourrages. Voy. mes extraits du recueil d'Ancillon, pag. 29, n°. 40, où je dis qu'aucune des parties n'est lésée, si le partage est différé jusqu'au jour auquel le chaptel a commencé; au lieu que le preneur peut souffrir si le bail duroit plus d'hivers que d'étés; & le laisseur, s'il duroit plus d'étés que d'hivers.

13°. Nous donnons aussi le nom de chaptel à un autre contrat (1), très-usité dans

TIT. V.
Observ. 12e.

23.
Du créancier à
titre de chaptel
de vin.

(1) Ce seroit même le seul qu'il faudroit nommer chaptel, si on en croyoit M. D... qui, sur l'art. 15 du tit. 15 de la coutume de Metz, dit que *les contrats par lesquels un vigneron s'oblige de délivrer à la vendange suivante du vin sur le pied de la taxe, jusqu'à concurrence de la somme qu'il emprunte, sont appelés chapfels, suivant un ancien terme du pays, & qui signifie les fruits & levées d'un héritage.* A quoi il ajoute qu'il faut remarquer que ce terme ne doit pas être confondu avec celui de cheptel, qui dans la langue françoise signifie un bail de bestiaux aux conditions qui sont détaillées dans le chap. 21 de la coutume de Nivernois. Cependant cette coutume aussi bien que celle de Berry & de Bourbonnois désignent les baux de bétail par le mot *chapfel*, & ne connoissent pas celui de *cheptel*. Le glossaire du droit françois explique le mot *chapfel*, qu'il définit *un bail de bêtes à mi-croit*, & ne dit rien du mot *cheptel*. Me. Eusebe de Lauriere qui a revu & commenté le glossaire dit: « le bail à chétel ou chapfel est lorsqu'un propriétaire de bestiaux en demeure toujours le maître, & que le chétolier, ou preneur n'a rien au fort principal, mais seulement au croit & profit des bêtes ».

Il est seulement vrai que, dans quelques provinces, on écrit *cheptel*, & que par cette raison on trouve ce dernier mot dans le dictionnaire vulgairement appelé de Trévoux. Je ne fais pas si c'en est assez pour le croire bien françois. Mais en tout cas, dans ce dictionnaire même on voit qu'il est synonyme des mots *chapfel*, *châtel*, *chétel*, & même *catel*. Il y est même dit, que de quelque maniere que ce mot soit écrit, il faut aujourd'hui prononcer *chétel*. Notre usage est cependant de prononcer *châtel*, & même de l'écrire aussi souvent que *chapfel*.

On donne à tous ces mots synonymes différentes étymologies. La plus vraisemblable me paroît être celle de Dumoulin, qui les dérive de *capitale*. Elle me paroît assez bien appuyée par

cette province. C'est un prêt d'argent fait à un vigneron pour le mettre en état de cultiver ses vignes, à condition que, pour rembourser le prêteur, il lui délivrera, à la vendange, du vin jusqu'à concurrence de la somme prêtée : duquel vin le prêteur lui fait état sur le pied d'une taxe qui se fait à cet effet toutes les années par les deux compagnies du bailliage & de l'hôtel-de-ville de Metz, présidées par le lieutenant-général de police, & qu'on appelle le haut compte.

Jé me suis fortement élevé dans la note de la page 101 de ce volume contre ce commerce illégitime & usuraire. Il est incontestable que quand même il ne produiroit à celui qui prête que l'intérêt de son argent au taux courant, il seroit incompatible avec ce que les loix de l'église & de l'état mettent en principe ; que l'argent prêté, à charge qu'il sera rendu dans un certain tems, ne peut jamais, quand même le crédit seroit fort long, produire légitimement le moindre profit au créancier : à plus forte raison, quand le crédit est court. Or, dans le chapitel de vin, le prêt qui se fait tout au plutôt en Novembre & en Décembre, & souvent beaucoup plus tard, doit être remboursé en Octobre ; ainsi quand il ne produiroit qu'un pour cent au prêteur, ce profit seroit illicite. Mais par l'extrême modicité de la taxe, j'ai fait voir que l'usure est énormissime.

Jé ne puis m'empêcher d'ajouter encore que ceux qui ont assez peu de délicatesse pour faire l'apologie de cet usage, disent en vain que ceux qui empruntent à ce titre,

la coutume de Sole, qui, tit. 20, art. 1 & 2, dit *Capital*. Soit qu'il s'agisse de bétail ou de vin, l'objet du contrat est un capital qui doit être remboursé à celui qui le fournit.

J'avoue cependant (& c'est peut-être tout ce que M. D... a voulu dire) que l'usage du mot *chapitel*, en tant qu'on lui fait signifier les fruits & levées des héritages, est particulier à notre province & à celles qui nous avoisinent, ou plutôt qu'il l'étoit autrefois ; car en ce sens on ne s'en sert plus nulle part. Ancillon bien contraire en ce point à M. D... semble même penser qu'on ne s'en est jamais servi dans cette signification ; car il prétend qu'il est mal orthographié dans l'art. 15 du tit. 15 de la coutume de Metz, & qu'il faut y lire *chattez*. J'ai vu, en effet, écrit dans quelques anciens contrats d'engagement ; *chattez levants*, *chattez prenans* (*). Mais d'autres du même tems portent, *chaptels*, & c'est ainsi que ce mot est écrit dans le contrat qu'Ancillon indique, & qu'il a transcrit sur l'art. 1 du tit. 5 (du moins dans mon exemplaire) la coutume de Lorraine écrit aussi en ce sens, *chatels*, art. 1 du tit. 8, & art. 4 du tit. 15. Ainsi je ne crois pas qu'on doive corriger l'orthographe de la nôtre.

Jé le pense d'autant moins que la promesse de fournir du vin à celui qui fait les avances au cultivateur, & le bail des bestiaux à mi croit étoient anciennement, & sont encore quelquefois appelés *crans de chatels* : jamais *crans de chattez*. Ce mot *cran*, dans le vieux langage du pays, signifioit, ce me semble, un droit assuré, une obligation parfaite, & qui devoit sortir tout son effet. *Cranter*.

(*) Peut-être parce que les instrumentaires prononçoient mal, & écrivoient comme ils prononçoient. C'est ainsi que, de *chatei castellum* on a fait *chaté*, nom d'une petite ville & de plusieurs villages.

font des vigneron peu solvables ; que toute la ressource du prêteur c'est le produit des vignes, qui manquent très-souvent ; & que le risque qu'il court de perdre l'argent qu'il avance, légitime le profit qu'il en tire, comme il valide le gros intérêt des sommes qu'on met sur les vaisseaux. C'est un prestige qui ne peut tromper personne. Pour que le danger de perdre le capital puisse autoriser l'intérêt, il faut que, si l'événement n'est pas heureux, le débiteur soit pleinement libéré envers son créancier. C'est la principale loi des contrats à grosse aventure. S'il y a de la perte, elle tombe en commun sur le créancier & sur le propriétaire des marchandises dont le vaisseau est chargé ; & si ce vaisseau périt, la somme prêtée ne peut être répétée. *Trajectitia pecunia ita datur, ut non alias petitio ejus creditori competat, quam si salva navis, intra statuta tempora pervenerit. L. 6 de nant. sen.* Il faudroit donc que, lorsque les vignes manquent, les aides & avances fussent perdues pour celui qui les a faites, pour pouvoir excuser les chaptels de vin, par l'exemple de l'usure maritime. Il faudroit, par exemple, que le prêteur ne pût exiger qu'une portion aliquotte du produit de la vendange, un quart, un sixieme, &c., & qu'en la délivrant, le débiteur fut libéré, quoique la valeur de cette portion fut moindre que la somme avancée ; encore ne seroit-il pas possible de comparer le risque d'un prêt qui se fait souvent peu de mois avant la vendange, avec les dangers de la mer. Mais le prétexte est d'autant plus frivole, que si la gelée d'hiver ou celles du printemps, les pluies excessives pendant la fleur du raisin, la grêle ou d'autres causes, telles qu'elles soient, font périr le fruit des vignes, même en entier ; celui qui a fait les avances n'en est pas moins en droit de les répéter, non-seulement sur les vins des années suivantes, mais sur le fonds même des vignes, & sur tous les autres biens meubles & immeubles du malheureux vigneron. Ainsi rien ne pallie l'abominable usure des chaptels de vin, que les moins scrupuleux détesteroient, si leurs yeux n'étoient pas fascinés par l'habitude.

Cependant, puisque l'on continue d'approuver cet horrible abus, je dois dire, 1°. que du moins on ne peut pas stipuler que le vin sera compté sur un pied moindre que la taxe ; 2°. que s'il a été délivré au créancier plus de vin qu'il n'en faut pour demeurer quitte envers lui, il doit payer l'excédent à la vraie valeur. Ce n'est pas qu'on ne viole souvent ces regles, mais du moins leur infraction ne seroit pas tolérée en justice.

La nécessité de la premiere est évidente. C'est bien assez du profit excessif que le prêteur, à titre de chaptel, tire de son argent, sans lui permettre de l'augmenter encore en diminuant au dessous de la taxe, le prix du vin qu'il se fait délivrer. Pourquoi même ne pas laisser au vigneron la liberté de garder son vin en rendant ce qu'il a emprunté ? De quoi pourroit se plaindre le créancier qui seroit remboursé de ce qu'il auroit prêté ? Dira-t-il qu'il a moins voulu prêter qu'acheter du vin ? Par un arrêt du 3 Janvier 1679, il a été décidé qu'un prêt d'argent, payable en vin de la vendange prochaine, à un prix fixé, pouvoit être remboursé en argent. Voy. dans mes extraits

24.
Regles qu'on
doit y obser-
ver.

Tit. V.
Oblerv. 122.

du recueil d'Ancillon, pag. 59, n°. 89, l'espèce de cet arrêt, & ce que j'y ai observé. Le chaptel est un prêt payable en vin de la vendange prochaine, à un prix indéterminé, & toujours extrêmement modique: ce qui, selon moi, est une raison de plus pour permettre au débiteur de le rembourser en argent. L'arrêt dont je parle, paroît même annoncer que si les chaptels de vin étoient attaqués par tous les moyens qu'on peut alléguer contre ce vicieux usage, il seroit pros crit.

En tout cas, la seconde règle n'est pas moins évidemment juste que la première. A la vérité, comme la taxe ne se fait que quelques semaines après la vendange, & que le vin doit se délivrer au pressoir (& non comme quelques-uns l'exigent, à la St. Martin; ce qui est un surcroît d'usure & d'exaction) il n'est pas possible de savoir au juste combien il en faudra pour acquitter le vigneron. Mais si le prêteur en a reçu au-delà de la somme qui lui étoit dûe, il ne peut refuser d'en payer l'excédent au prix que le vin nouveau s'est vendu dans le canton. Ce qui a été jugé par sentence du bailliage de Metz, du 1er. Décembre 1651, remarquée dans mes extraits du recueil d'Ancillon, pag. 11, n°. 13.

23.
Tant qu'on le solétera, il donnera un privilège.

Malgré ce que je trouve d'odieux dans les prêts faits aux vigneron par forme de chaptel, je conviens que tant qu'on les regardera comme légitimes, ils doivent former une créance privilégiée sur les vins; par la raison que l'argent a servi à payer les fournitures nécessaires aux vignes, & à faire subsister le cultivateur; ce qui sembleroit devoir par-tout faire préférer le créancier pour chaptel de vin, au propriétaire des vignes affermées; soit en vin, soit en argent: puitqu'il n'y auroit point eu de vin, si les vignes n'eussent pas été cultivées, & que le chaptel est censé en avoir procuré la culture.

26.
Qui à Metz n'a lieu que du consentement du propriétaire.

27.
Et après lui.

Cependant l'art. 15 du tit. 15 de la coutume de Metz porte: » celui qui est fondé » en obligation, ou vente de fruits & chaptels, faite du consentement du propriétaire » de l'héritage, est préférable pour le regard d'iceux aux autres créanciers. Mais le » propriétaire sera préféré à tous pour les censés & redevances foncières, & pour » toute autre chose qui pourroit lui être dûe. Cet article ne me paroît pas aussi » aisé à entendre que le prétend M. D... Il est certain d'abord qu'il ne peut concerner que les héritages affermés; car si le propriétaire fait cultiver les vignes ou les terres pour son compte, le cultivateur, qui n'a aucun droit aux fruits, ne peut ni les vendre, ni les engager par un chaptel. M. D... dit » qu'on conçoit assez que la disposition de la coutume doit s'appliquer plus particulièrement aux fermiers des vignes: » car un laboureur qui n'a à payer qu'un trespens en bled & avoine, ou un canon » en argent, n'a pas besoin du consentement du propriétaire pour emprunter: outre » qu'il n'est pas permis d'acheter les grains en verd & d'avance. 1°. Les termes généraux dont se sont servis les rédacteurs de notre coutume marquent, ce me semble, qu'ils avoient en vue les fermiers des terres arables, aussi bien que ceux des vignes. M. D... paroît l'avoir senti, puisqu'il ne dit pas que la coutume ne s'applique pas aux premiers, mais seulement qu'elle s'applique *plus particulièrement* aux seconds.

Mais les ventes de bled en verd, autorisées autrefois chez nous par cet article, même de la part d'un fermier, pourvu que le propriétaire y consentit, y sont aujourd'hui indéfiniment prosrites comme ailleurs. Le parlement de Metz a adopté la jurisprudence de celui de Paris, établie par Brodeau sur M. Louet, L. R. fom. 12, n^o. 5. Ainsi il faut tenir indéfiniment que notre art. 15^e ne peut s'appliquer aujourd'hui qu'aux ventes & chaptels de vin, quoiqu'il eût anciennement un sens plus étendu.

2^o. Ces ventes & chaptels ne pouvant se faire par les vigneron qui cultivent au tiers muid, qu'en un seul cas que j'expliquerai, puisqu'ils sont obligés de délivrer tous les vins au propriétaire, & que, suivant l'article, tout ce qui est dû au propriétaire, est préféré au chaptel, il s'en suit que ce contrat ne peut guères être fait que par un vigneron, qui possède des vignes en propriété, ou par celui qui tient les vignes d'autrui à ferme. Pourquoi donc la coutume attache-t-elle au consentement du propriétaire la préférence qu'elle accorde après lui, à celui qui est fondé en obligation, ou vente de fruits & chaptels, sur les autres créanciers du fermier ? Ce que M. D... dit du laboureur, n'est pas moins vrai du vigneron, lorsqu'il ne doit qu'un trescens en vin ou en argent : & l'un sembloit n'avoir pas plus besoin que l'autre du consentement du propriétaire pour emprunter.

D'ailleurs, pourquoi continue-t-on d'autoriser avec un vigneron une convention qui seroit aujourd'hui réprimée, si elle étoit faite avec un laboureur. L'arrêt du 3 Janvier 1679, dont j'ai parlé pag. 304, paroîtroit mettre en principe qu'il n'est pas plus permis d'acheter des vins avant la vendange, que des grains avant la moisson. Brodeau, que je viens de citer, après avoir établi ce principe pour les bleds, ajoute que le même a lieu pour les ventes de vins faits par arrhement & avant la vendange : & enfin la raison paroît la même, & l'usage aussi à craindre dans un cas que dans l'autre : ce qui conduit toujours à proscrire absolument les chaptels de vin.

Quoi qu'il en soit, & tant qu'on les laissera subsister, celui qui prêtera à ce titre, aura privilege sur le fruit des vignes, dont le débiteur sera propriétaire, & sur ce qui, après le canon acquitté, restera des fruits des vignes affermées, soit en vin, soit en argent.

Mais si le chaptel est fait par un cultivateur sur des vignes qu'il tient à bail, il y a, ce me semble, une différence à faire entre la coutume de Metz & les autres. Si les vignes affermées sont régies par la premiere, le créancier, à titre de chaptel, n'aura privilege après le propriétaire, & ne sera préféré aux autres créanciers du vigneron, qu'au cas que ce propriétaire ait contenti au chaptel. Il n'est pas aisé de rendre raison de cette disposition : mais elle est écrite.

Au contraire, dans nos autres coutumes, ce qui reste de fruits après le fermage prélevé, me paroît pouvoir être engagé par un chaptel par le fermier à qui il appartient, sans qu'il ait besoin, pour emprunter sur ce restant des fruits, du consentement du propriétaire des vignes affermées. *Les deniers du créancier devant servir, dit M. D..., aux frais nécessaires & indispensables pour mettre les vignes en état de pro-*

29.
Et sans son con-
sentement dans
les autres cou-
tumes.

TIT. V.
Oblerv. 126.

duire leurs fruits, il est juste que ces fruits lui soient affectés par préférence à tous autres créanciers du vigneron : & ce privilège étant subordonné à celui du propriétaire, qui, par conséquent, est désintéressé, je ne vois pas pourquoi son consentement seroit nécessaire dans les coutumes qui ne l'exigent pas.

29.
Cas où il est
préféré au pro-
priétaire.

J'ai même annoncé qu'il y avoit un cas où le créancier, à titre de chaptel, pouvoit avoir droit sur les vignes cultivées au tiers muids, & alors il est préféré au propriétaire. C'est, lorsque ce dernier ne fait pas à son vigneron les avances dont ils sont convenus, soit parce qu'il est absent, ou parce qu'il manque d'argent. Le vigneron obtient alors sentence contre son maître, qui, vu le retard de celui-ci, permet à celui-là de prendre des aides de qui bon lui semblera, & d'engager, par chaptel, les fruits des vignes à celui qui lui avancera la somme que le propriétaire auroit dû avancer.

Mais la différence du bas, ou haut-compte, doit alors tourner au profit du propriétaire aussi bien que le tiers qui lui revient franc; si, par exemple, le vigneron a été autorisé de prendre pour ses aides 200 liv. à chaptel, & que les vignes aient produit 90 mesures ou hottes de vin, taxées à 3 liv. 10 s. l'une pour le bas compte, & 4 liv. pour le haut compte, il délivrera à celui dont il a pris des aides, 50 hottes de vin qui, à raison de 4 liv., le rembourseront des 200 liv. qu'il a avancés. Les 40 mesures restantes appartiendront au propriétaire : & celui-ci fera état à son vigneron de 60 mesures, faisant les deux tiers de 90, comme s'il avoit reçu tout le produit de ses vignes. Ces soixante hottes à 3 liv. 10 s. l'une feront 210 liv., sur quoi déduisant les 200 liv. d'aides, le maître redevra 10 liv. au vigneron.

Mais si les vignes n'ont produit que 60 hottes, il en sera délivré 50 à celui qui aura fait les avances, moyennant quoi il sera payé. Mais le vigneron ne sera pas quitte envers le propriétaire, quoiqu'en recevant les 10 hottes restantes, il doive faire état de 40, faisant les deux tiers de 60; car ces 40 hottes à 3 liv. 10 s. l'une, ne font que 140 liv. Ainsi le vigneron qui a reçu 200 liv. d'aides sera redevable à son maître de 60 liv.

30.
Du propriétaire
des maisons
louées.

14°. L'un & l'autre droit, romain & coutumier, donnent un privilège aux propriétaires des maisons louées, & des héritages affermés, tant pour les loyers, & les fermages, que pour toutes les autres obligations résultantes des baux. *L. 4, ff. in quib. caus. pign. vel hypot. tacit. cout. L. 4, cod. eod.* & autres. Paris, art. 171; Metz, tit. 4, art. 20 & 21; Sedan, art. 274, 275 & 276; Lorraine, tit. 12, art. 17 & 18; Evêché, tit. 7, art. 12; Verdun, art. 277 & 282; Vermandois, art. 274 & 276, &c. Voy. aussi l'art. 15 du tit. 15 de la coutume de Metz.

31.
Sur quoi ce
privilège s'é-
tend.

Ce privilège s'étend sur tous les meubles que les locataires ont dans les maisons, boutiques, caves, greniers & tous autres lieux qu'ils occupent, tant pour les loyers que pour les autres suites du bail. *Domat, part. 1, liv. 3, tit. 1, sect. 5, n°. 14 & 18.*

M. Le Camus, sur l'art. 161, n. 14, & même Ferrière sur le même art. n. 10,

disent que ce privilège ne comprend que les meubles meublans. Si cela étoit, les grains, les vins, les foins, &c. n'y seroient pas compris, ce que personne n'admettra. Ces deux auteurs en exceptent encore les bagues & pierreries, & la raison qu'en donne M. Le Camus, n. 11, c'est que ces choses sont plutôt pour l'ornement des personnes que des lieux. Mais n'y a-t-il d'affecté à la sûreté du loyer d'une maison que les choses destinées à l'ornement ? En ce cas il faudra soustraire du privilège les marchandises, le bois de chauffage, les provisions de toutes especes, &c. que tout le monde convient y être sujettes. Faut-il en particulier en excepter ce qui est à l'usage de la personne ? Pourquoi donc Ferrière y comprend-il les linges, les habits & les livres ? Pourquoi M. Le Camus lui-même n'en excepte-t-il que les habits de femmes ? Ce qui même n'est pas admissible ; car, par quelle raison mettroit-on ici de la différence entre les habits d'homme, & ceux de femme ?

Disons donc seulement avec Ancillon sur l'art. 20 du tit. 4, *V^o. portés en maison*, que » par les meubles portés en maison, on n'entend pas que les cédules, obligations, & dettes actives en fassent partie, pour donner le privilège aux propriétaires. Ce sont des droits incorporels qu'on ne peut pas dire être dans la maison, & qui sont inhérens à la personne. Mais le privilège s'étend sur toutes les choses corporeles & mobilières, que le locataire tient dans la maison, non-seulement pour la meubler, mais pour y être à demeure, *Domat, ibid. n. 16*, & pour s'en servir à quelque usage que ce soit, même entièrement personnel : comme ses habits & ses bijoux ; & à plus forte raison sur la vaisselle d'argent, les chevaux & voitures, les bestiaux, les outils de sa profession, toutes les choses dont il fait commerce, &c. mais non sur les choses qu'il n'auroit mis dans la maison, que dans le dessein de les faire transporter ailleurs. *Domat ibid.* », ajoutez Ancillon, *ibid. V^o. meubles d'un fermier*, où il dit encore que » les marchandises de la boutique sont comprises sous ce mot de *meubles* ; non pas *tanquam singula*, mais en gros, & » comme universalité, le propriétaire ne pouvant empêcher le locataire de les vendre journellement. Ce qui est vrai non-seulement des choses dont il fait commerce, mais aussi de ses meubles en général : puisqu'il n'y en a aucun dont il ne puisse se défaire en détail sans que le propriétaire puisse s'en plaindre, pourvu qu'il en reste assez pour garnir la maison, & répondre des clauses du bail.

C'est ainsi qu'il faut entendre ce que les coutumes de Paris, de Verdun, & autres disent, que le privilège subsiste, encore que les meubles qui y sont sujets *aient été transportés* : ce que les coutumes de Vermandois & de Sedan expliquent, en ajoutant : *si non qu'ils aient été vendus à un autre*. Celle de Lorraine dit : *si ce n'est qu'auparavant au vu & sans le contredit du propriétaire, ils aient été exploités & saisis*. Celle de Metz ne donne le privilège que sur *les meubles... portés en maison ou autres héritages tenus à louage, & trouvés en icelui* : & celle de l'Evêché dit : *pourvu qu'il n'y ait transport*. Malgré cette diversité d'expression, les regles sont exactement les mêmes dans toutes les coutumes ; & soit que le locataire ait vendu,

32
Comment il
subsiste après le
transport des
meubles.

TIT. V.
OBSERV. 123.

ou n'ait pas vendu ses meubles, il faut s'en tenir à ce que dit Basnage, ch. 9 & 14. Au premier cas » le privilege ne se conserve que quand les meubles se trouvent » encore dans la maison ... Le locataire n'est pas interdit d'en disposer ... & celui » qui les auroit achetés de bonne foi ne seroit pas obligé de les rétablir ». Au second cas le locataire étant encore propriétaire des meubles qu'il avoit apportés dans la maison, mais qui n'y sont plus, » l'on doit considérer de quelle maniere ils ont » été transportés. S'il les avoit enlevés furtivement, & à l'insu du propriétaire, & » que lorsque le propriétaire en auroit eu connoissance, il les eut réclamés... on ne » lui en pourroit empêcher la restitution, ou la préférence sur le prix d'iceux. Si, » au contraire, le propriétaire avoit souffert, sans se plaindre, ce transport des meubles, quoiqu'il ne l'eut pas ignoré, ou n'eut pas fait de diligence pour s'en re- » saisir, son silence seroit présumer qu'il auroit renoncé à son privilege ». La même distinction a lieu lorsque les meubles ont été saisis, & transportés à la requête d'un autre créancier du locataire.

33.
Il donne les
droits de simple
gagerie en
quelques coutumes.

34.
Ce que c'est.

Je dirai peu de chose du droit de simple gagerie que la coutume de Paris, art. 161, & beaucoup d'autres, donnent au propriétaire sur les meubles de son locataire. C'est un simple arrêt, ou une saisie privilégiée des meubles sans transport, qui se fait sans lettres, sans condamnation, & sans obligation par écrit, à l'effet que la chose ainsi arrêtée devienne le gage du créancier ... Si celui sur qui cette saisie est faite refusoit de donner un gardien, ou de s'en charger comme dépositaire de biens de justice, le sergent pourroit les transporter, dit de droit *Vbo. gagerie*. On doute s'il appartient au propriétaire seul, ou si le principal locataire peut en user contre les sous-locataires : mais il a lieu tant dans la ville de Paris que dans les autres villes, bourgs, ou villages. *Ferrière, sur l'art. 161, n. 2 & suiv.*

35.
Il n'a pas lieu
dans le ressort.

Cette gagerie qui se fait sans permission du juge & sans titre, *ibid. n. 7*, n'est point d'usage parmi nous. Dans tout le ressort, le locataire ne peut saisir, s'il n'a un titre portant exécution parée, ou un décret du juge qui l'y autorise, avec autorité de justice, dit l'art. 274 de Vermandois.

36.
Le privilege
comprend les
meubles prêtés,
ou loués au locataire.

Au surplus, le droit du propriétaire sur les meubles dont la maison est garnie, n'est pas borné à ceux qui appartiennent au locataire. Il comprend ceux qui lui ont été prêtés, ou loués. J'ai vu juger qu'un tapissier qui avoit loué des meubles à un officier ne pouvoit en demander distraction, sans payer le loyer de l'appartement que ce militaire occupoit. Cela est très-juste. Le propriétaire a droit d'exiger que le locataire garnisse sa maison de meubles suffisans pour répondre d'une année de loyer. Art. 275 de la coutume de Vermandois. *Ce qui a été suivi*, dit Buridan, *par la plupart des coutumes*. Il y a lieu de croire que les meubles apportés par le locataire lui appartiennent : & il seroit trompé s'ils ne répondoient pas du loyer. L'art. 157 de la coutume d'Amiens autorise le propriétaire de faire saisir & vendre, pour les loyers à lui dûs, tous les meubles trouvés dans la maison, à qui que ce soit que lesdits biens appartiennent. Ainsi on ne doit pas s'arrêter à l'opinion de M. Le Camus

Camus sur l'art. 161, n°. 21, qui veut que ce qui n'appartient pas au locataire, ne puisse être saisi par le propriétaire ; & quoique Basnage, ch. 14, fonde la même opinion sur cette raison spécieuse, qu'on ne peut hypothéquer le bien d'autrui, il ne la propose que comme contredite par plusieurs docteurs qu'il cite, & qui sont suivis par Ferrière sur le même art. 161, n. 16. Avec grande raison ; car on peut hypothéquer le bien d'un autre de son consentement ; & prêter, ou louer des meubles pour garnir une maison, c'est consentir qu'ils soient affectés pour le loyer.

Le privilege s'étend aussi sur les meubles des sous-locataires. *Paris, art. 162; Metz, tit. 4, art. 20; Orléans, art. 408.* La première de ces coutumes ajoute une modification très-équitable; savoir que les meubles des sous-locataires doivent leur être rendus en payant le loyer pour leur occupation. Cependant La Lande sur l'article cité de la coutume d'Orléans, n. 3, tient que les meubles du sous-locataire peuvent être pris dans cette coutume pour tout le loyer dû par le principal locataire, & Ancillon est de même avis, sur notre article, v^{bo.} *sous-locataire*. Mais leur opinion est contraire au droit écrit, à la décision de Domat, *ubi sup. n. 15*, à celle de Basnage, ch. 14; & suivant M. Le Camus, sur l'art. 162, n. 4, à l'équité. Pourquoi, en effet, les meubles qui n'appartiennent pas au locataire sont-ils affectés au loyer ? C'est parce que le propriétaire a droit de croire ou qu'ils sont à lui, ou que ceux à qui ils appartiennent, en les lui confiant pour garnir la maison, ont consenti qu'il les lui affectât. Mais il fait que les meubles des sous-locataires ne sont pas au locataire principal : & il ne peut pas croire qu'ils aient consenti qu'il les affectât au loyer de la maison entière. Aussi, Ferrière sur l'art. 162 de la coutume de Paris, dit qu'il doit être étendu aux autres coutumes, malgré l'avis de La Lande : & quant à celui d'Ancillon, je le crois contraire à notre usage : & j'ai vu plus d'une fois accorder aux sous-locataires main-levée de leurs meubles, en payant le loyer de ce qu'ils tenoient à bail.

Ils n'y sont même obligés qu'au cas qu'ils ne l'aient pas payés des mains du principal locataire. *Domat, Ferrière, & M. Le Camus ibid.* Ce que je crois cependant ne pouvoir être entendu que d'un paiement fait après le tems échu, & non d'un paiement fait par avance, que le propriétaire, qui, à l'échéance du terme, a saisi entre les mains du sous-locataire, n'a ni dû supposer, ni dû prévoir, ou empêcher ; & que le sous-locataire qui a suivi la foi de son bailleur doit s'imputer d'avoir fait contre l'usage, & intempestivement (1).

(1) *Ferrière & Ancillon* agitent à ce propos la question si le locataire peut relouer. Elle se présente souvent, & l'examen n'en sera pas inutile, mais comme ce seroit ici aussi bien que chez ces auteurs une digression, je la rejete dans une note, & je l'abrege. *Ferrière sur l'art. 162, n°. 13*, dit que quand le bail ne le défend pas, le locataire peut relouer, soit en tout, ou en partie; ce qui est sans difficulté. Il ajoute, que si le bail le lui défend, il peut bien re-

TIT. V.
Observ. 126.

Le ^{36.} privilège a
lieu pour tou-
tes les années
du bail.

J'ai toujours vu admettre chez nous sans difficulté ce que M. Le Camus, sur l'art. 161, n°. 27 & suivant, établit : 1°. *qu'il est de l'ordre qu'un propriétaire soit payé de tout ce qui lui est dû*, pour tous les termes échus & pour le courant. (Voy. cependant ci-après, n°. 49, le texte de Bagnage que j'y cite). 2°. Que quoiqu'il y ait difficulté pour les termes futurs, & qui restent à écouler du bail, & que quand il n'y a rien d'échu, le propriétaire ne puisse pas faire saisir (à moins que le locataire ne divertisse ses meubles, ou que ses affaires ne paroissent en désordre). Il peut

louer une partie de la maison, mais non le tout. Ce qui me paroît bien douteux, si la défense est générale & indéfinie; & insoutenable, s'il est dit qu'on ne pourra sous louer même une partie, parce qu'il est impossible que plusieurs ménages ne détériorent pas plus une maison qu'un seul. Le même auteur pense encore que si le locataire offre le paiement par avance de toutes les années du bail, le propriétaire étant sans intérêt, ne pourroit l'empêcher de relouer.

Pour moi je pense que cette question dépend beaucoup des circonstances, & que, quelque précise que soit la clause, le propriétaire n'est pas fondé à en demander l'exécution par caprice & sans intérêt; comme il n'est pas permis au locataire de la violer par inconstance & sans aucun changement survenu dans son état, sa fortune & ses arrangemens. J'ai établi dans mes extraits d'Ancillon, pag. 64, n°. 96. (auxquels je prie qu'on me permette de renvoyer) la régularité de deux arrêts, l'un du 9 Janvier 1677, qui n'a point eu d'égard à la stipulation qu'un marchand mercier avoit insérée dans le bail d'une maison appartenante à un mineur dont il étoit tuteur, par laquelle il avoit prohibé au locataire de louer cette maison, ni aucune de ses dépendances, à une personne de la profession de marchand mercier; l'autre du 28 Mai 1680, qui, malgré la clause d'un autre bail, passé par la veuve d'un apothicaire à un autre apothicaire, portant que l'enseigne de la maison ne pourroit être ôtée, & que le locataire ne pourroit la relaisser à un autre, même à charge d'en demeurer responsable, a validé le sous bail: & j'ai dit que dans l'espece du premier, la clause ne concernoit que l'intérêt personnel du tuteur, & nullement celui du mineur propriétaire de la maison; & que dans celle du second, la veuve ne se fondant son intérêt que sur ce qu'elle prétendoit sa maison achalandée par son défunt mari pour un apothicaire, & celui qui la tenoit à bail en ayant acheté une autre qu'on ne pouvoit l'empêcher d'occuper, le refus de cette femme, à qui d'ailleurs le locataire offroit de demeurer garant de celui qu'elle y mettoit elle-même, n'aboutissoit qu'à laisser sa maison vuide, ce qui n'auroit pas moins fait perdre à sa boutique la prétendue vogue qu'elle lui attribuoit, que l'occupation de sa maison par un locataire d'une autre profession que celle d'apothicaire. Ancillon rapporte encore ces deux arrêts dans son commentaire sur l'art. 20 du tit. 4, où il faut aussi recourir, & y en ajoute un 3e. du 25 Mai 1683, qui a été plus loin, puisque nonobstant la clause, il a permis au locataire de relouer à un autre, quoique le propriétaire offrit de reprendre sa maison, & consentit à la résolution du bail. Ce qu'il faut sans doute attribuer à quelque circonstance particulière dont Ancillon ne nous instruit pas; car le moindre effet qu'on puisse donner à la précaution que le bailleur a pris de stipuler qu'on ne lui donneroit pas un autre locataire malgré lui, c'est de faire cesser le droit du preneur, si le propriétaire consent de résilier le bail que son locataire ne veut plus continuer par lui-même.

» néanmoins s'opposer quand un tiers fait saisir, & qu'il est préféré jusqu'à la fin de son bail, parce que les meubles y sont par privilege-hypothéqués ; 3°. que cela a lieu encore qu'il n'y ait point de bail par écrit (1) ; 4°. qu'en ce cas, s'il s'agit du prix du bail, & que le propriétaire & le locataire n'en conviennent pas, il faut admettre la preuve par témoins, si un des deux la demande, encore qu'il s'agisse de plus de 100 liv. ; sinon, examiner les circonstances ; & quand on ne peut pas avoir des lumières assez grandes... déférer le serment au propriétaire : & à plus forte raison, s'en rapporter nuement à son affirmation, s'il s'agit de ce qui lui est dû pour les termes échus : parce qu'il est constant que c'est au locataire à justifier de ses quittances, même quand le bail n'est que verbal ; car encore que celui dont l'obligation n'est pas prouvée par écrit, ne soit pas ordinairement tenu de prouver par écrit sa libération, ici l'occupation de la maison fait un titre que le locataire ne peut effacer que par ses quittances. Cependant la quittance d'un terme, sans réserve des précédens, fait présumer qu'ils sont acquittés.

15°. Celui à qui il est dû un cens, une rente foncière ou émhitéotique, a privilege sur le fonds, comme le vendeur, & sur les fruits, comme le propriétaire d'une ferme. *Domat, ubi sup. n. 13.*

16°. Ce privilege du propriétaire de la ferme, qui est acquis sans que le bail en fasse mention, n'a lieu, suivant les loix romaines, que sur les fruits provenans des terres affermées, qui, dit *Domat, ibid. n. 12, ne sont pas tant le gage du propriétaire, qu'ils sont la chose propre jusqu'au paiement. C'est la disposition de la loi 4, ff. in quib. caus. pign. vel hypot. & eo jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur; quasi id tacite convenerit: in prædiis rusticis contra observatur.* A quoi plusieurs coutumes se sont conformées. Il n'est parlé que des fruits dans l'art. 276 de la coutume de Sedan; dans l'art. 18 du tit. 12 de la coutume de Lorraine; dans l'art. 276 de la coutume de Vermandois; dans l'art. 12 du tit. 7 de la coutume de l'Evêché, &c.

Mais d'autres étendent plus loin ce privilege: les coutumes de Paris, art. 171, & de Verdun, art. 277, réunissent dans une même disposition les propriétaires des maisons & ceux des fermes, & donnent à ceux-ci comme à ceux-là le privilege sur les meubles. Paris dit de même en général *sur les BIENS de leurs locatifs & fermiers*; & l'art. 21 du tit. 4 de notre coutume de Metz porte: » *Les grains procédans des terres laissées à trescens ou loyers, ET TOUS AUTRES BIENS de fermiers & admodiateurs, sont hypothéqués au paiement des trescens, loyers & autres dettes contractées pendant le bail, pour quelque chose que ce soit: par préférence & à l'exclusion de tous autres créanciers* ». Ce qui est confirmé par l'art. 15 pour les fruits. Il est donc d'abord certain que, dans ces trois coutumes, les meubles de fermiers

TIT V.
Observ. 120.

40.
L'affirmation est déferée au propriétaire à défaut de preuves.

41.
Des cens & rentes.

42.
Du propriétaire de la ferme; & sur quoi son privilege a lieu.

(1) Voy. ci après les numéros 43 & 44.

sont compris dans le privilège du propriétaire, comme les fruits de la ferme. Mais c'est une question controversée, si ces meubles y sont compris dans les coutumes qui ne les y assujettissent pas nommément. Ricard, sur l'art. 171 de celle de Paris, dit » qu'il ne doit pas être étendu à l'égard des maisons des champs dans les autres coutumes « ; & renvoie à ce qu'il a dit sur l'art. 287 de celle de Senlis, où il établit plus au long la même opinion, qui y est cependant combattue par l'auteur des nouvelles observations. Ferrière, sur le même article de la coutume de Paris, gl. 1, n. 6 & suiv., rapporte les autorités, & indique les arrêts pour & contres. Il se décide pour le sentiment de Ricard, qui me paroît aussi le mieux fondé, surtout pour le ressort de notre parlement, où plus encore qu'ailleurs le droit écrit est le droit commun, & doit être suivi quand ces coutumes ne disposent pas contrairement.

Mais j'admets ce qui est dit dans les nouvelles observations sur Senlis, *ibid.* que » le propriétaire d'un moulin a privilège sur les meubles trouvés dans le moulin ; n'ayant point d'autre sûreté « : & à plus forte raison, ce que décide Ferrière, *ibid.* n. 16, que le privilège sur les meubles a lieu, s'il s'agit d'une maison de campagne sans terres labourables, ni autres héritages, ou avec quelques dépendances, mais de moindre valeur que la maison : en sorte que l'objet du bail soit beaucoup plus la maison que les terres.

M. D... sur l'art. 21 du tit. 4 de la coutume de Metz, & Ancillon, sur le même article, conviennent que, malgré les termes absolus dans lesquels il est conçu, le privilège n'a lieu que sur les meubles, charriots & harnois, chevaux & bestiaux du fermier, & non sur les immeubles. Mais le premier tient qu'il a lieu » pour des dettes qui n'ont aucun rapport aux trencens & loyers, qui ont une cause séparée ; qui ne sont souvent justifiées que par des simples promesses, ou par le livre journalier du maître seulement, & qui, par conséquent, ne devraient passer que pour des dettes ordinaires « . Au contraire, Ancillon, *Vbo. au paiement des trencens*, à la fin, ne donne le privilège au propriétaire de la ferme, que pour toutes dettes contractées par le fermier au sujet de sa ferme, & durant la jouissance qu'il en a eue : & il me paroît d'autant moins de difficulté de suivre cette opinion que M. D... ne fonde la sienne que sur les termes de la coutume, qu'il est forcé d'abandonner ici pour les immeubles ; & sur cette réflexion que » par la nature de nos métairies de terres ou de vignes « (c'est-à-dire, apparemment par la manière dont nous les faisons cultiver), » les vigneron & laboureurs ne subsistent que par les avances que leurs maîtres sont contraints à leur faire « . Ce qui n'est vrai que des vigneron, & n'a pas le moindre fondement à l'égard des laboureurs, à qui on ne fait presque jamais d'avances ; & ne pourroit en tous cas concerner que celles que les propriétaires auroient été forcés de leur faire pour les mettre en état d'exploiter leurs fermes. Il est toujours vrai que la coutume ne peut être entendue que des dettes contractées à l'occasion, & par une suite des baux.

Je n'adopte pas plus ce que dit le même magistrat, que le privilege du propriétaire qui n'a point de bail par écrit, n'est que pour l'année courante & la précédente : à la différence de celui qui a un bail public, ou sous seing-privé, dont le privilege s'étend à tous les arrérages. Je ne puis convenir avec M. D... que ce soit l'usage. Il n'en cite aucun exemple, & je n'ai pas vu restreindre ainsi, même une seule fois, le privilege du bail verbal. Cette restriction seroit sans fondement. Qui ne conçoit qu'un écrit privé, par conséquent sans date certaine, & qui peut avoir été fabriqué depuis le dérangement de la fortune du fermier, ne peut pas plus opérer qu'un bail verbal ? S'il s'agissoit de l'hypothèque, elle dépendroit de l'authenticité du bail. Mais c'est du privilege dont parle M. D... ; & les privileges *æstimantur non ex tempore, sed ex causâ*. Or la cause du privilege du propriétaire est la même, soit qu'il y ait un bail verbal ou par-écrit. Nous avons vu ci-dessus, n°. 39, le privilege accordé par M. Le Camus aux propriétaires des maisons louées sans écrit. Il est donc évident, ce me semble, que M. D... accordant à ceux des fermes la préférence pour tous les arrérages à eux dûs par leurs fermiers, lorsqu'il y a un bail écrit, même privé, n'a eu nulle raison solide pour restreindre cette préférence à la dernière année & à la courante, lorsque le bail n'est que verbal. Je crois qu'Ancillon pensoit comme moi. Du moins il ne fait pas non plus que Ferriere, *ubi supra*, n°. 11, cette distinction du bail écrit, & du bail verbal.

Il m'est encore impossible d'admettre ce que dit Ancillon sur l'art. 21 du tit. 4 ; V^o. *paiement de trescens*, que si le canon de la ferme est en grains, & que ceux qui sont saisis sur le fermier fussent pour acquitter non seulement celui de l'année, mais encore les arrérages des années précédentes, le propriétaire peut exiger que le tout lui soit payé en espee. J'ai toujours vu pratiquer, au contraire, que les arrérages se paient sur le pied de la taxe des gros fruits de chaque année. L'équité & la réciprocité l'exigent ; car, comme, si les grains valent moins qu'ils ne valoient lorsque le fermier est tombé en arrérages, on ne peut pas obliger le propriétaire de recevoir quarte pour quarte, il seroit très-injuste de lui permettre d'exiger du bled, si le prix en est augmenté. Si on pouvoit admettre l'opinion d'Ancillon, ce ne seroit qu'à charge par le propriétaire de tenir compte de la plus value.

» Le privilege du propriétaire continue tandis que le fermier exploite sa ferme » après les termes du bail expiré ; & à cet égard, la réconduction tacite produit le » même effet que le contrat «. Ancillon, *ibid.* V^o. *pendant le bail* (1). Cela est

44.
Comment se
paient les arré-
rages.

45.
De la tacite ré-
conduction.

(1) Il a raison de dire *ibid.* que *la réconduction tacite ne dure aux maisons que pour un an* ; mais ce qu'il ajoute que » comme dans notre usage les loyers des maisons se paient à deux ter-
mes, à la St J. B. & l'autre à Noël, cette réconduction n'a lieu que pour six mois, demande une explication «.

A Metz les baux à loyers des maisons sont presque toujours faits pour trois, six, ou neuf

incontestable : puisque le privilege a lieu même en bail verbal. La difficulté n'est que pour l'hypothèque : elle est grande. M. Le Camus, sur l'art. 161, n°. 39, n'accorde aucune hypothèque pour la réconduction, parce que, pendant sa durée, le propriétaire *n'a point de bail ni de titre*, & parce que *les cautions du bail sont déchargées*. Ferriere, sur l'art. 171, gl. 1, n°. 32 & suiv., propose les raisons pour & contre. Il dit, après Auzannet, que *l'opinion commune du palais va à donner seulement hypothèque du jour de la réconduction, & non du jour du premier bail* : & il estime qu'il faut la suivre. Comme nos coutumes ne me fournissent rien qui me paroisse propre à décider la question, je me déterminerois volontiers par les principes

ans, rarement pour un ou pour deux ; mais dans l'un & dans l'autre cas, l'année commence presque toujours à la St. Jean. Il est très-rare qu'un bail de maison commence à Noël, & ce n'est jamais que quand la maison n'a pu être louée à la St. Jean. Alors le bail se fait pour six mois, ou pour dix-huit, afin que son expiration tombe au terme ordinaire. Si donc il y a réconduction d'un bail commencé à la St. Jean, je ne pense pas que ni le propriétaire, ni le locataire seroient écoutés s'ils prétendoient pouvoir l'interrompre à Noël. Mais si, ce qui n'arrive presque jamais, la réconduction commençoit à Noël, je crois qu'en avertissant trois mois auparavant, l'un & l'autre pourroient la faire cesser à la St. Jean. En ce cas, ni l'un ni l'autre ne seroient lésés ; parce qu'il leur seroit aisé de se pourvoir à ce terme, l'un de logement, l'autre d'un nouveau locataire. Mais rompre la réconduction à Noël, ce seroit les mettre tous deux dans l'embarras pour six mois. J'en dis autant pour les villages où les termes des locations de maisons sont la St. Georges & la St. Martin ; car suivant que ces locations finissent ordinairement dans le lieu, ou à l'une, ou à l'autre de ces fêtes, la réconduction me paroît devoir durer jusqu'à ce que le terme ordinaire arrive. Il y a pourtant quelques villages, en petit nombre, où il est aussi ordinaire de changer de maison à l'une de ces époques qu'à l'autre : & dans ceux-là la réconduction n'est que pour six mois.

Quant aux autres héritages, il faut distinguer les terres labourables qui sont divisées en trois saisons, & dont il est d'usage de ne faire bail que pour trois, six, ou neuf ans, des vignes, des prés, &c. qu'on peut louer pour un an, pour deux, pour quatre, & pour cinq. La réconduction dure trois ans pour les terres arables ; parce que comme il est presque impossible que les saisons soient parfaitement égales, tant en quantité qu'en qualité, ou le fermier, ou le propriétaire seroient lésés, si toutes les trois n'étoient pas comprises l'une après l'autre dans la prorogation du bail par la tacite réconduction. Mais pour les terres qui ne sont pas divisées en saisons, & les autres héritages qui produisent des fruits chaque année, l'usage est par-tout que la réconduction cesse à la fin de chaque année, si le propriétaire ou le fermier le veulent ainsi. Il n'est pas même en ce cas besoin d'un avertissement trois mois auparavant (si ce n'est en Lorraine, art. 20 du tit. 12 qui semble l'exiger). Il n'est pas requis non plus dans le cas d'un bail de maison qu'on veut de part ou d'autre faire finir au terme ordinaire. Le consentement présumé de continuer le bail ne peut se supposer que pour l'année commencée, & c'est à celui qui veut le proroger au delà à s'assurer de la volonté de l'autre contractant. Voy. pourtant Ferriere, *ibid.* n°. 40.

dés loix civiles, qui, selon moi, doivent être consultés par préférence à tous autres, quand nos coutumes sont muettes ; & s'il étoit bien certain, comme le dit cet auteur, n^o. 35, que, par le droit romain, l'hypothèque stipulée par le bail, dure pendant la tacite réconduction, je ne balancerois pas à l'accorder dans nos coutumes du ressort. Mais les loix qu'il indique ne sont pas bien claires. L'une dit : *pignora videtur durare obligata*. C'est continuer l'hypothèque du bail, & par conséquent, la faire remonter à sa date. Mais l'autre dit : *locationem unà cum vinculo pignoris renovare videtur*. Ce qui ne marque plus une continuation de l'hypothèque du bail, mais la constitution d'une nouvelle hypothèque, pareille à celle du bail, qui, par conséquent, n'auroit lieu que du jour de la réconduction.

Oserai-je hasarder mon opinion ? Puisque nos coutumes se taisent, & que les loix romaines laissent du doute, il faut, ce me semble, consulter l'équité. Il me paroît bien dur de refuser, comme M. Le Camus, toute hypothèque pour le tems de la continuation du bail, sans nouvelle convention, au propriétaire qui a voulu en avoir une pour le bail ; puisqu'il a fait obliger son fermier pardevant notaires. Ce seroit supposer que le bail est continué à des conditions différentes de celles qui ont eu lieu pendant la durée convenue ; & que ce changement des conditions du bail & de la nature des obligations du fermier seroit contraire à l'essence de la tacite réconduction. C'est sans doute une des raisons de l'opinion commune qui donne hypothèque au propriétaire pour les canons qui courent pendant la réconduction. Mais si cette hypothèque lui est dûe, ce ne peut être, ce me semble, que celle du bail ; 1^o. parce que c'est le bail qui la donne : si vrai que le bail n'est qu'un acte privé, & que, pendant sa durée, le propriétaire n'ait point eu d'hypothèque, personne n'imaginera qu'il puisse en prétendre une pendant la réconduction ; 2^o. parce que de-là même il suit que l'hypothèque de la réconduction n'est pas légale : & que, lorsqu'elle a commencé, il n'a été passé aucun acte dont on puisse faire sortir une hypothèque conventionnelle. En deux mots : lorsqu'il y a eu hypothèque pendant le bail, il me paroît impossible de la refuser pour la réconduction, qui est la suite pleine & parfaite du bail ; & si on l'accorde, il me semble encore impossible d'y trouver un fondement dans la réconduction même, qui n'est qu'une convention présumée, & tout au plus tacite. On ne peut donc la tirer que du bail, & alors comment ne la pas faire remonter à sa date ?

On objecte que la réconduction diffère du bail, puisque les cautions sont déchargées. Mais le cautionnement est une convention accessoire, qui ne participe en rien de l'essence du bail, qui en est si distincte, que le bail peut subsister sans le cautionnement, & qui d'ailleurs intéresse des tiers. Le bail subsiste donc pleinement, & avec tous ses avantages, entre le propriétaire & le locataire, ou le fermier, dont le consentement présumé forme la réconduction. Mais comme ils sont les seuls qui soient réputés y avoir consenti, ce n'est aussi que de leurs obligations réciproques, réelles ou personnelles, dont elle peut prolonger la durée. *Docti judicent.*

TIT. V.
Observ. 12e.

46.
Le propriétaire
est préféré aux
frais de saisie.

Le privilège du propriétaire est si fort, que si un autre créancier a fait saisir les choses qui y sont sujettes, elles servent à payer les loyers avant les frais de saisie. *Ferrière, sur l'art. 171, gl. 1, n. 20*; & le propriétaire qui en demande distraction ou main-levée n'est pas obligé d'offrir les frais de saisie. C'est l'usage du bailliage de Metz, fondé sur ce que le saisissant a dû prévoir qu'il s'exposoit à les perdre, en voulant se faire payer sur des choses qu'il devoit regarder comme le gage du propriétaire. Les art. 179 & 180 de la coutume de Melun préfèrent ce qui est dû au propriétaire pour loyers & fermages à toutes autres dettes, tant soient-elles privilégiées. Il paroît cependant juste d'accorder, comme le veulent *Faber, sur l'art. 17 du tit. 12 de la coutume de Lorraine, & Ancillon, sur l'art. 20 du tit. 4 de celle de Metz*; V^{bo}. *le propriétaire*, la préférence aux frais funéraires. *M. Le Camus, sur l'art. 161, n. 6 & suivans*, les distingue en nécessaires & somptuaires; & ne regarde comme nécessaires que l'enlèvement & le port du corps, la bierre, & l'ouverture de la terre. Ce sont les seuls qui lui paroissent plus favorables que les locations; & il préfère le locateur à tous les autres, qu'il regarde comme somptuaires; ce qu'il étend jusqu'aux salaires des médecins & des chirurgiens, & aux gages des domestiques. Cette opinion me paroît bien rigoureuse. L'humanité exige qu'on ne refuse pas à un malade les moyens de se procurer des secours, qui peuvent lui sauver la vie. En quoi ces dépenses ressemblent-elles, à celles qu'on fait par vanité, & qu'on peut regarder comme des travers de luxe? J'aurois même bien de la peine de confondre avec ces dernières les frais médiocres des funérailles qu'on a fait faire à un défunt, suivant son état & l'usage ordinaire (1).

47.
Mais non aux
frais funéraires.

(1) Sur la question si, & quand le fermier peut demander réduction de son canon pour cause de stérilité, je me borne à renvoyer à ce qu'en dit *Ancillon sur l'art. 21 du tit. 4 V^{bo} au paiement des trescens*, où il discute & résout très-bien les difficultés qui se présentent souvent sur cette matière. On peut voir aussi *André Gaill. obs. lib. 2, obs. 23*: « les fumiers d'une cense doivent être employés à fumer les terres de ladite cense, & ne doivent être transportés » autre part, ou employés à l'amendement d'autres terres ». Cette disposition de la coutume de Cambrai, au tit. *de louage de maisons & terres*, art. 5, est suivie dans le ressort. Le fermier sortant doit aussi laisser les pailles, à moins qu'il ne prouve qu'il ne les a pas eues à son entrée dans la ferme. Ce qui a lieu, même lorsqu'il cultive à moitié. Voyez mes extraits du recueil d'*Ancillon*, pag. 17, n. 26. La question a fait difficulté pour les admodiateurs généraux d'une seigneurie, & la cour a interloqué sur l'usage du pays, par rapport à eux, par arrêt du mois de Janvier 1658 qu'*Ancillon* rapporte dans son recueil, pag. 557. Je crois qu'elle ne seroit plus aujourd'hui de difficulté; l'usage de laisser les pailles & fumiers étant aussi certain, & la raison étant la même pour les admodiateurs de toute la seigneurie, que pour le fermier d'une métairie.

Pour achever ce qui regarde les baux à loyer & à ferme, je dirai ici le plus brièvement que je pourrai 1^o. que le locataire peut, suivant la fameuse loi *ade 3, cod. de loc.* expliquée fort au
Quelques

Quelques praticiens imaginent que si le même fermier cultive deux fermes, & engrange confusément les fruits qu'elles produisent, le propriétaire de la grange où ils sont ferrés, doit être préféré à l'autre. C'est une erreur, le privilège sur les fruits d'une ferme n'est pas attaché au lieu où ils sont portés, comme le privilège sur les meubles, en bail de maison. Les fruits sont affectés au propriétaire, parce qu'ils sont le produit de ses fonds, & n'appartiennent au fermier qu'autant qu'il paie le canon de sa ferme; faute de l'acquitter, les fruits sont le propre bien du maître de la ferme. Ainsi lorsque ceux de deux fermes ont été mêlés & confondus, les deux propriétaires viennent en concurrence; & il se fait entr'eux une ventilation relative à la force de la récolte de chaque ferme. Voyez Bafnage, des

long par Ferrière sur l'art. 171, gl. 1, n°. 49 & suivans, être expulsé en quatre cas. Le premier s'il ne paie pas les loyers: ce qui a lieu dans tout le ressort, tant contre le locataire que contre le fermier, quand il ne seroit en arriéré que d'un an, ou même six mois; à moins qu'il ne purge son retard, en payant ce qu'il doit, ou à l'égard du fermier qu'il ne soit en arriéré qu'à cause d'une année de stérilité. Le second, lorsque le propriétaire veut occuper lui-même sa maison. Ce qui a lieu à Thionville, à Toul, & dans quelques autres parties du ressort, & non pas dans le surplus, & notamment à Metz, suivant l'usage attesté par Ancillon sur l'art. 20 du tit. 4, Vbo. locataire; & dans son rec. d'arr. fol. 4, où il rapporte un arrêt formel du 11 Janvier 1659, & par M. D... sur le même art. qui parle du même arrêt; mais moins exactement qu'Ancillon. Le troisième cas est celui où le propriétaire fait rebâtir sa maison, ce que nous n'admettons que quand il y a nécessité de la reconstruire, ou que le locataire, s'il ne s'agit que d'en réparer quelques parties, ne veut pas en souffrir l'incommodité. Le dernier est si le locataire malverse: ce qui s'étend aussi au fermier, & a lieu par-tout. Voy. au surplus Ferrière à l'endroit que je viens d'indiquer.

2°. Que « l'héritier ou acquéreur n'est obligé de s'arrêter aux baux faits par ceux desquels il a le droit par succession ou achat: ni l'homme marié à ceux qu'il a fait, ou sa femme, ou bien ont été faits par leurs tuteurs avant leur mariage ». Dans l'Evêché, art. 8 du tit. 7, ni en Lorraine, art. 27 du tit. 12. Ces coutumes portent bien loin le Brocard: *mariage, mort & vendage défont tous louages*, qui n'est conforme aux loix romaines que pour le seul cas de la vente. C'est aussi le seul où l'art. 198 de la coutume de Bar autorise le nouveau propriétaire à faire cesser le bail. L'art. 271 de la coutume de Sedan le permet tant à l'acheteur, qu'au successeur singulier. Ce qui me paroît exclure, non-seulement l'héritier, mais aussi le légataire universel: quoiqu'en pays coutumier *nomen sit universale, non autem jus*, à cause des réserves coutumières. Ces deux coutumes maintiennent encore, même en cas de vente, l'exécution du bail, nonobstant la mutation de propriété, lorsque le locataire, ou fermier a en la précaution d'en stipuler la garantie sous l'hypothèque spéciale des biens affermés; & l'art. 278 de la coutume de Sedan accorde au locataire évincé son recours pour ses dommages & intérêts contre son bailleur & locateur: ce qui diminue beaucoup l'injustice qui me paroît résulter de toutes ces dispositions: car le défunt, ou le vendeur n'ayant pas droit de rompre le bail, pourquoi l'héritier ou l'acquéreur l'ont-ils à *non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, à quo jus in me tran-*

TIT. V.
Observ. 128.

hypothèques, part. 1, ch. 9, où il dit que » tout l'avantage que doit obtenir celui qui est saisi, est d'être payé en privilège des loyers des granges, &c. Et ajoute » que si un fermier prenoit à loyer une grange hors de sa ferme, le propriétaire » ne perdroit point son privilège, & le maître de la grange ne pourroit avoir, à son » préjudice, que les loyers d'icelle « ; loyers dont les créanciers du fermier ne pourroient pas demander qu'on leur fit état, s'il avoit engrangé les grains de sa ferme dans une grange qui lui appartint.

48
Des créanciers
pour dépôts pu-
blics.

17°. Ceux qui ont à récupérer des deniers déposés par autorité de justice entre les mains d'un officier public, ont privilège sur son office & hypothèque sur les autres biens. Ce qui donne lieu à plusieurs questions si ardues que Domat, part. 1,

fit. L. 175, §. 1, ff. de reg. jur. quod ipsis qui contraxerunt obstat, & successoribus eorum obstat. L. 143, eod. Mais sur quel fondement auroit-on encore plus injustement celui qui se marie d'expulser le fermier, à qui lui-même, ou sa femme ont passé bail ? *Quid iam congruum fidei humanæ . . . quam eaque inter eos placuerunt servare ? L. 1, ff. de part.* Cela ne me paroît gueres plus raisonnable lors même que c'est le tuteur du nouveau marié qui a passé le bail ; parce que le tuteur *domini loco haberi debet. L. 27, ff. de adm. & per. tut.* On peut cependant excuser ces usages par cette réflexion, que ceux qui louent, ou afferment dans ces coutumes les héritages d'autrui doivent prévoir qu'ils courent risque d'être évincés, si le locateur se marie, s'il meurt, ou s'il vend : & c'est sans doute ce qui a déterminé l'arrêt du 23. Septembre 1755, rendu *consultis classibus*, & renvoyé au bailliage de Vic pour y servir de règlement ; par lequel il a été jugé entre le nommé Thouvenin & sa femme appellans, & le nommé Larzilliere & sa femme intimés, que dans la coutume de l'Evêché l'acquéreur d'une métairie de terres arables pouvoit évincer le fermier, sans attendre qu'il eut joui des trois saisons, & qu'il ne lui étoit dû que l'indemnité des cultures & semences, & de l'inégalité de la façon dont il ne jouiroit pas tant par rapport à la plus grande quantité, qu'à la meilleure qualité des terres.

Ces coutumes doivent donc être observées dans leurs territoires. Mais je ne puis m'empêcher de dire que je trouve beaucoup plus d'équité dans celles où le successeur, soit à titre universel, ou à titre singulier, n'a pas plus de droit contre les locataires & fermiers qu'en avoit son auteur, & où *louage passe vendage*. Telle est notre coutume de Metz. Voy. Ancillon sur l'art 20 du tit. 4, Vbo. *locataire*, & M. D. . . sur le même art. & suiv. Dans celles qui n'en parlent pas, on suit l'usage, même quand il est contraire aux loix romaines.

Dans toutes, le successeur au bénéfice n'est pas tenu d'exécuter les baux faits par son prédécesseur : ce qui est fondé sur ce que le bénéficiaire n'est qu'usufruitier, & que tout usufruitier ne peut louer que pour son tems. Il faut excepter la coutume de Lorraine ; car comme elle porte, art. 3 du tit. 12 aux Nouvelles, que » *successeurs ecclésiastiques ne sont tenus . . . continuer les admodiations faites par leurs prédécesseurs à plus longues années que de neuf ans* ». Il s'ensuit qu'elle ne leur permet pas de rompre les baux qui ne passent pas ce terme. Ce qui est d'autant plus singulier que, dans cette coutume, la mort annullant les baux faits par le propriétaire, elle sembloit devoir à plus forte raison rompre ceux des bénéficiaires, Obiervons encore que les résignataires sont tenus d'exécuter les baux passés par les résignans.

liv. 3, tit. 1, sect. 5, n. 26, à la note, s'est abstenu de les décider. Basnage, part. 1, ch. 14, dit que » les créanciers pour l'exercice & fonctions d'un office doivent être préférés sur ledit office, à tous autres créanciers, même au vendeur d'icelui, *si toutes fois les dettes sont pour exercice, & fonctions dépendant dudit office* ». Il faut faire grande attention à ces derniers mots : il en résulte que les fonctions naturelles des notaires n'étant pas de recevoir des dépôts, & n'y ayant nulle nécessité de configner entre leurs mains... ceux qui leur confient leurs deniers, n'auroient aucune préférence ». Comme le dit plus bas le même auteur, qui ajoute : » il n'en est pas de même des receveurs des consignations. Non-seulement ils ont un caractère public ; mais on est même forcé de configner entre leurs mains... de sorte qu'il est très-juste que les consignataires l'emportent sur tous autres privilèges ».

Le vendeur de l'office, & ceux qui ont prêté leurs deniers pour l'acquérir, sont au contraire préférés à ceux qui ont configné, même en exécution d'une sentence du juge, entre les mains d'un greffier, dont les fonctions naturelles & ordinaires ne sont pas de recevoir des dépôts. C'est du moins la décision d'un arrêt du 7 Août 1671, dont Ferrière fait mention sur l'art. 170, §. 4, n. 27, où il dit que ceux qui ont droit à ces dépôts, doivent seulement avoir la préférence sur l'office, à l'égard des créanciers autres que le vendeur, & ceux qui sont subrogés dans ses droits ; décision qui ne me paroît pas contraire à ce que nous venons d'entendre dire à Basnage, des dépôts faits chez les notaires ; car je crois qu'il n'entend parler que de ceux qui ont déposé leurs deniers de leur chef, & sans autorité de justice ez mains d'un notaire. C'est, ce me semble, par la raison que le dépôt a été libre, & le dépositaire de leur choix, que Basnage ne leur accorde aucune préférence. Ils sont dans un cas tout différent de ceux qui n'ont déposé leur argent qu'en vertu de sentence, & entre les mains du dépositaire que le juge leur a désigné. C'est à ceux-ci que Ferrière accorde préférence après le vendeur.

Pour les sommes touchées par les huissiers & sergens, voyez le même commentateur, *ibid.*

18°. Je ne dirai rien du privilège du roi sur les biens des comptables, de celui des receveurs-généraux sur les biens de leurs commis, & de celui des fermiers-généraux sur les biens des sous-fermiers ; si ce n'est qu'ils s'étendent par parité de raison sur tous ceux qui, à quelque titre que ce soit, ont le maniement des deniers royaux, tant en chef, que subordonné à d'autres officiers, ou commis principaux ; & que sur cette matière il faut consulter l'édit du mois d'Août 1669. La déclaration du 16 Août 1689, & celle du 4 Juin 1737. On peut voir aussi Domat, tom. 1, part. 1, liv. 3, tit. 1, sect. 5, n°. 20 & suivans, & Ferrière, *ubi sup.* n°. 9 & suivans.

Le roi n'est pas seulement privilégié sur les biens des comptables, il l'est aussi

Tit. V.
Observ. 123.

sur les meubles des redevables des impositions (1) ordinaires ou extraordinaires. Basnage, des hypothèques, part. 1, chap. 9, dit que « lorsque le propriétaire & le fermier du roi se rencontrent, le propriétaire n'est payé par préférence au fermier du roi, sur les meubles de son locataire, ou fermier que pour six mois du loyer qui lui est dû, suivant la jurisprudence de la cour des aides ». Nous n'admettons pas cette préférence du propriétaire pour six mois. J'ai toujours vu prendre la capitation & les tailles du locataire, sur les meubles, avant les loyers & les fermages.

50.
Des amendes.

19°. On prétendoit autrefois que les amendes adjugées au roi devoient être payées par préférence à tous créanciers. Ferrière, *ibid.* n. 28, fait mention d'un arrêt qui rejetta cette préférence. Mais il y en avoit d'autres qui l'avoient accordée. Le feu roi a décidé contre lui-même qu'il n'avoit, pour le paiement des amendes, qu'une hypothèque du jour du jugement de condamnation. Voyez la déclaration du 13 Juillet 1700. Cette loi qui ne fait aucune distinction, me paroît comprendre même les amendes auxquelles l'officier est condamné pour fautes commises en la fonction de sa charge. Pour lesquelles Basnage, *ibid.* ch. 14, étoit d'avis que le roi devoit avoir privilège sur l'office, & non sur les autres biens.

51.
Des maîtres
des hôtelleries.

20°. La coutume de Paris, art. 175; celle de Metz, art. 16, du tit. 15; celle de Lorraine, art. 17 du tit. 14, & plusieurs autres, donnent privilèges aux maîtres des hôtelleries sur les biens & chevaux des étrangers qui logent chez eux. C'est, dit Basnage, *ibid.* ch. 9, un droit commun. Il faut remarquer que ce mot biens, ne signifie ici que les meubles, effets & marchandises qui se trouvent dans l'hôtellerie. Le privilège ne s'étend pas sur les meubles qui sont ailleurs, ni sur les dettes actives, encore moins sur les immeubles. Il n'a pas lieu non plus pour d'anciennes dépenses faites dans une hôtellerie, par un homme qui y a logé plusieurs fois, & en différent tems : mais seulement pour la dernière fois que le passant a logé dans l'hôtellerie, suivant Ancillon, & Faber sur les articles cités des coutumes de Metz, & de Lorraine : & seulement sur les effets qu'il a laissés, en cas qu'il n'y soit plus; car si l'hôte a laissé partir l'étranger sans se faire payer, & sans se faire nantir, il a suivi sa foi, & *res abiit in creditum*.

Ferrière, sur la coutume de Paris, n. 3, n'approuve pas la distinction que fait Du moulin entre les dépenses considérables & superflües; auxquelles il refuse le privilège, & celles qui sont nécessaires & modiques. Ce n'est pas, dit-il, à l'hôtelier à s'informer si les dépenses sont nécessaires, ou non; il doit fournir à ses hôtes ce qu'ils lui demandent. Je crois qu'on pourroit concilier les deux opinions, en disant

(1) On conçoit bien que les droits dûs au roi à cause de ses propriétés domaniales ont l'hypothèque & le privilège ordinaires des droits seigneuriaux.

que si un homme d'un état à vivre dans une hôtellerie, à trente sols par jour, veut cependant manger à une table dont le prix soit de cinquante sols par repas, l'hôte ne peut que très-difficilement l'en empêcher, quand même il le connoîtroit; & à plus forte raison, s'il ne le connoît pas, & qu'il lui voie des meubles suffisans pour répondre de la dépense, a privilege sur iceux pour tout ce qui lui est dû, suivant l'avis de Ferriere. Mais si ce même homme donne des festins somptueux, & d'autres dépenses considérables & superflues, on doit suivre le sentiment de Dumoulin, & plutôt punir que favoriser l'hôte qui se prête à sa prodigalité, dont on peut même dire qu'il abuse. Ferriere lui-même, n. 10, remarque la différence qu'il faut faire entre les hôteliers qui logent, & nourrissent les étrangers, & dont la créance est favorable, & les cabaretiers qui font crédit à des personnes domiciliées, & dont la dette est odieuse, parce qu'elle entretient la débauche. Or, la différence ne vient pas proprement de la qualité d'étranger, ou d'habitant du lieu. Elle vient de la source des deux créances, dont l'une est le prix des alimens dont le débiteur ne pouvoit se passer, & l'autre une dépense voluptuaire & superflue: l'hôte qui répéteroit des dépenses extraordinaires faites chez lui par un étranger, feroit donc à peu près dans le même cas qu'un cabaretier qui feroit de pareilles répétitions à une personne domiciliée; tous deux auroient favorisé les écarts de leurs débiteurs.

21°. Je ne fais si c'est à l'exemple du privilege de l'hôtelier qu'on a cru à Metz devoir accorder aussi au boucher & au boulanger un privilege de préférence sur les meubles de celui à qui ils ont fourni de la viande & du pain, pendant les six derniers mois qui précèdent leur répétition judiciaire. A-t-on pensé qu'ayant nourri le débiteur domicilié, il étoit juste de les traiter aussi favorablement que le maître d'une hôtellerie, qui a nourri l'étranger logé chez lui? Il y a plusieurs différences. La première est que le privilege de l'hôtelier n'a lieu que sur les meubles, qui, se trouvant dans la maison & en quelque sorte entre ses mains, peuvent très-naturellement être regardés comme son gage. La seconde & la principale est, que ce privilege est fondé sur la loi; & que je n'en connois aucunes qui donnent privilege au boucher & au boulanger.

L'art. 8 du tit. 1 de l'ordonnance du commerce leur donne six mois pour demander le paiement des marchandises & denrées par eux vendues en détail. De cet article & du précédent, on a conclu que les marchands & les artisans doivent être crus à leur affirmation, soutenue de leurs registres, & même sans registre en regle (1) pour les fournitures par eux faites les uns dans l'année, les autres dans six

TIT. V.
OBSERV. 120.

52.
Il faut les distinguer des cabaretiers.

53.
Du boucher & du boulanger.

(1) Ce n'est que des marchands qu'on exige des registres; les artisans n'en tiennent point pour la plupart, du moins en regle.

TIT. V.
Ob. serv. 126.

mois. C'étoit déjà avoir beaucoup fait ; car l'ordonnance n'en dit rien : elle dit encore moins que, pendant six mois, le boucher & le boulanger auront privilege sur les meubles. Sur quoi donc le leur a-t-on accordé ? C'est sans doute parce qu'ils ont nourri le débiteur. Mais si c'en est assez pour fonder le privilege, il faudra aussi l'accorder à tous ceux qui ont fourni d'autres vivres ; aux rôtisseurs, cuisiniers, marchands de légumes & de vin, &c. ; & si on dit que les choses par eux fournies ne sont pas de premiere nécessité ; qu'on peut vivre, par exemple, sans boire de vin, je réponds, 1°. qu'on peut vivre aussi sans viande, & qu'il y a plus de gens qui vivent de légumes & de lard, qu'il n'y en a qui se passent de vin ; 2°. que si c'est la nécessité qui décide, il faudra accorder privilege à celui qui a vendu à crédit du bled, du bois, &c. ; 3°. que le vêtement n'est pas moins nécessaire que la nourriture, & qu'il faudra, par conséquent, donner aussi privilege à celui qui a fourni du linge, ou des habits ; à la couturiere, au tailleur, au chauffetier, au cordonnier, &c. Je crois donc que les idées qu'on s'est faites à Metz n'ont pas été assez réfléchies. En donnant au boucher & au boulanger privilege sur les meubles, on ne peut dire ni de l'un ni de l'autre que, *salvum vel meliorem fecit pignoris causam* ; & c'est la source ordinaire des privileges, qui, presque tous, ont leur fondement dans la chose sur laquelle on les accorde. J'avoue qu'il y en a qui n'en proviennent pas : comme celui du médecin & de l'apothiquaire. Mais l'humanité parloit bien plus haut en leur faveur que pour le boucher & le boulanger. D'ailleurs, on ne leur donne pas privilege pour six mois, mais seulement pour la dernière maladie. Ainsi quoique, par sentence du bailliage de Metz du 20 Juin 1742, rendue au profit de Dominique Thiva, boulanger, & de Dominique Maguin, boucher, contre le syndic des créanciers de M. B.***. & de la dame son épouse, il ait été ordonné que les deux premiers seroient payés par préférence sur les meubles & effets des débiteurs, du prix de la fourniture de pain & de viande, par eux faite pendant les six derniers mois, en affirmant le sérieux de la délivrance ; que cette sentence ait été confirmée sur l'appel par arrêt du 8 Janvier 1743 ; & que depuis on se soit accoutumé à passer ce privilege, que je ne trouve établi ni par aucune loi, ni par aucun auteur ; je ne serois pas surpris de le voir refuser par le parlement, si la question renaissoit, & qu'elle fut mieux approfondie : d'autant plus que, par un arrêt précédent du 31 Janvier 1741, rendu sur l'ordre du prix des biens du sieur Jeansin, receveur des finances à Vic, il avoit été jugé que le boucher & le boulanger ne pouvoient demander d'être payés par préférence au roi sur les meubles. Ce qui sembloit décider qu'ils n'avoient aucun privilege ; car régulièrement le roi ne vient qu'après tous les autres privilégiés, suivant ce brocard qu'on trouve par-tout : *Fiscus post omnes*.

22°. Il céderoit, par exemple, au maréchal, au charron, au bourellier & autres, qui ont travaillé pendant l'année, & dont le privilege me paroît beaucoup mieux

54.
Du maréchal,
du charron,
du bourellier,
&c.

fondé que celui du boucher , parce qu'il ne tombe que ſur les chevaux que le maréchal a ferré , & ſur les voitures , charriots , charrues , harnois , & autres uſenſibles qu'ils ont reſpectivement fournis ou réparés , & qu'ainſi *ſalvam fecerunt pignoris cauſam*. Ce qui me fait penſer que s'ils ont travaillé pour un fermier , ils doivent l'emporter ſur le maître de la ferme , quant aux choſes qui concernent leur profeſſion.

On ne peut même leur donner privilege ſur les bleds & autres grains que les terres n'euffent pas produits ſans les chevaux , charrues & harnois. Mais ces fruits ſont encore plus particulièrement affectés au propriétaire : & dans la concurrence , il doit être payé ſur iceux avant les ouvriers qui ont travaillé de leur art pour le fermier. C'eſt ainſi que j'entends *La Lande ſur l'art. 245 de la coutume d'Orléans , n. 4. & Baſnage , ubi ſupr. n. 14.* Voyez ce qu'ils diſent : ils ne me paroiffent ni reſuſer aux maréchaux & autres la préférence abſolue ſur les chevaux & les choſes de leur profeſſion , ni la leur ôter totalement ſur les fruits de la ferme , mais ſeulement la ſubordonner , à l'égard de ces fruits , au privilege du propriétaire , & à celui des domeſtiques.

On a été plus loin par un arrêt de notre parlement du 31 Janvier 1743 , qui a donné au maréchal le privilege pour les ouvrages de ſa profeſſion pendant l'année , ſur les chevaux , harnois , meubles & effets mobiliers du débiteur ; il me ſemble que le maréchal n'a aucun privilege ſur les harnois qui ne ſont pas ſon ouvrage ; encore moins ſur les meubles ; & qu'on doit penſer que ces mots ſe ſont gliffés dans l'arrêt par inadvertence , & parce qu'on n'agitoit que la queſtion ſi le maréchal avoit ou non privilege , ſans diſcuster ſur quoi il tomboit.

On pourroit même douter s'il doit avoir lieu pour les ſommes à lui dûes à cauſe des ouvrages qu'il a faits dans l'année , ou s'il doit être borné aux fix derniers mois ; car *les ſelliers , bourreliers & autres ſemblables* , dans le nombre deſquels les maréchaux me paroiffent devoir être compris , n'ont que fix mois pour intenter leur action ; par l'art. 8 du tit. 1 de l'ordonnance de 1673. Mais j'ai déjà dit que cette diſpoſition ne s'applique nullement aux privileges ; & il y a une raiſon pour étendre à un an celui des maréchaux , charrons , bourreliers , &c. C'eſt que par l'uſage général du pays , les laboureurs ne comptent avec eux & ne les paient qu'une fois l'année , & ordinairement à la St. Martin. C'eſt pourquoi il ſeroit peut-être à propos de leur donner privilege , non pour un an , du jour de leur répétition , en remontant , mais pour les ouvrages faits depuis la St. Martin précédente : attendu que ceux dont ils ne ſe ſont pas fait payer à cette époque , *abierunt in creditum*.

23°. *La Lande* , ſur l'art. 435 de la coutume d'Orléans , n. 4 , dit que » les ſerviteurs & ſervantes de métairies... ont auſſi prétendu devoir être payés par préférence , » même au maître-d'hôtel (c'eſt à dire au propriétaire de la métairie) ſur les deniers provenans de la vente des grains & beſtiaux « . Il ajoute qu'il a vu juger cela fort diverſement , & qu'aujourd'hui on n'accorde le privilege qu'aux ſeuls ſer-

55.
Des domeſtiques des cultivateurs.

TIT. V.
Observ. 120.

« viteurs de labours... & ce quant aux bleds, avoines & autres grains, pour leurs services rendus depuis le jour de la St. Jean jusqu'à la Toussaint. (Cette restriction me paroît singulière; car, combien n'y a-t-il pas de services relatifs à la culture des terres à rendre depuis la Toussaint jusqu'à la St. Jean) » au regard desquels ils doivent être satisfaits devant tous autres créanciers. « Ce n'est pas, ce me semble, leur ôter sur les bestiaux & sur les meubles un privilège subordonné à celui du propriétaire, & de quelques autres créanciers privilégiés.

36.
Des matelots
& batteliers.

24°. *Basnage, ubi supr.* ch. 14, remarque que l'ordonnance de la marine, au titre de la saisie & vente des vaisseaux, art. 16, veut que « les loyers des matelots, employés au dernier voyage, soient payés par préférence à tous créanciers sur le prix du vaisseau ». Il y a parité de raison & de justice pour ceux qui servent nos batteliers dans les voyages qu'ils font sur nos rivières & nos fleuves.

37.
De ceux qui
ont été em-
ployés à la ré-
colte.

25°. Quelques pages plus bas, après avoir rapporté le sentiment de La Lande, il ajoute aux serviteurs de labours ceux qui ont fait la récolte des bleds & la vendange, privilège admis dans notre usage, & qui ne me paroît pas pouvoir être contredit, pas même par le propriétaire de la ferme.

38.
Des autres do-
mestiques.

26°. Ces auteurs ne donnent aucun privilège aux autres domestiques. Ferrière, sur l'art. 127, gl. 1, n°. 15 & suivans, parlant indistinctement de tous les serviteurs, dit qu'ils n'ont qu'un an pour demander leurs salaires à leurs maîtres, à compter du jour de leur sortie; qu'ils ne peuvent demander que trois années de gages, s'il n'y a reconnaissance ou interpellation par écrit (1); que si le maître vit, & allégué avoir payé, le serment doit lui être déféré, mais non à ses héritiers; ce qui dépend pourtant des circonstances; & que quand même le maître conviendrait qu'il leur est dû plus de trois ans, s'il est insolvable, ils ne peuvent venir à contribution que pour trois ans. Ainsi, non-seulement il ne parle d'aucun privilège, mais il l'exclut en réduisant les domestiques à venir à contribution.

Cet usage, que je crois général dans le ressort du parlement de Paris, paroît bien dur. « Le paiement des gages des domestiques, dit M. de Catellan, liv. 6, ch. 29, est quelque chose de bien privilégié & de bien favorable. On ne peut voir sans pitié, qu'attachés au service d'un maître, ils y aient perdu leur tems, & la sueur de leur front ». A cette faveur se joint encore la considération de la part qu'ils ont eue à l'entretien & à la conservation des meubles confiés à leurs soins. Cependant, par un arrêt rendu au rapport de ce magistrat, le 26 Mars 1661, il a été jugé qu'ils n'avoient point de privilège; mais qu'étant gagés à certaine somme par an, ils devenoient créanciers chaque année pour cette somme, & qu'ils devoient donc

(1) Comment un domestique qui, après trois ans, reste au service de son maître pourroit-il lui faire sommation de lui payer ses gages,

« prendre

« prendre leur rang de cette date ». Voilà une hypothèque bien singulière. Il est bien vrai que , chaque année , ils deviennent créanciers de leurs gages ; mais la fin de chaque année ne leur donne sûrement pas une hypothèque conventionnelle : encore moins une hypothèque judiciaire. Leur donne-t-elle une hypothèque tacite & légale ? L'affirmative me paroît ne pouvoir être fondée sur aucun principe. Ce seroit une de ces idées arbitraires d'équité dont un juge éclairé se défie toujours , & qui sont si dangereuses dans les jugemens , où tout devient incertain dès qu'on les adopte. La créance des domestiques peut être regardée comme privilégiée ; parce que le privilège d'une dette provient de sa cause. Mais pour donner une hypothèque légale , il faut ou une loi , & je n'en connois aucune ni dans le droit romain , ni dans nos coutumes ; ou du moins un usage assez certain pour tenir lieu de loi ; & il paroît , par ce que dit Catellan , qu'à Toulouse tout étoit incertain dans les opinions sur ce point ; par conséquent nul usage. Il ajoute que le salaire de la garde qui a servi le défunt pendant sa dernière maladie , est privilégié , comme faisant partie des frais de cette dernière maladie : ce qui a été jugé par arrêt du 18 Juin 1662. De-là il n'y avoit plus qu'un pas à faire pour accorder le même privilège aux domestiques , & leur créance étoit , ce me semble , assez favorable pour qu'on le fît.

Le parlement de Dijon l'a pensé ainsi : & *Bouvoit* , tom. 1 , part. 3 ; *Vbo. salaire* , rapporte un arrêt du 6 Mai 1566 , qui a jugé qu'une servante , pour ses salaires , étoit préférable à tous créanciers.

Il n'y a donc rien de singulier , rien que de très-équitable dans notre usage. Il est d'écouter la demande des domestiques contre leur maître , lorsqu'il est vivant , pour toutes les années qui peuvent leur être dûes , & dans quelque tems que cette demande soit formée ; mais d'en attacher la décision à l'affirmation du maître , à moins qu'il n'en ait donné sa reconnoissance par écrit. *Ancillon* , pag. 565 de son recueil d'arrêts , rapporte une sentence du bailliage du 18 Juillet 1658 , qu'il dit avoir jugé que « les » *serviteurs & servantes ne sont croyables pour le paiement , que pour l'année dernière* : & que quant aux précédentes , l'affirmation est laissée aux maîtres & maîtresses ». Mais si c'est contre les maîtres ou maîtresses que la demande est formée , c'est à ceux-ci à qui on défère l'affirmation , tant pour le plus ou le moins des gages , que pour le paiement du tout , ou de partie de toutes les années de service indistinctement , & on ne l'accorde pas plus aux domestiques pour la dernière que pour les précédentes. Si les gages sont répétés après la mort du maître , la veuve & les héritiers sont tenus de payer les gages de la dernière année & de la courante , s'ils ne sont pas en état d'affirmer avoir connoissance qu'ils aient été payés en tout ou en partie , ou qu'ils ne justifient du paiement par les registres du défunt. C'est dans ce cas & dans ce seul cas , & pour ces années seulement , que l'affirmation peut être déferée aux domestiques. Toutes les années précédentes sont présumées acquittées ; & les veuves & héritiers sont seulement tenus d'affirmer qu'ils n'ont pas connoissance qu'elles soient dûes.

Nous accordons aussi aux domestiques privilege sur les meubles, mais ce n'est que pour la dernière année & la courante. A l'égard des précédentes, quand même il y auroit reconnoissance par écrit, ou que le maître, la veuve ou ses héritiers conviendroient qu'elles sont dûes; cela ne nuirait pas aux autres créanciers; parce que *res abint in creditum*, & que le domestique qui a négligé de se faire payer est à peu près dans le même cas, & n'est pas plus favorable que celui qui, après avoir reçu ses gages, les auroit prêtés à son maître.

Je crois aussi, mais ceci n'est plus que mon opinion particulière, que les domestiques d'un laboureur sont préférables à tous autres créanciers, même au propriétaire de la ferme par lui cultivée, tant sur les fruits, dont la production est dûe à leurs travaux, que sur les bestiaux dont ils ont pris soin. *Salvum fecerunt pignoris causam*; mais que, quoiqu'ils aient pris soin des meubles, ils n'ont pas assez contribué à leur conservation, pour que, sur iceux, leur privilege ne doive pas céder à celui du maître de la ferme, ou du propriétaire de la maison que le débiteur occupoit à titre de loyer.

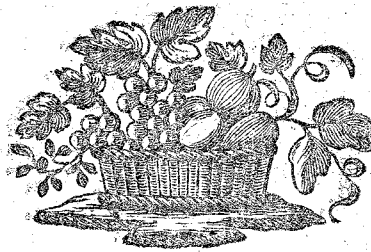
Après ce détail des principales créances privilégiées, que je crois assez complet pour qu'il n'y ait aucuns privileges qu'on ne puisse rapporter, au moins par parité de raison, à quelqu'un de ceux dont j'ai parlé, il ne me reste plus qu'à remarquer que, parmi nous, selon nos mœurs, comme il a été dit, tous contrats attestés de personnes publiques, & tous actes judiciaires attribuent hypothèque (1); suivant De Renusson, traité de la subrogation, ch. 3, n°. 38. L'hypothèque conventionnelle provient donc toujours de l'authenticité du titre; mais le privilege vient de la cause de la créance. Ainsi il a lieu, quoique le titre soit sous seing-privé, quoique la convention n'ait été que verbale, quelquefois même quoiqu'il n'y ait eu aucune convention. Par exemple: *Si quis absentis negotia gesserit, licet ignorantis*, il a non-seulement action pour récupérer les dépenses utiles qu'il a faites, suivant tout le titre du digeste *de negot. gest.*; mais encore privilege sur les choses qu'il a conservées: comme s'il a empêché la chute d'un édifice par les réparations qu'il y a fait faire. Voy. ci-dessus n°. 12 & suiv.

Par la même raison, les procureurs *ad lites* ont privilege pour leurs avances, salaires & vacations sur les sommes ou les biens qu'ils ont ou fait rentrer ou conservé à leurs cliens (2). Ce privilege est encore de la classe de ceux dont j'ai parlé sous le même n°. 12 que je viens de citer.

(1) Voyez la regle ci-dessus, oblerv. 10, n°. 5 & 6, & les exceptions, *ibid.* & 8 & suiv.

(2) Quant à l'hypothèque, qu'un arrêt de règlement rendu, les chambres & semestres consultés, les 17 Avril 1765, donne aux procureurs à la date des cédulés des présentations par eux faites, il est plus aisé de l'appuyer sur des considérations d'équité, que de la tirer des principes. Dans la regle la présentation du procureur n'étoit nullement un acte de nature à donner hypothèque: & le procureur qui veut l'acquérir devoit dans la rigueur se munir d'une procuration pardevant notaires.

De Renouffon, *ibid.* donne un autre exemple d'un privilege acquis sans acte authentique. » Selon nos mœurs, dit-il, tout vendeur qui a vendu la chose à un certain prix, a privilege réel sur la chose, pour le paiement du prix qui est préféré à tous créanciers hypothécaires & personnels, quand même la vente ne seroit que verbale, & sous seing-privé. Il observe ce que nous avons vu ci-devant, n°. II, que cela a lieu, suivant la coutume de Paris (adoptée dans le ressort), pour les choses mobilières, vendues sans jour & sans terme, ou avec terme, mais faïties sur le débiteur; & finit en disant *qu'il y a encore plus de raison de conserver le privilege du vendeur, sur l'immeuble vendu, que sur le meuble.*



OBSERVATION XIII.

De la Distinction des Propres, Anciens, ou Biens de Ligne, & des Acquêts.

TIT. V.
Oblerv. 13e.

En droit, la même personne n'a qu'un seul patrimoine délégué au plus proche : & pourquoi ?

LES Romains ne connoissoient à la même personne qu'un seul patrimoine composé de tout ce qui lui appartenoit à quelque titre que ce fut. Lorsqu'un défunt n'avoit pas disposé de ce patrimoine unique, leurs loix le donnoient tout entier à son parent le plus proche : & rien n'étoit plus analogue à leur façon de penser. Ils vouloient être les maîtres absolus de leurs propriétés, non-seulement pendant leur vie, mais après leur mort, & libre d'en gratifier, sans réserve, ceux qu'ils affectionnoient le plus. La légitime elle-même, cette portion que leurs dernières loix ne permettoient pas d'ôter aux enfans à qui la nature semble assurer tous les biens de leur pere, ne leur étoit pas réservée dans l'ancien droit des Romains.

L'affection d'un défunt étant donc le seul fondement du droit de son héritier, lorsqu'il n'avoit pas marqué par ses dispositions testamentaires ceux qui lui étoient les plus chers ; il étoit tout simple de supposer que sa tendresse pour ses parens étoit proportionnée à l'union plus ou moins étroite que le sang mettoit entr'eux & lui. C'est la marche ordinaire de la nature ; & quoique la sympathie, & bien d'autres causes la dérangent très-souvent ; il est cependant à présumer qu'on aime plus son pere que son oncle maternel ; sa sœur utérine que son cousin paternel, &c. C'est sur cette présomption que me paroissent fondées les loix qui déferent la succession à la proximité du degré, sans faire attention à la mouvance des biens qui la composent : c'est-à-dire à la ligne dont ils proviennent.

La volonté de l'acquéreur est le fondement de la distinction des meubles & des acquêts.

Mais d'autres législateurs ont eu des vues différentes. Ils ont considéré que celui qui laisse des immeubles à son héritier, & sur-tout celui qui les a acquis par son industrie, son travail, & ses épargnes desirer que sa famille en profite plutôt que des étrangers, lorsque cet héritier immédiat ne pourra plus en jouir. C'est encore le vœu de la nature. Les auteurs de nos coutumes ont cru le suivre en s'attachant à la volonté présumée de celui de qui les biens proviennent, plutôt qu'à celle du dernier possesseur ; & dans cette idée, ils ont rendu les immeubles délaissés par un mourant, à la famille de celui de qui il les avoit reçus, & ne lui ont pas même permis d'en disposer au préjudice de cette famille ; ou du moins n'en ont toléré la disposition que pour une certaine portion.

Ils ont donc affecté à chaque ligne les biens qui en proviennent à titre successif, & n'ont laissé à la proximité du degré que ceux qui étoient possédés à autre titre.

par le défunt. De-là viennent la distinction des acquets & des propres, & les règles, *propres ne remontent point*; & *paterna paternis, materna maternis*, inconnue dans le droit romain, & si fameuse dans le droit coutumier (1). Les meubles & toutes les choses réputées telles, ne sont pas naturellement susceptibles de ces qualités de *propre* & *d'acquêt*: cependant on peut, par fiction, leur attribuer celle de *propre*, en contrat de mariage, & même jusqu'à certain point en donation. Mais les immeubles réels, & les rentes constituées dans les coutumes où elles sont immeubles ont toujours l'une ou l'autre de ces qualités tant respectivement à la communauté entre conjoints, que par rapport aux successions.

Il faut cependant excepter la coutume de Metz, qui, comme toutes les autres, reconnoît bien des propres de communauté; c'est-à-dire des immeubles qui ne sont pas partie des biens communs aux deux conjoints, & appartiennent nuement à l'un d'eux, à l'exclusion de l'autre; mais qui, comme il a été dit plusieurs fois, n'admet

TIT. V.
Observ. 132.

3.
Comment les meubles en font susceptibles.

4.
Les immeubles font propres de communauté & de succession; ou acquets.

(1) Pourquoi donc, dira-t-on peut-être, y a-t-il tant de diversité d'une coutume à l'autre dans l'usage de la règle *paterna paternis, &c.* & si peu d'uniformité dans la manière dont on l'observe? parce que ceux qui ont cru devoir régler l'ordre des successions sur la volonté présumée de ceux dont le défunt tenoit les biens qu'il délaïsse, en ont porté des jugemens bien différens. Les uns ont cru que l'affection n'étant bien vive que dans la ligne directe, s'il étoit naturel de supposer qu'un pere souhaitoit que ses acquets passassent à ses descendans, on ne devoit plus le présumer assez attaché à ses collatéraux pour avoir voulu que sa postérité venant à s'éteindre, le dernier de ceux qui seroient issus de lui ne pût ni disposer de ces mêmes acquets, ni les transmettre *ab intestat* aux personnes qui lui seroient les plus chères, & les plus proches. De-là les coutumes *saucheres*, dans lesquelles pour avoir droit aux propres il faut être descendu de l'acquereur. D'autres ont pensé que, quoique la tendresse soit incomparablement plus forte pour ses descendans que pour ses collatéraux, cependant le vœu de celui qui met un bien dans sa famille, est qu'il passe à ceux qui lui sont unis en lignes collatérales plutôt qu'à une famille qui lui est étrangère. De-là, les coutumes *d'estoc & ligne*, qui dans la succession des propres présentent les descendans de l'acquereur à tous ses autres parens; mais qui, à défaut de ceux-là, y admettent ceux-ci. Quelques autres ont considéré que si on desiroit la conservation de ses biens dans sa famille, c'est sur-tout lors des premières échûtes en succession: & que si l'orgueil & l'ambition portent quelquefois la prévoyance jusqu'à des tems éloignés & à des degrés reculés, la plupart des hommes ne s'intéressent pas bien vivement pour les héritiers de leurs héritiers. C'est pourquoi ils ont cru que, pour régler la succession d'un défunt, il suffisoit de se conformer à l'intention présumée de celui dont il tenoit immédiatement les biens qu'il délaïsse. D'où viennent les coutumes qui ne connoissent que deux lignes, l'une paternelle, & l'autre maternelle, sans remonter plus haut que la dernière échûte, & sans chercher les lignes *avirines* & *bis avirines*, & ainsi des autres. Il me semble donc que plus on examinera quels ont pu être les motifs des loix oppoïées qui reglent la succession des propres, plus on sera convaincu que ceux qui les ont portées ont tous cru suivre le vœu & la marche de la nature, mais les ont envisagés tous différemment.

TIT. V.
Observ. 13e.

5.
A Metz, il n'y a point de propres de succession, quoiqu'il y ait des anciens.

6.
Anciens, dans l'Evêché, en douaire.

7.
Quelles donations sont des acquêts.

8.
Anciens en retrait dans l'Evêché.

point de propre de succession. Elle divise cependant les tréfonds en acquêts & anciens. Je dis les tréfonds ; car les biens de gagieres ne sont pas susceptibles de cette qualité d'ancien, & ne se séparent jamais des meubles dans les successions légitimes. Mais les anciens tréfonds ne sont pas des propres de successions, puisqu'ils sortent de ligne, du moins dans les premiers degrés de la succession *ab intestat*, il en est parlé dans les art. 13 du tit. 6, 8, du tit. 10, 13, 17, 24 & 27 du tit. 11, & autres : & ce sont les tréfonds échus de succession directe & collatérale (1).

La coutume de l'Evêché divise aussi les immeubles en acquêts & anciens : & elle donne à ces mots trois significations différentes. *En douaire*, le bien est entendu ancien, qui étoit en la puissance du mari avant son mariage à quelque droit ou titre que ce fut, ou qui lui est échu constant son mariage, par droit de succession directe (descendante). Les acquêts sont les immeubles acquêtés pendant le mariage, ou qui échéant au mari constant icelui, de succession en ligne ascendante, ou collatérale ; ou bien lui viennent ou à sa femme par donation, ou autres titres lucratifs. C'est la disposition des art. 6 & 7 du tit. 3, sur le dernier desquels il faut remarquer que les donations qui sont des acquêts, sont celles qui sont faites par un collatérale, par un descendant, ou par un étranger. Elles sont même des conquêts, si le donateur est marié, & en communauté parfaite avec son conjoint, & qu'il ne soit pas stipulé que les biens donnés lui seront propres. C'est pourquoi la coutume de l'Evêché, à propos du douaire, qui est un droit de la femme sur les biens du mari, parle de ceux qui viennent par donation, non-seulement au mari, les seuls sur lesquels le douaire paroïssoit pouvoir tomber ; mais aussi à la femme : parce que dans cette coutume la femme n'ayant point de part aux acquêts, ceux qu'elle fait elle même, mêmes les biens qui lui sont donnés par-tout autre que par un ascendant, tombent dans la main du mari à qui la propriété en appartient pour le tout, s'ils ne sont pas expressément réservés à la donataire.

Mais, malgré la généralité du terme de donation dont se sert la coutume, il n'est pas douteux que les biens donnés en directe descendante pendant le mariage, sont anciens au donataire ; parce que ces donations sont de purs avancemens d'hoirie, & par conséquent des successions anticipées, qui attachent aux biens les mêmes qualités que les successions ordinaires.

En retrait on regarde dans l'Evêché comme ancien, tout ce qui vient de la ligne ou estocage du vendeur, soit qu'il échée par succession directe, ou collatérale ; ou bien qui provient par acquêt fait sur le lignager du retrayant. Art. 2 du tit. 9, dont

(1) Cependant les biens échus de succession collatérale à un pere qui a des enfans de plusieurs lits, sont censés acquêts de gagiere, suivant l'art. 16 du tit. 11. Mais ce n'est que pour être partagés par tête, ou égale portion entre tous les enfans : & à tous autres égards ces biens conservent leurs qualités de tréfonds & d'anciens. Voy. Ancillon & M. D... sur cet article.

la fin doit s'entendre d'un bien qui a été acquis d'un parent commun de celui qui en le revendant, donne lieu au retrait, & de celui qui se présente pour le retirer. Jean vend un immeuble à Simon qui n'est pas son parent. Mathieu fils, de la sœur non-germaine de Jean, & cousin germain paternel de Simon, n'exerce pas le retrait; soit parce que l'héritage étoit acquêt à Jean vendeur, soit parce que cet héritage n'étoit pas de sa ligne, soit qu'alors il ne juge pas à propos de l'acquérir. Mais dans la suite Simon ayant revendu ce même héritage à François, Mathieu le demande par retrait; & dit que l'héritage étoit ancien à Simon son cousin, parce que, quoiqu'il l'eût acquis, il avoit fait cet acquêt sur Jean lignager de lui retrayant. Il a pour lui le texte de la coutume pris littéralement. Mais il n'en est pas moins évident que son action en retrait n'est pas fondée: parce que Jean qui a vendu à Simon n'étant pas mis par le sang à son acquéreur, l'héritage est sorti par cette première vente de la ligne commune de Jean & de Mathieu, son neveu: & qu'acquis par Simon, étranger à cette famille, il ne pouvoit devenir ancien dans sa personne. Par conséquent la revente qu'il en a fait ne peut donner ouverture au retrait lignager, qui n'a pas lieu sur les acquêts du vendeur (1).

En succession la coutume de l'Evêché ne regarde comme anciens que les immeubles qui sont échus, ou qui pouvoient échoir de succession en directe descendante (2), ou du moins semble ranger les biens échus de successions collatérales sous la classe des acquêts. M. D. dit même en général que les successions collatérales sont des acquêts: c'est le sens qu'il donne aux art. 3 & 5 du tit. 11. Mais il faut prendre garde qu'il n'y est question que des enfans qui viennent à la succession de leur père. C'est entr'eux, & entr'eux seulement, que successions collatérales échues à leur père sont tous acquêts: encore n'est-ce que pour tourner au profit des enfans du mariage constant lequel elles échéent, comme le porte cet art. 5, qui doit être étendu à l'aïeul paternel, ou maternel.

Mais d'abord s'il s'agit d'un défunt qui n'ait pas laissé d'enfans, je ne crois pas douteux que les biens qui lui sont obvenus de succession collatérale doivent être

TIT. V.
Observ. 13e.

9.
Anciens en succession.

10.
En quels cas les successions collatérales sont des acquêts dans l'Evêché.

11.
Elles sont comprises dans le revêtement des lignes.

(1) Le retrait n'a pas lieu, quoique le bien vendu y soit sujet, si l'acquéreur est de la ligne, parce que par cette vente le bien ne sort pas de famille. Mais s'il est revendu à un étranger, il peut être retiré par un lignager, quoiqu'il fut acquêt au second vendeur. Ces règles sont suivies dans toutes les coutumes qui admettent le retrait. Ce que celle de l'Evêché a de particulier, c'est qu'elle permet d'exercer le retrait de l'immeuble que le vendeur avoit précédemment acquis d'un lignager; encore que cet immeuble fut acquêt à ce lignager premier vendeur, & que par conséquent la première vente n'auroit été faite à cet étranger. Ce qui, je crois, n'a lieu dans aucune autre coutume.

(2) Il est inutile de répéter que les donations aux descendans n'étant que des successions anticipées sont aussi des anciens.

TIT. V.
Observ. 130.

regardés comme anciens dans la sienne. Supposons, par exemple, qu'il ne laisse pour héritiers que des cousins - germains paternels, & des cousins issus de germains maternels. C'est le cas de revêtir les lignes, suivant l'art. 13 du tit. 11. Compréhra-t-on dans ce revêtement comme anciens les immeubles qui lui sont échus d'une succession collatérale du côté maternel ? Ou les en exclura-t-on comme acquêts ? En ce dernier cas les cousins germains emporteroient comme plus proches, ces biens qui ne sont pas de leur ligne : ce qui seroit contraire à l'esprit du droit commun coutumier, qui tend à conserver les biens dans les familles dont ils proviennent : & même à celui de la coutume de l'Evêché, qui veut qu'ils y retournent, du moins *lorsqu'il n'y a frere, ni sœurs, ni descendans d'iceux, oncles ni tantes*, comme il paroît par cet art. 13. Par cette raison, soit que le défunt fut marié ou non, lorsque la succession collatérale s'est ouverte à son profit, les biens en dépendans doivent être regardés comme anciens : & quand même ses héritiers des deux lignes seroient en égal degré, ils ne pourroient pas être partagés entr'eux comme acquêts ; mais il faudroit les comprendre dans le revêtement des lignes, parce qu'encore une fois, quand la coutume met les biens des successions collatérales au nombre des acquêts, ce n'est qu'à l'effet de les faire *tourner au profit des enfans du mariage consultant lequel elles échéent* ; & qu'une disposition si exorbitante doit être restreinte au seul cas qui y est exprimé.

12.
Elles sont acquêts dans la succession d'un aïeul.

Je crois cependant, comme je viens de l'indiquer, que si un aïeul marié plusieurs fois a recueilli des successions collatérales, les immeubles qui en dépendent tombent à ceux de ses petits-enfans qui sont issus du mariage pendant lequel ces successions lui sont obvenues. La raison est qu'en directe la représentation a toujours lieu en degré égal, ou inégal ; & qu'ainsi les petits - enfans doivent recueillir tout ce qui obviendroit à leur pere, ou à leur mere s'ils vivoient encore. Ce qui prouve qu'ici il n'y a point de distinction à faire entre l'aïeul paternel, & le maternel. Mais les petits - enfans issus du mariage pendant lequel il est échu une succession collatérale à leur aïeule, n'ont rien de plus que les petits-enfans issus d'un autre mariage, dans les immeubles de cette succession, parce que leur pere, ou leur mere, dont ils tiennent la place, n'y auroient eu que leur portion virile, suivant l'art. 6 du tit. 11.

13.
Elles échéent à tous les enfans si elles ne s'ouvrent qu'après la mort du pere.

Le précédent regle deux cas ; celui d'une succession collatérale que le pere marié plusieurs fois a recueillie pendant l'un ou l'autre de ses mariages ; & celui d'une succession qui ne s'est ouverte qu'après le décès du pere, & décide que tous les enfans viennent également à celle-ci, sans distinction de mariage. Ce qui doit s'entendre non-seulement quand ils y sont appelés de leur chef. Mais aussi quand ils ne peuvent y être admis que par représentation ; comme si le défunt mort après leur pere, étoit leur oncle, & a laissé des freres. Mais la coutume ne dit rien du cas où il est échu à un pere qui a des enfans de divers lits, une succession collatérale avant qu'il fût marié, ou pendant un mariage dont il n'est point resté d'enfans. Comment les

nuffon essaie de se concilier avec lui-même, en disant que le bien acquis par le pere, & qu'il retrouve dans la succession de son fils à qui il l'avoit donné, lui retourne plutôt qu'il n'y succède. Il lui retourne tellement à titre successif, qu'il le reprend chargé des dettes que son fils a contractées.

Cet auteur dit même, *ibid.* sect. 7, n. 3. »; les biens qui ont la qualité de propres... » sont affectés aux parens de la ligne d'où ils viennent. On a voulu par ce moyen main- » tenir les familles. C'est toute la considération qu'on a eue, quand on a introduit » la qualité de propres. Cette considération cesse quand les familles s'anéantissent » par le manquement de postérité; quand les successions rétrogradent par la mort » des descendans; & quand les biens montent. La conséquence se présenteoit naturellement. Mais De Renuffon, frappé de la regle que les successions font des propres, en a oublié deux autres qui la lui auroient fait tirer, cette conséquence. L'une, qu'il n'y a point de regle sans exception: l'autre, que *ubi cessat ratio legis, cessat ejus dispositio*. Et quoiqu'il avoue que le motif de l'établissement des propres n'a plus lieu dans les successions contraires à l'ordre de la nature (1) tout ce qu'il conclut de son raisonnement, c'est » qu'il ne faut pas considérer les donations faites aux ascen- » dans comme celles faites aux descendans... Il est raisonnable de dire qu'il ne » faut pas attribuer cette qualité de propre indistinctement aux immeubles qui se- » roient donnés aux ascendans. (C'est ainsi qu'il faut lire), mais seulement à ceux » auxquels ils auroient eu droit de succéder par la loi municipale. Mais cette distinction entre les donations d'immeubles dont les ascendans auroient traité, & celles d'immeubles destinés par la coutume à d'autres héritiers, est la suite du faux principe que les successions en ligne ascendante font des propres, & doit contribuer à le faire rejeter, si elle n'est pas admissible. Or, elle semble faire de la donation d'un fils à son pere un avancement d'hoirie, & une succession anticipée; ce qui me paroît difficile à digérer. D'ailleurs, De Renuffon est le seul qui ait imaginé cette distinction. Ferriere sur l'art. 326, gl. 1, §. 2, n. 11, dit que » si l'acquêt » échu au pere par la succession de son fils, n'est qu'acquêt en la personne du » pere (2), l'acquêt donné au pere par le fils ne peut prendre la qualité de propre. Il s'agit là de la donation d'un bien dont le pere auroit hérité. Le Brun, liv. 2, ch. 1, sect. 1, n. 7, dit en général & indistinctement que » si le fils donne au pere, le » don est acquêt de succession; & le pere peut disposer du tout: comme il a été » jugé en la 3e. chambre des enquetes, & plus particulièrement n. 27, que l'on ne

(1) J'ai déjà parlé de ces successions en ligne ascendante, tom. 1, pag. 289, & j'y ai dit, pag. 476, qu'il n'étoit pas vrai que toutes successions fussent des propres; on peut y recourir pour achever d'éclaircir ce que je dis ici.

(2) Nouvelle contradiction avec ce que j'ai rapporté du même auteur, ci-dessus n°. 36, & preuve qu'il n'avoit sur ce point que des opinions vacillantes.

TIT. V.
Observ. 138.

» peut pas douter... que ces donations ne soient acquêts, & que le donateur ne
 » pourroit les rendre propres au donataire (1) qu'à l'effet de les exclure de la com-
 » munauté seulement... & n'en peut faire des propres de succession, quoique la
 » donation ne contienne autre chose que ce dont l'ascendant auroit succédé ». Enfin
 Denisart qui penche à suivre De Ruffon pour la succession en ligne ascendante,
 l'abandonne pour les donations faites aux ascendants des biens dont ils auroient hé-
 rités; & adopte sur ce dernier point, *V^o. propre, sect. 2*, le sentiment de
 Le Brun, par la raison que j'ai touchée, qu'il n'est pas possible de regarder comme
 un avancement d'hoirie les donations faites aux ascendants, » lesquels en pays coutu-
 » mier n'ont aucun droit, ni aucune légitime sur les biens de leurs enfans, non-plus que
 » les collatéraux ».

38.
N^o celles faites
en collatérale
succesuro.

On doutoit aussi autrefois si les donations en collatérale ne faisoient pas des pro-
 pres, lorsqu'elles étoient faites à l'héritier présomptif; & on peut voir dans Ferriere,
 ibid. n^o. 12, que Dumoulin, Chopin, Tournet, Tronçon, Pontanus & Coquille
 tenoient l'affirmative. Mais, malgré ces respectables autorités, cette opinio n'a
 plus de partisans. De Ruffon (2), ch. 1, sect. 8, n^o. 3 & 4; Le Brun, *ubi supr.*
 n^o. 16; & Ferriere, à l'endroit indiqué, qui cite Auzannet & Duplessis, établissent
 qu'en collatérale, les donations entre vifs & testamentaires, *etiam succesuro*, sont
 des acquêts; & rapportent grand nombre d'arrêts qui l'ont décidé. Ferriere établit
 même, n^o. 14, que si un collatéral donne à son héritier présomptif un immeuble,
 à la charge qu'il lui sera propre de ligne, cette clause le rend bien *propre de com-
 munauté*, mais non pas *propre de succession*; parce qu'il ne dépend pas des parti-
 culiers de donner telles qualités qu'ils veulent à leurs biens, & par ce moyen
 détruire l'ordre des successions, qui ne doit dépendre que de la loi ». Il rapporte
 cependant au nombre suivant, & paroît adopter la décision de Le Brun, *ubi supr.*
 n^o. 36, que cette clause, dans une donation faite par un collatéral à son héritier
 présomptif, ou autre dans son contrat de mariage, rendroit le bien donné propre
 de succession au donataire; ce que je crois véritable. Voy. tom. 1er. pag. 346 &
 suivantes. Je pense aussi que le donateur peut assurer le bien donné à la ligne pa-
 ternelle ou maternelle du donataire, en le grevant de substitution en faveur de
 cette ligne.

39.
Coutumes où la
donation à l'hé-
ritier présomp-
tif fait des pro-
pres.

Le même Le Brun, n^o 16, remarque qu'il y a des coutumes qui singularisent sur
 ce sujet: en particulier, celles de Laon ou de Vermandois, du Maine, de Bourbon-

(1) Voy. ci après n. 39 & 43.

(2) La succession ascendante étant plus contraire à l'ordre de la nature que la succession col-
 latérale, il est surprenant que cet auteur en avouant que la donation en collatérale des biens
 dont le donataire auroit hérité, ne fait pas des propres, ait pu penser qu'elle en faisoit en ligne
 ascendante, si l'ascendant étoit habile à succéder aux biens à lui donnés.

mois & de Poitou. La première, art. 112, rend propre l'héritage *donné par celui auquel le donataire doit succéder*. Quelque indéfinie que soit cette disposition, La Fons, sur cet art. n°. 12, dit que si un héritage est donné » en ligne collatérale, il est propre pour la part seulement qui fût échue par succession au donataire, cessant le » don : *quia quod ultra est, ex mera liberalitate est, non ex natura aut legis debito* ». Buridan, sur cet article, remarque que cette limitation est tirée de l'art. 117 de la coutume de Châlons ; & que, quoiqu'il ne dise pas expressément qu'on doit la suivre dans celle de Vermandois, il paroît l'approuver ; parce que ce qui excède la portion de la succession qui seroit échue au donataire » ne lui pouvant avenir par droit héréditaire, *non potest videri donator dedisse successuro* ». Saligny, sur l'art. 116 de la coutume de Vitry, qui semble mettre au nombre des propres tous héritages donnés ou légués à l'héritier présomptif, dit que les arrêts ont apporté beaucoup de distinctions : & il pense que les donations des » collatéraux sont acquêts : excepté » celle de l'ancien propre, entre les héritiers que le legs fait à l'héritier présomptif, » égalant simplement sa contingente, n'entre point en communauté » : en sorte qu'il paroît penser que le legs doit y entrer pour celui excédé la portion héréditaire du légataire. Il ajoute même » que le profit de la donation mutuelle entre freres, soit » d'ancien ou de naissant, demeure acquêt au survivant, & entre les héritiers ; & » que la veuve du donataire prend sa moitié dans le propre donné par le frere à » son mari pendant la communauté ». Mais toutes vraies que soient ailleurs ces dernières assertions, je ne crois pas qu'il soit possible de les concilier avec le texte de la coutume de Vitry.

Je conviens cependant qu'on doit restreindre les coutumes qui donnent la qualité de propre aux dons & legs faits en collatérale, *successuro* ; par la raison qu'elles sont exorbitantes du droit commun ; suivant lequel ces dons & legs sont des acquêts, encore qu'ils n'excèdent pas ce dont le légataire ou le donataire auroient *amandé* dans la succession *ab intestat*. Je suis d'ailleurs frappé de la réflexion de Buridan, que tout ce qui est donné, ou légué au-delà de la portion héréditaire, ne peut plus être regardé comme donné *successuro*. Ainsi l'art. 29 de la coutume de Verdun, qui exclut du nombre des acquêts *les biens donnés ou légués... par celui auquel le donataire doit succéder* ; & l'art. 32 de la coutume de Sedan, qui répute *propres & naissans les héritages, ou droits immeubles donnés par dispositions entre vifs, ou pour cause de mort, par... collatéraux, auxquels lesdits donataires ou légataires pourroient succéder ab intestat, lors du contrat, quant aux contrats faits entre vifs ; ou à l'heure de la mort, quant aux testamens ou donations à cause de mort* (1), peuvent, selon moi,

TIT. V.
Observ. 130.

40.
Comment on
les interprète
& les limite.

41.
Ces limitations
ont lieu à Ver-
dun & à Sedan.

(1) Ce qui est dit dans cette coutume du tems auquel on doit s'attacher pour regarder les donations entre vifs, & les legs comme faits à l'héritier, me paroît devoir être adopté dans toutes celles qui rendent propres les biens qui lui sont donnés, ou légués.

TIT. V.
Observ. 13e.

être bornés à la valeur de la portion qui seroit échue *ab intestat* au donataire ou légataire ; en sorte que ce qui excède leur tienne nature d'acquêt.

Peut-être pourroit-on aussi limiter la disposition de ces coutumes aux biens qui étoient propres au donateur, ou testateur, comme le veut Saligny. Mais j'y trouve plus de difficulté, parce que les acquêts d'un défunt deviennent propres quand ils tombent en succession, & que ces coutumes égalent les dons & legs à l'échûte en succession, quand ils sont faits à l'héritier présomptif.

42.
Toutes dona-
tions aux des-
cendans sont
des propres.

Mais à l'exception des coutumes qui singularisent sur ce point, il n'y a de donations entre vifs & testamentaires qui fassent des propres, que celles qui sont faites en directe descendante. Celles-ci ne présentent aucune difficulté. Tout immeuble donné à un descendant, soit entre vifs, ou par testament, est propre au donataire, même lorsqu'il renonce à la succession du donateur. *De Renusson, ch. 1, sect. 6, n. 1* ; même quand la donation est faite par un aïeul à son petit-fils, dont le pere est vivant : *Le Brun, liv. 2, ch. 1, sect. 1, n. 28* ; même quand il seroit dit dans l'acte que le bien donné tiendrait nature d'acquêt au donataire ; car cette clause n'auroit d'autre effet que de faire entrer le bien donné dans la communauté, si le donataire étoit marié, & ne pourroit empêcher qu'il ne fut propre de succession, par la même raison qui empêche que dans le cas où les donations sont des acquêts, le donateur ne puisse rendre les biens donnés propres de succession au donataire. (Voyez ci-devant n. 38) : sçavoir que, comme il a été dit plusieurs fois, l'ordre des successions ne dépend que de la loi ; qu'on ne peut l'intervertir, ni, par conséquent ôter aux immeubles leur véritable nature, en leur donnant des qualifications contraires. C'est pourquoi j'ai dit, tom. 1, pag. 368, que les biens de tréfonds, donnés à un enfant par ses pere & mere, conservent nécessairement cette qualité de tréfonds dans la personne de l'enfant : & *ibid.* pag. 264 & 265, que le propriétaire d'un bien de tréfonds, qui ne peut pas en faire la gagiere, ne peut pas plus en faire la gagiere de son héritier.

43.
Rente en paie-
ment de la dot
est acquêt.

Cependant si le pere a promis une somme en dot à sa fille, & que pour s'en acquitter, il lui constitue une rente sur lui-même, cette rente, dans les coutumes d'où les rentes sont immeubles, sera acquêt dans la personne de la fille. *De Renusson, ibid. n. 6* ; *Le Brun, ibid. n. 33* ; *Ferriere, sur l'art. 326, gl. 1, § 3, n. 18* ; parce que la fille est la première personne de la famille qui ait possédé cet immeuble. A quoi on peut ajouter que la conversion d'une créance exigible en un contrat de constitution, est un paiement qui éteint l'obligation originaire, & même l'hypothèque, si elle n'est pas expressément réservée. Ainsi quand un pere crée sur lui-même une rente en paiement de la dot qu'il a promise à sa fille, c'est la même chose que si le gendre, après avoir reçu la somme de son beau-pere, la lui prêteoit à titre de constitution. C'est donc la somme qui a été donnée en avancement d'hoirie, & par anticipation de succession, & non la rente, qui est au contraire un

conquêt de la communauté : en forte que si à Metz elle n'étoit pas acceptée pour gagiere, elle seroit fonds.

Il sembleroit qu'on doit aussi regarder comme acquêt l'héritage, ou la rente que le pere achete au nom de sa fille. Cependant c'est un propre. Le Brun, *ibid.* n^o. 34. La différence est que, dans ce dernier cas, le pere n'a pas donné l'argent, mais la chose acquise, & que l'immeuble ou la rente viennent immédiatement de lui. Il en étoit donc propriétaire; car on ne peut donner que ce qu'on possède proprement. Bien plus, si un pere instituant son fils aîné son principal héritier, léguoit à son cadet un bien appartenant proprement à l'aîné, & oppoisoit pour condition à l'institution, qu'il abandonneroit à son frere ce bien, comme provenant du pere, & tenant lieu au cadet de sa part héréditaire, seroit, dans sa personne, un propre paternel. Voy. ci-après nombre 55.

Le Brun, *ibid.* n^o. 29, & De Renuffon, aussi *ibid.* n^o. 7, tiennent également que, si le pere ou ses héritiers donnent un fonds en paiement de la dot qu'il a promise, ce fonds est propre. Cela est certain dans le cas dont parle après Dumoulin, Ferrière, *ibid.* §. 2, n^o. 7: savoir, quand le pere a promis la dot *en deniers ou héritages*; car le dotateur qui avoit le choix ne devoit que des héritages; & s'il le vouloit, la dot ne devoit consister qu'en héritages. Or, les héritages donnés ou promis en dot, sont incontestablement des propres. Mais si on étendoit la décision de ces auteurs jusqu'au cas où il n'avoit été constitué en dot qu'une certaine somme, & où, faute de pouvoir ou de vouloir la payer en comptant, on a donné des immeubles en paiement, elle ne paroîtroit pas trop d'accord avec ce qui a été dit de la rente qu'un pere crée sur lui-même pour s'acquitter de la dot promise à sa fille: du moins la différence des deux cas ne consisteroit qu'en ce que dans l'un, la fille est la premiere personne de la famille qui ait possédé la rente, & que dans l'autre les immeubles ont appartenus au pere. Mais ne doit-on pas faire une réflexion plus décisive lorsque la dot a été constituée en argent sans parler d'héritages, & qu'au lieu de la somme, on donne des immeubles en paiement, le gendre & la fille ne les acceptent que parce qu'ils le veulent bien ainsi: car, *aliud pro alio, invito creditori solvi non potest. L. 2, §. 1, ff. de r. b. cred.* Il se fait donc alors une nouvelle convention, & quelle est-elle, sinon une vente des immeubles, dont le prix est la somme dûe par le vendeur, à qui l'enfant doté en donne quittance? Or tout héritage vendu, même par un pere à son fils, ne me paroît avoir d'autre qualité dans la personne du fils que celle d'acquêt; c'est pourquoi j'ai dit, ci-devant pag. 265 & suiv. que si un pere qui a promis une dot en argent à sa fille, lui abandonne ensuite un immeuble pour s'acquitter, la fille peut acquérir cet immeuble à titre de gagiere. J'espère qu'on n'oubliera pas ce que j'avois promis de ne plus répéter, que nulle part je n'entends décider, mais seulement proposer mes doutes & mes opinions.

Le Brun, toujours dans son traité des successions, liv. 4, chap. 1, n. 33, estime

TIT. V.
Observ. 136.

44.
Le bien acquis par le pere au nom de sa fille est propre.

45.
En quels cas les fonds donnés en paiement de la dot sont propres.

46.
Si la licitation rend propre le total de l'héritage.

que la licitation d'un immeuble entre cohéritiers fait un propre de succession pour le total de l'héritage; & se fonde, entre autres choses, sur un arrêt du 23 Juin 1660, rapporté au 2e. du journ. des audiences, liv. 3, qui cependant a jugé tout au contraire, que deux maisons à Paris dépendantes de la succession de M. Guerin, maître des comptes de Normandie, qui avoit laissé trois enfans, ayant été adjudgées par licitation à M. Guerin, conseiller en la cour des aides de Paris, l'un d'eux, n'étoient propres dans la succession de ce dernier que pour un tiers: ce qui, après deux requêtes civiles entérinées, a été définitivement jugé de même au grand conseil.

Aussi Le Brun est-il abandonné en ce point par Ferriere qui, *ibid.* §. 3, n. 11, dit que si une terre considérable adjudgée par licitation à l'un des héritiers qui n'auroit qu'un sixieme dans la succession, étoit réputée propre pour le tout. » Ce seroit » donner facilement la qualité de propre à des biens qui ne pourroient, & ne devroient passer que pour acquêts; car enfin, ajoute-t-il, hors la portion qui lui est échue en qualité d'héritier, toutes les autres portions ne sont pas de véritables acquisitions qu'il a faites de ses deniers? » Mais Ferriere, comme on va le voir, n'étoit pas plus ferme dans ses idées sur cette question que sur celle dont j'ai parlé ci-devant n. 38.

Ni l'opinion de Le Brun, ni l'arrêt de 1660 n'ont été goûtés par De Renusson. Il veut, *ibid.* sect. 5, n. 15, qu'on fasse une masse des biens qui composent la succession, y compris ce que le défunt a donné en avancement d'hoirie, & qu'on examine si l'immeuble adjudgé par licitation à l'un des héritiers, & les autres immeubles à lui échus par le partage, excèdent la portion qui lui venoit dans l'hérédité, pour réputer acquêt l'excédent s'il y en a, & propre ce qui dans l'héritage licité étoit nécessaire pour former, & compléter la portion héréditaire de l'adjudicataire. Ce tempéramment suggéré par la raison, & conforme à l'équité, n'est cependant adopté qu'en partie par Ferriere sur l'art. 93, §. 1, n. 6. Là il veut contre ce que nous venons de lui entendre dire, que l'héritage licité soit propre pour le tout, même pour ce qui excède la portion héréditaire de celui à qui il a été adjudgé; mais que cet excédant ne passe à l'héritier des propres de cet adjudicataire qu'en remboursant à celui des acquêts ce que le défunt a payé à ses cohéritiers pour avoir le total de l'héritage.

Le parlement de Metz n'a point adopté cette idée. La question étoit née dans la coutume de Metz. François Ory avoit eu de sa première femme une fille mariée à François Guernier. Devenu veuf, il avoit épousé Anne du Cornet, dont il avoit eu un enfant. Pendant ce second mariage il avoit recueilli la succession de son pere, conjointement avec ses freres & sœurs. Elle consistoit, outre les meubles, dans quelques tréfonds, dont la licitation ayant été poursuivie, il s'en étoit rendu adjudicataire avec la clause de gagiere. Après sa mort, François Guernier aux droits de sa femme, prétendit que ces biens lui appartenoient en totalité comme anciens tré-

fonds, que la coutume destine aux enfans du premier lit, à l'exclusion de ceux du second. Anne du Cornet, tant en son nom que comme tutrice de l'enfant du second lit, soutint au contraire qu'il n'y avoit d'ancien que la portion obvenue à son mari de la succession de son pere, & que les autres portions dont il s'étoit rendu adjudicataire étoient acquêts de gagiere. Jugé par sentence du bailliage du 18 Juillet 1737, confirmé par arrêt du 12 Septembre 1738, qu'il n'y avoit d'ancien & de tréfonds que la portion obvenue à François Orý à titre successif.

C'est à quoi je pense qu'on doit s'en tenir, non-seulement dans la coutume de Metz, mais aussi dans toutes les autres du ressort, à l'exception de celle de Verdun, dont les réformateurs, adoptent l'opinion de Le Brun, (j'ajouterois & de Ferrière, s'il l'eut proposée avec plus d'uniformité) on écrit dans l'art. 37 *ce qui est acquis par l'un des cohéritiers à titre de licitation lui est propre pour le tout.*

Mais ce ne doit être, selon moi, qu'à la condition que nous venons devoir être imposée par Ferrière sur l'art. 93, de rembourser par l'héritier des propres à celui qui a droit aux acquêts, ce que le défunt a payé à ses cohéritiers pour devenir propriétaire de leurs portions. Je me fonde sur ce que, par l'art. 30 de cette coutume, l'héritage échangé avec soulte, est *acquis jusqu'à concurrence de la soulte*, & que par l'art. 31, l'héritage acquis dans la ligne, par licitation, ou par échange avec soulte... *doit appartenir à l'héritier des propres... en rendant toutefois dans l'an & jour du décès, à l'héritier des acquêts, le prix dudit héritage, ou le montant de la soulte.*

Dans les autres coutumes le contrat d'échange fait un acquêt jusqu'à concurrence; Metz, tit. 5, art. 6, sans aucune affectation à la ligne de la partie correspondante à la soulte, même aux offres de rembourser, quoique le surplus de l'héritage devienne propre, ou ancien: & je crois qu'il en est de même du partage avec soulte: le motif qui a fait décider que la soulte faisoit un acquêt, n'étant pas moins puissant en cas de partage, qu'en cas d'échange. Mais en succession cela n'a lieu qu'au cas que l'héritier ait payé la soulte de ses propres deniers; car quand il l'acquitte des effets ou des deniers de la succession, il est vrai de dire que l'immeuble lui provient pour le tout de l'hérédité: *De Renuffon, ibid. sect. 5 à la fin du n. 8. Voy. ci-devant pag. 271, n. 40.*

Suivant le même art. 31 de la coutume de Verdun, le retrait lignager fait aussi des propres. Voy. ci-devant, n. 25. Mais cette règle étant tirée de l'art. 139 de la coutume de Paris, je crois qu'à Verdun & ailleurs, l'héritage acquis à ce titre n'est propre que: 1°. à l'effet de pouvoir être retiré une seconde fois, s'il est vendu par celui qui l'a retiré la première. 2°. Dans la succession *ab intestat*, & qu'on ne doit jamais étendre jusqu'aux héritages acquis par retrait, la prohibition de tester d'une certaine portion des propres portée par les coutumes, & en particulier par l'art. 114, de la coutume de Verdun. La question est cependant controversée;

TIT. V.
Observ. 130.

47.
Quid à Verdun?

48.
La soulte fait
ailleurs de purs
acquêts en
échange & en
partage.

49.
Pourvu que
l'héritier la paie
de ses deniers.

50.
A quel effet le
retrait fait des
propres.

TIT. V.
Oblerv. 139.

même dans la coutume de Paris. Voyez Ferriere sur l'art. 139, gl. 1, n. 7 & 8; son avis est conforme à ce que je viens de dire; & il avoit déjà déterminé de même sur l'art. 126, gl. 1, §. 3, n. 20 & 21. C'est, ce me semble, ce qu'on doit suivre dans les coutumes qui n'en disposent pas.

37.
L'accroissement
fait des propres.

Le Brun dit, *ubi sup. n. 17*, que l'accroissement fait des propres en directe, & non en collatérale. Distinction dont j'avoue que je ne devine pas le fondement; car, que ce soit un pere qui ait laissé deux fils, ou un oncle qui ait laissé deux neveux: si l'aîné s'abstient de la succession, le cadet à qui la part de son frere accroît, la prend dans l'une & dans l'autre succession à titre successif, & en qualité d'héritier, ainsi, & de même que la part qui lui étoit personnellement dévolue, & si on dit que la renonciation de l'aîné peut être considérée comme une donation qu'il fait à son cadet, je réponds que la renonciation ne participe pas plus de la donation, quand elle est faite à la succession de l'oncle, que quand elle est faite à la succession du pere; & qu'ainsi, si on la considéroit comme faisant des acquêts dans un cas, elle devoit en faire dans l'autre; puisque dans tous deux le renonçant seroit le donateur, & par conséquent que dans tous deux la donation seroit faite par un collatéral. C'est pourquoi plutôt que de distinguer les deux cas comme Le Brun, j'aurois mieux dire comme Ferriere, sur l'art. 326, gl. 1, §. 3, n. 16, que l'accroissement ne fait des propres, ni en directe, ni en collatérale (1). Mais pour que l'aîné donnât sa part de la succession, il faudroit qu'il commençât par prendre la qualité d'héritier; & lorsqu'il ne s'abstient, ou ne renonce que pour ne pas l'être, je crois qu'une renonciation pure & simple à une succession, soit directe, ou collatérale, ne peut être mise au rang des donations, & que par conséquent dans tous les cas, l'accroissement fait des propres.

32.
Bâtimens sur
propre & allu-
vion sont pro-
pres.

Ce que Le Brun ajoute, n. 80 & suiv., que le bâtiment fait sur le propre est propre, sans qu'il en soit dû récompense à l'héritier des acquêts, n. 84; que ce qui augmente le propre par alluvion est propre; & n. 85, que les confiscations, deshérences, &c. sont des acquêts, me paroît sans difficulté. Ainsi je me contenterai de renvoyer à ce qu'il en dit, aussi bien que sur la réunion du fief servant au fief dominant, événement trop rare chez nous pour nous y arrêter.

33.
Confiscations,
deshérences
sont acquêts.

34.
Ainsi que la
rente constituée
en vente de pré-
pre.

J'adopte aussi ce que dit Ferriere sur l'art. 326, §. 3, n. 13, que la rente constituée pour le prix du propre vendu n'est qu'un acquêt. Il se fait alors deux conventions: l'une par laquelle le propre est vendu moyennant un certain prix; l'autre par laquelle la somme est prêtée à titre de constitution. Ainsi c'est la même

(1) Ce n'est pourtant, ce me semble, qu'un jeu de mots; car Ferriere tient, ce qui est vrai, que la renonciation ne donnant rien à celui qui accepte, parce qu'il prend la totalité de l'immeuble en vertu de son droit personnel à la succession, cet immeuble lui est propre pour le tout. Ainsi je crois, qu'aux mots près, sa décision est conforme à mon opinion.

chose que si le prix du propre eut été payé par l'acquereur au vendeur, & ensuite employé par le dernier à acquérir une rente sur l'autre. Lorsqu'un même acte contient plusieurs stipulations, il est de principe qu'elles forment autant de conventions, distinctes *tot stipulationes tot contractus*. Ce qui établit la différence de cette espèce, & de celle d'un contrat où un immeuble est changé contre une rente, qui ne contient qu'une seule & unique convention.

Si dans un partage de succession on donne à l'un des cohéritiers, au lieu des propres de sa ligne, des acquêts, ou des propres de l'autre ligne, ou même des immeubles qui ne soient pas de la succession, ces immeubles mis dans son lot deviennent par la subrogation des propres de la ligne pour laquelle ils lui ont été donnés. *Le Brun, ibid. n. 70 & suiv.* Mais, comme le dit Ferrière, qui est de même avis, *ubi sup. §. 2, sect. 3, n. 26*, il faut pour que la subrogation ait lieu, que les immeubles donnés tiennent la place des propres existans dans la succession, & qu'auroit dû avoir celui à qui ces autres immeubles ont été donnés. S'il n'y avoit que des meubles, les immeubles donnés pour les remplacer, ne représenteroient plus un propre. Si même ces immeubles sont donnés pour tenir lieu tant des propres que des effets mobiliers, il n'y a échange d'immeubles, & subrogation que pour la partie correspondante au propre.

L'opinion commune est qu'on doit mettre au nombre des propres d'un défunt l'héritage dont il a achevé la prescription commencée par son auteur. *De Renuffon, ch. 1, sect. 13, n. 5, Le Brun, ibid. n. 15*; ce qui est sans difficulté.

Ils établissent aussi tous les trois, aux mêmes endroits; *De Renuffon, n. 3 & suiv. Ferrière, §. 2, n. 2 & suiv. Le Brun, n. 2 & 3*, que quand on ignore d'où provient un héritage, & s'il est propre, ou acquêt, il doit être présumé acquêt, & même conquis de communauté. Ils en donnent pour raison que nous naissons dénués de tout, & que les immeubles sont acquêts avant d'être propres: d'où ils concluent que la qualité d'acquêt est naturelle aux immeubles, & que celle de propre leur est accidentelle. *Tiraqueau* qui veut, au contraire, que dans le doute l'héritage soit censé propre, dit cependant, *de retractu, §. 32, n. 92, magis presumitur id quod naturale est; cujusmodi est quod ex successione primogenitorum accepimus, quam quod accidentale*. Ainsi c'est la qualité de propre qui lui paroît naturelle, & celle d'acquêt qu'il regarde comme accidentelle, & en effet, *si nudi nascimur*, nous avons tous un pere, & une mere dont il est naturel que nous héritions; & bien plus naturel qu'il ne l'est que la fortune nous mette par ses faveurs en état d'augmenter nos biens par des acquisitions. D'ailleurs il me semble qu'on devroit, dans le doute, donner aux immeubles la qualité qui convient au plus grand nombre. Or, on trouve ordinairement dans les successions beaucoup plus de propres que d'acquêts: & quoiqu'il y en ait quelques-unes, où il se trouve plus d'acquêts que de propres, ce sont sans contredit les moins nombreuses (1), mais la raison qui décide, à mon sens, c'est qu'on

(1) Adde, Canon sur l'art. 10 de la coutume de Lorraine,

Tit. V.
Observ. 136.

55.
Ce qui est donné en partage, au lieu des propres est propre.

56.
Quand le bien prescrit est propre.

57.
Dans le doute l'héritage est censé acquêt, tant en communauté qu'en succession & en retrait.

378 DE LA DISTINCTION DES PROPRES, &c.

regarderoit inutilement un immeuble dont la mouvance est inconnue, comme propre de communauté. Il resteroit à décider à qui des deux conjoints ce propre appartenoit ; & comme il n'y auroit pas plus de preuves en faveur de l'un que de l'autre, il faudroit le partager entre le survivant & les héritiers du prédécédé, comme un conquêt ; qu'on lui attribueroit aussi inutilement la qualité de propres de succession, parce qu'il ne pourroit être décidé ni paternel, ni maternel, & qu'ainsi les lignes y auroient toutes un droit égal : enfin qu'en cas de vente, personne ne feroit en droit d'en exercer le retrait, qui ne s'accorde qu'à celui qui prouve que le bien vendu est de sa ligne. Ainsi la qualité de propre n'opéreroit rien en aucun cas. Voyez ce que j'ai dit des prétendus propres qui ne sont d'aucune lignes, ci-dessus, n. 34 & suiv.



TITRE SIXIEME.

TIT. VI.
Observ. IRE.

Des Donations entre vifs, des Dons mutuels & des Démissions.

OBSERVATION PREMIERE.

De l'Essence des Donations, & de leurs diverses Especes.

LES donations sont des titres lucratifs, dont l'affection de celui qui donne pour celui à qui il donne, est l'unique, ou du moins le principal motif. C'est ce qui distingue la donation de tous les autres contrats par lesquels les biens & les droits peuvent passer d'une personne à une autre.

1.
En quoi la donation differe des autres contrats.

Dans ces autres contrats, celui qui se prive de la propriété ou de la jouissance de ce qui lui appartenoit en fixe le prix, & stipule qu'on lui en donnera la valeur, soit en argent ou autrement. Mais la donation dépouille le donateur ou ses héritiers, sans qu'ils reçoivent aucune indemnité de ce qu'ils perdent.

J'ai dit, le donateur ou ses héritiers; car on peut donner en sorte que celui à qui on donne acquiere un droit actuel sur la chose donnée; & alors le donateur se dépouille lui-même; ou donner en sorte que tout l'effet de la donation demeure en suspens, jusqu'au décès de celui qui donne, lequel en ces cas ne dépouille que ses héritiers.

2.
Deux manieres de donner.

Si donc l'acte qui contient la donation ne transfere actuellement aucun droit ni de propriété, ni de jouissance à celui au profit duquel elle est faite sur aucun des biens du donateur en particulier; si cet acte n'a pour objet que ce qui sera délaissé en mourant par le donateur; s'il n'est pas un titre qui puisse être réclamé par le donataire, tant que son bienfaiteur vit, la donation est à cause de mort.

3.
A cause de mort.

Mais si l'acte a un effet présent & un objet certain; si les biens donnés sont spécialement désignés: si au moment de la passation du contrat, celui qui est gratifié acquiert sur ces biens un droit actuel, la donation est entre vifs.

4.
Entre vifs.

Ce droit actuel qui constitue la donation entre vifs, peut être ou de la pleine & absolue propriété, avec le droit de jouir à l'instant de la chose donnée, ou seulement le droit de jouir pendant un tems plus ou moins long, soit fixe, soit dépendant de quelque événement, mais sans aucun trait à la propriété; ou enfin cette simple &

5.
Quel est le droit actuel qui constitue la donation entre vifs.

TIT. VI.
Oblerv. III.

nue propriété acquise au moment de l'acte, mais séparée de l'usufruit pour un tems déterminé, ou incertain, & sans aucun droit de jouir actuellement, soit que le donateur se réserve à lui-même cette jouissance, ou qu'il la destine à quelque autre. Les donations sont susceptibles de modifications, de restrictions, de conditions qui en diminuent le bénéfice, ou qui le suspendent & le diffèrent, & qui n'empêchent pas qu'elles ne soient entre vifs; pourvu qu'à l'instant du contrat les choses données soient fixées & connues, & que le donataire acquiere sur elle un droit certain dont il soit actuellement saisi. Il y a pourtant quelques coutumes qui ne permettent pas que le donateur se réserve l'usufruit; mais dans toutes, un acte qui ne donne aucun droit actuel sur aucun bien connu, qui n'opérera qu'au décès du donateur, & dont l'effet dépendra de l'état où les choses se trouveront alors, ne peut être mis que dans la classe des donations à cause de mort.

6.
Pourquoi on a
douté de la na-
ture des dona-
tions.

Ces notions auroient, ce me semble, dû suffire pour distinguer tellement les donations entre vifs des donations à cause de mort, qu'on ne pût jamais douter dans laquelle de ces deux classes on devoit ranger un acte portant donation. Cependant il paroît assez souvent très-difficile d'en déterminer la nature. Comme toute donation entre vifs a un effet actuel, on en a conclu qu'elle faisoit le donataire d'un droit dont il ne pouvoit plus être dépouillé par son bienfaiteur; ce qui est ordinairement vrai: & par-là on s'est accoutumé à regarder l'irrévocabilité comme le caractère distinctif de la donation entre vifs; &, par une conséquence nécessaire, la révocabilité comme celui de la donation à cause de mort. De-là vient que des dispositions qui n'avoient aucun objet certain, ni connu, dont toute l'exécution dépendoit de l'état où la succession de celui qui avoit disposé se trouveroit, lors de son ouverture, qui n'assuroient au donataire ni tel, ni tel autre bien du donateur, qui, par conséquent, n'avoient ni ne pouvoient avoir aucun effet présent sur aucune de ses possessions en particulier (comme sont les institutions contractuelles, les promesses d'égalité, les désignations d'héritier principal, &c.) ont été mises par tant d'auteurs au nombre des donations entre vifs, par cela seul que, quoiqu'elles ne tombassent spécifiquement sur rien qu'on put désigner, & n'assurassent au donataire aucun des biens du donateur en particulier, cependant en général, & en ne considérant que l'acte en lui-même, il ne pouvoit être révoqué, & qu'ils n'ont pas cru qu'une donation à cause de mort pût être irrévocable.

7.
Si une donation
à cause de mort
peut être irré-
vocable.

Je crois cependant incontestable que l'irrévocabilité d'une donation n'empêche pas qu'elle ne puisse être à cause de mort: *Sic quoque donari potest mortis causa, ut nullo casu sit ejus repetitio. L. 13, §. 1, ff. de mort. caus. donat.* Je fais bien que ce n'est pas le sentiment de Ricard, qui, traité des donat. part. 1, ch. 2, n°. 21, veut que le jurisconsulte se soit expliqué improprement dans cette loi, & qu'il ait confondu la substance de la donation avec la dénomination que les parties lui avoient donnée. Mais quoique cet auteur soit du nombre de ceux qui, *ut rationem nullam afferrent, ipsâ autoritate nos frangerent*, il me paroît bien difficile d'admet-

tre que, non-seulement le jurisconsulte des écrits duquel la loi a été tirée, se soit expliqué d'une manière si impropre, que la doctrine qu'il paroît enseigner soit fautive & erronée; mais que les compilateurs du digeste aient adopté une proposition à laquelle on ne pouvoit donner qu'un sens faux, & que Justinien ait érigé l'erreur en loi.

D'ailleurs si, comme le veut Ricard, l'essence de la donation entre vifs consiste dans l'irrévocabilité de l'acte qui la contient, si c'est par ce seul caractère qu'elle est distinguée de la donation à cause de mort, il faudra, ce me semble, non pas, comme le veut ce respectable auteur, faire participer nos institutions contractuelles à la nature de la donation entre vifs, & de la donation à cause de mort tout ensemble. (Voy. *ibid.* ch. 4, sect. 2, dist. 2, n. 1072), mais les mettre absolument au nombre des donations entre vifs, puisqu'elles en auront & le caractère distinctif, & toute l'essence. Cependant cette opinion, qui a été autrefois adoptée par de célèbres jurisconsultes, n'a presque plus aujourd'hui de défenseurs. On tient communément avec De Laurière, *traité des inst. contract.* tom. 1, ch. 2, n. 21, que ces jurisconsultes » se sont certainement trompés, non-seulement quand ils ont dit que l'institution contractuelle est une donation entre vifs; mais encore quand ils se sont bornés à dire qu'elle tient quelque chose de la donation à cause de mort, & que Coquille est celui qui a trouvé le vrai principe, en faisant voir que la convenance de succéder, ou l'institution contractuelle, est en effet un testament, en ajoutant cette condition, qu'il n'est pas révocable. Il est seulement vrai que, comme je l'expliquerai dans la suite, les donations entre vifs sont naturellement irrévocables. Mais l'irrévocabilité n'en constitue pas tellement l'essence que, pour qu'une donation soit entre vifs, il ne soit pas encore nécessaire qu'elle ait un objet certain, & si bien déterminé à l'instant même du contrat, qu'il ne dépende plus du donateur d'en rien retrancher, ni d'ôter, de quelque manière que ce soit, la moindre partie des choses données, qui, par conséquent, doivent être fixes, certaines & connues. Ainsi donner ce qu'on laissera en mourant, c'est donner à cause de mort; & quoiqu'on ne puisse révoquer cette donation, elle n'en conserve pas moins la nature des dispositions testamentaires (1). Mais une donation qui contient des biens présents, actuellement transférés au donataire, & que le donateur n'est plus le maître de lui ôter par le seul changement de sa volonté, est une donation entre vifs: ce seront ces donations qui feront la matière de ce titre.

Il y en a de plusieurs espèces. Lorsque le donateur se dépouille de ce qui lui appartient gratuitement, sans aucune indemnité, & sans autre motif que de satisfaire sa bienveillance pour le donataire, & d'exercer envers lui sa libéralité, l'acte contient une donation proprement dite, pure & sans mélange d'aucun autre contrat.

Tit. VI.
Observ. Ires.

8.
Quelle est la nature des institutions contractuelles?

9.
Donations pures.

(1) Voy. ci-après n.º 21.

TIT. VI.
Oblerv. 222.

Dat aliquis eâ mente ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti; & propter nullam aliam causam facit quàm ut liberalitatem & munificentiam exerceat: hæc propriè donatio appellatur. L. 1, ff. de donat.

10.
Conditionnel-
les.

11.
A charge.

12.
Rémunératoi-
res.

13.
Résolubles en
certains cas.

On met cependant au rang des donations celles qui sont faites sous une condition dont l'événement seul peut leur donner effet ; celles qui obligent le donataire à délivrer, à faire, ou à souffrir quelque chose en faveur du donateur, ou de ceux au profit desquels il stipule ; celles qui sont faites pour récompenses de services, & qui sont moins dictées par un motif de libéralité, que par un esprit de justice ; & enfin celles qui doivent demeurer résolues & sans effet, si certain événement arrive : pourvu que, dans toutes ces espèces, il ne laisse pas d'y avoir, de la part du donateur, un dessein de faire du bien au donataire, & un avantage réel pour celui-ci qui suppose visiblement les charges qui lui sont imposées, ou les services par lui rendus. Je regarde même comme une donation pure & proprement dite, celle où il est convenu que le bien donné retournera au donateur, en cas que le donataire meure avant lui sans enfans. Mais toutes les autres dispositions conditionnelles, onéreuses ou rémunératoires, sont improprement appelées donations (1) ; parce qu'elles ne procèdent pas *ex merâ donantis liberalitate* ; & qu'elles participent plus ou moins de la vente, de l'échange, ou de quelque autre contrat.

14.
Universelles,
particulières.

15.
Générales.

16.
De quotité.

17.
Quelles dona-
tions universel-
les sont favo-
rables ?

Les donations sont ou universelles, ou particulières. Celles-ci n'ont pour objet que certains biens déterminés. Les autres comprennent en tout les biens du donateur, sans réserve ; ou certaine nature de bien en général ; ou une portion, comme la moitié, un tiers, &c. des uns ou des autres. Cependant quelques-uns distinguent ces dernières donations de celles qui n'exceptent rien. Buridan, sur l'art. 51 de la coutume de Vermandois, ne reconnoît pour universelle que la donation qui « comprend en gros toutes les espèces de biens rapportées à leur total... ; savoir est, tous les meubles, acquêts & conquêts, & les héritages de naissant. Si elle comprend ou tous les meubles seulement, ou tous les acquêts ou conquêts seuls, ou bien tous les héritages de naissant aussi à part, sans considérer les autres biens d'autre qualité ou nature », il ne la nomme plus universelle, mais *générale* ; & ajoute que « celle de quotité vaut autant à dire que de partie, & se reconnoît aux dispositions de moitié, du tiers, du quart, ou d'autre quotité des biens du donateur ». Mais ces distinctions n'ont pas été adoptées, & seroient de peu d'usage.

Les donations universelles sont peu favorables, excepté lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage, en faveur de ceux qui se marient, ou des enfans qui naîtront de leur mariage : excepté encore celles qui sont faites par une personne avancée en âge, au profit de tous ses enfans, ou, à défaut d'enfans, de ses parens les plus proches, sur-tout lorsqu'elles sont faites sans prédilection, & qu'on y observe l'ordre de

(1) Voy. tom. 1, pag. 259.

la nature & de la loi. On les nomme démissions; & j'en parlerai séparément dans l'observation 17.

TIT. VI.
Observ. 17e.

Ces démissions ne sont pas toujours dictées par la prudence : & à plus forte raison, on peut dire de toutes les autres donations entre vifs, universelles, qu'elles sont souvent condamnées par la droite raison. Il est peu sensé de se dépouiller avant la mort de tout ce qu'on possède; & il est rare que ceux qui se sont portés à ces libéralités indiscrettes soient long-tems sans faire éclater leur repentir. Ainsi, quoique ces donations soient valables en elles-mêmes, au moins quand elles se bornent aux biens présents; quoiqu'elles ne puissent être anéanties par le seul regret d'un donateur imprudent & inconstant, cependant, si lui ou ses héritiers naturels ont des moyens solides pour attaquer un acte qui les ruine, ou qui leur porte un préjudice notable, ils se font aisément écouter, & le juge saisit volontiers l'occasion d'annuler une disposition qui, par son imminence, porte avec elle la preuve qu'elle n'a pas été accompagnée de toute la réflexion qu'exigeoit son importance.

18.
Elles sont souvent indiscrettes.

Les plus dangereuses de ces dispositions inconsidérées sont celles qui paroissent dictées par de pieux motifs. Il n'est pas à craindre qu'une piété solide, fondée sur l'amour de Dieu & du prochain, fasse envisager comme une chose agréable à Dieu d'enrichir ses ministres, en dépouillant sa famille. Mais de tous tems, cette espece de dévotion qui ne prend sa source que dans une crainte servile des peines éternelles, a rendu les esprits foibles & bornés, faciles à persuader qu'ils assureroient leur salut, en faisant passer leurs biens à l'église, & à ceux qui la servent, sur-tout quand on ne leur a proposé que de déshériter leurs proches; & depuis long-tems aussi les législateurs ont senti la nécessité de prévenir & d'arrêter un abus si contraire au véritable esprit de la religion. Voy. ce que j'ai dit, tom. 1, pag. 164, n°. 22.

19.
De celles qui sont faites au profit de l'église.

Je ne veux pas conclure de-là que l'église soit incapable de toute disposition universelle. Ricard, des donat., part. 1, ch. 3, sect. 13, n. 609 & suivans, établit le contraire, même pour les communautés religieuses. Mais je crois que toute disposition, même particulière, doit être réprochée, lorsqu'elle est excessive & immodérée, & que pour décider les contestations que font naître ces donations prétendues pieuses, il faut s'attacher aux circonstances. Qui pourroit tolérer qu'un séculier ôtât à ses proches, par une dévotion aveugle, une fortune qu'il tient de ses ancêtres? Qui pourroit, au contraire, ne pas approuver qu'un curé, né sans patrimoine, destinât aux pauvres de sa paroisse la masse des épargnes qu'il a accumulées dans son bénéfice, & qu'il eût mieux fait de leur distribuer annuellement: sur-tout s'il ne s'agit que de choses mobilières? Quant aux donations d'immeubles, j'en dirai quelque chose à la fin de l'observation 3, n°. 22.

Les donations universelles sont encore facilement annullées lorsqu'elles sont faites au préjudice des enfans, à qui la nature & la loi semblent assurer les biens de leurs peres & meres: & la circonstance que les donataires sont les enfans de celui que

20.
De celles qui se font au préjudice des enfans.

Tit. VI.
Observ. 1re.

la donation dépouille, & qui s'en plaint, ne suffit pas pour la faire confirmer. C'est ce qui a été jugé au parlement de Metz par arrêt du 22 Juillet 1676, dont je ne rapporterai pas ici l'espece, parce qu'on pourra la voir dans mes extraits du recueil d'Ancillon, pag. 48 & 73.

21.
Les biens à venir ne peuvent être compris dans une donation entre vifs.

Je ne m'arrêterai pas à ces questions, autrefois problématiques, si dans une donation entre vifs, on peut comprendre des biens à venir (1), & si dans une donation de tous biens, généralement quelconques, ces biens à venir y sont compris (2). Elles ne peuvent plus faire de difficulté depuis l'ordonnance du mois de Février 1731, dont les art. 15 & 17 portent » qu'aucune donation entre vifs ne pourra » comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au donateur dans le tems de » la donation; à l'exception des donations faites par contrats de mariage en faveur » des conjoints, ou de leurs descendans; qui pourront comprendre tant les biens » à venir, que les biens présens, en tout ou en partie: auquel cas il sera au choix » du donataire de prendre les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès du » donateur, en payant toutes les dettes & charges, même celles qui seroient postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens qui existoient dans le tems » qu'elle aura été faite, en payant seulement les dettes & charges existantes audit » tems; & qui, au surplus, défendent de faire dorénavant aucune donation de biens » présens & à venir, si ce n'est dans le cas... marqué à peine de nullité desdites donations, même pour les biens présens. » : dispositions qui me paroissent bien propres à confirmer que les donations entre vifs de ce qu'on délaissera en mourant ne sont telles que de nom, & que ne pouvant valoir qu'en contrat de mariage, dont la faveur seule les rend irrévocables, ce sont dans la réalité de pures donations à cause de mort.

22.
Hors en contrat de mariage.

23.
Les rémunératoires sujettes aux mêmes règles que les autres.

Les art. 20 & 29 de cette ordonnance parlent nommément des donations rémunératoires, dont les autres articles ne font pas mention. Mais je ne les crois pas moins sujettes lorsqu'elles sont faites par contrats à toutes les règles des donations entre vifs, comme la publicité, l'acceptation, la tradition, &c., dont il n'y auroit, ce me semble, aucune raison de les dispenser: sauf au donataire, privé par le défaut de ces formalités, du bénéfice de la donation, à intenter son action pour raisons des services par lui rendus, s'ils sont de nature à lui en donner une.

24.
Singularité de la coutume de Sedan.

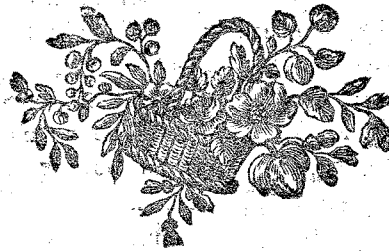
Par l'art. 115 de la coutume de Sedan, si celui à qui il a été fait une donation rémunératoire est du nombre des héritiers présomptifs du donateur en ligne directe, il est tenu de prouver les causes de la donation, au cas qu'il en soit requis par ses cohéritiers: preuve qu'on ne peut exiger d'un collatéral, ni d'un étranger. Cette différence qui paroît d'abord d'autant plus bizarre, qu'il est défendu par l'art. 128 d'avan-

(1) Voyez de Laitre sur l'art 7^o de la coutume de Chaumont, n. 24.

(2) Voy. Ferrière sur l'art. 272 de la coutume de Paris, gl. 2, n. 51.

tager un ou plusieurs de ses héritiers en général, & quels qu'ils soient, plus que les autres, est fondée sur ce que c'est sur-tout dans la ligne directe qu'il a paru nécessaire de conserver l'égalité. Ainsi, pour éviter les effets de la prédilection qui pourroit engager un donateur de partager très-inégalement ses descendans, la coutume n'a pas voulu qu'il en fût cru sur la réalité des services, dont il colore la donation qu'il fait à l'un-d'eux; quoiqu'entre collatéraux ou étrangers, on ajoute foi à son allégation sans autre preuve.

TIT. VI.
Observ. 126.



OBSERVATION II.

De ceux qui peuvent donner entre vifs, & des biens qui peuvent être la matière de ces Donations.

TIT. VI.
OBSERV. 2^e.

1^o.
Pour donner entre vifs il faut être *sui juris*.

TOUTES personnes jouissans de leurs droits, & hors la puissance d'autrui, peuvent donner entre vifs. Metz, tit. 7, art. 1; Lorraine, tit. 10, art. 1; Vermandois, art. 31; Perche, art. 93; Chauny, art. 12 & 49; Valois, art. 133; &c. » Pour pouvoir donner entre vifs il faut donc, suivant le droit commun, être *sui juris*, usant de ses droits, & maître de ses actions. Ainsi une femme mariée ne peut donner entre vifs sans être autorisée de son mari « (1). Delaitre sur l'art. 76 de la coutume de Chaumont, &c. Il en est de même des furieux, des imbéciles, & de tous les interdits, & même des enfans de famille. Canon sur l'art. 1 du tit. 10 de la coutume de Lorraine, n. 1 & suiv. &c. Par les loix romaines le fils de famille majeur, mais non émancipé, ne peut faire de donation entre vifs, s'il n'y est autorisé par son pere. *L. 2, in princip. 7, §. 2 & 9, §. 2, ff. de donat.* Sur quoi on peut demander si dans la coutume de St. Mihiel où la majorité n'émancipe pas, art. 16 & 19 du tit. 1, un enfant majeur, mais qui vit au pot & au feu de son pere, peut donner entre vifs? Je crois que non, parce qu'il est sous la puissance de son pere, & que, comme je viens de le dire, pour donner entre vifs il faut, suivant le droit commun, être jouissant de ses droits.

2^o.
Les mainmortables peuvent faire des donations entre vifs.

Plusieurs coutumes n'accordent le pouvoir de donner entre vifs qu'aux personnes franches. Bar, art. 168; Vitry, art. 112; Ribemont, art. 47; Ponthieu, art. 21; Clermont, art. 122, &c. D'où il paroîtroit nécessaire de conclure, que toutes donations entre vifs sont interdites aux serfs de main-morte. Mais le contraire est plus véritable. Saligny sur l'art. cité de la coutume de Vitry, *V^{bo} personnes franches*, dit que « cette qualité que le texte semble desirer par forme de condition, est superflue dans cet article auquel il s'agit de donation entre vifs qui sont permises aux personnes serves ». Il avoit déjà dit sur l'art. 103, que les hommes de corps, quoiqu'il meurent *ut servi, vivunt quasi ingenui*, & avoit ajouté après Pithou sur l'art. 6 de la coutume de Troyes, que, *donare inter vivos possunt: nam liberti patronum fraudare debitâ portione non videntur donatione inter vivos*. Ce qu'il établit, entre autres

(1) Ou par justice s'il y a des causes comme il s'agit de doter les enfans.

preuves, par la loi 9, ff. *si quid in fraud. patr.* dont les termes sont : *vivus libertus donare bene merentibus amicis potest.* C'est peut-être ce qui a engagé le Paige à ne pas appliquer aux serfs de main-morte l'article cité de la coutume de Bar, & à dire que » personnes franches en termes de droit, sont celles qui ne sont point en la » puissance d'autrui.. D'où il s'ensuit que la femme mariée, les enfans de famille, » ceux qui sont en tutelle, ou curatelle, ne peuvent valablement donner. A quoi il » ajoute qu'il en est de même des interdits par sentence.«

Cependant les serfs ne peuvent donner entre vifs les immeubles de main-morte qu'il ne leur est pas permis d'aliéner au préjudice du seigneur. Mais c'est à quoi il faut borner l'effet des coutumes qui semblent leur interdire toute donation entre vifs ; car pourquoi leur défendre de donner sans fraude ce qu'ils peuvent valablement aliéner ? Voyez Tolbert *de manu mortuâ* sur l'art. 14 du tit. 15 de la coutume de Franche-Comté, n. 4, & Dunod, de la main-morte, ch. 4 sect. 1, qui dit que » l'homme de main-morte peut donner entre vifs au préjudice de ses communiens ; mais non héritage de main-morte au préjudice du seigneur, sans le consentement duquel la coutume lui défend de l'aliéner & de l'hypothéquer. Décision qu'on doit appliquer aux main-mortables du ressort.

La donation entre vifs étant une aliénation gratuite, & contenant en tout, ou en partie une libéralité dont le donateur ne tire d'autre avantage que l'espérance, souvent trompeuse, de faire naître dans le cœur du donataire des sentimens de reconnaissance, il sembloit que ce contrat exigeoit encore plus que ceux de vente, d'échange, & autres où l'avantage est réciproque, & qui sont souvent nécessaires pour l'arrangement des affaires de celui qui contracte, cette parfaite maturité d'esprit qu'on est censé n'avoir que lorsqu'on a atteint la majorité, & qui est requise pour la validité des aliénations à titre onéreux, & même pour l'emprunt, & pour l'hypothèque, qui ont plutôt trait à l'aliénation, qu'ils ne sont de véritables aliénations.

Aussi plusieurs de nos coutumes attachent la capacité de donner entre vifs à l'âge de 25 ans. *Orléans, art. 275 ; Senlis, art. 210 ; Berry, tit. 7, art. 9, & dans le ressort, Sedan, art. 108, & Toul art. 43.* C'est le sens des articles 47 de la coutume de Ribemont, 63 ; de celle de Châlons, 143 ; de celle de Mantes, 122 ; de celle de Clermont & autres qui ne permettent de donner qu'à ceux qui sont âgés. C'est ainsi que de Laitre, sur l'art. 76 de la coutume de Chaumont, interprète ce mot *âgé* : & on ne peut l'entendre autrement.

Il est donc vrai, comme le dit Ricard, *des donat. part. 1, ch. 3, sect. 3, n. 157*, que » nos coutumes pour la plus grande partie semblables en ce point... à la dis- » position du droit écrit, ont établi l'âge de donner entre vifs à 25 ans, qui est le tems » de la majorité ; parce qu'en effet cette espèce de donation allant à dépouiller le » donateur de son vivant aussi bien que la vente & les autres aliénations, il ne » doit pas lui être permis d'user plutôt des uns que des autres.. De sorte qu'il n'y a » point de difficulté que dans les coutumes qui n'établissent point particulièrement

TIT. VI.
Observ. 26.

3.
Mais non de l'héritage de main morte.

4.
Coutumes où l'on n'est pas capable de donner avant d'être majeur.

5.
Elles sont fau- vies dans celles qui n'en par- lent pas.

Tit. VI.
Observ. 25.

» l'âge auquel on peut donner entre vifs, ou autrement aliéner, il ne le faille régler
» à 25 ans, puisqu'il est ainsi établi par le droit commun tant des Romains que de
» ce royaume «.

6.
A moins qu'elles
ne fixent un au-
tre âge pour
aliéner.

L'auteur parle des coutumes qui ne fixent pas un autre âge que celui de 25 ans, pour pouvoir non-seulement donner entre vifs, mais encore *autrement aliéner*; car dans les coutumes qui ne parlent point de l'âge pour faire des donations entre vifs, mais où l'âge pour disposer de ses biens est arrêté avant 25 ans, comme est celle d'Amiens & autres.. L'âge pour donner par donation entre vifs se doit régler par l'âge requis pour l'aliénation de ses biens «. *Ferrière sur l'art. 272 de la coutume de Paris, gl. 1, n. 5 & 6.*

7.
Quid à Verdun?

Il sembleroit par le commencement de cet art. 272, & par l'art. 110 de la coutume de Verdun, que les donations entre vifs n'y étoient permises qu'à ceux qui avoient 25 ans complets. Mais l'art. 111 de la coutume de Verdun, permet à ceux qui sont ou mariés, ou émancipés, ou âgés de 20 ans, de disposer entre vifs de tous leurs biens meubles, autres que les contrats de constitutions. D'où il résulte que la prohibition de donner entre vifs avant 25 ans, ne subsiste que pour les immeubles & les rentes constituées; & que l'on peut donner ses meubles à Verdun, non-seulement lorsque l'on a atteint l'âge de 20 ans, mais même au-dessous de cet âge, pourvu qu'on soit ou marié, ou émancipé.

8.
A Paris?

La disposition de la coutume de Paris est moins claire. La fin de l'art. 272, qui a été copié par la coutume de Calais, art. 66, porte que » celui *QUI SE MARIE*, ou qui a obtenu bénéfice d'âge, entériné en justice, peut, ayant l'âge de 20 ans accomplis, disposer de ses immeubles «. En sorte que dans ces coutumes, ni le mariage, ni l'émancipation n'autorisent jamais un mineur qui n'a pas 20 ans, de disposer de ses meubles, par donation entre vifs. Mais on demande si, à cet âge, lorsqu'on n'est pas émancipé, on ne peut donner ses meubles qu'en se mariant, & par le contrat de mariage même (1)? Ou si pour donner ses meubles valablement, il suffit d'avoir 20 ans & d'être marié? C'est l'avis de Ferrière sur cet art. gl. 1, n. 22 & suiv. Il n'est pas aisé de connoître quel étoit celui de Dupleffis. Il dit d'abord, traité 14, liv. 2, ch. 1, que pour pouvoir donner ses meubles à 20 ans, il est requis que le mineur soit émancipé, ou qu'il soit marié; ce qui fait une émancipation légale, ou que la donation soit faite en se mariant. Ce qui semble conforme à la pensée de Ferrière. Mais un peu plus bas il dit que la disposition de la coutume, à vrai dire, n'a été faite que pour permettre au mineur, comme l'a cru Auzannet, qu'il indique même

(1) Auzannet, sur coutume de Paris, art. 272, pag. 212, est d'avis conforme à ce premier membre de l'alternative. De Laitre, sur Chaumont, art. 76, n^o. 2, pense comme lui, & il paroît que c'est aussi l'opinion de M. Le Camus, sur le même art. 272 de la coutume de Paris, n^o. 5.

à la marge, de faire des donations de meubles en tout, ou en partie, ou de sommes mobilières, en se mariant, comme il est ordinairement nécessaire. Pour moi, la première opinion me paroît la plus conforme aux termes de la coutume de Paris : celui qui se marie. Mais je ne laisse pas de préférer la seconde, parce qu'en s'attachant trop littéralement au texte de la coutume, l'article impliqueroit une sorte de contradiction déraisonnable ; car, puisque le mariage émancipe, il seroit bien bizarre de refuser à 20 ans, à celui qui est marié, une capacité que la coutume accorde à cet âge, à ceux qui sont émancipés.

TIT. VI.
Observ. 20.

L'article de la coutume de Lorraine que j'ai indiqué, portant que toutes personnes qui sont en leurs droits & puissance, peuvent par donation simples & entre vifs disposer librement de tous leurs biens ; il en résulte que son esprit étoit d'accorder cette capacité à l'âge de 20 ans, auquel elle fixoit la pleine majorité. Mais, comme au moyen de la jurisprudence dictée par l'équité, que le parlement de Metz s'est faite, & de l'ordonnance du duc Léopold de 1723, dont j'ai parlé à la page 128 de ce vol. il n'y a plus ni dans les parties de cette coutume qui sont du ressort, ni en Lorraine, d'autre majorité parfaite que celle de 25 ans ; je doute qu'on confirmât une donation faite à l'âge de 20 ans dans cette coutume, sur-tout une donation d'immeubles.

9.
En Lorraine.

Comme à Metz la puissance paternelle finit à 20 ans pour les mâles, & à 18 pour les filles, que la tutelle finissoit autrefois au même âge, art. 4 du tit. 1, & que cependant l'article suivant ne permet pas de vendre, ou autrement aliéner les héritages de fonds, ou de gagiere échus de ligne directe, ou collatérale, avant l'âge de 25 ans complets ; enfin que par l'article 1 du tit. 7, toutes personnes jouissant de leurs droits, & hors de la puissance d'autrui, peuvent donner entre vifs, il faut, dit M. D... sur ce dernier article, » tenir dans notre coutume, que l'on peut donner entre vifs à 20 ans les biens meubles, & les acquêts qu'on a faits, & les immeubles... de succession... à 25 ans ». Il ajoute que comme, *donare est perdere*, si un donateur âgé de 20 ans seulement est lésé dans la donation de ses meubles, acquêts, ou actions mobilières, il jouit du secours de la restitution : sur quoi il renvoie à Ferrière sur l'art. 272 de la coutume de Paris.

10.
A Metz.

1°. M. D... auroit dû observer qu'à Metz les filles ont à 18 ans la même capacité de donner que les mâles à 20 ans.

2°. Si le brocard, *donare est perdere*, s'appliquoit à toutes les donations indéfiniment, il s'ensuivroit qu'il ne peut y avoir aucune donation entre vifs, où le donateur ne soit lésé, ni par conséquent contre laquelle celui qui l'a faite avant d'avoir accomplis sa 25e. année, ne soit restituable. Cependant s'il ne s'agit que de meubles, il n'y a que l'importance de l'objet qui puisse fonder la restitution. La coutume, dit Ferrière à l'endroit cité par M. D... » se doit entendre sans préjudice du secours de la restitution ; au cas que la donation soit considérable ». Ce qu'il explique par deux exemples : celui-ci, d'un mineur, qui, en donnant à son fermier les redevan-

Tit. VI.
Observ. 2e.

ces de plusieurs années, n'a plus de quoi vivre, & est réduit à emprunter pour subsister; & celui d'un mineur qui, ayant des meubles de grand prix, se met, en les donnant, dans l'obligation d'en racheter d'autres. J'estime même qu'encore qu'une donation faite à l'âge de 20 ou de 18 ans soit immobilière, ou que ne comprenant que du mobilier elle soit d'une valeur notable, elle ne doit pas être rescindée si elle est soutenue par de justes motifs, & approuvée par la raison & par l'équité: comme si elle a été faite pour récompense de services, & qu'elle soit proportionnée à ces services; ou si un frere, pour procurer à son frere, ou à sa sœur un établissement avantageux, leur a fait un don qui diminue son opulence, sans cependant lui ôter les moyens de vivre suivant sa condition. Dupleffis, *ubi supra*, enseigne que dans les donations » des mineurs, il faut garder le privilege de minorité, & qu'elles doivent » avoir cause légitime pour être valables: ce qu'il applique aux donations faites par » des mineurs, à ceux qui ont bien mérité d'eux, jusqu'à concurrence des services » rendus; parce qu'en ce cas c'est une dette plutôt qu'une libéralité. Mais, dit-il » avec raison, ces services doivent être constans ». Je ne crois donc pas que les mineurs puissent être restitués contre les donations qui ont une pareille cause, ou autre aussi légitime; & je pense qu'il n'est exactement vrai que, *donare est perdere*, que lorsqu'une libéralité indiscrete, excessive, ou mal placée a été le seul principe de la donation.

3°. Il y a, ce me semble, bien peu de différence à Metz entre celui ou celle qui, à l'âge de 20 ou de 18 ans, a donné des immeubles à lui échus de succession, & celui qui au même âge, a donné des acquêts. La donation des acquêts, & même celle des meubles de grand prix peut être attaquée aussi facilement que celle des immeubles échus de succession, & avec le même succès, même quand le mineur a donné *propter nuptias*, & dans son propre contrat de mariage; car quoique souvent s'il n'eut fait cet avantage à la femme, le mariage n'eut pas eu lieu, cependant la validité de la donation dépend des circonstances; & si celle qu'il a faite se trouvoit excessive, il pourroit s'en faire relever sur le fondement de sa minorité. *Ferriere, sur l'art. 282, gl. 1, n. 34.* A plus forte raison s'il a donné par tout autre acte, & à un tiers; ce que je crois vrai, non-seulement s'il a donné des immeubles à lui échus de succession, mais aussi quand il n'a donné que des meubles ou des acquêts; car les causes de la restitution sont les mêmes au fond, & résultent dans les deux cas du préjudice qu'en reçoit le mineur. Il n'y a donc de diversité que dans la forme & la maniere de se pourvoir. Contre une donation de meubles ou d'acquêts faits à l'âge de 20 ans pour un mâle, & de 18 pour une fille, il faut nécessairement dans la coutume de Metz des lettres de chancellerie; & elles ne sont pas absolument nécessaires contre une donation d'immeubles héréditaires, quoiqu'on ne manque gueres d'en prendre pour plus de précaution.

II.
Coutumes qui ne permettent de donner qu'une partie de ses biens.

La coutume de Normandie a quelque léger rapport à celle de Metz. La premiere déclare les personnes majeures après vingt ans accomplis. *Bajnage, sur l'art. 369.*

Mais quoiqu'à cet âge la majorité soit parfaite, cependant l'art. 431 ne permet à celui qui y est parvenu, de donner que la tierce partie de son héritage & biens immeubles, soit acquêts, conquis, ou propres . . . par donation entre vifs : & l'âge de 25 ans ne tend pas capable de donner une plus forte portion.

Rien n'est plus contraire au droit romain, & au droit commun coutumier. L'un & l'autre permettent de donner tout son bien comme de le vendre. Mais quelque singulière que soit la prohibition de donner plus du tiers, il y a d'autres coutumes que celle de Normandie, qui contiennent quelque chose d'approchant. Par l'art. 199 de la coutume de Bretagne, il n'est permis de donner propriétairement que le tiers, & par usufruit que la moitié de ses immeubles, soit de patrimoine, ou d'acquêts. Tous les meubles & acquêts peuvent être donnés : mais la donation des biens patrimoniaux ne peut excéder le tiers, par les art. 49 de la coutume d'Angoumois; 322 de celle du Maine; 203 de celle de Poitou; 1 du ch. 25, & 3 du ch. 26 de celle de Loudunois. La liberté de donner les biens de son patrimoine est étendue à la moitié, par l'art. 167 de la coutume de Blois, & par l'art. 232 de celle de Rheims, & restreinte au quint par l'art. 145 de la coutume de Montfort, & par l'art. 20 de celle de Ponthieu.

D'autres distinguent ceux qui n'ont point d'enfans de ceux qui en ont. En cas que le donateur en ait, l'art. 51 de la coutume de Vermandois ne lui permet de donner que la moitié de son propre : l'art. 9 du tit. 7 de celle de Berry que la moitié de tous ses biens meubles, acquêts, ou propres, & l'art. 63 de celle de Châlons, que le tiers de son naissant. Celles de la Marche & de Tours sont plus sévères. Celle-là défend, art. 305, à ceux qui ont des enfans de donner à quelques personnes que ce soit, aucune partie de leurs propres, & d'en disposer par titre lucratif entre vifs, si ce n'est en faveur de mariage; & ne valide, art. 308, la donation faite par celui qui n'a point d'enfant, du tout, ou de partie de ses propres, que quand elle est faite au profit de ses parens, sans qu'il soit permis d'en disposer en faveur des étrangers. L'art. 233 de la coutume de Tours, à défaut d'enfant, ne permet de donner ses acquêts & le tiers de son patrimoine qu'à vie; & lorsqu'il y a enfans, il interdit toute donation des propres. Enfin la coutume de Boullenois, sans distinguer ceux qui ont, ou n'ont pas d'enfans, ne permet, art. 93, de donner des héritages qu'on a reçus de ses prédécesseurs que du consentement de son héritier apparent. Sur quoi voy. ci-après l'obs. 4, n°. 16.

On ne peut aller bien loin dans l'intelligence de quelque coutume que ce soit, si on n'en compare les dispositions à celles des autres. C'est pourquoi je rapporte souvent celles qui nous sont étrangères, quoique je ne me sois proposé d'éclaircir que celles du ressort. J'ai résumé celles que je viens d'indiquer, non-seulement pour en faire observer la variété, mais sur-tout parce qu'elles montrent, ce me semble, que l'esprit de notre droit françois étant de conserver les biens dans les familles,

72.
Coutumes qui distinguent ceux qui ont des enfans & ceux qui n'en ont pas.

73.
Coutume qui ne permet de donner les biens patrimoniaux que du consentement de l'héritier.

74.
L'esprit du droit françois n'est pas favorable aux donations.

TIT. VI.
Observ. 2e.

il n'est pas favorable aux donations faites non-seulement au préjudice des enfans, mais aussi au préjudice des autres héritiers naturels.

L'explication des deux chefs de l'édit des secondes noccs se trouvant par-tout, je n'ajouterai rien ici au peu que j'en ai dit tit. 2, obs. 7, n. 28, 39, 40 & suiv. & tit. 3, obs. 10, n. 8 & 31, & obs. 16, n. 26 & suiv. : si ce n'est que la coutume de Paris, art. 279, ne permet à la femme qui convole ayant enfans, de disposer aucunement des conquêts faits avec ses précédens maris, au préjudice des portions dont les enfans de ses premiers mariages pourroient amender du chef de leur mere.

15.
A Paris, la femme remariée ne peut disposer au préjudice des enfans de son premier mariage, de leurs parts dans les conquêts faits pendant iceux.

16.
Si cela a lieu pour les maris.

Il y a des arrêts qui ont jugé que cette prohibition doit être étendue aux maris. Cependant c'est une question très-problématique, & sur laquelle les interpretes de cette coutume sont partagés. Voy. Ferriere sur cet art. gl. 2, n. 4 & suiv. Un grand argument contre l'extenſion aux maris d'une disposition qui ne parle que des femmes, c'est qu'en ce point la coutume de Paris ajoute à l'édit; car il n'oblige de réserver aux premiers enfans que les biens dont la femme remariée est redevable à la libéralité de son premier mari, & lui permet de disposer de ses autres biens, non-seulement au profit des étrangers ou de ses enfans du second lit, mais même en faveur de son second mari, au moins jusqu'à concurrence de la part de l'enfant le moins prenant. Or on ne peut pas dire que le mari tienne la moitié des conquêts d'un précédent mariage de la libéralité de sa femme. On ne peut pas même dire que la femme tienne cette moitié de la libéralité de son premier mari. Elle partage la communauté qui étoit entre eux, *jure suo*; & en conséquence l'art. même dont s'agit, exclut de la réserve de l'édit sa moitié de conquêts du premier mariage, & admet au partage d'icelle les enfans du second. Ainsi cette prohibition de disposer aucunement des conquêts du premier mariage est exorbitante du droit commun; & je ne connois que la coutume de Calais, dont les dispositions sont presque toutes copiées sur celle de la coutume de Paris qui contienne exactement celle-ci, art. 71; car si l'art. 203 de la coutume d'Orléans défend de disposer des conquêts du premier mariage, c'est seulement en faveur du second conjoint; en sorte qu'il permet d'en disposer en faveur de tout autre. Celle de St. Sévere, tit. 4, art. 2, ressemble encore moins à celle de Paris, puisqu'elle porte que la femme remariée ne peut aliéner la part & portion appartenante après le décès de leur dite mere dans ses biens avitins, mais doit les leur réserver pour y succéder par moitié avec les enfans du second mariage: au surplus ces quatre coutumes doivent être renfermées dans leurs territoires; & Ferriere, *glos. 2, n. 1*, convient que la défense de disposer des conquêts du premier mariage est particulière à la coutume de Paris.

17.
Autres coutumes qui restreignent la liberté de donner.

18.
Si les conjoints peuvent, avant l'âge, se donner par leur contrat de mariage.

Revenons à l'âge auquel on peut donner entre vifs. Celui qui est fixé par les coutumes est-il requis pour la validité des donations que les conjoints se font par leurs contrats de mariage? Plusieurs juriconsultes pensent qu'il suffit d'être capable de contracter mariage, pour pouvoir faire valablement toutes les conventions, sans lesquelles il est à présumer que le mariage n'auroit pas eu lieu: & Dumoulin dit expressement

préffément dans la note sur l'art. 161 de la coutume de Blois, que ces donations valent, encore que les époux soient mineurs de 25 ans. Mais cet art. valide expressement les donations que les époux se font en faveur de mariage de tous leurs meubles & acquêts, & de la moitié de leurs héritages patrimoniaux; & Ferriere, sur l'art. 272, gl. 1, n. 16 & suiv. tient » que l'âge requis par la coutume est si nécessaire, que quelque favorable que soit la cause de la donation, elle ne peut valoir si elle est faite avant l'âge. Ainsi, dit-il, un mineur ne peut donner par contrat de mariage que ses meubles, ayant vingt ans accomplis, & non ses immeubles. Ce qui me paroît sans difficulté dans la coutume de Paris, dont la disposition est trop expresse pour qu'on puisse s'en écarter.

Mais dans les coutumes qui n'ont pas cette disposition prohibitive, je crois qu'il suffit d'être capable de se marier pour pouvoir faire à son conjoint, par contrat de mariage, des donations modérées & conformes à celles que ces actes contiennent souvent, & qui sont même nécessaires pour parvenir à l'union qu'on desire. J'exigerois cependant que ces conventions matrimoniales faites avant l'âge fixé pour les autres donations entre vifs, fussent arrêtées du consentement exprès du père, de la mère, des tuteur & curateur, & des parens proches du donateur mineur. L'art. 119 de la coutume de Sedan ne demande que celui du père & de la mère; & s'ils ne sont plus vivans, celui du tuteur & du curateur; à leur défaut celui de trois parens paternels, & de trois maternels; & faute de parens l'autorité de justice sur l'avis de cinq ou six bourgeois bien famés. Canon, sur l'art. 1 du tit. 10 de la coutume de Lorraine, n. 3, exige toujours le décret du juge, & fait cependant mention d'un arrêt contraire. Je ne crois pas ce décret nécessaire, quand un contrat de mariage a été passé de l'avis de la famille, & que les parens l'ont souscrit. Ferriere lui-même sur l'art. 282, gl. 1, n. 34, dit » qu'un mineur, suivant notre usage, peut donner quelque chose de ses biens *propter nuptias*; mais que si la donation est de ses immeubles, il faut l'autorité de son tuteur. A quoi il ajoute: » un mineur, » suivant notre usage, peut donner par contrat de mariage avec l'autorité de son tuteur, & du consentement de ses proches parens; & il ne parle pas du décret du juge.

Mais tout cela ne doit pas être entendu des donations insolites & excessives, trop préjudiciables au mineur qui donne. Quand Balde, cité par Ferriere sur l'art. 272, gl. 1, n. 19, pense que la capacité de se marier emporte celle de stipuler toutes conventions matrimoniales, il a en vue, *pacta omnia, solita apponi de jure, in contractu matrimonii, & frequentata in regione*. Ce qui cependant me paroît ne devoir pas être pris trop rigoureusement; en sorte qu'on n'autorise que ce qu'il est d'ordinaire de stipuler dans tous les contrats de mariage. Il suffit, ce me semble, que la donation ne soit ni absolument inusitée, ni excessive.

J'ai dit que les femmes étant sous la puissance de leurs maris ne peuvent faire aucune donation entre vifs sans leur consentement; ce qui s'étend jusqu'à leurs ha-

19.
Femmes ne peuvent disposer de leurs appartenances.

Tit. VI.
Oblig. 23.

bits, joyaux & appartenances, dont elles ne peuvent, en aucune façon, disposer entre vifs, quoiqu'elles en puissent tester. Cette disposition de la coutume de Metz, tit. 7, art. 7, est le droit commun du ressort. Les femmes ont cependant plus de droit sur ces choses que sur les autres meubles. Voy. ce que j'ai dit, tom. 1, tit. 1, obs. 1, n. 21; obs. 2, n. 10; & tit. 2, obs. 10, n. 6; obs. 21, n. 7.

20.
Les religieux ne
peuvent don-
ner.

Ceux qui ont fait les vœux de religion ne peuvent donner entre vifs, pas même les abbés réguliers, & les religieux pourvus de cures ou d'autres bénéfices. La raison en est qu'ils n'ont que l'usage & non la propriété des revenus de leurs bénéfices; & qu'à leur décès, leur cote morte, (c'est ainsi qu'on nomme ce qu'ils délaissent), appartient au monastère ou aux pauvres de leurs paroisses (1) : par où il paroît qu'il ne faut pas étendre la prohibition de donner jusqu'aux aumônes, auxquelles ils sont, au contraire, obligés autant & plus que tous les autres bénéficiers, & que même ils peuvent faire à leurs parens, s'ils sont dans l'indigence. Voy. Canon, sur l'art. 1 du tit. 10 de la coutume de Lorraine, n. 3; & Ricard, des donat. part. 1, ch. 3, sect. 5, n. 305 & suiv. (2), où il montre que les chevaliers de Malthe sont compris dans la prohibition.

21.
Ils ne font faits
évêques.

Il faut, au contraire, en excepter les religieux faits évêques, parce que ni le monastère, ni l'ordre dont ils ont été tirés, n'ont aucun droit à leur succession; & que, quoiqu'ils ne puissent succéder à leur famille, elle ne laisse pas de leur succéder. *Habent succedendi facultatem passivam, non activam*, dit Le Brun, des successions, liv. 1, ch. 2, sect. 2, n. 7. Voy. tit. 1, obs. 7, n. 30.

22.
Les chanoines
les peuvent.

Il est permis, à plus forte raison, aux abbes & chanoinesse séculières de faire des donations entre vifs. Comme elles ne font pas les vœux de religion, elles sont capables de succéder : & quoiqu'à défaut de testament, leurs meubles appartiennent, à leur mort, à l'abbaye (ce qui dépend néanmoins des statuts & usages de chaque chapitre) elles en peuvent tester; au moins les abbes, en demandant la permission au chapitre, & les chanoinesse à l'abbesse.

23.
La capacité de
donner ne dé-
pend pas de cel-
le de tester.

Je ne prétends pas cependant que la capacité personnelle de donner entre vifs dépende de celle de tester. On a souvent cette dernière sans avoir l'autre. Il y a bien des coutumes qui, permettant de tester avant 25 ans, ne fixent pas l'âge auquel il est permis de donner entre vifs, ou autrement aliéner; & j'ai dit ci-devant, n. 6, après Ricard, que, dans ces coutumes, on ne pouvoit donner qu'à 25 ans. Voy. Ferrière, sur l'art. 272, gl. 1, n. 8.

24.
La capacité de
donner dépen-
d du domicile.

Il faut distinguer la capacité de donner, & le pouvoit de comprendre les immeu-

(1) Il se voit, par l'âge de l'œuvre en toutes sortes de cas l'arrêt du 25 Janvier 1635, qui adjugea les meubles d'un religieux, mort curé, aux pauvres de sa paroisse, & les immeubles par lui acquis à la cure. Voy. Bardet, tom. 2, liv. 4, ch. 1.

(2) Il autorise la donation entre vifs qu'un religieux fait de son pécule; n. 343.

bles dans une donation. La capacité personnelle de donner entre vifs dépend du domicile du donateur, & les coutumes sur ce point font des statuts personnels. Mais en... dispositions... » entre vifs, les héritages... se régulent selon la coutume des lieux où ils sont assis, & non selon les lieux des domiciles des personnes qui en disposent «. Coutume de Vermandois, art. 57, sur lequel La Fons dit que » les meubles se régulent par la coutume du domicile, & les immeubles par la coutume du lieu de leur situation; que pour la forme & la solennité des actes, on suit la coutume du lieu où ils se font; pour la substance de la disposition, la coutume du lieu où sont les choses qui ont une affiette; & que quant à la capacité des personnes qui disposent, on regarde la coutume du lieu du domicile au tems de contrats, quoique les biens soient en autre coutume «. Il confirme tout cela par un grand nombre d'autorités, auxquelles on peut ajouter celle de Canon, sur l'art. 1^{er} du tit. 10 de la coutume de Lorraine aux nouvelles; quoique ce dernier ait eu tort de citer en preuve d'Argentré, sur l'art. 218 de la coutume de Bretagne, gl. 6, n. 33 & 34; non-seulement parce qu'en cet endroit, ce magistrat, l'antagoniste perpétuel de Dumoulin, (qu'il nomme cependant *præstanti vir ingenio, & eruditione incomparabili, vir eruditissimus & probus*), s'efforce d'établir contre lui, par des raisons plus ingénieuses, & plus subtiles que solides, que la communauté purement légale, & qui, à défaut de conventions matrimoniales, n'a lieu qu'en vertu de la coutume du domicile, ne s'étend pas au-delà du territoire de cette coutume, & ne comprend pas les acquêts faits dans une province où la communauté n'a pas lieu sans stipulation; ce qui n'a pas assez de rapport à la question, par quelle coutume la capacité de donner entre vifs est réglée; mais encore parce que cette opinion de M. d'Argentré, que Canon semble approuver en le citant, est une erreur reconnue de tout le monde, & que le sentiment de Dumoulin, qu'il attaquoit, est passé en principe par tout ailleurs qu'en Normandie.

C'est ce qui m'a obligé de relever cette citation de Canon, qui auroit dû se contenter de citer ce que dit d'Argentré, *ibid.* n^o. 48 & 49. Là il établit pour règle, *Statuta nunquam statuere super habilitate aut inhabilitate non subjecti*. D'où il conclut que, *si civis Parisiensis, de bonis quæ in Britannia habet, contrahat, necesse habeat annum XXV ætatis expectare; quia tale est Parisiorum statutum, à quo personæ habitas spectanda est, etiam si Britannia incolas suos facit majores ab anno XX* (1); ce qui est très-véritable, mais ne prouve pas que réciproquement un donateur, à qui

Tit. VI.
Observ. 20.

25.
La disponibilité
des immeubles,
de leur situa-
tion.

(1) D'Argentré écrivoit sur l'ancienne coutume de Bretagne, dont l'art. 457 fixoit la majorité à 20 ans. C'est à cette disposition que se rapporte ce qu'il dit qu'un Parisien est obligé d'attendre l'âge de 25 ans pour disposer des biens qu'il a en Bretagne, à la différence d'un Breton qui, sous cette ancienne coutume, auroit pu en disposer à 20 ans. Mais cela a été réformé par l'art. 483 de la nouvelle coutume, par lequel la majorité a été reculée jusqu'à 25 ans.

TIT. VI.
Observ. 25.

la coutume de son domicile accorde à 20 ans la capacité de disposer, puisse, à cet âge, donner entre vifs des immeubles qu'il a dans une coutume qui ne permet de les donner entre vifs qu'à 25 ans : attendu que la prohibition de les donner entre vifs avant cet âge, est un statut réel, qui doit être observé pour tous les immeubles de son territoire.

26.
Et une & l'autre
sont requises.

27.
Hors en Nor-
mandie.

Il faut donc deux choses pour la validité de toute donation immobilière : *la capacité personnelle*, qui dépend de la loi du domicile du donateur ; & *la disponibilité de l'immeuble donné*, qui dépend de la loi de sa situation. Cependant il faut excepter la Normandie ; car le parlement de Rouen n'exige que la capacité personnelle, & juge qu'elle suffit pour pouvoir disposer des immeubles, par-tout où ils soient situés. C'est ce que disent Basnage, sur l'art. 431 de la coutume de cette province ; & après lui, Ferrière, sur l'art. 272 de celle de Paris, gl. 1, n°. 7, qui rapportent un arrêt du 4 Février 1666, par lequel il a été jugé qu'une demoiselle, domiciliée en Normandie, avoit pu, à vingt ans, disposer de son bien situé à Paris : & un autre du 14 Août 1643, qui a restitué un Breton contre la vente qu'il avoit faite à 20 ans accomplis de son bien situé en Normandie. Ce dernier arrêt est très-juste ; car la nouvelle coutume de Bretagne fixant la majorité à 25 ans, le vendeur manquoit de la capacité personnelle de disposer, pour laquelle on ne pouvoit consulter que la coutume de son domicile. Mais la jurisprudence, établie par l'arrêt de 1666, n'auroit pas lieu ailleurs qu'en Normandie, parce que quand il s'agit de juger si un immeuble étoit ou n'étoit pas disponible par acte entre vifs, comme par testament, il est des règles de s'attacher à la coutume de la situation, dont la disposition forme un statut réel.

28.
Si le donateur
doit garantir.

Le donateur n'est pas tenu de la garantie des choses données, à moins qu'il ne s'y soit expressément obligé. Cette règle, établie par Ferrière, sur l'art. 272, gl. 2, n°. 7 & suivans, a été connue de nos peres, comme le témoigne d'Abocourt, fol. 274 V^{so}, qui ajoute que le donateur est tenu de son fait *en chef*, s'il avoit depuis fait quelque chose, en fraude, ou préjudice de la donation.



OBSERVATION III.

Tit. VI.
Observ. 3^e.

SUITE. *A qui on peut donner entre vifs, & quels Biens peuvent être donnés suivant la différence des Personnes.*

MR. D... sur l'art. 1 du tit. 7 de la coutume de Metz, dit, avec raison, que, » quoique cet article n'use pas de ces termes, à *personnes capables*, qui se trouvent » dans l'art. 272 de Paris (1), il faut les suppléer ici. Mais que comme il seroit » trop long d'expliquer quelles sont les personnes à qui l'on peut donner, il suffit de » voir Ricard, traité des donations, ch. 4, dans les sections qui concernent cette » matière; & Ferrière, sur l'art. 242 de la coutume de Paris, gl. 2. « Je pense aussi que ces auteurs, & sur-tout le premier, dont presque toutes les décisions sont suivies & respectées comme des principes, doivent beaucoup abrégé ce que j'ai à dire, non-seulement dans cette observation, mais dans tout ce titre. Il y a cependant quelques points particuliers, dont je crois nécessaire de dire quelque chose.

1.
On ne peut donner qu'à personnes capables.

Nous avons vu dans l'observation précédente, n^o. 12 & suivans, qu'il y a des coutumes qui restreignent, ou même refusent entièrement à ceux qui ont des enfans le pouvoir de donner entre vifs à leur préjudice; & qu'il y en a d'autres qui interdisent la donation de certains biens au préjudice des héritiers, même collatéraux du donateur, si ce n'est de leur consentement. J'ajouterai ici que certaines coutumes défendent toutes donations aux enfans, comme Bar, art. 165, ou ne permettent pas de donner à ses enfans certaines especes de biens; comme la Marche, art. 305, & Lorraine, art. 1 du tit. 10, aux nouvelles: du moins à ceux qui viennent à la succession du donateur; comme Paris, art. 303; Vermandois, art. 52; Valois, art. 133; & Thionville, tit. 11, art. 4. D'autres ne permettent de donner aux enfans qu'en mariage; comme Orléans, art. 286; & d'autres enfin défendent de donner, non-seulement à ses enfans, mais en général à tous ses héritiers; comme Bretagne, art. 199; Lodunois, ch. 25, art. 1; Tours, art. 233, &c. La plupart de ces dispositions ont pour but de rendre l'égalité nécessaire, ou entre les enfans seulement, ou en général entre tous ceux qui sont appelés à une même succession.

2.
Donations défendues, au préjudice des enfans ou autres héritiers.3.
Donations défendues à ses enfans.4.
Et à ses héritiers.

(1) Ils se trouvent aussi dans un grand nombre d'autres: Rheims, art. 232; Blois, art. 167; Angoumois, art. 49; Châlons, art. 63; Sens, art. 108; Melun, art. 232; Calais, art. 66; Bar, art. 168; Sedan, art. 108; Verdun, art. 110, &c. &c.

Tit. VI.
Observ. 3^e.

La prohibition d'avantager un de ses héritiers collatéraux plus que l'autre, quoique écrite dans un assez grand nombre de coutumes, ne me paroît pas fondée sur des raisons aussi fortes que l'injonction de garder l'égalité entre ses enfans. Cependant les motifs qui ont engagé les rédacteurs de certaines coutumes d'ôter aux ascendans la liberté d'avantager un ou plusieurs de leurs descendans, au préjudice des autres, n'empêchent pas que les coutumes qui laissent aux peres la liberté de partager inégalement leurs enfans, ne puissent aussi être appuyées par des raisons très-solides. On peut voir ce qu'on allégué pour & contre ce pouvoir des peres dans le commentaire d'Ancillon, sur l'art. 4 du tit. 7 de la coutume de Metz.

5.
Raisons pour & contre la liberté d'avantager les enfans.

En deux mots, le vœu de la nature est que les enfans, également méritans, soient également partagés; & dans la supposition de ce mérite égal, rien n'est plus sage que le conseil de St. Ambroise, qu'on trouve par-tout: *Æqualis jungat gratia, quos æqualis junxit natura*. Mais comme il est rare que les qualités du cœur & de l'esprit, quelquefois même celles du corps, ne mettent pas de très-grandes différences entre les enfans d'un même pere, & qu'il est ordinaire que les uns soient aussi propres à devenir le soutien & l'ornement de leurs familles, que les autres en sont incapables, il n'y auroit pas à balancer de donner la préférence aux loix romaines, & aux coutumes qui y sont conformes, & qui autorisent les peres à disposer de leurs biens entre leurs enfans (sauf la légitime) aussi librement qu'entre les collatéraux & les étrangers, s'ils n'usoient jamais de ce pouvoir que par des motifs justes & équitables. Mais une aveugle prédilection a souvent beaucoup plus de part que la raison aux avantages dont ils favorisent quelques-uns de leurs enfans au préjudice des autres. Il y a donc inconvénient de part & d'autre; & sans rechercher quelle est la plus juste de ces coutumes opposées, on ne peut que s'attacher aux dispositions de celles qui régissent les parties & leurs biens.

6.
L'égalité n'a ordinairement lieu qu'entre enfans cohéritiers.

7.
Coutumes où la renonciation à la succession ne dispense pas du rapport.

8.
Qui pourtant n'a pas lieu au profit des créanciers.

Le plus grand nombre des coutumes d'égalité ne la prescrivent que quand l'enfant donataire prend sa portion héréditaire dans la succession du donateur. Cependant il y en a qui l'obligent de rapporter son don quand il excède sa portion héréditaire, quoiqu'il offre de renoncer à la succession. On met dans ce nombre la coutume de St. Mihiel. C'est ainsi que le parlement de Metz l'a jugé en interprétation de l'art. 4 du tit. 4 de cette coutume, par arrêt du 25 Juin 1677, dont on trouvera l'espece dans mes extraits du recueil d'arrêts d'Ancillon, n^o. 78, pag. 52. Quoique cette égalité nécessaire entre enfans, même à l'égard de ceux qui renoncent à la succession de l'ascendant, dont ils ont reçu des avantages, puisse être regardée comme contraire au droit commun, la coutume de St. Mihiel n'est pas la seule où elle soit d'usage. Celle de Bar la prescrit expressément, art. 100, 138, 165 & 166. On peut ajouter celle du Grand-Perche, art. 125; celle de Châlons, art. 100 & quelques autres. Voy. Boucheul, traité des conventions de succéder, ch. 10, n^o. 38. Cet auteur, au n^o. suivant, dit que ce rapport nécessaire, quoique le donataire renonce à la succession, n'a lieu qu'entre cohéritiers pour conserver l'égalité, & non au profit des

étrangers, comme sont les créanciers du donateur : observation importante & très-juste.

La coutume de Rheims, art. 233, permet les donations de meubles & d'acquêts à l'un des enfans venant ou non venant à la succession des pere, mere ou aïeux donateurs : & quant aux héritages de naissant, défend tout avantage : tempérament assez judicieux ; & qui, sinon quant à l'effet (1), au moins quant à l'esprit de la disposition, se rapporte à l'art. 4 du tit. 7 de la coutume de Metz, qui permet les avantages entre les enfans en meubles & gagieres seulement ; & à l'art. II, qui oblige les enfans venant à la succession de leur pere & mere de rapporter les avantages qu'ils en ont reçus en immeubles tenant nature de fonds. D'où il suit que l'enfant avantage, même en tréfonds, n'est pas tenu de le rapporter s'il renonce à la succession ; comme le prouve M. D... sur cet art. II du tit. II.

Je n'approuve pas moins ce qu'il dit sur l'art. 4 du tit. 7, qu'il est bon que les pere & mere n'usent de la liberté qui leur est donnée par la coutume que modérément ; parce que l'inégalité entre freres & sœurs est toujours une source funeste de discorde & de haine. Voy. ce que j'ai dit, tit. 2, obs. 7, n°. 32.

Ancillon sur l'art. 4 du tit. 7 de notre coutume observe que quand les ascendans peuvent donner, c'est toujours à la condition que la légitime soit réservée aux enfans les moins avantageés ; & cite quelques-unes des coutumes qui, en permettant les avantages, exceptent la légitime : ce qui est beaucoup plus judicieux que ce que dit Faber sur l'art. 1 du tit. 10 de la coutume de Lorraine aux nouvelles, n. 1161, que » lorsque cet article a délaissé la libre disposition de meubles & acquêts aux » peres & meres, elle a estimé qu'ils eussent des propres de quoi pourvoir à la légitime des autres enfans ». Ce qui sembleroit signifier que, faute de propres, l'ascendant ne peut plus disposer de ses meubles & acquêts, vu sur-tout que Faber ajoute : » si donc l'on regarde à l'intention de la coutume, il en faudra recevoir cette interprétation, à savoir qu'il y ait des propres, *maximè*, s'il s'agit de succession directe ».

Ce qui sembleroit insinuer que même en collatérale, ou il n'est plus question de légitime, une donation de meubles & d'acquêts pourroit être attaquée si le donateur n'avoit pas de propres. Cependant je crois que, quoique cet auteur se soit très-mal expliqué, il a seulement voulu dire, ce qui est vrai, qu'à défaut de propres sur lesquels les enfans puissent prendre leur légitime pleine, la donation des meubles & acquêts faite à l'un d'eux, ou à tout autre, doit être retranchée, jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire pour compléter leur légitime : d'autant plus que sur l'art. 3 du même tit. n. 1233, après avoir dit que » l'officieux de la donation » la rend révocable, & que la donation est officieuse, quand une personne ayant

TIT. VI.
Observ. 30.

9.
Coutumes où l'égalité n'est requise que dans certains especes de biens.

10.
Les peres doivent user modérément du pouvoir de traiter leurs enfans inégalement.

11.
La légitime ne peut être blésée.

12.
S'il faut en Lorraine, que le pere ait des propres pour disposer des meubles & acquêts entre les enfans.

(1) Cette disposition n'a presque plus d'effet à Metz ; parce qu'il n'y a presque plus de tréfonds.

TIT. VI.
Observ. 30.

» des enfans , donne profusément , & fans mesure tant de biens qu'il ne leur con-
» serve pas leur légitime dûe de nature « ; & avoir proposé de distinguer si la donation
est faite au fils , ou autre descendant , auquel cas elle est révocable en l'excès de la légitime ,
seulement : ou si elle est faite à l'étranger , & alors doit , suivant Bartole , être révoquée en
» tout ; il tient » indistinctement que , soit la donation faite aux enfans ou à l'étran-
» ger , elle ne doit être annullée que pour l'excès ; & qu'au surplus elle est valable ,
» en ce qui est permis de disposer par la coutume , mais qu'à cela elle doit être réduite.

79.
Si, & quand on
peut donner aux
enfans de son
conjoint.

» Si le donateur conjoint par mariage n'a aucun enfant , il peut , suivant Buridan sur
» l'art. 50 de la coutume de Vermandois , donner aux enfans de l'autre d'un pré-
» cédent mariage , pourvu qu'il n'y ait point de fraude , mais non lorsque le dona-
» teur auroit des enfans ». Cette opinion me paroît avoir besoin de plus d'un cor-
rectif. Elle ne peut d'abord concerner que les coutumes qui prohibent toute dona-
tion entre vifs , & à cause de mort entre conjoints , dont nous parlerons dans les
observations suivantes , & au titre des testamens ; coutumes qui , à la vérité , sont en grand
nombre , mais qui n'en sont pas moins les seules où l'on puisse adopter cette décision de
Buridan ; car les enfans qu'un des époux a eus d'un mariage précédent , n'étant pas
à l'égard de l'autre personne prohibée , ni naturellement incapables de recevoir
les choses dont leur beau-pere ou leur belle-mere ont la bonne volonté de les gra-
tifier , on ne peut leur interdire ces donations que par la raison que les enfans sont
censés n'être qu'une seule & même personne avec leur pere , ou leur mere ,
& que la donation qu'un des époux fait aux enfans que son conjoint a eus d'un ma-
riage précédent est censée faite en considération de leur pere , ou de leur mere ,
qu'il a épousé , & ne peut gueres avoir d'autres motifs : en sorte que donner à l'en-
fant de sa femme , ou de son mari , c'est donner à sa femme ou à son mari , &
contrevenir à la loi qui le défend. D'où l'on doit conclure que s'il n'est pas défendu
d'avantager son conjoint personnellement , & directement , on peut , à plus forte
raison , l'avantager indirectement , en donnant à ses enfans. Aussi Faber sur l'art. 1 du
tit. 10 de la coutume de Lorraine , n. 1133 , tient-il que ces donations faites
par un mari aux enfans de sa femme sont valables dans cette coutume , ce que je
crois véritable quant aux meubles & acquêts ; d'autant que par l'art. 1 , du même
titre , aux nouvelles , le mari peut donner entre vifs à sa femme , ses meubles &
acquêts.

De cette réflexion , que la défense de donner aux enfans de son conjoint est la consé-
quence de la défense de donner à ce conjoint lui-même , je conclus en second
lieu que dans les coutumes qui ont voulu purger l'affection conjugale de toutes vues
d'intérêts , & prévenir les effets de cet empire , qu'un des époux prend souvent sur
l'esprit de l'autre , en défendant entr'eux tout avantage ; il n'est pas plus permis à ce-
lui qui n'a point d'enfans , qu'à celui qui en a , de donner aux enfans de son con-
joint d'un mariage précédent. Dans un cas comme dans l'autre , la donation est censée
faite *intuitu patris vel matris* : ou plutôt le beau-pere est censé donner à sa femme ,
en

en fraude de la loi, sous le nom emprunté des enfans de sa femme; & la belle-mere donner à son mari, sous le même déguisement.

TIT. VI.]
Observ. 36.

Je fais que Charondas, liv. 7, rep. 24. cité par Buridan, rapporte des arrêts pour & contre ces donations faites par un conjoint sans enfans, aux enfans de l'autre d'un mariage précédent; mais on doit penser que ceux qui les ont approuvées dans des coutumes qui défendent tout avantage entre conjoints, ont eu pour motifs des circonstances qui prouvoient que les donateurs n'avoient eu pour motifs que le mérite des donataires, les services & les preuves d'affection qu'ils en avoient reçus, leur bienveillance pour ces enfans personnellement: en sorte que ces donations ne pouvoient être censées faites qu'à eux seuls, & pour eux, & nullement en considération de leur pere, ou de leur mere; puisque Charondas attribue tous ces arrêts à ce que les clauses de la donation empêchoient que le conjoint du donateur ne pût jamais en profiter (1).

» Le mari, dit Saligny, sur l'art. 112, de la coutume de Vitry, ne peut donner
» aux enfans de son mariage précédent, au préjudice de sa femme, si c'est chose con-
» sidérable. Cette prohibition ne concerne donc pas de légers présens qui, eu égard
à la force de la communauté, intéresse peu le droit habituel qu'à la femme sur les biens qui en dépendent. Quant aux donations qui lui seroient trop préjudiciables, non-seulement il n'y a point de difficulté que le mari, quoique maître de la communauté, ne peut disposer à titre lucratif, au profit de ses enfans d'un mariage précédent, excepté cependant dans les coutumes qui lui accordent le pouvoir de disposer, même par testament, des meubles & des acquêts: sur quoi voy. tom. 1, tit. 2, obs. 1, n. 15 & suiv.: mais il est encore certain que lorsqu'il s'agit de l'intérêt de la femme commune, il faut comprendre entre les personnes incapables de ces donations entre vifs, les parens collatéraux du donateur, qui sont les héritiers présomptifs. De Renusson, de la communauté; liv. 2, ch. 2, sect. 1, n. 11.

14.
On ne peut donner aux enfans de son premier lit, au préjudice de sa femme.

15.
Ni à les héritiers collatéraux.

Mais à l'égard des autres parens du mari qui ne sont pas les héritiers présomptifs, il y a plus de difficulté. De Renusson, ibid. n. 10, trouve qu'il » seroit raisonnable
» de les comprendre entre les personnes incapables... parce qu'il y auroit apparence
» que ce seroit la proximité du sang qui auroit induit le mari à leur faire donation,
» & qu'il auroit voulu frustrer sa femme, & lui faire fraude, si la donation qui leur
» auroit été faite étoit considérable... particulièrement quand il n'y a point d'enfans
» du mariage« (2). Le Brun, ibid., semble cependant restreindre la présomption aux

16.
Quid, à l'égard des autres parens.

(1) Cependant on tolere à Paris ces donations: & par testament, elles y sont même assez fréquentes.

(2) La présomption de fraude aux droits de la femme me paroît pouvoir subsister, quoiqu'il y ait des enfans communs, qui même peuvent l'augmenter; comme si le mari donne à un sien parent, dont ses enfans soient les seuls héritiers présomptifs.

Tit. VI.
Observ. 30.17.
Et des étran-
gers ?

héritiers présomptifs, quoiqu'il observe qu'il y a des coutumes qui ne permettent pas même au mari de donner à des étrangers au préjudice de sa femme, & qui limitent son pouvoir aux contrats onéreux.

Il me semble que ces coutumes que Le Brun cite ont eu de bonnes raisons pour ne pas permettre que le mari satisfasse ses affections particulières au préjudice du droit habituel de sa femme sur les effets de la communauté. Et, quoique ce n'en soit pas assez pour étendre leur disposition à l'égard des étrangers, dans les coutumes moins rigoureuses, cependant puisqu'on ne sauroit nier que cette rigueur n'ait quelque fondement dans l'équité, il faut avouer qu'il est encore plus équitable de ne pas permettre que le mari, même dans le cas où ses proches parens ne sont pas ses héritiers, sacrifiant à leur intérêt celui de sa femme, les enrichisse en la dépouillant.

Mais le droit qui appartient au mari de disposer des biens de la communauté, n'est gêné que par la copropriété que la femme a sur iceux. Ainsi dans tous les cas le mari peut les donner à ses enfans d'un mariage précédent, à ses héritiers, & à toutes autres personnes capables : pourvu que sa femme soit indemnisée de sa moitié, ou sur les autres biens communs ou autrement ; car dès que ses droits ne souffrent rien des donations faites par son mari, quoique prises sur la communauté, il n'est pas douteux qu'elles sont valables, à moins qu'elles ne puissent être d'ailleurs attaquées. Comme seroit, par exemple, dans les coutumes d'égalité les donations faites à un ou plusieurs enfans au préjudice des autres.

18.
Si dans les con-
trats des seconds
mariages, on
peut en donner
les conquêts aux
enfans du se-
cond lit ?

Peut-on stipuler dans le contrat du second mariage que les conquêts qui se feront constant icelui, appartiendront aux enfans qui en naîtront, à l'exclusion de ceux du 1^{er} lit ? Ancillon propose cette question sur l'art. 6 du tit. 7 de notre coutume. Il dit que, sans égard à cette stipulation, le partage des conquêts de la seconde communauté a été ordonné par tête entre les enfans des deux lits, par arrêt prononcé en robes rouges à Noël 1588, dont la décision lui paroît devoir être restreinte aux coutumes qui défendent les avantages entre les enfans, (sur quoi il cite Charondas) & par conséquent ne devoir pas avoir lieu dans celle de Metz qui permet ces avantages ; & dans laquelle néanmoins il ajoute que la stipulation a été jugée nulle, par arrêt de notre parlement du 24 Janvier 1678 ; sur quoi j'ai plusieurs remarques à faire.

1°. Charondas qui rapporte l'arrêt de 1588 en ses réponses, liv. 3, ch. 88, ne dit pas qu'il ne doit être suivi que dans les coutumes, où les avantages entre enfans sont défendus, mais seulement que la question s'est présentée au pays où la coutume ne porte expressément qu'on puisse avantager aucuns des enfans les uns plus que les autres. 2°. On voit même dans Montholon, arrêt 34, que la coutume défendoit seulement aux peres & meres d'avantager l'un de leurs enfans venant à leur succession plus que l'autre ; & que dans l'espece les enfans du second lit, donataires des conquêts par le contrat du second mariage de leur mere, déclaroient renon-

cer à la succession, & avoient par conséquent pu être avantagés, sauf la légitime des enfans du premier lit; en sorte que ce qui a donné lieu à l'arrêt, c'est que la donation des conquêts faite aux enfans du second lit a été regardée comme faite indirectement au second mari, ce qui, dans la these générale, ne me paroît nullement fondé en pareille espece, & ne pouvoir être présupposé que sur de très-fortes particularités (1). 3°. En tout cas, la stipulation ne pourroit pas être contestée dans les coutumes où les avantages sont permis entre conjoints & entre enfans; & bien moins qu'ailleurs dans les coutumes de Metz & de l'Evêché, qui définent les acquêts aux enfans qui naissent du mariage pendant lequel ils sont faits. 4°. L'arrêt de 1678 n'a nullement réprouvé cette convention dans la coutume de Metz; il a seulement jugé qu'un pere n'avoit pu déshériter son fils du premier lit, en apportant dans sa seconde communauté tous ses biens meubles & immeubles, & en stipulant qu'elle appartiendroit toute entiere aux enfans qui naistroient de son second mariage. Voy. les vraies circonstances de l'espece, tit. 2, observ. 7, n°. 31 & suivans.

Saligny, à la fin de son commentaire sur l'art. 112 de la coutume de Vitry, paroît décider qu'un pere ne peut faire donation à son bâtard, encore moins à sa concubine, avec cette restriction néanmoins que l'intérêt de la femme cessant, il ne faut pas douter qu'on ne puisse donner modérément à une fille débauchée. Ces questions dépendent beaucoup des circonstances. Il seroit trop dur pour une femme légitime de contribuer aux donations faites par son mari à une fille ou femme avec laquelle il a vécu dans un commerce illicite, soit avant, soit, avec plus forte raison, pendant son mariage. Ainsi il est incontestable que ces donations, non plus que celles faites aux enfans qui sont provenus de cette conjonction criminelle, ne peuvent se prendre que sur la part du mari dans la communauté, ou sur ses propres, après que tous les droits de la femme ont été remplis; mais l'intérêt de la femme écarté. Je crois qu'il faut distinguer: ou le donateur a des enfans légitimes, ou il n'en a point. S'il en a, les donations à sa concubine ou à ses bâtards doivent être extrêmement modérées. Celles faites à la concubine ne peuvent pas, selon moi, excéder de beaucoup les dommages & intérêts que cette fille séduite auroit obtenu en justice pour frais de couches, & pour une espece de réparation de l'honneur que son corrupteur lui a ôté: ni les donations aux enfans naturels excéder les alimens qu'on proportionne cependant à la fortune, & à la maniere dont il les a fait élever. Nous avons vu, il y a peu d'années, le sieur Fabus, qui passoit alors pour être puissamment riche, condamné par arrêt à faire une pension viagere de 600 liv. à un fils

TIT. VI.
Observ. 3^e.

Des donations
aux bâtards &
aux concubines.

(1) D'un côté les donataires étoient des enfans communs, au sort desquels il étoit naturel de penser que les époux avoient voulu pourvoir. D'un autre côté, comment présumer que le mari étoit le vrai donataire de sa femme, sous le nom de leurs enfans, puisqu'il étoit incertain si elle mourroit avant lui?

qu'il avoit eu de la fille d'un bourgeois de Metz, & dont il avoit fait soigner l'éducation.

Les alimens étoient refusés par les loix civiles aux enfans nés d'un adultere, *aut ex nefario coïtu*. La jurisprudence, conformément aux loix canoniques, leur en accorde; mais ils sont ordinairement moindres que ceux qu'on donne aux bâtards simples. Ils sont donc comme ceux-ci capables de donations très-moderées, quand même il y a des enfans légitimes.

Mais s'il n'y en a point, les donations peuvent être plus fortes, & sont valables, pourvu qu'elles ne soient ni universelles, ni excessives. Anne Robert, liv. 2, cha 4, rapporte même un arrêt prononcé en robes rouges, le 17 Mars 1584, qui a confirmé une donation faite par une mere sans enfans légitimes, à son bâtard, de tous ses immeubles, avec rétention d'usufruit. Mais j'ai peine à croire qu'une pareille donation fût aujourd'hui approuvée.

26.
Examen de l'art.
116 de la cou-
tume de Sedan
pour les dona-
tions aux bâ-
tards.

Je ne crois pas non plus que, dans la coutume de Sedan, on se conformât, dans le cas où il y auroit des enfans légitimes, à l'art. 116, qui porte, que *le pere peut donner à son bâtard & fils naturel la sixieme partie de ses meubles & conquêts immeubles; à la charge que lesdits conquêts immeubles retourneront au donateur, ou ses héritiers, au cas que ledit bâtard décède sans hoirs de son corps en légitime mariage ...*, & où ledit pere n'auroit meubles & conquêts suffisans, lui pourra assigner en l'usufruit de partie de ses propres, pour ses alimens, jusqu'à la sixieme partie d'eux; car il suivroit de-là cette intolérable absurdité, que le bâtard pourroit être mieux partagé qu'un enfant légitime. Si, par exemple, un pere n'ayant que des meubles & des acquêts, (c'est ce que la coutume entend par conquêts) délaissoit six enfans légitimes ou plus, il lui seroit permis de les réduire à ne partager entre eux tous que cinq sixiemes, & par conséquent, à une portion moindre que celle du bâtard, à qui il lui seroit libre de donner à lui seul un sixieme; & cela en propriété absolue, & non reverfible en aucun cas, si la succession ne consistoit qu'en meubles, comme sont souvent celles des marchands, des banquiers & autres; & s'il s'y trouvoit des acquêts, aussi en propriété pleine, & à la seule charge de la réversion desdits acquêts, qui pourroit aisément n'avoir pas lieu, parce qu'elle dépendroit d'une condition fort casuelle & fort incertaine. Supposé même que le pere ne laissât que des propres, l'usufruit laissé aux bâtards pour alimens excéderoit encore le revenu de la portion héréditaire de chaque enfant légitime. Tout cela me paroît trop déraisonnable pour ne pas penser que l'intention des rédacteurs de cet article a été qu'il n'eût lieu que lorsque le pere n'a point d'enfans légitimes. On doit donc, à mon avis, en borner l'exécution à ce seul cas.

Je pense encore que, même à défaut d'enfans légitimes, s'il y a plusieurs bâtards, ils ne sont capables à Sedan, que de recevoir la donation du sixieme, dont parle la coutume entre eux tous, & non pas chacun un sixieme.

Je ne répéterai pas ce que j'ai dit ci-devant, que lorsque les mineurs sont ca-

pables de donner par donation entre vifs, leurs tuteurs & autres administrateurs ne laissent pas d'être incapables de recevoir ces donations. Les archiducs souverains des Pays-bas ont imité nos loix en ce point. Voy. l'art. 24 de l'édit perpétuel, qui fait partie du droit municipal du Luxembourg, même de celui qui est réuni à la France.

Les donations, soit entre vifs ou testamentaires, sont comprises, comme les autres moyens d'acquérir, dans les loix qui ont été portées pour arrêter les acquisitions des gens de main-morte. On a conçu de tout tems que l'église augmentant toujours ses propriétés, & ne les aliénant jamais, dépouilleroit enfin les familles; ce qui entraineroit le renversement de l'état. On a pris depuis très-long-tems des mesures sages contre des inconvéniens qui n'étoient que trop sensibles. Mais ces précautions ont presque toujours été érudées. Sans rappeler les anciennes loix, qui toutes nécessaires qu'elles étoient, n'ont presque jamais été observées, la déclaration du roi, donnée pour le ressort le 1er. Juin 1739, annule les donations de biens immeubles, rentes foncières, & constituées sur des particuliers, faites aux gens de main-morte, encore que ces biens, suivant les coutumes des lieux, soient réputés meubles, & qu'au lieu de les leur laisser directement, il ait été réglé qu'ils seroient vendus, & que le prix leur en seroit remis; à moins que ces dispositions ne soient faites en vertu de la permission expresse du roi, portée par des lettres patentes, dûment enregistrées. La même prohibition a été renouvelée par l'édit du mois d'Août 1749, donné pour tout le royaume; & elle subsiste pleinement pour les donations entre vifs. Mais quant aux dispositions testamentaires, il y a été dérogé en faveur des hôpitaux, des fabriques des paroisses, & des autres établissemens de charité, par la déclaration du 20 Juillet 1762. J'en parlerai sous le titre des testamens.

TIT. VI.
Observ. 30.

21.
Les tuteurs & autres administrateurs sont incapables de recevoir des donations.

22.
Des donations aux gens de main-morte.



TIT. VI.
OBSERV. 46.

OBSERVATION IV.

Des Donations par Contrats de Mariage en faveur des Conjoints, ou des Enfans à naître d'eux ; & des Donations entre Vifs entre Conjoints pendant le Mariage.

1.
Donations, nulles en tout autre acte, valent en contrat de mariage.

IL n'y a point dans nos mœurs de conventions plus inviolables, ni d'une exécution plus nécessaire que celles des contrats de mariage. Elles l'emportent sur les loix, & même sur certaines loix prohibitives, & elles y dérogent. Voy. tom. 1, pag. 254 & suiv. Les pactions qui seroient nulles en tout autre acte, valent en contrats de mariage, & notamment les donations. Voy. *ibid.* pag. 251. Ce sont des regles qu'on peut regarder comme générales, que celles écrites dans l'art. 98 de la coutume de Sedan : *L'homme & la femme, en faveur de mariage, & en traitant d'icelui, peuvent faire entre eux tels dons, donations & avantages que bon leur semblera, tant de biens meubles, que de propres, acquêts & conquêts immeubles ;* (ce qui n'a pas lieu pourtant à l'égard de ceux qui se marient ayant enfans, à cause de l'édit des secondes nocés, dont cette coutume copie les dispositions dans les trois articles suivans) ; & cette autre regle tracée dans l'art. 119 de la même coutume : *Toutes donations & autres pactions, & convenances de succéder, faites entre vifs, ou à cause de mort, en traité de mariage ou faveur d'icelui, soit mutuelles & égales, ou non égales... , sont bonnes & valables, pourvu qu'elles soient faites en faveur des époux, ou des enfans à naître de leur mariage, soit par l'un des époux, ou par tous les deux, soit par leurs parens ou par les étrangers.* Ferriere, sur l'art. 282 de la coutume de Paris, gl. 1, n°. 8, observe qu'en cela nos mœurs sont conformes à celles des Romains, dont les loix » permettent les donations par contrat de mariage par les futurs » conjoints l'un à l'autre. La cause des mariages, ajoute-t-il, s'est trouvée si favorable & si avantageuse pour la république, qu'on les a rendus susceptibles de toutes sortes de clauses & de conventions qui ne blessent point les bonnes mœurs. » On a même permis de déroger par iceux à certaines dispositions coutumières ». L'ancienne coutume de Vermandois annulloit toute donation entre conjoints en contractant mariage, excepté pour douaire. Quelque précise que fut cette disposition, il fut prouvé par une enquête par turbes de l'an 1548, qu'elle étoit abolie par un usage contraire. C'est ce que nous apprend La Fons sur l'art. 50, n°. 8.

2.
Limitations de cette matière.
1°. secondes nocés.

Mais quoiqu'en général il soit vrai, comme le portent un assez grand nombre de coutumes, & comme le dit Ferriere, *ubi supra*, n°. 15, » qu'on peut donner par » contrat de mariage tous ses biens meubles & immeubles, propres, anciens ou

» autres, de quelque nature & qualité qu'ils soient «; cette faculté est limitée en plusieurs cas, dont il me paroît à propos de remarquer les principaux. J'ai déjà remarqué le premier, qui est celui des secondes noces. Il a fait dire à Buridan sur le même article de la coutume de Vermandois, qu'elle approuve les conventions qui ont précédé le mariage, » pourvu toutefois que, par icelles, les parties ne contreviennent à l'édit des secondes noces «. J'en ai parlé, pag. 267, n^o. 27 & suiv.

Le second cas où la liberté de donner à son conjoint par contrat de mariage n'est pas indéfinie, est lorsque le donateur est mineur. Voy. ce que j'ai dit ci-dessus, observ. 2, n^o. 18.

Le troisième est lorsque la coutume borne à certains biens les donations que les époux peuvent se faire en se mariant. Ces coutumes ne sont pas en grand nombre, mais il y en a quelques-unes. Ferrière, à l'endroit cité, n^o. 9, me fournit la première que j'indiquerai : c'est celle de Tours, art. 236. *Si donations se font en faveur de mariage, par l'un des futurs conjoints à l'autre, seront valables jusqu'à concurrence de tous les meubles à perpétuité, & de la moitié des acquêts à vie.* L'art. 205 de la coutume de Bretagne ne permet aux époux de se donner au traité de leur mariage que la tierce partie de leurs propres. Suivant l'art. 23 de celle de Ponthieu, ils peuvent se donner, par ce traité, tous leurs meubles, acquêts & conquêts, & le quint, soit viager ou héréditaire, de leurs héritages. En Normandie, » le fiancé ne peut, en quelque tems que ce soit, donner à sa fiancée de ses immeubles : elle peut seulement avoir douaire... ; mais à l'égard de la fiancée, elle peut véritablement donner à son futur époux ses meubles, & le tiers de ses immeubles ; & toutefois cette donation ne peut valoir si elle n'est faite par le contrat de mariage. Bagnage, sur l'art. 410 «. Par ce mot, fiancés, on doit entendre ceux entre lesquels il y a, ou il se forme actuellement des promesses, ou un contrat de mariage, comme je l'ai dit, tom. 1, pag. 188, n^o. 8. Voy. la coutume de Bretagne, où il est manifestement employé en ce sens dans l'article cité.

Notre coutume de Metz approche de celles que je viens d'indiquer. Suivant l'art. 6 du tit. 7 : *Homme & femme peuvent, en traitant mariage, s'avantager l'un l'autre de leurs meubles & gagiers par donations entre vifs, ou à cause de mort, soit qu'il y ait enfans dudit mariage, ou non.* D'où M. D... a raison de conclure » qu'il n'est pas libre aux conjoints de se donner même entre vifs leurs biens de fonds «. Ils ne le peuvent pas même par contrat de mariage. *Qui de uno dicit, de altero negat* ; & cette prohibition faite aux époux de se donner leurs tréfonds par contrat de mariage, est d'autant moins douteuse, que l'art. 9 du même titre, en statuant que les conjoints ne peuvent s'avantager de leurs biens de fonds par don mutuel, ajoute, *ni autrement* : expression qui renferme les contrats de mariage (1).

(1) Peut-être M. D... a-t-il cru qu'il suffisoit de dire que les conjoints ne pouvoient se don-

LIT. VI.
OBSERV. 4e.

J'ai déjà remarqué, pag. 261, n. 18, qu'Ancillon voulant plutôt abroger que réformer ce point de notre coutume, qui limite aux meubles & aux gagées la liberté qu'ont les époux de se faire des donations en contrats de mariage, propose de couvrir l'art. en des termes qui rendroient cette liberté indéfinie. Mais pourquoi ce changement, puisque, comme on vient de le voir, d'autres coutumes bornent aussi ces stipulations à certains biens, ou à certaines portions de certains biens, & qu'il est très-raisonnable, & conforme à l'esprit général du droit coutumier d'affurer une partie des biens que chaque particulier possède à ses proches, & de ne pas permettre que ces biens qui leur sont spécialement destinés par la loi passent dans une famille étrangère?

5.
4e. Pour la légitime.

La 4e. limitation est l'obligation de laisser la légitime aux enfans; car quoique les conventions matrimoniales qui n'excèdent pas les conditions ordinaires sous lesquelles on a coutume de stipuler la société conjugale, ne soient pas regardées comme des donations pures, mais comme un titre onéreux, parce que chacun contribue plus ou moins aux apports & au profit de la société qui est l'objet du contrat, & que par cette raison ces pactes ne soient pas sujettes à la légitime; cependant dès qu'elles excèdent notablement les termes accoutumés, & qu'elles dégèrent en un avantage considérable, elles deviennent un titre lucratif, & sont sujettes à toutes les loix des donations pures & simples. Ricard, part. 3, chap. 8, sect. 8, n. 1085.

C'est donc encore mal-à-propos qu'Ancillon, au même endroit dit, que si l'un des époux donnoit à l'autre sa moitié des meubles & acquêts de la communauté, cela tourneroit au grand préjudice des enfans du mariage, qui par ce moyen seroient exclus de la succession de leur père & de leur mère, & même privés de leur légitime dans la même succession; ce qui ne seroit pas raisonnable; & qu'il suggère en procédant à la réformation de la coutume, d'ajouter à l'article qui permettra aux conjoints de s'avantager par contrat de mariage, de tous leurs biens, meubles, acquêts & propres, cette restriction: sauf la légitime des enfans. Ces donations ne peuvent jamais blesser la légitime, soit que la coutume les limite à certains biens,

ner, même entre vifs, leurs tréfonds, & qu'il étoit inutile d'exprimer qu'ils ne le pouvoient pas même par contrat de mariage; parce qu'il pensoit que toute donation par contrat de mariage étant irrévocable, devoit être mise au nombre des donations entre vifs. Mais l'art. de la coutume de Metz, dont il s'agit ici; l'art. 119 de la coutume de Sedan, &c., admettent dans les contrats de mariage des donations entre vifs, ou à cause de mort; & Ancillon, sur ces mots, les distingue très-bien. Lorsqu'en contrat de mariage, on donne de manière que les choses données sont, à l'instant du contrat, acquises au donataire, la donation est purement entre vifs. Mais lorsque, pour que la donation ait lieu, il faut que le donataire survive au donateur, elle est donation à cause de mort, ou en tient au moins beaucoup. C'est évidemment le sens de notre article. Voy. l'observ. 1re. n. 2 & suivant.

soit

soit qu'elles les permettent indéfiniment aux conjoints ; & dans l'un & dans l'autre cas, il faut, comme le dit M. D. . . qu'ils laissent la légitime à leurs enfans lorsqu'ils en ont.

TIT. VI.
Observ. 4e.

Donations faites par traité de mariage en faveur des mariés ou de leurs descendans sont irrévocables. Metz, tit. 7, art. 10 ; Sedan, art. 121. Cette règle est, à la vérité, commune à toutes les donations entre vifs, puisque l'irrévocabilité fait presque toujours (1) partie de leur essence. Mais en contrat de mariage elle s'étend même aux donations à cause de mort, qui dans tout autre acte sont presque toujours essentiellement révocables. Ancillon sur l'art. 6 du tit. 7, Vbo. à cause de mort.

6.
Donations en contrats de mariage, irrévocables.

Il remarque un peu plus haut, Vbo. par donations entre vifs, un autre privilège des contrats de mariage, c'est que les choses données par iceux sont acquises à l'instant aux donataires sans tradition réelle & actuelle : ce qui est porté par l'art. 113 de la coutume de Verdun, & par l'art. 167 de celle de Bar.

7.
Dispensées de la tradition.

Le même commentateur sur l'art. 10 du même tit. Vbo. sont aussi irrévocables, mettoit en question si, dans notre coutume, les donations pouvoient être révoquées par survenance d'enfans, lorsqu'elles étoient faites par traité de mariage. Et Le Paige sur le tit. 11 de celle de Bar, si la révocation avoit lieu par la naissance d'un enfant qui mourroit peu après ? Ces questions ne peuvent plus être agitées depuis l'édit du mois d'Août 1731. La première, parce que l'art. 39 de cette ordonnance la décide, en distinguant les donations faites par les conjoints & les ascendans, auxquelles la survenance d'enfans ne donne aucune atteinte ; & celles faites par toutes autres personnes qui n'avoient point d'enfans actuellement vivans, lesquelles sont révoquées de plein droit par la naissance d'un enfant légitime, ou la légitimation *per subsequens*, d'un enfant naturel ; & la seconde, parce qu'elle est décidée par l'art. 43 de la même loi qui porte que les donations révoquées par la survenance d'un enfant ne pourroient revivre par sa mort.

8.
Quand elles sont révoquées par survenance d'enfans.

Toute donation peut être rescindée pour une ingratitude bien vérifiée. C'est la disposition du droit commun de l'art. 4 du tit. 8 de la coutume de l'Evêché, & de l'art. 3 du tit. 10 de celle de Lorraine, qui ajoute ou autre cause légitime. L'auteur anonyme des notes manuscrites sur cette dernière coutume en donne pour exemple celui qui a fait donation à charge d'être nourri & entretenu, qui, dit-il, peut sans difficulté, rentrer dans ses biens par revendication, si le donataire ne remplit pas la condition, L. 1. *cod. de donat. quæ sub mod.* pourvu que telle condition soit au texte de la donation, L. 4 *eod.*, & non pas accordée postérieurement. Il me paroît cependant que le refus de remplir une pareille obligation, même contractée après la donation consommée, peut facilement devenir une ingratitude suffisante pour

9.
Autres causes de révocation.

(1) On sera peut-être étonné ici & un peu plus bas que je dise presque toujours, & non pas toujours. Mais voy. ci-dessus l'obs. 1, n. 5 & 6, & l'obs. 17, n. 6 ci-après.

TIT. VI.
Observ. 4e.

en autoriser la révocation : ce qui dépend des circonstances. Voy. aussi Canon sur l'art. 3, n. 2.

10.
Les conjoints ne peuvent se donner entre vifs après le mariage.

Après le mariage contracté, presque toutes les coutumes défendent aux conjoints de se donner entre vifs autrement que par don mutuel. Je ne citerai que celles de Paris, art. 282; d'Orléans, art. 280; d'Amiens, art. 106; de Boulenois, art. 95; de Bourgogne-duché, ch. 4, art. 7 (qui excepte deux cas, l'un lorsque la donation est consentie par les plus prochains parens vivans, qui devoient succéder au mari, ou à la femme donateurs; l'autre lorsqu'ils s'en sont réservés la liberté par leur contrat de mariage); de Vitry, art. 113; de Bar, art. 82; de Sedan, art. 102; de Vermandois, art. 50, & de Toul, art. 42, qui ajoute : *à moins que les donations ne soient expressément rappelées & confirmées par testament*. Je parlerai dans un moment des coutumes de Metz & de l'Evêché.

11.
Souvent ils le peuvent à cause de mort.

On a pu voir, tom. II, pag. 278, n. 7, que la donation étoit le seul contrat qui fut défendu entre les époux par le droit romain. Mais il faut ajouter que quand l'un avoit fait à l'autre une donation, elle avoit son effet si le donateur l'avoit confirmée par son testament, attendu que les donations à cause de mort étoient reçues *inter virum & uxorem*. L. 9, §. 2, ff. de donat. inter vir. & uxor. (comme elles le sont dans plusieurs des coutumes qui les défendent entre vifs) *quia*, dit la loi suivante, *in hoc tempus excurrit donationis eventus quo vir & uxor esse desinunt* (1). Par cette raison la rigueur de l'ancien droit fut mitigée dans la suite : & l'empereur Antonin crut qu'il suffisoit que celui qui avoit fait une donation entre vifs à son conjoint pût s'en repentir, & la révoquer s'il le vouloit, comme si elle eut été à cause de mort : *hæredem vero eripere forsitan adversus supremam ejus qui donaverit judicium durum & avarum esse*. L. 32, in pr. & §. 1 eod. : les usages de Toul ne vont pas si loin; ils sont conformes à la jurisprudence romaine avant le changement dont Antonin a été l'auteur, & ne valident les donations entre vifs entre conjoints, que quand elles ont été expressément confirmées par la dernière volonté du donateur.

12.
Suite de l'interdit où ils sont de se donner entre vifs.

La prohibition faite aux conjoints par la coutume de Metz de s'avantager l'un l'autre par quelque acte que ce soit, de leurs biens tenans nature de fonds, est expresse dans l'art. 9 du tit. 7. Il ne parle que des biens de fonds; mais on ne peut pas en conclure qu'il leur est libre de se donner entre vifs, après le mariage contracté, leurs meubles & gagieres. L'art. 6 du même titre qui leur permet de s'avantager l'un

(1) Mais n'est-ce pas la crainte de la suggestion qui est la source de la prohibition faite aux conjoints de s'avantager? & si cela est, n'est-ce pas au tems de l'acte, & non à celui de son exécution, que les loix paroissent devoir s'attacher? On peut donc dire que, quoique le motif de la défense fut fondé, elle a paru si dure, que les loix & plusieurs coutumes, (quoique toutes desirant la conservation des biens dans les familles) ont cru qu'il suffisoit de défendre, entre les époux, les donations entre vifs.

L'autre de ces sortes de biens en traitant mariage, montre assez que *notre coutume ... défend les donations entre vifs, entre conjoints, pendant le mariage, & M. D. . .* a eu raison d'en tirer cette conséquence. Il ne paroît pas qu'après le mariage contracté, on ait jamais autorisé à Metz les actes entre vifs qui tendoient à avantager l'un des époux des biens de l'autre de quelque nature qu'ils fussent. *Les donations entre maris & femmes, disoit D'Abocourt fol. 140 R^{to}, & autres contraux d'aliénation de tous leurs biens indifféremment des uns au profit des autres, ne sont permis, pour les présomptions des surprises & autres pratiques qui se pourroient exercer, au désavantage des lignes dont procéderaient tesdits biens.*

Dans la première édition de la coutume par Abraham Fabert en 1613, le tit. 7 finissoit par un onzième article portant : *gens mariés ne peuvent acquérir, attirer, ni s'approprier les héritages l'un de l'autre, ni constituer cens sur iceux au préjudice de leurs héritiers légitimes.* Il a été retranché des éditions subséquentes, sans néanmoins que ce retranchement ait été autorisé par les procès-verbaux de révision des années 1616 & 1677 qui ne parlent point de cet article. On a cru apparemment qu'il étoit inutile & superflu ; sa disposition étant renfermée dans les art. 6 & 9 de ce titre, auxquels il n'ajoutoit rien.

La coutume de l'Evêché ne parle pas des donations entre conjoints après le mariage contracté, si ce n'est en ce que par l'article 2 du tit. 8 elle leur défend les dons mutuels. Mais puisqu'elle proscribit absolument ces donations » qui néanmoins sont les plus favorables, & répugnent le moins au droit romain & à toutes les coutumes . . . (1) on doit en induire qu'elle défend, à plus forte raison, les simples donations entre vifs entre conjoints « M. D. . . sur cet art.

Il y a donc très-peu de coutumes qui, après le mariage contracté, permettent aux conjoints de se donner l'un à l'autre entre vifs autrement que par don mutuel. L'art. 21 de la coutume de Noyon porte cependant, *homme & femme conjoints par mariage, se peuvent donner l'un à l'autre, par donation entre vifs, tous leurs meubles, acquêts & conquêts, immeubles, & moitié de leurs propres en usufruit, pourvu qu'il n'y ait enfans de ce mariage, ou d'autres : auquel cas ne se peuvent donner l'un à l'autre que les meubles, acquêts, & conquêts, immeubles, & sauf la légitime aux dits enfans.* Cette disposition paroît autoriser non-seulement les dons mutuels, mais aussi les donations simples, & non réciproques.

J'ai remarqué, tom. 1, pag. 279, n. 9, la disposition singulière de la coutume de Luxembourg, qui, tit. 8, art. 4, permet aux conjoints, constant leur mariage, conjointement, ou séparément, de charger leurs héritages au profit l'un de l'autre d'une

(1) Le magistrat que je cite, dit, *qui admettent les donations entre vifs.* Je supprime ces mots que je n'entends pas. Loin qu'il soit vrai que toutes les coutumes admettent les donations entre vifs entre conjoints, il n'y en a presque point qui ne les proscrivent.

TIT. VI.
Oblerv. 40.

somme de deniers, pour par le donataire survivant en jouir après le trépas du donateur, & aussi desdits héritages jusqu'au paiement de ladite somme. Voilà une donation dont, à la vérité, l'effet est reporté, *in hoc tempus quo vir & uxor esse desinunt*, mais cependant faite par un acte entre vifs & irrévocable; ce qui est contraire à la règle générale, » qui s'entend, dit Ferrière sur l'art. 282, gl. 2, n. 18, » de toutes pactions, & conventions faites entre le mari & la femme, pendant le mariage, par lesquelles l'un procureroit un avantage à l'autre, lesquelles sont nulles, quoique faites pour réduire les conventions matrimoniales au droit commun; comme pour donner droit de communauté par moitié à la femme qui en est excluse, ou qui n'y a qu'une moindre portion par son contrat de mariage.

13.
Peuvent s'accorder le remploi.

Je ne regarde cependant pas comme contraire à la règle ordinaire, la disposition de l'art. 4 de la coutume de St. Mihiel, qui permet aux conjoints par mariage, de se donner l'un à l'autre, entre vifs, récompense, & réassignal du bien de ligne de l'un d'eux, vendu constant leur mariage; car cette coutume n'étant pas exclusive du remploi, il y est admis de plein droit par la jurisprudence de notre parlement. Le réassignal accordé pendant le mariage n'est donc pas un avantage, & ne tient rien de la donation, pourvu qu'il n'exécède pas la valeur du propre aliéné. Aussi est-il permis de consommer constant le mariage le remploi, qui auroit eu lieu à la dissolution. Sur quoi voyez cependant Le Brun, de la communauté, liv. 3, ch. 2, sect. 1, dist. 2, n. 62 & suiv. & ce que j'ai dit tom. 1, pag. 406 & suiv.

Je vais plus loin, & je pense que, même dans une coutume exclusive du remploi sans stipulation, si le bien de l'un des époux a été vendu, sans qu'il ait pensé à prendre la précaution de le stipuler, l'autre peut le lui accorder *ex post facto*, même par acte entre vifs; parce que ce n'est pas proprement une libéralité qu'il lui fait; mais une justice qu'il lui rend; qu'il ne l'avantage pas, mais qu'il l'indemnise.

14.
Le mari peut, en Lorraine, donner entre vifs à sa femme, mais non la femme, au mari.

Mais la coutume de Lorraine s'éloigne entièrement de presque toutes les autres, en permettant au mari par l'art. unique du tit. 10, aux nouvelles de disposer par donation entre vifs de ses meubles & acquêts en faveur de sa femme. Sur quoi il faut observer que cette liberté n'est pas réciproque; & qu'aucun article de la coutume ne permettant à la femme de donner en cette forme à son mari, elle ne peut le faire, même dans le cas, & avec les limitations portées par l'art. 2 du tit. 11, aux nouvelles qui ne concerne que les dispositions testamentaires.

15.
La défense de donner entre conjoints s'étend aux fiancés.

En parlant de la défense de donner entre vifs entre conjoints, j'ai toujours dit qu'elle avoit lieu après le mariage contracté, & non pas après le mariage célébré; car encore que par le droit romain, la prohibition faite aux conjoints de se donner, ne s'étendit pas jusqu'aux fiancés, *prohibitio hæc ad sponsos non pertinet*. Vellebecke, sur le digeste, liv. 29, tit. 1, n. 3. Notre droit françois a poussé la précaution plus loin; & parmi nous, *non valent donationes post sponsalia facta*, & in

totum intercidunt, & inutiles sunt, ut factæ contra consuetudinis dispositionem.
 D'Argentré sur l'art. 220, de Bretagne, gl. 7, n. 2. Voyez aussi Ferrière sur l'art. 282, de Paris, gl. 1, n. 10, où cependant il cite mal-à-propos la coutume de Sedan dont ni l'art. 119, qui ne parle pas des fiancés, ni l'art. 120, qui les concerne, ne disent rien des donations qu'ils se font l'un à l'autre. Il faut au surplus se souvenir ici de ce que j'ai dit du mot *fiancés* au nombre 4, ci-dessus, & tom. 1, pag. 188, n° 8.

J'ai remarqué en passant, n. 10, que la coutume de Bourgogne valoit la donation faite entre vifs faite par l'un des conjoints au profit de l'autre en deux cas. Le premier, lorsqu'elle a été consentie par les plus proches parens du donateur, & ses héritiers présomptifs au tems de l'acte. La coutume de Metz, tit. 7, art. 9, valide aussi les avantages que se font les conjoints en biens de fond, au moyen du consentement de leurs héritiers présomptifs. Les dispositions de ces coutumes me paroissent très-dangereuses. Nos ancêtres supposoient apparemment que la candeur & la droiture qui regnoient dans le pays, préviendroient les mauvaises voies qu'on peut employer pour extorquer ce consentement. d'Abocourt fol. 140, va jusqu'à autoriser les dons mutuels entre ceux qui ont des enfans, pourvu que ces enfans y donnent un consentement exprès, & légitime; & la fausse coutume de Gorze, qu'on peut regarder comme un vestige assez marqué de l'ancien usage du pays, tit. 11, art. 21 & suiv. dit, que les donations mutuelles des anciens tréfonds ne valent, si les héritiers des conjoints n'y ont consenti.

Ancillon a été frappé de l'inconvénient manifeste qu'il y a de valider des donations prohibées par la coutume, au moyen de ce consentement. « A le bien considérer, dit-il, sur notre art. 9, on reconnoît qu'il n'est pas dans toute la liberté qu'il seroit nécessaire pour les rendre valables, vu que les héritiers restans dans l'attente de profiter des biens du donateur, qui exige d'eux ce consentement, ils ont tellement intérêt de conserver ses bonnes grâces, en exécutant sa volonté, de crainte que s'ils y résistent, ils ne les privent entièrement de ses biens, par d'autres voies, soit en les donnant à d'autres, ou en leur faisant changer de nature, qu'il n'est pas en leur pouvoir de leur refuser, ce qu'il souhaitent d'eux. De sorte que c'est une espèce de force & de contrainte, qui empêche l'usage de leur volonté, & qui produit conséquemment la nullité de l'acte ».

Cette réflexion est d'une évidence qui ne souffre point de réponse; & Ancillon la confirme par une foule d'autorités, qu'il termine par un arrêt de notre parlement du 22 Janvier 1681, par lequel une donation faite par Claudin Clément, de tous ses biens qui ne consistoient qu'en meubles, & en acquêts régis par la coutume de l'Évêché, à Claude Clément son neveu, fils de son frere germain pour moitié, & à Nicolas Gaugin, aussi son neveu, fils de sa sœur utérine pour l'autre moitié. Ladite donation consentie, & signée par les deux neveux, a été rescindée sur les lettres de restitution obtenues par Claude Clément, qui soutenoit que le consentement par

TIT. VI.
 Observ. 46.

16.
 Consentement
 de l'héritier à
 une donation
 entre conjoints,
 qui seroit nulle
 sans cela.

TIT. VI.
Oblig. Ac.

lui donné n'étoit pas valable, attendu qu'il n'étoit pas en liberté de le refuser, sans donner lieu à son oncle de lui faire préjudice d'une autre manière.

Aux autorités indiquées par notre commentateur, il seroit aisé d'en ajouter beaucoup d'autres : comme Buridan sur l'art. 50 de la coutume de Vermandois, où il décide » quoique les enfans aient accordé telle disposition du vivant de leur » pere, ou mere donateurs, néanmoins après son décès, ils la pourront faire casser : » comme tel consentement présumé avoir été tiré d'eux par crainte, ou révérence » trop craintive « : & Fabert sur l'art. 4 du tit. 10 de la coutume de Lorraine, n. 1183, qui dit que » si les conjoints avoient fait une donation mutuelle dans » cette coutume qui la prohibe, avec le consentement de leurs enfans, ou autres présomptifs héritiers, elle ne laisseroit d'être déclarée nulle. Il y a de ce un » arrêt de l'an 1545, au profit de l'héritier, contre la femme donataire, fondé » sur la prohibition de la coutume... & n'eut la cour égard au consentement des » héritiers, parce qu'ils n'avoient encore aucun droit, & n'eussent osé contredire » au donateur «.

17.
En quel cas il
la valide, sui-
vant quelques
auteurs.

Cependant il y a des auteurs qui pensent que, quoique les dons mutuels soient interdits aux conjoints, quand l'un d'eux a des enfans, le consentement de ces enfans peut les rendre valables. Sur quoi voyez Ferriere sur l'art. 280, gl. 5, n. 12, & Buridan sur l'art. 47 de la coutume de Vermandois. Ces auteurs fondent leur opinion sur l'incertitude de l'événement, qui rend douteux lequel des deux conjoints profitera du don mutuel; & sur ce que les enfans n'auroient pas attaqué la donation, s'ils en avoient profité par la survie de leur pere, ou de leur mere; ils raisonnent donc dans l'espece d'un conjoint qui a des enfans d'un premier lit, du consentement desquels il a fait un don mutuel, dont son conjoint profite par son prédécès, & que les enfans attaquent; ce qu'ils n'eussent pas fait, si par un événement contraire, le bénéfice du don mutuel étoit tourné au profit de leur pere, ou de leur mere. Ainsi d'abord cette raison ne prouve rien pour les donations simples, & non réciproques que le consentement des enfans, ou autres héritiers du donateur ne peuvent valider, puisqu'en aucun cas l'acte ne pourroit leur être avantageux. On ne peut appliquer à ces donations la note de Dumoulin sur l'art. 155 de l'ancienne coutume de Paris, adoptée par Ricard sur l'art. 280 de la nouvelle, où ils tiennent les dons mutuels valables, lorsqu'ils ont été faits du consentement donné en majorité par tous les enfans, & qu'il apparoit être leur profit. C'est-à-dire, qu'ils n'y ont consenti qu'en vue de l'avantage qui pouvoit leur en revenir. C'est, au contraire, le cas d'appliquer les notes du même Dumoulin sur la coutume d'Auvergne, art. 46, du ch. 4, *quid si ei donet de consensu fratrum qui essent ejus hæredes? respondeo quod non valet. Acceptio etiam*, si les freres promettoient garantir: *nisi esset donatio onerosa, vel mutua*; & art. 53 du chap. 12. *Amotia... etiam interveniente consensu hæredis legitimi vel successuri ab intestato vivo testatore; quia videbitur extortus, & non valet.* C'est l'opinion commune. Voyez Boucheul des conventions de succeder, ch. 7, n. 37.

En second lieu dans le cas même du don mutuel, l'opinion que je viens de rapporter est combattue par d'autres auteurs, & entre autres par Charondas, dont Ferrière, *ubi supra*, rapporte, & adopte le sentiment. Parce que ce seroit autrement donner occasion aux peres & meres de contraindre leurs enfans à consentir à leurs avantages, contre la disposition expresse de la loi, au préjudice de leurs enfans, lesquels se trouveroient obligés de donner leur consentement, *ne pejus consuleret*; dans la crainte que leurs peres & meres ne leur fissent ressentir les effets de leur vengeance, pour le refus qu'ils leur auroient fait.

M. D... sur les art. 9 & 10 du tit. 7 de la coutume de Metz, n'a pu s'empêcher d'avouer » qu'il semble que le consentement des héritiers présomptifs ne peuvent » valider le don, même mutuel, fait des biens de tréfonds contre la prohibition de » la coutume; & que d'ailleurs il est à craindre qu'un tel consentement ne soit extor- » qué par crainte, par violence, ou par respect trop timide, ou intéressé. Mais toujours scrupuleusement attaché aux expressions de la coutume, dont il suit presque par-tout la lettre à la rigueur, lors même qu'il sent que la raison & l'équité demandent qu'on l'adouçisse, il n'en assure pas moins que, » malgré les inconvéniens dont » il convient, il faut s'en tenir audit art.; & que comme il permet le don mutuel, » ou autre avantage, à l'égard des biens de fonds, ou de l'usufruit d'iceux, pourvu » que les héritiers présomptifs des conjoints y consentent. Il est constant qu'il est » valable au moyen de ce consentement, étant libre à ses héritiers de se départir de » leurs droits, & de renoncer au bénéfice de la loi.

Si l'opinion commune est contraire, M. D... auroit pu invoquer en faveur de la sienne le contradicteur perpétuel de Dumoulin, qui sur l'art. 218 de l'ancienne coutume de Bretagne, gl. 9, n. 15, tâche aussi d'établir que le consentement de l'héritier présomptif valide les donations excessives, inofficieuses, ou faites entre maris & femmes, pourvu que celui qui a donné ce consentement se trouve par l'événement appelé à la succession du donateur (1), parce qu'il prétend que la nullité n'est pas absolue, mais respectueuse, & ne regarde que son intérêt qui n'est pas considérable, contre un acte, auquel il a donné son agrément (2). Mais avec cette restriction, qui me paroît réduire presque à rien sa décision, *nisi aliud in circumstantiis fuit*; car il arrive presque toujours qu'il résulte des circonstances de très-fortes présomptions que l'héritier présomptif n'a pas consenti en pleine liberté à un acte si contraire à ses intérêts.

Je pense donc que lorsque notre coutume a parlé du consentement des héritiers présomptifs des conjoints, elle n'a pas entendu un consentement qui, selon toute ap-

TIT. VI.
Observ. 48.

18.
Cette opinion
est contredite.

19.
Résolutions.

(1) En sorte que la validité ou la nullité de la donation resteroient en suspens, jusqu'au décès du donateur, ce qui seul me feroit rejeter ce sentiment de M. d'Argentré.

(2) Peut-on renoncer par avance à une succession qui n'est pas échue?

parence, a été extorqué d'eux par la crainte d'encourir la disgrâce du donateur, s'ils ne déféroient pas à ce qu'il souhaitoit ; & de s'exposer en l'irritant par un refus, à lui voir prendre des mesures qui leur seroient encore plus préjudiciables : qu'on peut sans faire violence aux termes de la coutume, l'entendre d'un consentement parfaitement libre, donné par les héritiers présomptifs, à un acte, qui pour user des termes de Dumoulin répété par Ricard, & que j'ai cité pag. 335, *apparoît être leur profit*, c'est-à-dire à un acte qui pouvoit leur devenir avantageux : que l'espérance de cet avantage a pu leur faire approuver, & qu'ils n'attaquent que parce que l'événement qui étoit incertain, ne leur a pas été favorable. Mais lorsqu'il paroît que la prudence a forcé l'héritier présomptif de complaire au donateur, & de souscrire, crainte de pis, à un acte qui ne pouvoit jamais lui être que préjudiciable, je crois qu'il faut suivre l'arrêt du 22 Janvier 1681, rapporté par Ancillon : & je ne vois pas comment on pourroit refuser, même dans la coutume de Metz, d'entériner les lettres de restitution obtenues par l'héritier, contre un consentement par lequel on l'a fait renoncer à des droits qui ne lui étoient pas encore acquis, & qui porte avec lui la preuve qu'il ne l'auroit pas souscrit, s'il avoit cru pouvoir le refuser sans danger.

Le second cas où la coutume de Bourgogne valide les donations entre conjoints, est lorsque par leur contrat de mariage, ils se sont réservé la liberté de se donner pendant le mariage. Quelques autres coutumes ont la même disposition, mais cela ne peut être admis dans celles où elle ne se trouve pas. d'Argentré lui-même sur l'art. 220, de l'ancienne coutume de Bretagne, gl. 7, n. 2, après avoir dit que les époux peuvent convenir que l'un d'eux ne prendra dans le conguêt qu'une portion moindre que la moitié, ou au contraire qu'il aura un préciput avant partage de la communauté, ajoute ; *sed illud nullo modo quod quædam consuetudines admittunt, conjuges sibi reservare posse facultatem donandi constante matrimonio*. Aux autorités qu'il indique, j'ajouterai celle de Ricard sur l'art. 281 de la coutume de Paris, de Ferrière sur le même art. gl. 1, n. 22, & de Le Brun, de la communauté ; liv. 2, ch. 1, sect. 4, n. 6 : les deux derniers établissent même que le mari ne peut se réserver la liberté d'accorder à sa femme un droit de communauté dont le contrat l'exclut. En sorte que c'est un principe incontestable, qu'on ne peut se réserver de faire après le contrat de mariage, ce qu'il étoit libre de faire par ce contrat, pas même pour remettre les choses dans le droit commun, auquel ce contrat déroge. J'ai déjà touché ce point, tom. 1, pag. 267, n. 25 & 26.

OBSERVATION V.

Tit. V.
Observ. 5e.*Des Formalités des Donations entre Vifs, & sur-tout de la tradition.*

« LA plupart des coutumes, dit Boucheul, ch. 27, n. 2, ont assujetti les testamens à certaines formalités qu'il faut suivre, *in formâ specificâ* (1). Mais il y en a peu qui en aient parlé à l'égard des donations entre vifs. Ainsi il suffit d'y garder les formalités observées dans les contrats, suivant l'usage du pays où elles sont passées, & qui fassent foi de la volonté des parties; l'une de donner, l'autre d'accepter. Malgré ces expressions trop peu exactes, tout ce que l'auteur a voulu dire, c'est qu'il n'y a point de formules consacrées, & qu'on soit obligé de suivre *ad unguem*: point de termes prescrits, & dont à peine de nullité on ne puisse omettre une syllable, pour les donations entre vifs, comme il y en avoit autrefois pour les testamens. Il a eu dessein d'enseigner qu'on doit observer dans ce contrat tout ce qui doit l'être dans tous les autres, suivant l'usage & les loix du lieu où il est passé: & c'est ce qui est écrit dans l'art. 2 de l'édit du mois de Février 1731, donné 4 ans après l'impression de son traité. Les donations entre vifs feront faites dans la forme ordinaire des contrats, & actes passés pardevant notaires, & en y observant les autres formalités qui ont eu lieu jusqu'à présent suivant les différentes loix, coutumes & usages des pays soumis à notre domination. Ainsi dans la prévôté de Thionville la donation entre vifs d'un immeuble reçue par un notaire seigneurial, seroit sujette aux œuvres de loi.

1.
Les formalités des contrats sont requises dans les donations.

Mais Boucheul n'a pas voulu faire entendre que les donations entre vifs n'exigeoient pas des choses qui ne sont pas requises dans les autres contrats. Il parle dans tout ce chapitre, & dans les deux suivans de la nécessité de l'acceptation, de l'insinuation, & de la tradition, sans lesquelles les donations entre vifs ne peuvent produire aucun effet, & qui ne sont pas requises dans les autres contrats (2).

D'ailleurs on contracte sous seing-privé, & même verbalement toutes sortes d'engagemens & d'obligations, & on ne peut donner, du moins des immeubles & des créances & droits incorporels, que par un acte authentique. Je crois qu'on l'a ainsi

2.
Donations devant se faire par acte public.

(1) Nous verrons au titre des testamens que l'observation de ces dispositions coutumières n'est plus nécessaire.

(2) On pourroit dire que le consentement qui est de l'essence de tous contrats, est une vraie acceptation; mais il faut qu'elle soit expresse dans les donations, & le consentement dans les contrats peut n'être que tacite.

TIT. VI.
Observ. 5e.

pensé de tout tems à Metz. » Donations d'héritages ou de l'usufruit d'iceux ; disoit d'Abocourt , fol. 274. v^{so}. , doivent être passées pardevant amans , si lesdits héritages sont situés dans la ville. Mais , quant aux donations telles d'héritages situés en villages , elles valent ; j'avoit qu'elles ne soient passées pardevant amans , ains pardevant la justice du ban où elles seront situées. « Ailleurs on doutoit qu'il fut nécessaire de revêtir les actes portant donation , d'une forme authentique ; Faber sur l'art. 2 du tit. 10 de la coutume de Lorraine , n. 1168 , exigeoit seulement que la donation fut écrite. Mais non pas que l'écrit fut passé pardevant une personne publique. Ferriere qui inclinoit à penser qu'il falloit que l'acte fut authentique , ne laissoit pas , sur le titre 13 de la coutume de Paris , §. 2 , n. 48 & 49 , de regarder la question comme problématique : mais il croyoit que la donation sous seing-privé , valoit contre le donateur ; & qu'étant reconnue pardevant notaire en tems non-suspect , elle devenoit valable contre tous.

L'art. 1 de l'édit de 1731 a dissipé tous les doutes. Il veut que » *tous actes portans donations entre vifs soient passés pardevant notaires , & qu'il en reste minute , à peine de nullité.* Ainsi une donation sous seing-privé étant un acte nul , elle ne peut donner aucune action , même contre le donateur ; & la reconnoissance qu'il en feroit pardevant notaires , ne pourroit la rendre valable : il faudroit donner de nouveau.

On trouve la même disposition dans la *l. 1 , cod. Theod. de sponsal. pater noster nullam voluit liberalitatem valere , si actio inserta non esset ;* & on peut voir dans les notes de Godefroy deux cas exceptés par la loi 3e. , & par la loi dernière eod. : exceptions dont je crois inutile de parler , parce qu'elles n'ont pas lieu parmi nous.

Reste seulement à favoir si la faveur des contrats de mariage , que l'usage de tout le ressort autorise sous seing-privé , peut valider les donations entre vifs y contenues : question que j'ai eu occasion d'agiter , tom. 1 , tit. 2 , observ. 7 , n^o. 11 & 15 , & l'on peut y recourir.

3.
Donations de meubles avec tradition valent sans écrit.

Je crois , au surplus , que la publicité , ni même la rédaction par écrit , ne sont pas requises dans les donations mobilières , dont il y a tradition réelle. L'art. 22 de l'ordonnance de 1731 ne les dispense , à la vérité , que de la formalité de l'insinuation ; mais il y a parité de raison pour les dispenser de la rédaction par écrit : & l'effet de la liaison naturelle , qui est entre la propriété & la possession , étant » que les loix » présument qu'elles sont jointes en la personne du possesseur ; en sorte que jusqu'à » qu'il soit prouvé qu'il n'est pas le maître , elles veulent qu'... il soit considéré comme » me s'il l'étoit. « (Domat , part. 1 , liv. 3 , tit. 7 , sect. 1 , n. 13). Le donataire ne peut être dépouillé du meuble qui lui a été donné , & traduit de la main à la main par le donateur.

4.
Il faut que la tradition soit prouvée.

Il est vrai qu'il y a des cas où il pourroit être obligé de prouver cette délivrance. Par exemple , celui qui fréquentoit habituellement dans une maison , se trouve saisi d'un meuble appartenant à celui qui l'habitoit ; il ne suffit pas sans doute qu'il dise que ce meuble lui a été donné & traduit : il faut qu'il le prouve. Mais je pense que

la possession qu'il en a, si rien ne la rend suspecte, doit faire admettre la preuve par témoins de la délivrance, qui n'est pas la convention, mais la suite & l'exécution de la convention.

La coutume de Metz va plus loin. L'art. 7 du tit. 7, après avoir autorisé la femme à disposer de ses habits, bagues & bijoux par testament, ajoute qu'il suffit que telle donation soit vérifiée par témoignage ou par écrit : disposition très-singulière, mais tellement conforme à l'ancien usage du pays, qu'on la retrouve dans la prétendue coutume de Gorze, tit. II, art. 47 & suiv. Ancillon, sur ces mots, *vérifiée par témoignage*, dit qu'il « doit être de quatre témoins, s'agissant d'une espèce de testament; puisque la coutume, tit. 8, des testamens, art. 3, requiert ce nombre-là. » Mais, continue-t-il, cette preuve ne seroit pas recevable pour chose excédente la valeur de cent livres, attendu l'ordonnance de 1667, qui déroge aux coutumes. Pour moi, je pense que si les habits, nippes & bijoux, qu'on prétendrait avoir été donnés par la femme, étoient restés dans sa possession jusqu'à son décès, la preuve de la donation ne seroit admissible par témoins, ni au dessus, ni même au dessous de 100 liv.; parce qu'il s'agiroit d'un testament noncupatif, sans écrit, qui n'est jamais valable parmi nous. C'est la première disposition de l'édit du mois d'Août 1735, & elle n'est pas nouvelle. J'entends donc cet article de notre coutume comme M. D... de la distribution qu'une femme peut faire de ses habits & autres appartenances, de la main à la main, avant sa mort, soit à ses enfans, soit à ses amis, à qui la seule tradition sert de titre, avec la moindre preuve par écrit, ou par témoins de sa volonté; en sorte que c'est en ce cas la possession qui fait admettre la preuve par témoins; & que c'est non sur la donation, mais sur la tradition faite par la défunte que cette preuve doit tomber; c'est-à-dire, non sur la convention, mais sur son exécution.

La seconde solemnité des donations entre vifs, c'est l'acceptation dont je ne parlerai pas; parce que toutes les difficultés qu'on a fait naître autrefois, & qui pourroient encore former des doutes sur ce point, sont clairement décidées par l'ordonnance du mois de Février 1731.

Il est à peu près de même de la troisième formalité, qui est celle de l'insinuation, dont il est cependant à propos de dire quelque chose qui regarde singulièrement les coutumes du ressort. Celles qui parlent de l'insinuation sont celles de Verdun, art. 68 & 69; de Toul, art. 45 & 46; de Sedan, art. 114. Les deux premières assujettissent le don mutuel à l'insinuation; veulent qu'elle soit faite dans les quatre mois, auquel cas il a effet du jour de sa date; qu'elle puisse néanmoins être faite après ce délai pendant la vie des deux conjoints; mais qu'alors la donation n'ait effet contre les tiers que du jour de l'insinuation; que même la femme puisse, dans les quatre mois qui suivront le décès de son mari, suppléer l'insinuation qu'il a négligée; auquel cas le don aura effet contre les héritiers du mari: ce qui prouve que les héritiers du donateur peuvent opposer le défaut d'insinuation, comme ses créanciers. Ces

TIT. VI.
Observ. 5e.

5.
Elle peut l'être par témoins; mais non la donation.

6.
La donation entre vifs doit être acceptée.

7.
Et insinuée.

Tit. VI.
Oblerv. 5e.

différentes dispositions n'ont encore rien qui nous soit particulier. Au contraire, elles sont conformes au droit commun, & de règle par-tout.

Les ordonnances de Sedan prescrivent l'insinuation des donations; mais pour les immeubles excédant 25 liv. seulement, & non pour les meubles; art. 161 & 163. Je crois que c'est par cette loi que l'insinuation a été originairement introduite dans cette principauté; où, sur ce point, on suit aujourd'hui les mêmes règles qu'ailleurs.

8.
Origine de l'insinuation parmi nous.

On pourroit croire que la principale raison pour laquelle les autres coutumes du ressort n'en parlent pas, c'est qu'elle n'y étoit pas connue lors de leur rédaction. En effet, l'insinuation, quoiqu'établie par les loix romaines, n'a été introduite dans la France coutumière que sous le regne de François I, par l'édit de 1539, art. 132, interprété par une déclaration de Henri II en 1549. Voy. Ferrière sur l'art. 284 de la coutume de Paris, gl. 2, §. 1, n°. 1 & suiv.; & §. 3, aussi n°. 1 & suivans; mais les Trois-Evêchés n'ont jamais reconnu l'autorité du premier de ces monarques, & le second n'y a étendu la sienne qu'en 1552. L'ordonnance de Moulins, qui confirme les précédentes, est de 1566; mais dans les premiers tems de la révolution, nos rois laissoient les peuples suivre leurs anciens usages, & ne leur donnoient que très-rarement des loix nouvelles. Il n'y en eut donc aucunes sur l'insinuation des donations, enregistrée ni au siege royal de Metz, ni au parlement, long-tems après sa création. On parle d'une déclaration du 17 Novembre 1690, qu'on dit avoir été registrée au parlement de Paris, le 25 du même mois. Voy. De Laitre sur Chaumont, art. 76, n°. 19; mais elle est inconnue à Metz, & je ne la trouve point sur la table de M. Lançon; ce qui doit faire penser qu'elle n'a point été envoyée à notre parlement.

Mais il a enregistré, le 17 Mars 1704, l'édit du mois de Décembre 1703, dont l'art. 2 veut que toutes donations soient insinuées; & le 7 Décembre 1705; celui du mois d'Octobre précédent, qui assujettit à l'insinuation tous contrats & autres actes translatifs de propriété, & veut qu'elle soit faite à la diligence des instrumentaires, à la réserve néanmoins des substitutions & des donations entre vifs, qu'il veut être insinuée à la diligence des parties. Voy. le recueil des édits, enregistrés au parlement de Rouen, tom. 3, pag. 176, art. 2; & pag. 455. Cependant on se tromperoit si on pensoit que c'est seulement alors qu'on a commencé à insinuer les donations dans les Trois-Evêchés. D'Abocourt, fol. 274 r^{to}, disoit que quand les donations n'étoient faites qu'à vie, elles n'avoient besoin être insinuées au greffe. Ce qui marque assez qu'on y insinuoit les donations translatives de propriété; & la fausse coutume de Gorze, rédigée en 1624, portant, tit. II art. 19, que toutes donations doivent être insinuées à peine de nullité, prouve encore mieux que cette formalité étoit connue dès-lors dans le pays Messin.

Quant à la Lorraine, il est certain qu'anciennement l'insinuation n'y avoit pas lieu. Je crois cependant qu'elle y fut introduite en vertu des édits de Louis XIV, que je viens d'indiquer, tandis que ce prince en étoit en possession. Mais elle cessa, lors-

que le duc Léopold rentra dans ses états, par le traité de Riswick; du moins dans les parties qui lui furent rendues, où il ne la rétablit qu'environ vingt ans après, par son édit du 13 Décembre 1718, enregistré en la cour de Nancy le 22 du même mois.

TIT. V.
OBSERV. 3e.

L'art. 15 de l'édit perpétuel des archiducs souverains des Pays-bas, affujettissoit à la publication les substitutions ordonnées par testamens, donations ou contrats. Mais cet édit ne dit rien de l'insinuation des donations entre vifs: & Stokmans, dans la 11e. de ses décisions brabantines, dit qu'elle n'a pas lieu en Brabant, & qu'on n'a jamais cru pouvoir tirer de son omission un moyen de nullité contre ces donations. Je crois qu'il en étoit de même avant 1704, à Thionville, à Mont-Médy, à Carignan, &c. En voilà assez sur une question de pure curiosité. Ces recherches entrent dans mon plan; mais ne sont pas du goût de tout le monde.

L'art. 23 de l'édit du mois de Février 1731, & l'art. 1 de la déclaration du 17 du même mois veulent que l'insinuation se fasse au greffe des bailliages & sénéchaussées royales, ou autre siege royal, ressortissant nuellement aux parlemens, sans qu'elles puissent être faites dans d'autres juridictions royales, ni dans les justices seigneuriales, même dans celles des pairies; & veulent qu'en cas que le donateur y ait son domicile, ou que les biens donnés y soient situés, l'insinuation soit faite au greffe du siege, qui a la connoissance des cas royaux dans le lieu, le tout à peine de nullité.

9.
Où l'insinuation
doit être faite.

Sur quoi on a demandé où l'insinuation devoit être faite pour les personnes & les biens des territoires des bailliages de Carignan & de Vic, qui ne sont que des justices seigneuriales, mais qui cependant ont connues de tout tems des cas royaux, & où aussi les insinuations des donations ont été faites avant & depuis l'ordonnance de 1731? Le doute étoit fondé sur ce que, d'un côté, la lettre de cette ordonnance ne reconnoissoit pour valables que les insinuations faites aux greffes établis près des justices royales, & annulloit celles faites dans les justices seigneuriales, même dans celles qui ressortissent nuellement au parlement: & que d'un autre côté l'esprit de cette loi paroïssoit être que, pour ces justices seigneuriales, les insinuations se fissent aux greffes établis près des sieges qui connoissoient des cas royaux dans ces seigneuries, & qu'il n'y avoit aucun siege à qui la connoissance en fut attribuée exclusivement aux bailliages de Vic & de Carignan. La difficulté vient d'être applanie pour Carignan, par l'édit du mois de Juin 1767, enregistré au parlement le 28 Juillet suivant. Il rappelle l'usage observé de tous tems, soit pour les cas royaux, soit pour les insinuations: usage qu'il semble regarder comme abusif; puisque, 1°. il crée à Carignan un bailliage & siege pour connoître au nom du roi, & sous son autorité, de tous cas royaux, tant au civil qu'au criminel, dont il permet à M. le duc de Penthièvre, duc de Carignan, d'acquérir les offices, pour par lui, ses hoirs, successeurs & ayant cause, les posséder comme offices domaniaux, & par eux en faire pourvoir par le roi, ou y faire seulement commettre tels sujets capables qu'ils présenteront, même les officiers de leur justice seigneuriale. Secondement, il valide & confirme

10.
Doute pour Ca.
rignan.

Tit. VI.
Observ. 5e.

toutes les insinuations ci-devant formalisées au bailliage de Carignan, lesquelles vaudront comme si elles avoient été revêtues du caractère de l'autorité royale : disposition que le préambule de l'édit qualifie d'indulgence méritée par les sujets du district de Carignan, sur une inexactitude dont ils n'ont pas pu se garantir. Voy. au surplus l'édit à sa date dans le recueil.

II.
Et pour l'Evêché.

Mais la difficulté reste entière pour le bailliage que l'Evêché de Metz tient à Vic. Il est purement seigneurial. Cependant il connoît des cas royaux ; peut-être mal-à-propos, & contrairement aux loix du royaume ; mais enfin il en connoît : & la possession où il est d'en connoître n'est pas contredite. Les nobles & autres privilégiés, qui ont droit de ne plaider que dans les bailliages royaux, reconnoissent tous les jours sa juridiction. Il appose les scellés sur les effets de leurs successions, & de celles des ecclésiastiques, qui, par l'usage du ressort, n'appartiennent pas aux juges des lieux, mais aux bailliages royaux. Sur quoi voy. la note 2 de la pag. 159 du tom. 1. Le bailliage de Metz n'étend dans aucun cas sa juridiction dans l'étendue de celui de Vic, à moins qu'il n'y soit autorisé par une attribution spéciale & particulière. Il ne seroit donc pas sûr de faire insinuer à Metz les donations faites dans le district du bailliage de Vic. Mais est-il plus sûr de les faire insinuer à Vic ? Je crois, 1^o. que ces insinuations ne sont pas conformes à l'ordonnance de 1731 ; 2^o. que cependant si elles étoient attaquées, les habitans de l'Evêché mériteroient la même indulgence que le roi a accordée à ceux du duché de Carignan, & qu'avoient obtenu avant eux ceux du Clermontois ; parce que les uns pouvoient encore moins que les autres se garantir de l'inexactitude qu'on peut reprocher aux insinuations qui ne sont pas faites aux greffes établis près des bailliages royaux : conséquemment que l'équité doit déterminer les juges à regarder comme valables les insinuations qui n'ont été faites à Vic, que parce qu'il n'étoit pas possible de les faire ailleurs. Cependant il seroit beaucoup plus prudent que les *Evêchois* suppliâssent le roi de leur accorder pour le passé la même grace qu'il a faite aux habitans du duché de Carignan & du Clermontois ; & de vouloir bien expliquer ses intentions pour l'avenir.

12.
De la règle,
donner & retenir
ne vaut.

La quatrième formalité nécessaire pour la validité des donations entre vifs, c'est la tradition. La plupart des coutumes contiennent le brocard ou la règle, *donner & retenir ne vaut* ; mais elles ne lui donnent pas toutes le même sens, ni le même effet. Ferrière, sur l'art. 873 de la coutume de Paris, n^o. 1 & 9, observe qu'elle est très-ancienne en France ; qu'elle est tirée du droit romain : *donari non videntur, quæ eo tempore quo dantur, accipientis non sent.* L. 67, pr. ff. de reg. jur. ; & que par le capitul., liv. 4, cap. 19 dans Baluse, tom. 1, col. 778 (1), la tradition

13.
Son ancienneté.

(1) Ferrière attribue ce capitulaire à Charlemagne : il paroît être de Louis-le-Débonnaire, Voy. Baluse, ibid. col. 599, n^o. 6.

réelle étoit nécessaire pour la perfection de la donation. Il pouvoit ajouter que, quelque favorable que fut Louis-le-Débonnaire aux donations faites à l'église, il les avoit nommément comprises comme les autres dans la disposition de la loi. *Si quis res suas pro salute animæ suæ, vel ad aliquem venerabilem locum, vel propinquo suo, vel cuilibet alteri tradere voluerit, & eo tempore intrâ ipsum comitatum fuerit, in quo res illæ positæ sunt, legitimam traditionem facere studeat.* Il prescrit ensuite comment la tradition sera faite si le donateur est absent; & ce n'est qu'après l'accomplissement de ce qu'il ordonne, *postquam hæc traditio ita facta fuerit*, qu'il interdit toute répétition des choses données à l'héritier du donateur. Nulle mention de la tradition fictive.

Mais comme il a toujours paru dur de ne pouvoir donner sans se dépouiller actuellement de la jouissance de ce qu'on donne, on a imaginé de distinguer cette jouissance de la propriété, & on a établi dans un très-grand nombre de coutumes qu'il suffisoit de transmettre la propriété, & qu'on pouvoit se réserver l'usufruit ou la possession à titre précaire. *Ce n'est*, dit la coutume de Paris, art. 275, *donner & retenir, quand on donne la propriété d'aucun héritage, retenu à soi l'usufruit à vie ou à-tems, ou quand il y a clause de constitut, ou précaire; & vaut telle donation.* M. D..., sur l'art. 1 du tit. 7 de la coutume de Metz, cite comme conformes celles de St. Mihiel, tit. 8, art. 5; de Lorraine, tit. 10, art. 2; de Verdun, (par où il entend l'ancienne coutume de Ste. Croix), tit. 5, art. 2; & de Sedan, art. 110. (Cela n'est pas exact pour celles de Lorraine ni de Sedan, comme nous le verrons dans un moment). Saligny, sur l'art. 111 de Vitry, y ajoute Vermandois, art. 54 & 55. (Ce qui n'est pas encore assez exact). Meaux, art. 16; Rheims, art. 229; & Châlons, art. 64. Il seroit aisé d'y en joindre quantité d'autres, parce que la plupart des coutumes admettent la rétention d'usufruit, le constitut & le précaire, comme équipollens à la tradition réelle, & regardent une seule de ces stipulations comme une preuve suffisante que, non-seulement le donateur a transféré la propriété, mais aussi la possession au donataire, & que si le premier continue de posséder, ce n'est plus *pro suo*, mais comme un simple détenteur, qui jouit au nom d'autrui. Je ne citerai donc que l'art. 112 de la nouvelle coutume de Verdun, parce qu'elle est du ressort, & l'art. 167 de celle de Bar, parce qu'elle est voisine.

Si, comme je viens de le dire, la tradition fictive par rétention d'usufruit, par constitut, ou par précaire, est contraire à l'usage qui s'observoit sous la seconde race de nos rois, elle est conforme aux loix romaines, comme le prouvent La Fons, sur l'art. 53 de Vermandois, noté 4, & Buridan sur le même art. pour la rétention d'usufruit. Tous deux se fondent sur la loi 28, cod. de donat., *quisquis rem aliquam donando... usum fructum ejus retinuerit... eam continuè tradidisse credatur, ne quid amplius requiratur quo magis videatur facta traditio, sed omninò idem sit... usum fructum retinere quod tradere.* Le premier y ajoute le §. 5 de la loi 3 eod. qui n'est pas moins formel.

TIT. VI.
Observ. 502

14.
La tradition
feinte est admise
presque par
tout.

15.
Elle l'étoit par
le droit romain.

16.
Preuve pour
l'usufruit.

Tit. VI.
Observ. 5e.

17.
Pour le constitut.

La Fons tire le constitut de la l. 18 *in pr. de acqui. vel amitt. possess. quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere... nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere & alium possessorem ministerio meo facio.* Buridan, sans citer Godefroy, se fonde sur ce que dit ce jurisconsulte dans sa note sur les mots *cujus* de la loi 16, ff. *de peric. & comm. rei vend. nihil interest an quis per se ipsum rem venditamprehendat, ingrediatur ve, an per alium.*

18.
Pour le précaire.

Et pour le précaire, La Fons l'appuie sur le § 2 de la l. 6, ff. *de precar. is qui rogavit ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet* : & Buridan sur la l. 12, eod. où il dit que s'il est convenu que celui qui tient une chose précairement, la gardera jusqu'à un certain jour, la convention est nulle, parce qu'on ne peut conserver une jouissance qui est à autrui, malgré celui à qui elle appartient. Fausse subtilité que nous n'admettrions pas.

19.
En quoi ces trois stipulations diffèrent.

La rétention d'usufruit est une condition de la donation, une limitation de la libéralité du donateur, une réserve en vertu de laquelle il conserve non la possession, mais la détention de la chose donnée, qu'on ne peut lui ôter, non plus que les fruits qu'elle produit, pendant tout le tems qui a été convenu. Cette stipulation diffère essentiellement du constitut & du précaire. Par le constitut, le donateur déclare que la chose qu'il a donnée est par lui possédée au nom du donataire; ce qui peut se faire, ou simplement, comme si le donateur loue la chose donnée, ou s'il l'emprunte : au quel cas, *is possidet cujus nomine possidetur*, ou précairement, s'il confesse que c'est à sa requête & prière que le donateur a bien voulu lui laisser la chose donnée, tant que bon lui sembleroit, & non autrement. Il n'y a donc pas grande différence entre le constitut & le précaire qui ressemble encore beaucoup au prêt à usage. S'il en est distingué, ce n'est qu'en ce que dans le prêt à usage, *commodatum*, on fixe ordinairement le terme de sa durée, ce qui n'est pas cependant de l'essence de ce contrat, au lieu que dans le pur précaire, le propriétaire peut se faire rendre son bien à sa volonté. Voyez sur-tout cela Ferrière, coutume de Paris, art. 275, n. 23 & suiv. Faber sur l'art. 2 du tit. 10 de celle de Lorraine, n. 1172 & suiv. & le commentaire anonyme & manuscrit sur le même art. note O. Mais c'est par un effet de l'ignorance extrême de nos officiers instrumentaires, qui emploient des mots qu'ils n'entendent pas, & qui accolent des clauses incompatibles, qu'on lit si souvent dans les donations, que le donateur se réserve l'usufruit des biens donnés pour en jouir jusqu'à son décès à titre de constitut précaire. La réserve d'usufruit assurant au donateur la jouissance pendant toute sa vie, sans qu'il puisse en être dépouillé : les mots de *constitut précaire* qui donneroient au donataire le droit de la lui ôter quand il voudroit, doivent être regardés comme non écrits, & ne peuvent rien opérer.

20.
Coutumes qui exigent la faif.

Il y a plusieurs coutumes qui, avec la tradition fictive, faite par l'une des trois voies que je viens d'expliquer, exigent encore pour la validité des donations, que le donateur se soit devêtu de la chose qu'il donne, & que le donataire en soit faifi,

faïsi, pour autanc que faire se peut, dit l'art. 76 de la coutume de Chaumont; c'est à savoir : des terres féodales, que le donateur soit reçu en foi & hommage; des censuelles, qu'il soit ensaisiné par le seigneur censuel; & des choses allodiales, que le donataire ait pris possession de la chose donnée. A quoi sont conformes les coutumes de Senlis, art. art. 211; de Vitry, art. 111; & autres, dont De Laitre fait l'énumération sur l'art. cité de la coutume de Chaumont, n. 23, du nombre desquelles sont dans le ressort celles de Vermandois, art. 53 & 54; & de Sedan, art. 110 & 111; Saligny sur l'art. cité de la coutume de Vitry donne même comme un axiome que » toute donation entre vifs « , (hors des coutumes qui en disposent autrement & en termes exprès) » doivent être accompagnées de prise de possession par les formes, dont je viens de parler, soit en matière de meubles ou d'immeubles sans distinction « , & passant plus loin, il ajoute que » dans les coutumes contraires, » erratur pernitiosè contra jus antiquum « , & en effet Buridan, sur l'art. 53 de Vermandois, atteste que » l'ancienne observance de la France ne rendoit les contrats parfaits & accomplis avant les vest & deveft.. Avant laquelle solemnité le contrat demeure comme en suspens, même en cas de vendition, jusques-là qu'anciennement les parties pouvoient s'en départir « .

» Au reste, dit De Laitre sur Chaumont, n. 23, lorsque la coutume ez donations de fiefs, ou de censives, desire la prestation de foi, & hommage, ou l'ensaisinement, ce n'est que pour celles qui se font avec retention d'usufruit de la part du donateur; car si la donation étoit pure & simple, & suivie d'une tradition réelle faite au donataire, la possession actuelle & publique de la chose donnée sera suffisante pour rendre la donation valable « . Il faut cependant distinguer. *La jouissance de dix ans équipolle à véture*, dit l'art. 53 de la coutume de Vermandois. Mais les dix ans ne sont requis qu'à l'égard des tiers: & en ce qui touche la validité de la donation en elle-même, un instant de possession réelle & sérieuse suffit pour la rendre parfaite. Aussi la coutume de Senlis, art. 211 & 212, porte-t-elle, qu'*appréhension de fait.. vaut saisine, au préjudice du donateur & de ses héritiers.*

On peut même tant que le donateur vit, le poursuivre pour l'obliger à faire le vest & le deveft. Mais si avant d'avoir rempli cette formalité, il disposoit du même bien, soit par vente, soit par donation, ou autrement, au profit d'un autre, qui fut reçu en foi, ou ensaisiné, ce dernier seroit maintenu. Voy. Ferrière sur l'art. 274, n. 25, & l'art. 64 de la coutume de Châlons.

S'il y a plusieurs donataires ce n'est pas assez qu'un seul soit ensaisiné, il faut qu'ils le soient tous; & si les choses données sont situées en diverses seigneuries, il faut que l'ensaisinement soit fait dans toutes: si-non la donation ne vaudra qu'en partie. Ricard sur Senlis, *ibid.* » Mais comme l'on n'ensaisine plus, & que cette pratique est abolie en beaucoup de lieux, les donations des biens censuels s'exécutent

TIT. VI.
O bierv. 503

21.
Autrefois les
contrats n'é-
toient parfaits
qu'après le vest
& deveft.

22.
Donation avec
tradition réelle
vaut sans saisine.

23.
On peut forcer
le donateur de
se devêtir.

24.
Comment se
doit prendre la
saisine.

TIT. VI.
Observ.

Donation de l'ancien, en coutume de Lorraine, exige la tradition réelle.

26.
Et à Sedan, la tradition de meubles.

27.
Coutumes où elle est requise en donation de toute espèce de biens.

par la » notification faite au seigneur « Saligny sur Vitry, *ibid.*

La coutume de Lorraine, art. 2 du tit. 10, exige en donation de l'ancien la tradition réelle; elle se contente en donation de meubles & d'acquêts de la tradition par voie feinte. C'est une des plus grandes singularités de cette coutume, pour ne pas dire une bizarrerie dont il ne seroit pas aisé de rendre raison. Je ne connois aucune autre coutume qui ait admis cette distinction, d'autant moins réfléchie qu'en tout autre genre d'aliénation les solemnités sont les mêmes pour l'acquêt que pour l'ancien. On a voulu apparemment rendre les donations de l'ancien moins fréquentes; *car ce n'est donner*, dit l'anonyme dont le commentaire manuscrit est joint à mon exemplaire de Canon, sur cet article, note K, *quand on donne la propriété d'un héritage, retenu à soi l'usufruit.* Ce n'est faire du moins qu'une libéralité qui coûte peu, qui n'a presque aucun effet présent, & qui ne dépouille pas le donateur de ce qu'il donne jusqu'au tems qu'il ne pourra plus en jouir. Pourquoi cela est-il plus permis pour les meubles & pour les acquêts que pour les anciens? La nécessité de la tradition réelle sembloit plus indispensable pour les meubles, qui ne peuvent être d'aucune utilité à celui à qui ils appartiennent, s'il n'en jouit actuellement, que pour les immeubles dont la simple & nue propriété peut en bien des cas être très-avantageuse. Les rédacteurs de la coutume de Sedan semblent avoir eu cette idée, puisqu'en admettant pour les immeubles la tradition par voie feinte, ils l'ont rejetée pour les meubles, art. 113.

A ces exceptions près, les coutumes qui n'admettent que la tradition réelle l'exigent pour toutes sortes de biens donnés entre vifs. Ces coutumes ne sont pas en grand nombre, mais nous en avons deux dans le ressort. Celle de Metz, tit. 7, art. 1, & celle de l'Evêché, tit. 8, art. 1, toutes deux valident les donations entre vifs, *pourvu que le donateur se désaisisse de la chose donnée, & que le donataire en soit mis en possession actuelle.* Ce qui est expressément étendu aux donations mobilières, par l'art. 5 du même titre de la coutume de Metz, sur lequel Ancillon & M. D... ont raison de dire, qu'on ne peut suivre à Metz l'opinion de Ricard & de Ferrière, qui tous deux admettent la tradition feinte à l'égard des meubles, pourvu qu'il y en ait inventaire.

Nos deux coutumes ont donc conservé l'ancienne observance du royaume, & la règle des capitulaires dont j'ai parlé ci-devant, n. 12 & 13. *Parce qu'à Metz, disoit d'Abocourt fol. 274. R^{co}, donner & retenir ne vaut, donation de la propriété de quelque héritage, si le donateur s'en retient l'usufruit, & meurt saisi, ne vaudra: ains faut qu'au vivant du donateur, le donataire en soit investi, & en reçoive les fruits; même lors du trépas du donateur, faut que le donataire en soit aussi saisi.*

M. D... dit que parmi nous une donation entre vifs ne peut être valable sans deux conditions; l'une que le donateur se désaisisse de la chose donnée; l'autre que le donataire en soit mis en possession actuelle. Il me semble que ces deux conditions

n'en font qu'une, & qu'elles sont renfermées l'une dans l'autre; car le donateur ne peut être défailli réellement par la donation, qu'en faveur du donataire; ni par conséquent sans que le donataire soit mis en possession actuelle: & deux personnes ne pouvant posséder en même tems la même chose *in solidum*, il est impossible que le donataire soit mis en possession actuelle, si le donateur n'est défailli.

La Coutume de Bourbonnois, art. 209, rejette comme les nôtres, la tradition fictive; mais ce n'est qu'en donation universelle, entre vifs, de tous biens, faite à autres qu'à ses propres enfans, ou de partie d'iceux, *per modum quota*: & par l'art. 214, elle admet la donation de chose particulière avec rétention d'usufruit.

Les dispositions de la coutume de Luxembourg ont aussi leur singularité. Par l'art. 14 du tit. 14, les donations entre vifs sont validées, *moyennant qu'elles soient passées pardevant les cours ou justices* des lieux d'où les fiefs & autres héritages donnés sont *ressortissans*. C'est-à-dire, que les donations immobilières sont assujetties aux œuvres de loi comme tous les autres contrats qui emportent aliénation. Ce qui dans le Luxembourg François ne doit pas être entendu des donations reçues par les notaires royaux du royaume. Voyez ci-dessus obs. 10, n°. 33 & suiv. Par les autres art. du même tit. 14, il est encore requis que le donateur laisse à son donataire la jouissance des choses données au moins par an & jour, *sans s'en mêler, ni en jouir*. En sorte qu'il ne peut pas même les prendre à bail; mais s'il meurt dans l'an après la dépossession réelle, la donation ne laissera pas de valoir. Et après que le donataire a joui pendant an & jour des héritages donnés, il peut sans que la donation puisse être attaquée, en permettre derechef la jouissance au donateur gratuitement sa vie durant, & à plus forte raison les lui laisser à bail.

En cela la coutume du Luxembourg se rapproche beaucoup de celles qui admettent la tradition par voie feinte; car dans celles-ci « quand le donataire a pris possession réelle de la chose par appréhension de fait, quoique dans la suite le donateur y rentre, la donation est parfaite, & le donataire s'est par ce moyen rendu maître de la chose donnée. On ne peut plus lui opposer que le donateur ayant repris la possession, il auroit donné & retenu; car ce que nous avons acquis une fois, nous ne le pouvons pas perdre sans notre fait & notre consentement. Quoique le donataire veuille bien souffrir que le donateur rentre en possession de la chose, c'est une possession qui n'est que précaire, le donataire en étant toujours le maître & propriétaire, & la possédant *animo domini*, le donateur au contraire ne la possédant que par une possession naturelle, & au nom du donataire ». Ces réflexions sont de Ferrière sur l'art. 273, n°. 17.

Mais elles ne peuvent être adoptées dans nos coutumes de Metz & de l'Evêché, où la donation seroit présumée frauduleuse, & la tradition simulée, si le donataire, après avoir joui quelque tems remettoit le donateur en possession des biens donnés, même

TIT. VI.
Oblerv. 30.

28.
Dans le Luxembourg, la dépossession n'est requise que par an & jour.

29.
Après la tradition réelle, la donation vaut, quoique le donateur soit resté en possession.

30.
Secus, dans les pays messin.

Tit. VI.
Observ. 3e.

sous prétexte de les lui laisser à bail. Cependant la donation me paroîtroit devoir être exécutée, si le donataire après avoir joui un certain tems, & avoir ensuite remis le donateur en possession, y rentroit lui-même, ou intentoit son action pour y rentrer. Mais je ne fais aucun doute que dans ces coutumes on jugeroit, comme le dit d'Abocourt, que j'ai cité ci devant, n°. 27, & comme le porte la coutume de Châlons, art. 64, la donation nulle, si le donateur mouroit en possession, & avant aucune action intentée contre lui par le donataire.

31.
Nullité de la tradition pendant la dernière maladie.

Il en seroit de même si le donateur n'avoit fait la délivrance que pendant la maladie de laquelle il seroit décédé : ou si le donataire avoit attendu qu'il parût en danger de mort, pour agir contre lui en désistement des choses données. Ferrière sur l'art. 274, n. 25, en convient, même pour les coutumes qui se contentent de la tradition fictive, lorsque le contrat ne la contient pas, & qu'il n'a pas été suivi pendant quelque tems d'une jouissance réelle de la part du donataire. Il pense qu'en ce cas, si le donateur ne s'est désisté de la chose donnée que quand il s'est cru en danger de mort, la donation ne peut produire aucun effet. Or dans les coutumes qui attachent à la possession réelle du donataire la validité de la donation, je ne crois pas qu'une possession momentanée, interrompue, & qui n'a été rétablie qu'à la veille du décès du donateur, suffise pour faire valoir la donation. Il me semble qu'ayant attendu si tard à rendre au donataire une jouissance qu'il lui avoit cédée, puis ôtée, il a marqué pour user des termes de Ferrière, qu'il » a eu intention de donner, & de retenir ; qu'il n'y a pas lieu d'en douter par cette circonstance « que la première tradition réelle n'a pas duré : ce qui suffit pour prétumer qu'elle n'a été qu'apparente, que le donateur a voulu paroître se dépouiller sans se dépouiller en effet, » qu'il n'a eu d'autre dessein que de demeurer en possession de la chose, . . . & que néanmoins moins se trouvant dans le péril prochain de la mort, il a mieux aimé en priver ses héritiers que le donataire «.

32.
Tous actes faits in extremis, réputés à cause de mort.

La donation ne peut donc alors produire le moindre effet ; car non-seulement les donations, & tous les actes nécessaires pour les faire valoir, mais en général tous contrats translatifs de propriété sont mis dans la classe des dispositions à cause de mort, lorsqu'ils sont faits pendant la dernière maladie. Ancillon sur l'art. 3 du tit. 7, V^{do}, *gisant au lit* : à la fin, dit que » les loix romaines permettoient de donner ses biens par des donations entre vifs, quoique les donateurs fussent malades, & décédassent de cette maladie «. Et je ne fais pourquoi l'anonyme qui a fait des notes manuscrites sur la coutume de Lorraine, art. 1 du tit. 10, note D. veut établir par différentes loix que » toute donation faite par un malade d'une maladie dont il décède est réputée faite à cause de mort, ores qu'elle soit conçue entre vifs «. Cette maxime est certaine : mais aucune des loix citées par l'anonyme ne la prouvent. Elle est purement du droit coutumier, & formellement écrite dans l'art. 277 de la coutume de Paris ; l'art. 3 du tit. 7 de celle de Metz ; l'art. 169 de celle de Bar ; l'art. 118

de celle de Sedan ; l'art. 297 de celle d'Orléans ; l'art. 447 de celle de Normandie, & plusieurs autres.

Quelques-unes, comme Bar & Normandie, ne réputent cependant donation testamentaire celle qui a la forme & les clauses d'une donation entre vifs, qu'au cas que le donateur décède dans 40 jours, à compter de sa date. Berry, tit. 8, art. 3 ; Bourbonnois, art. 227, & Poitou, art. 211, n'annulent le don mutuel que quand l'un des époux meurt dans le même délai. Bar ajoute, *soit de ladite maladie ou d'autre*. Ce qui est fort extraordinaire ; car les autres coutumes n'ont, au contraire, égard au décès du donateur que quand il est mort de la maladie dont il étoit atteint lorsqu'il a fait la donation. Voy. Saligny sur l'art. 112 ; de Vitry V^{bo}. *entre vifs*, & Ferriere sur l'art. 272, gl. 1, n. 37, & sur l'art. 277, gl. 2, n. 26 & 27. Malgré les coutumes qui ne réputent à cause de mort les actes faits par un malade que quand il meurt dans les 40 jours : je ne suis pas de l'avis d'Ancillon qui sur l'art. cité de la coutume de Metz V^{bo}. *de la maladie*, &c. suggère de fixer un certain tems pour juger si le malade est décédé de la maladie dont il étoit atteint lors de la donation par lui faite. Je pense qu'il est plus sûr, & plus juste d'en décider, comme on l'observe dans les autres coutumes par la nature de la maladie, & par le danger de mort où se trouvoit le donateur, que par son décès plus ou moins prompt ; circonstance qui peut seulement être de quelque considération pour juger de l'état où étoit le malade. De Laitre dit avec raison de la donation entre vifs sur l'art. 76 de Chaumont, n. 6 ; ce qu'il avoit déjà dit du don mutuel sur l'art. 69, n. 10, que pour donner atteinte à ces actes » il falloit que la maladie fut périlleuse, & eût » trait à la mort ». A quoi j'ajoute, sans que le donateur pût, selon les apparences, vivre encore long-tems ; c'est la doctrine des arrêts indiqués par cet auteur, & par les autres. Voy. Ancillon sur l'art. 3 du tit. 7 V^{bo}. *gisant au lit*.

Au surplus Faber sur l'art. 1 du tit. 10 de la coutume de Lorraine, n. 1109, s'est lourdement trompé lorsqu'il a dit que la donation faite en maladie valoit comme entre vifs, » si par actes précédens, ou autres circonstances le donateur étant en » fanté avoit démontré sa volonté & intention de donner entre vifs : & même si » elle est conçue en termes de telle donation, & irrévocable ». L'une & l'autre de ces assertions ne sont pas moins insoutenables dans la coutume de Lorraine que dans toute autre. La volonté de donner tant qu'elle n'est pas réduite en acte, n'est qu'un projet, une velléité qui n'opère rien. Au contraire, en différant d'exécuter son intention prétendue jusqu'à ce qu'il voie approcher sa fin, le donateur témoigne clairement qu'il n'a pas pu se résoudre à se dépouiller, tant qu'il a eu espérance de jouir. Et quant aux expressions de la donation, où on a écrit qu'on donnoit entre vifs, & irrévocablement, elles ne suffisent pas pour en changer la nature ; car ce n'est jamais par les qualifications que les contractans affectent de donner à l'acte qui se passe entre eux qu'on peut en déterminer l'essence, mais par la substance & l'effet

TIT. VI.
Oblerv. 56.

33.
Coutumes où
cela n'a lieu
qu'en cas de dé-
cès dans les 40
jours.

34.
On doit en ju-
ger par la na-
ture de la ma-
ladie.

35.
Et non par les
projets précé-
dens.

36.
Ni par les ter-
mes de l'acte.

TIT. VI.
Observ. 3e.

37.
Les dispositions
entre vifs, in
extremis, ne
valent pas com-
me à cause de
mort.

de ses dispositions : *plus valet quod agitur, quam quod simulatè concipitur.*

La coutume de Bar & beaucoup d'autres disent que ces donations qualifiées entre vifs, & faites *in extremis*, valent comme testamentaires, & c'est le sens de la coutume de Metz qui porte qu'elles n'ont pas lieu pour les héritages de fond. Cependant Le Paige pensoit que, pour qu'on put faire opérer à une pareille donation l'effet d'une donation à cause de mort, il falloit qu'elle fut revêtue des formalités requises pour les testamens : c'est ainsi qu'il expliquoit l'art. 169 de la coutume de Bar. On demandoit autrefois si ces formalités ne devoient pas être observées dans toutes les donations à cause de mort, ou si elles n'exigeoient que celles des contrats ; & si les actes qui ne pouvoient subsister comme donations entre vifs pouvoient valoir comme donations à cause de mort. Ces questions étoient problématiques : elles partageoient les auteurs : elles avoient été diversement jugées. Voy. De Laitre & Le Paige *ibid.*, & Ancillon *ubi sup. Vbo. faite à cause de mort.* L'art. 3 de l'édit du mois de Février 1731, a fait cesser tous les doutes. Il porte que » toutes donations » à cause de mort, à l'exception de celles qui se feront par contrat de mariage, » ne pourront dorénavant avoir aucun effet dans les pays mêmes où elles sont au- » torisées par les loix & par les coutumes, que lorsqu'elles auront été faites dans la » même forme que les testamens & les codiciles ». Ainsi un acte conçu en forme de donation entre vifs, & qui ne peut subsister comme tel, ne peut en aucun cas valoir comme donation à cause de mort : l'art. 4 le porte même expressément.

Tout ce que je viens de dire est vrai non-seulement des donations, mais aussi des ventes, & autres actes translatifs de propriété qui, lorsqu'ils sont passés *in extremis*, & peuvent être soupçonnés de n'avoir été faits que dans la vue de faire passer les biens du malade, en fraude de la loi, à celui au profit duquel il les aliénoit, sont réputés donations à cause de mort. Voy. Ancillon, *ibid. Vbo. pour les héritages*, où il en rapporte un arrêt du parlement de Metz du 6 Novembre 1666, dont j'ai dit un mot tom. 1r. pag. 545, n. 12.

39.
Donations par
les novices font
à cause de
mort.

Sur l'art. 3 du tit. 7 *Vbo. gisant au lit*, il en rapporte un autre du 25 Janvier 1681, qui a jugé nul, simulé & frauduleux un contrat de vente passé par un novice prêt à faire profession dans l'ordre des capucins, au profit d'un de ses freres, d'un immeuble régi par la coutume de l'Evêché, & dont par conséquent ce novice n'auroit pu tester ; par lequel contrat il s'étoit reconnu débiteur de son frere acquéreur, d'une somme de 2400 liv. ; créance qu'on prétendoit supposée, & qui ne paroïssoit par aucun endroit que par cette confession. Et, en effet, il en est de ceux qui sont prêts d'entrer en religion comme de ceux qui approchent de la fin de leur vie : tous les actes qu'ils passent, pour peu qu'il y ait lieu de les soupçonner de simulation, sont considérés comme des donations déguisées, *qui non potest donare, non potest confiteri.*

39.
Tradition des
droits incorpo-
rels.

Pour revenir à la règle, *donner & tenir ne vaut*, il importe d'observer que les

droits, les actions, & les créances mobilières & immobilières ne peuvent se traduire de la main à la main comme les meubles, & qu'on pourroit difficilement en bien des occasions constater qu'on en est entré en jouissance, par un acte de prise de possession, comme il est presque toujours facile de le faire pour les immeubles. La coutume de Metz dit donc qu'il suffit que les dons & transports de dettes & des droits soient rédigés par écrit, & que le donateur s'en déshaisse entre les mains de l'officier instrumentaire qui reçoit le contrat. C'est la disposition de l'art. 5 du tit. 7. A quoi la coutume de Sedan, art. 114, ajoute, *avec l'insinuation pour le regard des droits réels* (1). Mais ce n'est pas encore assez : les choses incorporelles ne pouvant être appréhendées, on a établi pour elles une formalité qui équipole à la délivrance ; & suivant la règle consignée dans l'art. 108 de la coutume de Paris, & adoptée par la jurisprudence générale de tout le royaume, le cessionnaire, soit à titre onéreux, soit à titre lucratif de ces droits incorporels, n'en est réputé saisi que par la signification de son titre de cession au débiteur : jusques-là que tant que cette signification n'est pas faite, les créanciers du cédant peuvent faire saisir la somme cédée ; & que le cédant lui-même peut en disposer au profit d'un tiers qui sera préféré au premier cessionnaire, s'il le prévient ; & que la seconde cession soit signifiée avant la précédente. Voy. Ferrière sur l'art. 273, n°. 19. Ancillon & M. D... sur l'art. cité de la coutume de Metz. Cependant l'acceptation volontaire, & non suspecte de collusion & d'antidate, faite par le débiteur de la somme cédée, qui reconnoît le cessionnaire pour son créancier, produit le même effet que la signification, & la rend inutile.

C'étoit autrefois une opinion assez commune, & que de très-grands jurisconsultes regardoient même comme certaine, que la règle, *donner & retenir ne vaut*, se devoit entendre seulement de la donation d'une chose particulière, certaine & désignée, & non des donations universelles & des biens futurs, ou qu'on délaisseroit en mourant : *quia bona futura sunt incerta*. Voy. Brodeau sur Louet. L. D. Som. 10, n. 1. Ferrière sur l'art. 274, n°. 17 & 18. Buridan sur l'art. 54 de Vermandois ; Le Paige sur l'art. 167 de Bar, & Saligny sur l'art. 111 de Vitry. Il y a même des coutumes qui autorisent expressément ces donations de tous biens présents & à venir (quoiqu'il soit impossible qu'il y ait tradition des deniers) ; entre autres celles de Sedan, art. 112. Mais leur validité n'en étoit pas moins problématique, au moins dans les coutumes qui ne les admettoient pas expressément : & si on citoit des arrêts qui avoient confirmé ces donations, on en oppoisoit d'autres qui les avoient annulées. La jurisprudence a été fixée par l'ordonnance de 1731 qui porte,

40.
Anciennes opinions sur les donations de biens à venir.

(1) On a vu que pour les donations mobilières cette coutume n'exigeoit pas l'insinuation, mais la tradition réelle.

TIT. VI.
Observ. 3e.

41.
Elles n'ont plus
lieu.

art. 15 & 16, qu'aucune donation ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au donateur dans le tems de la donation, & que si elle renferme des meubles dont la tradition ne soit pas faite réellement, il en sera annexé un état à la minute de la donation; défend de faire dorénavant aucune donation de biens présens & à venir, à peine de nullité, même pour les biens présens; veut que les donations qui comprendront que les biens présens, soient pareillement déclarées nulles, si elles sont faites à condition de payer les dettes & charges de la succession du donateur, ou sous toute autre condition dont l'exécution dépende de sa seule volonté; & ordonne que s'il s'est réservé la liberté de disposer de quelque effet, ou d'une somme fixe, l'un & l'autre soient exclus de la donation, & appartiennent à ses héritiers, quand même il n'en auroit pas disposé, nonobstant toute stipulation contraire.

42.
Si ce n'est en
contrat de ma-
riage, où les
donations sont
dispensées de la
plupart des re-
gles ordinaires.

La faveur des contrats de mariage a fait dispenser les donations qui y sont faites aux époux & aux enfans à naître de leur mariage, de la plupart des regles auxquelles les autres donations sont sujettes, & en particulier de celle-ci. (Voy. les articles 17 & 18 de la même ordonnance) comme aussi de toute tradition réelle; & fictive, de toute réception en foi, saisine, & prise de possession, vest & devest, dans les pays où ils sont en usage. Plusieurs coutumes le portent formellement: comme Bar, art. 167, qui excepte les donations en faveur de mariage de la regle *donner & retenir ne vaut*; Vermandois, art. 55, qui y ajoute les donations faites en avancement d'hoirie; & Verdun, art. 113 qui dit *en donation faite EN FAVEUR ET PAR CONTRAT DE MARIAGE, le donataire... est réputé saisi, encore qu'il n'y ait tradition réelle, ou chose équipolente*. En sorte que hors contrats de mariage, les donations faites en faveur de mariage, & à plus forte raison en simple avancement d'hoirie ne jouiroient pas de ce privilege. Ce que je crois ne devoir pas être borné à la coutume de Verdun, mais devoir être également suivi dans celles qui n'en disposent pas, comme plus conforme à l'esprit de l'ordonnance de 1731. Voy. ce que je dirai des démissions dans l'observ. 17 de ce titre au n. 3 & suivant.

Avant que cette loi fut portée, la faveur qu'elle attache aux contrats de mariage leur étoit déjà accordée. J'en ai pour garant Ricard sur l'art. 211 de la coutume de Senlis, où il renvoie à ce qu'il en avoit déjà dit dans son traité des donations; Buridan sur l'art. 54 de celle de Vermandois, vers la fin, & Ferriere sur l'art. 272, gl. 2, n. 62 & 63, & sur l'art. 274, n. 23.

43.
En quel sens,
en donation
d'usufruit, on
donne & on re-
tient.

On a dit dans un sens très-véritable, que la regle *donner & retenir ne vaut*, n'a pas lieu non plus en donation d'usufruit. Mais cela signifie seulement qu'on peut donner *entre vifs l'usufruit d'un immeuble*, & même d'un meuble, & en conserver la propriété. C'est une observation faite par De Laitre sur l'art. 76 de Chaumont, n. 27, & elle est conforme à ce que pensoient nos peres, ou du moins à ce que dit D'Abcourt fol. 274 R^o. Cette réserve de la propriété est même ce qui constitue les donations

donations d'usufruit. Alors si l'usufruit a été donné, ou pour un tems déterminé, ou pour toute la vie du donataire, il ne le perd pas par le décès du donateur. Mais il faut que du vivant de celui-ci, & en tems non suspect, le donataire soit entré en jouissance réelle, & actuelle de cet usufruit. Ainsi dans ce sens on y observe la règle *donner & retenir ne vaut*.

TIT. VI.
Observ. 50.



OBSERVATION VI.

Du Don mutuel en général.

TIT. VI.
Observ. 6e.

1. Le don mutuel entre conjoints est du droit françois.

RICARD, chap. 5 de son traité du don mutuel, examine si ce contrat étoit autorisé entre maris & femmes par le droit romain; & conclut, n. 93, que » la permission accordée par les loix, dont j'ai parlé, tom. 1, pag. 580, n. 3, d'augmenter la dot & la donation à cause de noces dans la même proportion, pour être gagnée par le survivant, ne diffère que de nom « du don mutuel des biens que les époux possédoient au jour de la donation : » mais qu'elle est différente de nos donations mutuelles introduites par nos coutumes en ce que celles-ci sont des biens tels qu'ils se trouvent au jour de la mort de celui qui précède... de sorte qu'il faut dire que l'usage de nos donations mutuelles est de l'invention de notre droit françois «.

2. Il y avoit des motifs de ne pas l'admettre.

On ne manquoit pas de raisons pour ne pas les admettre. Le droit coutumier rejette presque par-tout, comme nous l'avons vu dans l'observation 4, encore plus sévèrement que les romaines, les donations simples qu'un conjoint fait à l'autre entre vifs. On fonde cette prohibition sur ce que l'affection conjugale ne doit pas être excitée par l'intérêt, & qu'il ne faut pas rendre mercenaires les attentions & les secours que les époux se doivent de part & d'autre. Ce motif perd-il quelque chose de sa force, lorsque la donation est réciproque? D'ailleurs, les testamens & les codiciles mutuels, ou faits conjointement, soit par mari & femme, ou par d'autres, sont prohibés par l'art. 77 de l'ordonnance des testamens du mois d'Août 1735 : & on ne peut gueres donner à cette loi, contraire à ce qui s'étoit pratiqué jusques-là, d'autres motifs que la crainte de la captation; car il est naturel de présumer que, dans ces actes mutuels de dernière volonté, l'un des testateurs ne dispose au profit de l'autre, que parce que cet autre dispose réciproquement en sa faveur.

Ce danger est au moins aussi grand dans les dons mutuels. N'est-il pas très-vraisemblable que, par ce contrat, le mari ne donne à sa femme que pour l'engager à lui donner, & qu'il ne lui donneroit pas si elle le refusoit. » C'est, dit Ricard au même traité, ch. 1, n. 2, un contrat irrégulier, dont des... & un moyen d'acquiescer de part & d'autre; un commerce auquel les contractans sont portés par un esprit de profiter au préjudice l'un de l'autre...; & celui qui, par l'événement, parvient à la qualité de donataire, peut dire que son conjoint ne contracte avec lui que par l'espérance de survivre, & de recueillir le bénéfice du contrat «. Ainsi d'un côté c'est autant par un motif d'intérêt que par un motif d'affection, qu'il

donne; & d'un autre côté, il n'engage son conjoint à donner de sa part, qu'en le captant par l'appas d'un intérêt semblable.

Mais les loix arbitraires dépendent presque toujours de l'aspect sous lequel les législateurs en envisagent les suites; & de l'impression que ces suites font sur leur esprit: impression qui, vu les manières si différentes dont les hommes pensent, n'est pas, à beaucoup près, la même dans tous. C'est la principale cause de la grande diversité des loix. Loin de réprover, comme dans les donations simples, l'intérêt qui domine dans les dons mutuels, nous verrons qu'un grand nombre de coutumes ne les valident qu'à condition qu'il y regnera également, & que les époux y trouveront de tous points la même espérance, & si elle se réalise à leur profit, le même avantage.

Ces réflexions ne font rien moins qu'une censure des coutumes, qui presque toutes autorisent ce contrat. C'est, au contraire, une apologie de celles qui le rejettent, blâmer les loix est un écart dans lequel il est presque toujours inexcusable au jurisconsulte de tomber. La loi étant la maîtresse absolue des propriétés, & la règle de tous les moyens d'acquérir, j'ai dit quelque part que toute loi est juste par cela seul qu'elle est loi. Le législateur manque au plus essentiel de ses devoirs, s'il ne pèse pas avec attention dans la balance de l'équité, les motifs qui le déterminent à la porter. Le magistrat & le jurisconsulte doivent regarder la loi, dès qu'elle est émanée d'une autorité légitime, & promulguée avec toutes les solennités requises, comme la mesure du juste & de l'injuste; quoique non-seulement il ne soit pas interdit au jurisconsulte, & à plus forte raison au magistrat d'en relever les inconvéniens, mais que souvent ils y soient forcés, sans néanmoins qu'ils puissent s'en écarter tant qu'elle subsiste. J'ai donc seulement voulu faire observer qu'en cette matière comme dans toutes celles qui dépendent des loix arbitraires, les motifs qui les suggèrent pouvant être contrebalancés par d'autres non moins puissans, si les coutumes qui disposent différemment de la plupart des autres, peuvent être regardées comme singulières en cela, il n'en est pas moins possible qu'elles soient aussi sensées, aussi bien fondées, & peut-être mieux que le torrent des coutumes contraires.

Ainsi les dons mutuels ne sont pas universellement, mais sont très-anciennement admis dans la France coutumière. C'est, dit Ricard, ce que nous apprenons de trois formules de Marculphe. On en trouve huit dans Baluse, tom. 2, col. 381, 408, 409, 477, 478, & 523. La première, liv. 1 de Marculphe, ch. 12. La 2^e. & 3^e. liv. 2, ch. 7 & 8 la 4^e. & la 5^e. données par Sirmond, ch. 17 & 18, & les 3 autres par Lindenbrog, ch. 48, 49 & 50. Ce sont ces trois dernières que Ricard indique. Il auroit pu citer un monument beaucoup plus ancien, le ch. 49 du capitulaire donné sous le roi Dagobert en 630, rapporté par le même Baluse, tom. 1, col. 39. On voit par tous ces textes, & par deux notes de Jérôme Bignon sur Marculphe *ibid.* tom. 2, col. 894, que ces donations se faisoient par les époux qui

TIT. VI.
Observ. 6e.

3.
Source des loix
arbitraires.

4.
Elles sont justes,
quoiqu'opposées.

5.
Ancienneté des
dons mutuels.

TIT. VI.
Observ. 62.

n'avoient point d'enfans, quelquefois devant le souverain, & *inter regales chartas*, quelquefois sans lui, & *inter chartas pagenses* : que les unes comprennoient l'universalité des biens de toute espece, que délaisseroit le prémourant, & les autres seulement certains biens spécifiés & désignés : qu'elles étoient toujours réciproques, & que tantôt elles transmettoient la pleine propriété au survivant, & tantôt le bornoient au simple usufruit; ce qui s'appelloit *adfatimire*, & la donation en simple usufruit *adfatimus*.

6.
Coutumes qui
les rejettent.

Voilà donc la source de nos dons mutuels, sur lesquels nos coutumes varient beaucoup. La première différence que je marquerai entre elles, c'est que, quoique presque toutes les admettent, il y en a cependant qui les rejettent, telles sont la coutume de Chauny, art. 14, & dans le ressort celles de l'Evêché, tit. 8, art. 2, & de Lorraine, tit. 10, art. 4. On pourroit, ce me semble, ajouter la coutume de Dunois, dont l'art. 68 admet à la vérité le don mutuel, mais exige qu'il soit confirmé par testament. En sorte que le don mutuel est moins le titre du survivant, que la dernière volonté de son conjoint.

7.
Et dans lesquel-
les le consente-
ment des héri-
tiers ne le va-
lidé pas.

Faber sur l'art. cité de la coutume de Lorraine, n. 1183, me paroît avoir raison de dire que le consentement des enfans, & autres héritiers présomptifs des conjoints ne pourroit valider le don mutuel qu'ils feroient entr'eux, dans cette coutume; car indépendamment de ce que j'ai dit de ces consentemens dans la 4e. obs. de ce tit. n. 16 & suiv. dès que la coutume porte qu'*entre conjoints les donations mutuelles n'ont lieu*, ou quelque chose d'équivalent, choisir cette voie pour s'avantager, c'est de la part des époux, heurter la loi de front, & faire un contrat dont elle ne permet pas l'exécution. Aussi Faber dit-il que, malgré ce consentement, le don a été jugé nul par arrêt en 1545. Mais ce qu'il ajoute que le mari & la femme qui n'a point d'enfans de mariage précédent, pouvant se donner séparément l'usufruit de leurs meubles & acquêts, ils peuvent aussi se faire cette donation mutuellement, me paroît une erreur insoutenable. Il se fonde sur ce raisonnement, que ce qui peut se faire par deux contrats, peut être fait par un seul; mais il se trompe. L'art. 2 du tit II, aux nouvelles, permet à la femme sans enfans de mariage précédent de disposer par testament au profit de son mari de sa part des meubles, & acquêts en usufruit. S'ensuit-il de-là qu'elle le peut aussi par don mutuel contre la prohibition textuelle de la coutume? Non sans doute, il y a bien de la différence entre les deux manières de disposer. L'une est gratuite, sans retour, & dictée par un pur motif d'affection: l'autre est un commerce intéressé, suggéré par l'espérance de profiter du contrat. La méprise de Faber me paroît d'autant plus forte, qu'il parle de la femme qui n'a point d'enfant de mariage précédent. Son raisonnement tendroit donc à valider le don mutuel en Lorraine, pourvu que les conjoints n'eussent que des enfans communs; en sorte que dans une coutume qui interdit indéfiniment ce contrat, il faudroit l'admettre même dans un cas où il est rejeté dans presque toutes les coutumes qui l'autorisent expressément.

8.
Il n'a pas lieu
en Lorraine
pour ce dont la
femme peut tes-
ter au profit du
mari.

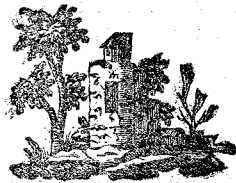
On demande s'il a lieu dans la coutume de Luxembourg, la question s'est présentée; vers l'année 1715, la Dlle. Barbier, veuve de M. Claude Godard, conseiller au bailliage de Thionville, avoit épousé en secondes noces le sieur de Bury, & un mois avant sa mort, déjà attequée d'une hydropisie toute formée, elle lui avoit donné, par un don mutuel, la propriété de tous ses biens, dont une partie provenoit tant de son premier mari, que d'une niece de ce premier mari, laquelle l'avoit fait son héritière testamentaire, en la chargeant néanmoins de restituer à sa mort ce qu'elle lui laissoit, aux sœurs qu'elle testatrice avoit hors du royaume, au cas que quelqu'une d'elles se rendit capable de le posséder, en obtenant des lettres de naturalité, & en s'habituant en France. Cette substitution a eu son effet dans la suite. J'en parlerai ailleurs.

Mais lors du décès de la Dlle. Barbier, aucune des substitutions n'avoit encore paru. Le don mutuel du sieur de Bury ne fut donc attaqué que par les héritiers de la donatrice. Ils soutinrent qu'il ne pouvoit pas subsister, 1^o. parce qu'il n'est pas admis par les loix romaines, que la coutume de Thionville n'en parle pas, & que dans le cas qu'elle n'a pas décidé on n'y suit point d'autres principes que ceux du droit écrit. 2^o. Parce qu'il y avoit inégalité d'âge, de biens, & de santé entre les contractans. Il résulte de ces dernières circonstances, qu'on ne peut donner comme un préjugé décisif, l'arrêt rendu à l'audience publique, qui déclara le don mutuel nul; mais adjugea au sieur de Bury le gain de survie, tel qu'il est établi par l'art. 8 de la coutume de Luxembourg; c'est-à-dire, la propriété des meubles, & l'usufruit des immeubles. Mais si la question se présentoit dans la thèse générale, je croirois que la coutume donnant au survivant des conjoints roturiers le bénéfice considérable du gain de survie, ils doivent s'en contenter, & qu'ils ne peuvent l'augmenter en se faisant de plus grands avantages par un don mutuel: que si le partage de leur communauté a été autrement réglé par les stipulations de leur contrat de mariage, ou si étant nobles, & n'étant pas compris dans la disposition de l'art. 8 du tit. 8, ils ne peuvent prétendre de plein droit, & *in vim legis*, le gain de survie, ils peuvent, au cas qu'ils n'aient point d'enfans de quelque mariage que ce soit, s'avantager par don mutuel de la propriété des meubles, & de l'usufruit des immeubles, pourvu que leur contrat de mariage ne leur défende pas de disposer au profit l'un de l'autre; l'intention de la coutume ne me paroissant pas être de leur interdire la liberté d'établir, ou de rétablir entr'eux un avantage qui ne répugne nullement à son esprit, par un contrat reçu presque universellement dans tout le pays coutumier. On diroit en vain que le droit écrit auquel la coutume de Luxembourg veut qu'on ait recours, lorsqu'elle est muette, ne valide pas le don mutuel. Il ne le proscrit pas non plus. Tout ce qu'on peut dire de plus fort, c'est que les rédacteurs des loix romaines n'ont pas eu l'idée de ce contrat, qu'ils n'y ont pas pensé, & n'en ont pas parlé. Mais ils ont admis une convention qui n'en diffère que de nom: voy. ci-dessus, n. I. Le Toulinois qui est un pays de droit écrit, à l'except.

TIT. VI.
Observ. 6c.
9.
S'il a lieu dans
le Luxembourg.

tion de quelques usages locaux, n'a pas laissé de l'admettre expressément & *nomi-*
nativ. L'art. 43 de ces usages & les suivans, en reglent l'objet ou l'étendue qui
comprend tous les biens en pleine propriété, la forme & l'effet. Et ce qui me pa-
roit encore plus décisif, dans toutes les coutumes qui ont au profit du survivant des
dispositions à peu près pareilles à celle de la coutume de Luxembourg, le gain de
survie est considéré comme un don mutuel légal, ou plutôt tacite que les parties
sont censées se faire en contractant mariage. Or je ne puis pas penser que cette
coutume désapprouve que les époux établissent entr'eux, s'ils sont nobles, ou réta-
blissent s'ils ne le sont pas, un bénéfice qu'à la vérité elle ne leur accorde pas de
plein droit au premier cas, & qu'au second ils n'ont pas voulu s'accorder comme
une suite, & par l'effet de leur mariage seul; mais dont aussi ils ne se sont pas non
plus interdit la liberté de se gratifier; & auquel son esprit répugne si peu qu'elle en
fait une conséquence légale de la plupart des mariages contractés, sans qu'il ait été dé-
rogé à ses dispositions: & que d'ailleurs elle leur permet de se donner. Voy. l'obs. 4
de ce tit., n. 12, sur la fin.

Mais un don mutuel de tous biens en propriété, comme étoit celui du sieur de
Bury, ne me paroîtroit pas soutenable dans la coutume de Thionville. Il seroit con-
traire à ce qui s'observe dans la plupart des coutumes, & à l'intérêt des familles
auxquelles l'esprit du droit coutumier est de conserver la propriété des biens qui
en proviennent: & les raisons qui me font penser que le don mutuel exprès, &
conventionnel doit être admis dans le Luxembourg, dans les deux cas dont j'ai
parlé, ne prouvent rien au delà des bornes que la coutume met au don mutuel tacite
& légal qu'elle introduit, c'est-à-dire au gain de survie.



OBSERVATION VII.

TIT. VI.
OBSERV. 7e.

De la Différence entre les Coutumes dont la plupart rejettent, & quelques-unes admettent le Don mutuel en cas d'enfans.

LA plupart des coutumes ne permettent le don mutuel aux conjoints que lorsqu'ils n'ont point d'enfans de quelque mariage que ce soit, lors du décès du prémourant. Paris, art. 280; Vermandois, art. 47; Bar, art. 163; St. Mihiel, tit. 8, art. 1; Sedan, art. 102; Toul, art. 43; &c. &c.

1.
Coutumes qui rejettent le don mutuel en cas d'enfans.

Cependant il y en a quelques-unes, & c'est la seconde diversité que je remarquerai entre elles, qui admettent ce contrat, lors même qu'il y a des enfans. Celle de Bretagne, art. 211, charge le donataire mutuel *de nourrir & entretenir les enfans du donateur, si lesdits enfans n'ont autres biens, vacations, ou moyens d'eux nourrir selon leur état*, & l'art. 113, porte que *la donation mutuelle, & égale faite conjointement le mariage duquel il y a enfans, n'aura lieu au cas que le survivant se remarie*. Ce qui emporte une privation totale, & bien plus forte que l'édit des secondes nocces, aux dispositions duquel l'art. 73 de la coutume de Verdun & le droit commun affujettissent le don mutuel. Les coutumes du Maine, art. 334; de Poitou, art. 209; de Château-Neuf, art. 106; de la Marche, art. 289; de Blois, art. 162 & 163; de Rheims, art. 234; de Verdun, art. 65; de Chartres, art. 87, & quelques autres, permettent aussi les dons mutuels, quoiqu'ils aient des enfans: quelques-unes restreignent en ce cas l'étendue du don, plus que lorsqu'il n'y a point d'enfans: comme Noyon, art. 21; Blois, art. 163; Verdun, art. 65. D'autres, comme Péronne, art. 110, veulent qu'en cas d'enfans, il y ait d'autres biens sur lesquels leur légitime puisse se prendre, ou la leur réservent expressément, ce qui est sous-entendu dans toutes. Voyez Ferrière sur l'art. 280; de Paris, gl. 3, n^o. 27.

2.
Coutumes qui l'admettent en ce cas.

Notre coutume de Metz n'autorise le don mutuel des meubles & gagieres qu'en ce qu'elle défend, art. 9 du tit. 7. celui des tréfonds, elle ne dit rien qui marque si l'existence des enfans l'empêche, ou non; ce qui valoit bien la peine d'être exprimé. Les rédacteurs ne seroient pas tombés dans cette omission, s'ils eussent fait plus d'attention à ce qui en méritoit dans l'ouvrage de d'Abocourt; car il disoit en deux endroits, fol. 140, R^{to}. & V^{to}, que le don mutuel n'avoit lieu entre conjoints *que lorsqu'ils n'avoient point d'enfans légitimement procréés*. C'étoit donc l'usage avant la rédaction de la coutume. Il s'est continué depuis; & je crois que

3.
Sauf la légitime.4.
La coutume de Metz est du nombre des premières.5.
Qui forment le droit commun.

TIT. VI.
Observ. 7e.

c'est la règle dans toutes les coutumes qui n'autorisent pas expressément le don mutuel, *existentibus liberis*. C'est la raison pour laquelle je ne l'ai, n. 9, de l'obs. précédente, admis dans la coutume de Luxembourg qu'à défaut d'enfans. L'usage est si certain qu'il ne laisse aucun doute sur ce point dans celle de Metz, & la première condition que M. D... sur les art. 9 & 10 du tit. 7, exige pour la validité du don mutuel est » qu'il n'y ait point d'enfans, soit des deux conjoints, soit de l'un d'eux, lors du décès du premier mourant «.

6.
Les enfans
n'empêchent le
don mutuel que
quand ils exist-
ent lorsqu'il
s'ouvre.

C'est, en effet, le seul tems à considérer, quoique des auteurs de poids aient cru que l'existence des enfans lors du contrat, suffisoit pour le rendre nul, encore qu'ils fussent décédés avant le prémourant des époux contractans; & que la question fasse encore quelque difficulté. Voy. Buridan sur l'art. 47; de Vermandois, & M. Le Camus sur l'art. 280, de Paris, n. 13 & 14. Mais l'opinion commune est au contraire, & me paroît la mieux fondée, non-seulement dans les coutumes qui, comme celle de Paris, ne prohibent le don mutuel qu'au cas qu'il y ait enfans lors du décès du premier mourant, mais encore dans celles qui ne le décident pas si expressément. Voy. Ferrière sur le même art. gl. 5, n. 1 & suiv. car l'intention de toutes les coutumes n'est autre que d'empêcher les peres & meres de s'avantager l'un l'autre au préjudice de leurs enfans, ou petits-enfans seulement. La nullité est donc respectivo; & par conséquent ne peut être opposée que par ceux en faveur de qui elle a été introduite.

En tout cas il me semble qu'il n'y auroit un prétexte pour prétendre le don nul, que lorsqu'il paroît que les conjoints ont prétendu le faire exécuter, même au préjudice des enfans vivans lors de la dissolution du mariage. Alors on pourroit dire qu'ils ont voulu faire ce que la coutume leur défendoit, & conséquemment ont fait un acte nul. Mais s'ils ont exprimé qu'ils n'entendoient se donner mutuellement, qu'au cas qu'au décès du prémourant, ils n'eussent ni l'un ni l'autre aucun enfant vivant, ils n'ont fait que ce que la coutume leur permettoit, & leur contrat étant conforme à son esprit, il me semble inattaquable, *concurrit*, dit Dumoulin dans sa note sur l'art. 221 de la coutume d'Orléans, *jus commune, & mens consuetudinis*.

OBSERVATION VIII.

TIT. VI.
Observ. 8e.*De la Différence des Coutumes sur les Biens dont on peut disposer par Don mutuel.*

LA troisième variété qui est entre les coutumes, c'est qu'elles ont réglé très-différemment l'étendue qu'elles permettent de donner au don mutuel, & les biens qui peuvent y être compris, soit pour la propriété, soit pour l'usufruit. Il n'y a pas même de points sur lesquels il y ait plus de diversités entre elles, les unes, en assez grand nombre bornent l'objet du don mutuel aux biens qui appartiennent en commun aux conjoints lors du décès du prémourant, c'est-à-dire qui se trouvent alors dépendre de leur communauté. Telle est la disposition des art. 280; de Paris, 139; d'Estampes, 94; de Bourdan, 47; de Vermandois, 36; de Châlons, &c. C'est ce qui s'observe à Mouzon, en conséquence de l'arrêt du parlement de Metz du 22 Janvier 1681, & de celui du conseil du 5 Octobre 1684, que j'ai rapporté, tom. I, pag. 16, n. 5, & qui, en restreignant le don mutuel que le sieur Béchet & Rose Desnoyers, sa femme, s'étoient fait de la pleine propriété de tous leurs biens, à l'usufruit de la moitié qui revenoit à cette femme morte la première, dans tout ce qui dépendoit de leur communauté, ont en quelque sorte préjugé que le droit commun ne permettoit pas d'étendre le don mutuel plus loin que cette moitié des biens communs, auxquels il est limité par la coutume de Paris, & beaucoup d'autres.

1.
Coutumes qui bornent les dons mutuels aux biens communs.

De la disposition de ces coutumes sortent plusieurs conséquences. La première, que les acquêts antérieurs au mariage, y sont exclus du don mutuel, à moins qu'ils n'aient été apportés en communauté, même lorsque les biens qu'on veut y faire entrer sont désignés par ces mots, *acquêts & conquêtes*, qui sont regardés comme synonymes. Mais si ces acquêts qui ont précédé le mariage sont devenus communs par l'apport en communauté, le don mutuel peut les comprendre. Ferrière, sur l'art. 280, gl. 3, n. 1, suiv. & 19.

2.
Si, dans ces coutumes, les acquêts antérieurs y entrent.

La seconde, que par la même raison, les propres ameublés sont, dans ces coutumes, partie du don mutuel, & même tous les biens des époux peuvent y être compris, s'ils ont stipulé une communauté universelle. *De Laitre, sur Chaumont, art. 69, n. 4 & 5.* Quoique Saligny, sur l'art. 113 de Vitry, soit d'avis contraire, *sed male*; cependant si les héritiers de la femme renonçoient à la communauté, & avoient droit de reprendre les apports, le mari seroit obligé de les leur rendre, nonobstant le don mutuel; suivant Ferrière, *ibid.* n. 7. Mais d'autres sont d'avis

3.
Quand les propres & tous les biens peuvent y entrer.

TIT. V.
Observ. 8e.

contraire. Voy. De Laitre, *ibid.* n°. 7. Ce dernier sentiment me paroît souffrir grande difficulté.

4.
Quid des de-
niers réalisés,
des emplois &
des récompens-
es.

La troisième, que par la raison contraire, les sommes stipulées propres, & les actions de remploi qui ne font pas partie de la communauté, & n'en dépendent point, ne peuvent, dans ces coutumes, faire partie du don mutuel. *Ferriere, ibid.* n. 6, & *Saligny, ubi supra* : pour l'action de récompense, c'est une créance qui appartient à la communauté. Ainsi le donataire mutuel en jouit. *Ferriere, ibid.* n°. 10.

5.
Des époux non
communs & sé-
parés.

La quatrième, que si, par le contrat de mariage, il y a clause exclusive de communauté, le don mutuel est nul dans ces coutumes; il en est de même, s'il est intervenu entre les époux une sentence de séparation; qu'elle ait été exécutée, & qu'ils n'aient pas rétabli leur communauté avant la dissolution du mariage, comme ils le peuvent. *Ferriere, IBID.* n. 28 & 36; *De Laitre, UBI SUP.* n. 3. Ils établissent aussi, le premier, n. 29; le second, n. 7, que la femme qui renonce à la communauté, n'en est pas pour cela moins en droit de jouir du don mutuel. Mais si

6.
De la femme
qui renonce à
la communauté.

la femme n'est admise à la communauté que pour une portion moindre que la moitié, ou si elle est bornée pour tout droit de communauté à une somme fixe, le don mutuel peut-il avoir lieu dans ces coutumes? *Ferriere*, n. 36, détermine, suivant l'avis de *Ricard*, & malgré quelques autorités contraires, que le don mutuel est valable jusqu'à concurrence de la part pour laquelle la femme est admise à la communauté; ce qui me paroît, comme il le dit, conforme à l'esprit de ces coutumes.

7.
De celle qui
n'est pas com-
mune pour moi-
tié.

On peut d'ailleurs diviser les coutumes qui excluent les propres du don mutuel, soit qu'elles le restreignent aux biens dépendans de la communauté, ou seulement aux meubles & acquêts, sans exiger qu'ils soient communs entre les époux, en quatre classes : la première ne permet aux conjoints de se donner mutuellement leurs meubles & leurs acquêts qu'en simple usufruit. Telles sont les coutumes de Paris, art. 280; de Bourbonnois, art. 227; de Mantes, art. 147; de Valois, art. 128; de Troyes, art. 85; de Sens, art. 111; d'Orléans, art. 81, & beaucoup d'autres.

8.
Coutumes qui
ne permettent
de donner mu-
tuellement les
meubles & ac-
quêts qu'en usu-
fruit.

La coutume de Berry, tit. 8, art. 3, étend un peu plus loin le don mutuel : elle permet d'y comprendre le tiers des meubles en propriété, & les acquêts en usufruit. Je ne connois que cette coutume qui ait cette disposition.

9.
Coutumes qui
permettent de
donner le tiers
des meubles.

La troisième classe est plus nombreuse. Par les art. 113 de Vitry; 47 de Vermandois; 36 de Châlons; 234 de Rheims; 210 de Bretagne, & 102 de Sedan, il est permis de comprendre dans le don mutuel les meubles en propriété & l'usufruit des acquêts. Dans les châtellenies de Ramberviller, Bacarat & Moyenvic, qui dépendent de l'Evêché de Metz, le don mutuel, quoique rejeté par la coutume générale, est admis pour l'usufruit des acquêts : art. 3 du tit. 2 de cette coutume générale; il n'est pas parlé des meubles : mais la raison en est que la femme, après la mort de son mari, emporte tous les biens meubles, à charge de payer les dettes : art.

10.
Coutumes qui
étendent le don
mutu à la pro-
priété des meu-
bles & l'usu-
fruit des ac-
quêts.

de la coutume locale de ces châtelainies. Ce qu'elle confirme, art. 18, qui porte plus généralement que *tous meubles & dettes sont au survivant.*

La coutume de Sedan n'est pas du nombre de celles qui ne font entrer dans le don mutuel que les biens qui dépendent d'une communauté subsistante entre les conjoints. Au contraire, l'art. 102 y comprend en général & sans distinction *tous leurs biens meubles.* On n'y trouve d'ailleurs aucune disposition qui exige dans ce contrat une égalité de biens & d'avantages entre les contractans. Ainsi, à Sedan, tout le mobilier du prémourant passe propriétairement au survivant en vertu du don mutuel; soit qu'il dépende de la communauté, ou n'en dépende pas, comme les deniers stipulés, propres, ou les actions de remploi. On ne sauroit nier, ce me semble, qu'une somme réalisée ne soit comprise dans ces expressions de la coutume: *tous leurs biens meubles.* L'effet de la réalisation est bien de la faire considérer comme immeuble, mais uniquement, quant à la communauté, & seulement pour l'en exclure. A tous autres égards, & notamment quant à la liberté & à la manière de disposer de la somme, la fiction n'opère rien, parce qu'elle ne détruit pas la véritable nature de la chose réservée, qui reste toujours essentiellement un simple meuble.

Il en est de même des actions de remploi, *quæ tendunt ad mobile consequendum*, & par conséquent, sont mobilières de leur nature, & par essence; quoique réputées immeubles en certains cas, *contra maritum; sed non respectu aliorum*: suivant la fameuse note de Dumoulin, sur l'art. 17 du ch. 23 de la coutume de Nivernois. Ricard, *du don mutuel*, ch. 5, sect. 3, n. 188 & suiv., tient cependant que, dans les coutumes qui restreignent le don mutuel aux biens dépendans de la communauté, les deniers stipulés propres n'y sont pas compris; ce que je viens de dire ci-devant, n°. 4. Mais il observe que « cette résolution ne doit pas avoir lieu dans les coutumes... qui permettent de disposer d'autres biens que de ceux de la communauté, » & ajoute que ce qu'il vient de dire des deniers stipulés propres, doit avoir lieu pour l'action de remploi. Il y a donc autant de raison de comprendre à Sedan ces actions dans le don mutuel, que les meubles réalisés.

Ceci peut être confirmé par un arrêt du 1er Juin 1753, dont, comme je l'ai dit, tom. 1, pag. 411, quelques praticiens ont conclu que le remploi n'étoit pas légal à Sedan, & qui a seulement jugé qu'il tomboit dans le don mutuel. Le nommé Cornélis & ses deux frères avoient trouvé dans la succession de leur père une maison qu'ils avoient vendue par licitation, & dont ce particulier avoit tiré pour son tiers 2800 liv. N'ayant point d'enfans, il passa avec sa femme un don mutuel, par lequel ils se donnerent leurs meubles en propriété, & leurs acquêts en usufruit. La femme ayant survécu, les héritiers collatéraux du mari lui demandèrent le paiement des 2800 liv. à titre de remploi. Cette veuve se défendit par deux moyens: l'un que la coutume de Sedan ne parloit pas du remploi; l'autre que dans cette coutume le don mutuel comprenoit tous les meubles en propriété, & par conséquent, l'action

TIT. VI.
Observ. 3e.

11.
Il s'étend à Sedan aux meubles non communs.

12.
Et aux actions du remploi.

TIT. VI.
Oblerv. 86.

de remploi qui est mobilière. Le premier moyen étoit facile à détruire. Le remploi est légal dans toutes les coutumes qui ne l'excluent pas formellement. Celle de Sedan est du nombre, comme je l'ai prouvé, tom. 1, pag. 409 & suiv., où j'ai établi que le remploi y avoit lieu de plein droit. Mais les héritiers de Cornélis répondoient en vain au second moyen que l'action de remploi n'étant pas de la communauté, ne tomboit pas dans le don mutuel. Encore une fois la coutume de Sedan n'est pas du nombre de celles qui ne permettent d'y comprendre que les biens communs entre les époux : & l'arrêt déchargea la veuve du paiement des 2800 liv.

La coutume de Verdun, art. 65, permet aussi, lors même qu'il y a des enfans, de comprendre dans le don mutuel les meubles en propriété, & les conquêts en usufruit.

13.
A Verdun le don comprend les meubles en propriété.

14.
Coutumes qui s'étendent à la propriété des conquêts.

Les coutumes de la quatrième classe sont celles qui permettent de disposer en toute propriété des meubles & des conquêts par don mutuel. *Senlis*, art. 144; *Blois*, art. 63, pourvu qu'il n'y ait point d'enfans; *Péronne*, art. 110; *Dunois*, art. 68; même quand il y a des enfans, à charge que le don soit confirmé par testament.

15.
Coutumes où il a lieu sur les propres.

A ces coutumes qui excluent les propres du don mutuel, on peut en opposer d'autres, & en grand nombre, qui s'étendent jusques sur les anciens & les biens de ligne : & entre celles-là, il y a encore bien des différences considérables.

Bar, art. 163, permet aux conjoints de se donner mutuellement leurs conquêts & leurs biens de ligne en usufruit; il n'y est pas parlé des meubles; mais *Le Paige*, au commencement de l'explication qu'il donne de cet article; & plus bas, *V^o. de l'usufruit*, atteste que, dans l'usage, on les y fait entrer, & qu'ils demeurent en propriété au survivant.

Les coutumes du *Perche* & de *Château-Neuf* sont très-singulières. Le don mutuel, qui y peut comprendre les meubles en propriété, & les acquêts à vie, peut aussi y renfermer la jouissance des propres pour neuf ans, suivant l'art. 94 de la première, & pour un an seulement, suivant l'art. 107 de la seconde.

Il consiste, par la coutume de *Tours*, art. 243, dans la propriété des meubles, & dans l'usufruit des acquêts & conquêts, & du tiers du patrimoine.

Par celle de *Verdun*, art. 65, dans la propriété des meubles & acquêts, & dans l'usufruit du tiers des propres.

Par celle de *Noyon*, art. 21, dans la totalité des meubles & conquêts, & la moitié des propres en usufruit.

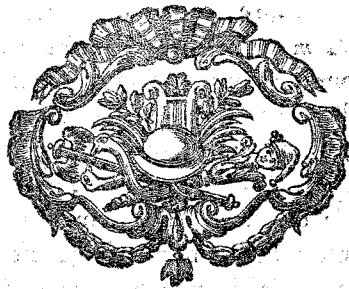
Par celle de *Lodunois*, ch. 25, art. 4, & de *Poitou*, art. 209, dans tous les meubles, acquêts & conquêts, & dans le tiers des propres en propriété. Celles de *la Rochelle*, art. 49, & de *Xaintonge*, art. 71, ont la même disposition : si ce n'est qu'au lieu de la propriété du tiers des propres, elles permettent d'en donner la totalité en usufruit.

Les coutumes de *Nivernois*, chap. 23, art. 27; & de *St. Mihiel*, tit. 8, art. 12.

permettent aux conjoints de se donner par cette voie la propriété de leurs meubles en conquêts, & l'usufruit de leurs anciens. Dans les châellenies de Rambervillers, & de Bacarat, & Moyenvic, ils peuvent aussi se donner mutuellement l'usufruit de leurs anciens : mais ce n'est que lorsqu'ils n'ont point d'acquêts. Art. 2 du tit. 8 de la coutume de l'Evêché.

Nous avons déjà vu que celle de Metz, art. 9 du tit. 7, borne le don mutuel aux meubles & aux gagieres; mais permet de les y comprendre pour la propriété, sans distinguer si les gagieres sont acquêts, ou viennent de succession. D'Abocourt, fol. 140, y faisoit entrer l'usufruit des acquêts de tréfond; mais cela n'a pas été suivi par les rédacteurs de notre coutume.

Il n'y en a aucune qui étende le don mutuel aussi loin que celle de Toul, dont l'art. 43 permet d'y comprendre tous les biens des conjoints, sans exception, & en toute propriété.



O B S E R V A T I O N I X.

De la nécessité de la santé & de l'égalité de l'âge , & des biens des Conjoints pour le Don mutuel.

EN quatrieme lieu il y a encore de très-grandes différences d'une coutume à l'autre , en ce qui concerne la santé , l'âge & la fortune des conjoints qui disposent au profit l'un de l'autre.

M. D... sur l'art. 10 du tit. 7 de la coutume de Metz , veut que les époux n'y puissent valablement se gratifier par don mutuel , s'il n'y a entr'eux *égalité de santé* , d'âge & de biens. Il se fonde , quant à la santé , sur ce que » le don mutuel est un » acte entre vifs , & qui par sa nature demande une égalité de santé , puisque si » l'un étoit malade , tout l'avantage seroit au profit de l'autre « . Mais malgré ces expressions , & quoiqu'il demande même , comment un don mutuel pourroit être valable si *l'un & l'autre* des conjoints n'étoient pas dans *une santé parfaite* « . Je ne le soupçonne pas d'avoir regardé *l'égalité de santé* comme une condition requise pour la validité du don mutuel ; puisqu'après ces mots , *santé parfaite* , il ajoute : *c'est-à-dire , s'ils étoient malades de la maladie dont ils doivent décéder*.

Et , en effet , 1°. il y a beaucoup de coutumes qui veulent expressément que les conjoints qui se donnent mutuellement soient en santé ; comme Paris , art. 280 ; Chaumont , art. 69 ; St. Mihiel , tit. 8 , art. 1 ; Bar , art. 163 ; Verdun , art. 65 ; Toul , art. 43 ; Sedan , art. 102 , &c. &c. Dans les châtelainies de l'évêché de Metz où le don mutuel est reçu , l'art. 3 du tit. 8 de la coutume générale exige , que les conjoints soient en bonne santé ; & la bonne santé est requise , même dans les coutumes qui n'en parlent pas. Mais il y a bien de la différence entre la santé , & cette égalité de santé , qu'il est assez rare de rencontrer entre un mari & sa femme : & dans aucunes coutumes , pas même dans celles dont les expressions sembleroient demander dans les deux époux une santé parfaite , ou égale. Cette égalité n'est nécessaire , si ce n'étoit pas à la santé , mais à l'égalité qu'on attachât la validité du don mutuel , il s'ensuivroit que deux conjoints aussi sérieusement malades l'un que l'autre , & même également menacés d'une mort prochaine , pourroient se donner par cette voie ; ce qui est évidemment faux , & insoutenable.

L'égalité de santé est si peu nécessaire , qu'il n'y a que le danger de mort d'un des époux , suivi de l'événement qui puisse annuler le don mutuel. Le Paige , sur ces mots de la coutume de Bar , *étant en santé* , dit que » ce terme ne doit pas être pris

TIT. VI.
Observ. 9e.

1.
Autre différence entre les coutumes.

2.
La santé est requise au don mutuel.

3.
Mais non l'égalité de santé.

4.
Il faut même que la mort suive une maladie dangereuse.

» dans son étroite signification ; car les jurisconsultes admettent un état mitoyen » entre être malade , & se porter bien , que les médecins ne connoissent pas : de » sorte que celui-là n'est point estimé malade , qui n'est point robuste , ni vigoureux ; » mais d'une complexion foible , & délicate , ou qui a quelque incommodité , la » quelle ne l'empêche entièrement d'agir , & ne peut pas causer promptement la » mort « ; quelle que soit l'expression des coutumes , on doit dans toutes l'entendre en ce sens , qu'il faut que les conjoints ne soient point malades de la maladie dont l'un ensuite décéderoit. *Ricard sur l'art. 230 de la coutume de Paris* , » une » fièvre quarte , une grossesse même périlleuse , pour avoir été précédée par dix ou » douze fausses couches , une hydropisie , la gravelle , & autres maladies qui peuvent » laisser à celui des conjoints qui en seroit attaqué , l'espérance de recueillir le don » mutuel , ne sont pas suffisantes pour le rendre nul , quand mêmes elles conduiroient » à la mort «. *De Laitre sur l'art 69 ; de Chaumont , n. 10.* Ces assertions sont prouvées par un grand nombre d'arrêts rapportés par ces deux auteurs , & par Ferrière sur l'art. 280 , gl. 1 , n. 4. Il est bien évident que dans l'espece de tous ces arrêts , il n'y avoit pas égalité de santé. M. D... est cependant d'autant plus excusable d'avoir employé cette expression , qu'elle est échappée à Ricard lui-même dont tout le texte montre d'ailleurs qu'elle ne doit pas y être prise à la lettre.

Bien plus je pense que le défaut de santé n'annulleroit pas le don mutuel , si c'étoit celui des deux conjoints au profit duquel il est tourné par l'événement qui étoit malade , lorsqu'il a été passé. Je me fonde sur ce qu'il y a bien moins d'inconvénient d'autoriser ce contrat , quoique celui qui est devenu donataire fut malade lors de sa passation , que de le faire valoir lorsque c'étoit celui qui est devenu donataire dont la vie étoit en danger. Une donation simple , quoique conçue entre vifs , est regardée comme à cause de mort , & ne peut valoir que quand elle est revêtue des formalités des testamens , si lors de l'acte le donateur étoit menacé de mort. Nous l'avons vu ci-devant , obs. 5 , n. 32 & suiv. ; mais on n'a jamais imaginé que la donation simple peut-être annulée , si lors de la passation de l'acte , le donataire étoit , je ne dirai pas malade , mais *in extremis*. Pourquoi dans le don mutuel seroit-il plus nécessaire que celui qui , par l'événement , en profite , fut en bonne santé lors de l'acte ?

Dira-t-on que c'est parce que cet acte étant un contrat entre vifs & réciproque , il est de son essence que les deux parties aient , en contractant , une espérance égale d'en profiter. Cela seroit d'autant moins vrai , que cette égalité d'espérance ne peut se rencontrer , si l'un des contractans est actuellement attaqué d'une maladie qui menace ses jours. Cependant quelque considérable que soit cette maladie , elle ne donne aucune atteinte au don mutuel si le malade en guérit , mais seulement au cas qu'il meurt. *Ricard , du don mutuel , ch. 5 , sect. 3 , n. 127.*

Il y a même des coutumes qui font valoir le don mutuel , quoique le donateur malade ne relève pas de sa maladie ; pourvu seulement qu'il ne meurt pas dans les

Tit. VI.
Observ. 9^e.

5.
La santé n'est
requise que du
côté du dona-
teur.

6.
La maladie ne
nuir pas au don,
si le malade ne
meurt pas.

Tit. VI.
Oblerv. 92.

7.
Et, suivant
quelques cou-
tumes, dans les
40 jours.

40 jours, à compter de la date de l'acte. J'en ai indiqué quelques-unes dans la même
obl. 5, n. 33.

Je fais bien que Ferriere, *ubi sup.* n. 5, met en question si le don mutuel fait pendant qu'un des conjoints est attaqué d'une maladie dangereuse, & réputée mortelle, ne laisse pas d'être valable au cas qu'il en guérisse; & qu'il trouve qu'elle n'est pas sans difficulté. Mais Ricard & Duplessis se déterminent pour la validité du don, & leur opinion qui ne pourroit pas être contredite dans le cas d'une donation simple, me paroît d'autant mieux fondée dans l'espece du don mutuel, qu'elle peut être confirmée par la disposition de plusieurs coutumes qui ne font attention à la maladie de l'un des époux contractans, qu'au cas qu'elle soit suivie de sa mort. *Tours, art. 243; Le Perche, art. 94; Berry, tit. 8, art. 3; Lodunois, ch. 25, art. 6; Meun, art. 25; Vermandois, art. 47; Sedan, art. 103, &c.* Cette dernière semble cependant exiger que le conjoint qui a fait un don mutuel étant malade, ayant connoissance de l'acte après sa guérison, le ratifie: mais je crois que cette disposition ne doit pas être entendue d'une ratification expresse, & que, pourvu que le malade ait souscrit la donation avec une pleine connoissance, & une entière jouissance de ses facultés, de manière qu'on ne puisse prétexter qu'il l'ignoroit, le silence qu'il garde après sa convalescence, emporte à Sedan comme ailleurs, une ratification tacite, qui suffit pour valider le don mutuel.

2°. La raison que donne M. D... que si l'un des conjoints est malade, tout l'avantage du don mutuel est pour celui qui se porte bien, est décisive dans les coutumes qui leur défendent de s'avantager. Elles n'exceptent le don mutuel que parce que l'événement étant incertain, ce contrat est moins un titre lucratif, qu'un commerce onéreux, où chacun des conjoints achete l'espérance de profiter du bien de l'autre, en accordant à celui-ci un droit égal sur le sien. Si donc la menace d'une mort prochaine détruit l'incertitude de l'événement, il n'y a plus pour le conjoint qui se porte bien qu'un avantage assuré, & contraire à l'esprit de ces coutumes. Mais dans celles de Metz, & dans les autres qui permettent les titres purement lucratifs, & les avantages sans réciprocité entre conjoints, & dont aucune disposition n'exige que les conjoints qui se font un don mutuel soient en santé, on pourroit soutenir qu'elle n'y est pas nécessaire. C'est même ce qui paroît avoir été jugé par un arrêt du 17 Juillet 1676, qu'on trouvera dans mes extraits du recueil de M. Ancillon, pag. 48, n. 72. Il s'agissoit d'un don mutuel attaqué par le pere de la femme, qui offroit de prouver que sa fille étoit dans un état d'infirmité habituelle, même avant son mariage; la sentence du bailliage de Metz avoit admis cette preuve, le mari qui en étoit appellant, disoit que si le défaut de santé détruisoit l'égalité d'espérance de profiter du don mutuel, cette égalité n'étoit nécessaire que pour empêcher les avantages entre conjoints qui sont permis dans la coutume de Metz; son appel réussit, & le don mutuel fut confirmé. Mais comme, après tout, la réciprocité paroît de l'essence du don mutuel, qu'il n'y a plus de réciprocité réelle, si l'un des conjoints se

8.
Si dans les cou-
tumes qui per-
mettent les
avantages entre
conjoints, la
santé est néces-
saire au don
mutuel.

se porte bien, & que l'autre approche de sa fin; qu'un arrêt solitaire ne suffit pas pour faire loi; que même celui-ci peut avoir eu pour motif, que le beau-père n'alloit qu'une infirmité habituelle, qui n'avoit pas empêché sa fille de vivre dix mois depuis le don mutuel, & par conséquent n'annonçoit pas une mort prochaine, & n'étoit gueres que cet état mitoyen entre la santé & la maladie, dont parle Le Paige. Je crois la question d'autant plus douteuse, ou plutôt j'incline d'autant plus fortement à regarder comme M. D... la santé du donateur comme nécessaire dans le don mutuel, & ce contrat comme nul dans la coutume de Metz, & autres semblables, si le conjoint, actuellement malade lors de sa passation, décède de cette maladie, qu'Ancillon lui-même sur l'art. 10 du tit. 7 de notre coutume V^{bo}. *duement fait*, met au nombre des conditions nécessaires pour la validité du don mutuel « que les conjoints soient en santé; car, dit-il, ce qui fait valoir le don mutuel entr'eux, c'est l'incertitude de l'événement: elle n'est point pareille, lorsque l'un est au lit malade, & que l'autre se porte bien ». Mais quoique cette opinion me paroisse la plus sûre, comme cependant l'expérience prouve tous les jours que les personnes qui paroissent les plus saines, meurent avant celles qui sembloient tendre à leur fin, on peut dire que l'événement est toujours incertain, parce qu'il n'est jamais impossible que ce soit le conjoint malade qui recueille le bénéfice du don mutuel. A la vérité il a moins d'espérance d'en profiter que celui qui se porte bien; mais je viens de montrer, n. 6 & suivant, par l'exemple du malade qui se rétablit, que ce n'est pas l'égalité d'espérance qui fait valoir le don mutuel; & que la seule possibilité d'en profiter suffit pour en établir la réciprocité. Ainsi la question ne sera pas sans difficulté dans notre coutume, tant qu'elle n'aura pas été décidée par quelques arrêts précis, qui confirment ce qu'on prétend avoir été jugé par celui de 1676, ou qui établissent clairement le contraire.

M. D... fonde la nécessité de l'âge égal sur la disposition de quelques coutumes qui l'exigent; mais elles ne sont pas en assez grand nombre pour former un droit commun. Il suppose encore que cette égalité est requise par la nature du don mutuel; mais c'est mettre en principe ce qui est en question: & si Ricard, *du don mutuel*, ch. 5, sect. 3, n. 139, pense que la donation mutuelle peut être dite inégale par cette seule considération de l'inégalité des âges, il ne répond rien à cette objection qu'il s'étoit faite à lui-même, qu'il est impossible d'établir cette égalité, d'autant qu'elle dépend de la durée de la vie des contractans (qui dépend elle-même de la force du tempéramment, de la constitution intérieure du corps qui n'est pas connue, & de mille circonstances extérieures & casuelles, ou accidens fortuits) & de l'heure de la mort, qui attaque également les jeunes & les vieux. D'où il suit que le conjoint, qui n'a que trente quatre ans, n'est pas plus assuré d'en vivre encore dix, que son conjoint qui en a cinquante.

J'avoue que cette incertitude de la durée de la vie des conjoints, & l'expérience qui nous apprend que très-souvent le plus âgé des deux survit à l'autre, n'empê-

TIT. VI.
Observ. 96.

97
Si l'égalité de l'âge est requise dans les coutumes qui n'en parlent pas.

chent pas qu'il n'y ait quelque petite probabilité, que l'événement favorisera le plus jeune, & par conséquent qu'on ne puisse dire qu'il y a pour lui dans le don mutuel quelque léger avantage de plus que pour son conjoint. Mais l'égalité requise dans ce contrat n'est pas une proportion-exacte & rigoureuse. Nous venons de voir combien on donne d'étendue à l'égalité d'avantage qui résulte de la santé. Il n'y a nulle raison de resserrer dans des bornes plus étroites celle qui résulte de l'âge. Au contraire, s'il y a quelque probabilité que celui des conjoints, qui a quinze ans plus que l'autre, mourra avant lui, il y en a certainement beaucoup plus qu'un homme hydro-pique, ou tourmenté de la gravelle depuis long-tems, mourra avant sa femme qui se porte bien. Il y auroit donc de la contradiction d'annuler le don mutuel dans le premier cas, puisqu'on le valide dans le second.

Aussi, quoiqu'il y ait des coutumes qui exigent l'égalité de l'âge entre les conjoints, qui disposent au profit l'un de l'autre par don mutuel; & qu'il ne soit pas douteux que, dans ces coutumes, ce contrat ne peut valoir sans cette condition: des auteurs du plus grand poids tiennent contre l'opinion de Ricard, que l'âge égal n'est nullement nécessaire pour sa validité, dans les coutumes qui n'en parlent pas. » La donation tiendra, dit Buridan sur l'art. 47. de la coutume de Vermandois, » encore que le mari soit beaucoup plus âgé que la femme; ores qu'il soit gou- » teux, tremblant, aille au bâton, valétudinaire, à la barbe blanche; & elle toute » jeune, polie & gaillarde, l'incertitude ne laissant pourtant d'être, lequel des deux » dévancera l'autre. Je trouve l'autorité des commentateurs de la coutume de Paris encore plus pressante; parce que nulle autre coutume n'a eu plus à cœur de fermer aux conjoints toutes les voies de s'avantager directement ou indirectement. Charondas, Auzannet & Ferriere, n'en décident pas moins qu'à Paris, *l'égalité d'âge n'est pas requise pour le don mutuel, puisque la coutume ne la requiert pas.* Voy. le dernier sur l'art. 280, gl. 1, n°. 7. Or, si dans les coutumes qui ne permettent pas aux conjoints de s'avantager en façon quelconque, le don mutuel ne peut pas être attaqué, sous prétexte que le moins âgé a plus d'espérance que l'autre d'en profiter; si lors même que l'inégalité d'âge est considérable, elle n'est pas censée détruire la réciprocité du don, ni affaiblir l'incertitude de l'événement; » vu, dit Ferriere, » que les jeunes meurent souvent avant ceux qui ont le plus d'âge, & que la cou- » tume n'a pas requis que les conjoints fussent d'un âge à peu près égal pour la » validité du don mutuel. » combien plus sensiblement auroit-on tort d'exiger cette condition dans les coutumes qui non-seulement n'en parlent pas, mais qui permettent expressément les avantages entre conjoints? Car quand même on pourroit penser que l'incertitude de l'événement est détruite, par la très-légère présomption que le moins âgé des époux survivra, & que c'en est assez pour regarder le don mutuel comme un avantage qui lui est fait par le plus vieux, ce prétendu avantage ne fourniroit aucun argument contre la validité du contrat dans une coutume où il est libre aux conjoints de s'avantager.

Les coutumes & les auteurs qui exigent l'égalité d'âge ne sont pas d'accord sur le nombre d'années qu'un conjoint doit avoir plus que l'autre pour invalider le don mutuel. L'art. 222 de la coutume d'Auxerre répute les conjoints d'un âge égal, quand l'un n'a pas au-delà de quinze ans plus que l'autre. L'art. 27 du chap. 23 de la coutume de Nivernois; l'art. 67 de la coutume de Verdun; & l'art. 44 des usages de Toul, veulent qu'on ne les regarde comme étant de même âge, qu'au cas que la différence ne soit pas plus de dix ans. Ricard, *du don mutuel*, ch. 5, sect. 3, n. 148., cite. MM. Tiraqueau & Imbert. Le premier, dans son commentaire de la loi, *si unquam*, gl. in V^{bo}. *donatione largitus*, sembloit d'abord étendre fort loin l'égalité; *ut valeat donatio à viro & uxore facta superstiti, de omnibus bonis, requiritur quod sit equalis propè ætatis: sectus si alter multum senex esset, alter multum juvenis*. C'est ce qu'il dit, n. 135; & cette différence de la grande jeunesse à une vieille avancée, sembloit indiquer une disposition d'âge d'environ quarante ans, & même plus forte; car une femme à 28 ans n'est plus *multum juvenis*, & un mari, à 68 ans, n'est pas encore *multum senex*. Cependant une si grande disproportion rendroit plus supportable une opinion que ce magistrat avoue n'être pas du goût de tout le monde. Mais au nombre suivant, il paroît exiger que la différence de l'âge soit bien moindre. *Si non omnino par est, sed tantum in modico dispar, ut quidam fortè unus alterum tribus aut quatuor annis præcedit, non propter hoc desinit talis dispositio esse favorabilis, haberi què pro reciproca*. Imbert, en son euchyridion, V^{bo}. *donation mutuelle ou rémunératoire*, n'a fait, à très-peu de chose près, que copier Tiraqueau. » Il faut que l'inégalité de valeur des choses comprises au don mutuel » soit grande: autrement on n'y aura point d'égard; & est aussi bien requise égalité » entre les parties; car si l'une étoit jeune & en bonne santé; l'autre, vieille, ca- » duque, la donation ne seroit bonne; mais si l'une n'avoit gueres plus d'âge que » l'autre, & seulement étoit plus âgée de quatre ou cinq ans, la donation vaudroit. Si donc on établissoit que l'égalité d'âge est nécessaire pour la validité du don mutuel dans la coutume de Metz & autres, qui ne l'attachent pas à cette condition, & qui d'ailleurs permettent les avantages entre conjoints, il seroit à craindre qu'on ne donnât lieu à une infinité de procès; parce qu'il resteroit à fixer de combien d'années il faut que l'un des époux soit plus âgé que l'autre, pour leur interdire le don mutuel; que cette fixation deviendroit arbitraire, & que comme entre une différence d'âge de peu d'années, & celle de la jeunesse à la caducité, il y a bien des milieux, le juge ne pourroit que très-difficilement, faute d'une loi précise, se déterminer dans chaque espece pour ou contre le don mutuel: & si, pour obvier à cet inconvénient, on vouloit établir une règle, je ne vois pas quel fondement bien solide on pourroit lui donner; car pourquoi, par exemple, se conformeroit-on plutôt à la coutume d'Auxerre, qu'à celles de Nivernois, de Verdun & de Toul? M. D... & Ferriere disent que Ricard est d'avis de suivre celles qui requièrent quinze années. Mais si on examine ce que dit cet auteur, traité du don mutuel, ch. 5, sect.

TIT. VI
Observ. 9e.

10.
Quelle différence d'âge en détruit l'égalité dans les coutumes où on l'exige.

11.
Les règles que les établissent sont sans fondement dans la nature.

3, n^o. 142 & suiv. ; on trouvera qu'il avoue en propres termes *que cette question est fort problématique*, & qu'il prétend moins la décider par des raisons solides, que proposer une opinion à laquelle il incline, mais qu'il se garde bien de donner comme certaine.

En effet, que Platon ait pensé que l'âge de se marier étoit pour les filles depuis seize ans jusqu'à vingt, & pour les garçons, depuis trente jusqu'à trente-cinq ; qu'Aristote l'ait fixé pour les filles à dix-huit ans, & pour les mâles à trente-six ; qu'une loix romaine, qui a été abrogée, eut interdit aux femmes le mariage à cinquante ans, & aux hommes à soixante ; que Servius-Tullius ait assigné les 17 premières années de la vie à l'enfance, celles qui suivent, jusqu'à quarante-six, à la jeunesse, & le reste de la vie à la vieillesse ; que quelques naturalistes aient divisé les jours de l'homme en périodes égales, chacune de sept ans ; d'autres en cinq degrés, chacun de quinze années ; ce qui suppose la durée de la vie de 75 ans ; d'autres en quatre degrés seulement, qui seroient d'environ 19 ans chacun, rien de tout cela ne conduit à déterminer quelle est la différence d'âge qui doit mettre obstacle au don mutuel entre conjoints, & quelle est celle qui ne l'empêche pas. Ricard convient lui-même de l'inutilité des premières de ces remarques pour la fixer. Je ne vois pas qu'il y ait quelque chose de plus à conclure des deux dernières auxquelles il trouve plus raisonnable de s'attacher. Il n'y eut jamais rien de plus arbitraire que cette division de la vie humaine, tantôt en quatre, tantôt en cinq degrés. L'une n'est pas plus réelle que l'autre, ni plus fondée en raison ; & parce que ces suppositions de pur caprice vont de 15 à 20 ans, s'ensuit-il que quinze ans de différence soient le terme où les époux commencent à n'être plus d'un âge égal ? Aussi Ricard dit-il seulement *qu'il auroit inclination pour son particulier à se contenter de l'inégalité de quinze ans*. Ce n'est donc que son idée personnelle qu'il propose, & non une règle sûre & appuyée sur des raisons solides.

On ne pourroit établir sur ce point un droit certain, un principe fixe & général, applicable, comme il le faudroit, à toutes sortes d'époux, jeunes ou vieux, mais d'un âge différent, qu'en trouvant un moyen de déterminer quelle est la différence qui, dans tous les âges de la vie, donne plus ou moins de probabilité, que le plus âgé mourra un certain nombre d'années avant l'autre. Or, cela n'est pas possible. On trouve le calcul des probabilités de la durée de la vie suivant les différens âges, faits sur les registres des paroisses de Paris & de la campagne, dans l'histoire naturelle de M. de Buffon, tom. 4, pag. 420 de l'édition in-12. Si nous cherchons dans la table de cet auteur très-exact, deux époux dont l'un soit âgé de 29 ans, & l'autre de 43, nous trouverons qu'il y a à parier au pair que le plus âgé vivra encore vingt ans quatre mois, & le plus jeune vingt-huit ans & demi. Si nous en cherchons ensuite deux autres, dont l'un soit âgé de 60 ans, & l'autre de 80, nous trouverons qu'il y a à parier au pair que celui-ci vivra encore trois ans sept mois, & l'autre onze ans un mois. Or, plus la vie d'un des époux doit, selon le cours ordinaire de

la nature, se prolonger après celle de l'autre, plus il a d'espérance de lui survivre. Ainsi, quoiqu'entré les deux premiers de ces époux, la différence de l'âge ne soit que de 14 ans, & qu'elle soit de 20 ans entre les deux derniers, cependant la probabilité de la survie du plus jeune de ceux-là, qui peut se promettre de vivre huit ans deux mois après son conjoint, & en faveur duquel la règle des 15 ans seroit valoir le don mutuel, est plus apparente : l'espérance de profiter du don plus forte, & par conséquent, l'inégalité qu'on veut en faire résulter, plus considérable qu'elles ne le sont entre les deux époux à qui cette même règle interdiroit le don mutuel, quoique l'expérience & le calcul ne donnent au plus jeune que sept ans & demi à vivre après son conjoint. Quand donc il faudroit faire dépendre la validité du don mutuel du plus ou du moins d'espérance que l'âge des époux donneroit à l'un d'eux d'en profiter, la règle qui l'autoriseroit, pourvu qu'il n'y eût pas entr'eux plus de 15 ans de différence, & qui la proscriroit dès que cette différence iroit au-delà, seroit mal combinée, inconséquente & fautive; puisqu'il y a des cas où 14 ans de moins donnent au plus jeune des conjoints une espérance de profiter du don plus apparente & mieux fondée sur le cours ordinaire de la nature, que dans d'autres cas, où la différence est de 20 ans.

Si, malgré toutes ces raisons, il falloit établir dans notre coutume de Metz & autres semblables, une égalité d'âge qu'elles n'exigent pas, je ne la bornerois pas, comme M. D..., à 15 ans; & je voudrois qu'elle fût plus considérable; que l'un des conjoints fût *multum senex*, & l'autre *multum juvenis*: du moins, je m'en tiendrois à ce que dit Ancillon sur l'art. 10 du tit. 7; Vbo. *duement fait*, où il exige que, dans le don mutuel » il n'y ait pas une si grande inégalité d'âge, que ce soit » une considération assez forte pour ne pas laisser l'égalité de l'incertitude de l'événement : comme s'il y avoit 30 ou 25 ans de différence «.

C'est tout ce qu'on peut conclure des arrêts rendus dans la coutume de Senlis, les 16 Mars 1616, 19 Février 1647, & 14 Août 1649, rapportés par Ricard, & après lui, par Ferrière aux endroits cités. Les deux premiers ont déclaré valables des dons mutuels, l'un fait par une femme plus âgée que son mari de 6 à 7 ans; l'autre, par un mari plus âgé que sa femme de 11 à 12 ans; & le troisieme a ordonné la preuve de l'âge du mari & de la femme, entre lesquels on prétendoit qu'il y avoit une différence de 20 à 25 ans. Ces arrêts ne prouvent donc pas que 15 ans fussent; & si le dernier préjuge que 20 à 25 ans mettent obstacle au don mutuel, il faut observer que c'est dans la coutume de Senlis dont l'art. 144 exige que les conjoints soient *égaux en âge & chevances*: en sorte qu'il ne peut être opposé aux autorités que j'ai rapportées, & qui prouvent que l'inégalité d'âge n'est jamais un moyen contre le don mutuel, dans les coutumes qui ne demandent point que les époux soient d'un âge égal, & sur-tout dans celles où il leur est permis de s'avantager.

Ricard lui-même ne désapprouve pas qu'on étende l'égalité au-delà de 15 ans, & jusqu'à 20; & s'il est porté à se contenter d'une différence de 15 années, c'est par

TIT. VII.
Oblerv. 9e.

12.
Une différence de trente ans mériteroit plus d'attention.

13.
Réponse à la raison pour laquelle on se fie à 15 ans.

Tit. VI
Observ. 9e.

cette réflexion qu'il n'y a » personne qui , sans un dessein d'avantager celui avec » lequel il contracte , veuille faire une semblable donation ; s'il est âgé par exemple » de 60 ans , avec un autre qui n'est âgé que de 45 « : à quoi je réponds , 1°. que le dessein d'avantager doit frapper dans les coutumes où les avantages sont défendus ; mais qu'il n'y a rien à en conclure dans celles où l'avantage le plus formel ne donne aucune atteinte aux dispositions que les conjoints font au profit l'un de l'autre , & où en s'avantageant , ils ne font que ce qui leur est permis.

2°. Le dessein d'avantager n'est pas plus contraire à l'essence du don mutuel , qu'à l'esprit de ces dernières coutumes : & ce seroit en vain qu'on diroit que les avantages , indéfiniment permis dans tout autre acte , ne le sont pas par ce contrat , dont l'essence est la réciprocité & l'égalité. Il ne faut pas confondre l'une avec l'autre. Toute donation mutuelle est essentiellement réciproque , & doit procurer ou un avantage présent , ou au moins l'espérance d'un avantage futur que chacun des contractans puisse recueillir , ou plutôt qu'il soit certain de recueillir s'il survit. Mais il n'est nullement de l'essence d'une donation mutuelle qu'il y ait une entière & parfaite égalité ni dans la valeur de cet avantage , ni dans la probabilité de cette espérance. Tout ce qu'on peut dire , c'est que , quand il y a de l'inégalité , le contrat approche un peu plus de la donation simple. Mais il ne cesse pas pour cela d'être réciproque & mutuel , & n'en est pas moins valable comme donation mutuelle ; ce qui est si vrai que dans aucune coutume , pas même dans celles qui , dans le don entre conjoints , exigent la plus parfaite égalité , on n'a jamais imaginé d'attaquer un acte de cette espèce , passé entre deux frères ou deux amis , au profit de celui qui survivroit à l'autre , ni de prétendre qu'il péchoit contre l'essence de la donation mutuelle , quoique l'un eut de grands biens , & que l'autre en eut peu ; ou que l'un fut un vieillard , & l'autre un jeune homme. Voy. d'ailleurs ce que j'ai dit au n°. 9 ci-dessus , du peu de certitude qu'un âge moins avancé donne de survivre à une personne plus âgée.

3°. Loin que le dessein d'avantager invalide les dons mutuels , il en est toujours le motif & l'objet. Tout ce que ces actes ont de particulier , ce qui les distingue des donations ordinaires , & par conséquent ce qui en constitue l'essence , c'est que l'avantage n'y est jamais ni pur & simple , ni gratuit ; que d'un côté le don n'est fait que conditionnellement , & pour n'avoir lieu que dans le seul cas de la survie ; & que de l'autre ce n'est pas un titre purement lucratif , mais un commerce qui , par la volonté des deux contractans , doit tourner au profit de celui que l'événement favorisera. Si donc il est essentiel à ce contrat que les deux contractans veuillent réciproquement se gratifier , comment en contester la validité sous ce prétexte que l'un a eu dessein d'avantager l'autre ?

4°. La réflexion de Ricard n'établirait point du tout que quand la différence d'âge qui se trouve entre les époux contractans n'excède pas 15 ans , le don mutuel est valable ; car , je le demande , ne pourroit-on pas dire aussi que , sans un dessein d'a

avantager, une personne âgée de 60 ans, ne voudroit pas contracter par don mutuel avec un autre personne âgée de 46 ans, & même de 48 & de 50. Si donc le dessein d'avantager est présumable au même point dans l'un & dans l'autre, ou il doit annuler le don dans tous les deux, ou il ne doit l'invalider dans aucune.

Ainsi, quoique personne ne respecte plus que moi les sentimens de Ricard, & que je connoisse tout le poids de son autorité, j'ai peine à approuver ceux qui veulent ériger en maxime, une simple opinion pour laquelle il incline, mais qu'il ne propose presque que comme un doute.

C'est dans un sens différent de la question que je viens d'agiter que M. Le Camus; sur l'art. 280 de la coutume de Paris, n. 7, dit qu'il *n'est point nécessaire de s'enquérir de l'âge des conjoints*; c'est-à-dire, s'ils sont majeurs, ou en minorité; & qu'il *suffit qu'ils soient mariés, pour avoir la liberté de faire un don mutuel*. J'ai examiné ci-devant, obs. 2, n. 15 & 18, si les mineurs pouvoient faire des donations simples, ou se donner l'un à l'autre dans leurs contrats de mariage. Il s'agit ici des dons mutuels; actes si favorables, que malgré la minorité des conjoints, le mariage les en rend capables. Ricard sur l'art. 280 de la coutume de Paris, en rapporte un arrêt du 25 Mai 1625. Le Paige sur l'art. 163 de celle de Bar, V^o. & *accomplir le testament*, y en ajoute un autre du 7 Septembre 1665. Voyez aussi De Laitre sur l'art. 69; de Chaumont, n. 18.

Quant à l'égalité des biens, il me semble qu'il faut distinguer trois especes de coutumes. Les premières sont celles dont j'ai parlé, obs. 3, n. 1 & suiv. qui restreignent le don mutuel aux biens dépendans de la communauté; où, ce qui revient à peu près au même, aux meubles & aux conquêts; elles marquent assez par cette restriction, que leur intention est de ne pas admettre dans ce contrat la plus légère inégalité de biens; puisqu'elles le bornent à ceux dont les conjoints sont copropriétaires chacun pour moitié. » Pour ce qui regarde les biens, l'égalité y est assez » sous-entendue, en ce que les conjoints ne se peuvent donner mutuellement sinon » ce dont ils ont communauté ensemble; savoir, leurs meubles & conquêts qui » leur appartiennent chacun pour moitié & égale portion. *Buridan sur Vermandois, art. 47* «.

D'autres coutumes permettent de comprendre les propres dans ce don, & cependant exigent expressément que les conjoints soient égaux, ou proches en biens: comme St. Mihiel, art. 1 du tit. 8 & Bar, art. 163. Elles ne doivent plus s'entendre d'une égalité rigoureuse, en sorte qu'un peu plus de fortune d'un côté que de l'autre, rende le don caduc. J'ai transcrit dans cette obs. n. 10, ce que dit Imbert qu'il faut que l'inégalité de valeur des choses données *soit grande, autrement on n'y auroit point d'égard*. Le Paige sur l'art. 163, de Bar, V^o. *prochains d'âge & de biens*, pense aussi » qu'on peut dire à peu près de l'égalité de biens, comme de l'égalité de l'âge; cette » proportion n'étant pas requise de droit étroit, & à la lettre; parce que difficilement » pourroit-on trouver le cas de l'égalité «.

TIT. VI.
Observ. 9e.

14.
On peut faire
don mutuel en
minorité.

15.
Coutumes où
l'égalité des
biens est requise
en rigueur.

16.
Coutumes qui
ne défendent
qu'une inégalité
notable.

TIT. VI.
Oblay. 9e.

C'est à ces deux premières classes de coutumes que je crois qu'il faut borner ce que dit Ferrière sur l'art. 280, gl. 1, n. 10, que nous en avons qui » ne per-
» mettent pas de faire entrer dans la donation mutuelle d'autres biens que ceux
» de la communauté, & qu'il y en a d'autres qui permettent de faire entrer les pro-
pres « dans cette donation : en ajoutant que » l'inégalité de biens dans les uns &
» dans les autres cause la nullité du don mutuel ». Ce que je crois vrai, avec l'explica-
tion que je viens de donner.

17.
Coutumes où
l'égalité des
biens n'est pas
requise.

Mais nous avons un troisième genre de coutumes qui ne disent rien dont on puisse conclure qu'elles exigent ni une égalité de biens rigoureuse, & exacte, ni une approximation, ou quelque portion de fortune dans les conjoints pour le don mutuel. Nous en avons même qui portent qu'il n'est requis que les époux soient égaux en biens pour rendre ce don valable : témoins celle de Tours, art. 244, & celle de Poitou, art. 210.

18.
Celle de Metz
est du nombre
des dernières.

C'est donc sans fondement qu'Ancillon sur l'art. 10, tit. 7 de notre coutume de Metz, V^{bo}. *duement fait*, après avoir établi par les termes de l'article précédent, que les époux y ont la liberté de se donner en propriété par don mutuel, tous leurs meubles & biens de gagieries, imagine que ce contrat ne leur est permis que quand il y a entr'eux communauté; » parce que, dit-il, l'inégalité seroit trop gran-
» de, en ce que le mari survivant emporteroit par la coutume tous les meubles,
» & acquêts de gagieries, soit qu'il y ait enfans ou non. Mais la femme survivante
» ne prend qu'autant que l'un des enfans, « &c. C'est, en effet, la disposition de l'art. 10 du tit. 6, mais suivant le même article, dans le cas où il n'y a point d'enfans, le seul où il puisse être question de don mutuel, la femme a un droit de survie égal à celui du mari. Ainsi 1^o. il est impossible de faire résulter de-là la moindre inégalité dans le don mutuel : on pourroit seulement dire comme Ancillon, que par ce contrat, les conjoints ne se donneroient rien, ou plutôt, qu'ils ne se donneroient que ce que la coutume leur destine.

Ce qui, bien loin d'invalider le don mutuel, ne pourroit que le rendre inattaquable; 2^o. il n'est pas cependant vrai qu'à défaut de communauté, ils ne se donnent rien; parce qu'il n'y en a presque point qui n'aient des biens de gagieries qui leur sont propres : & ce sont les seuls qui n'ayant point de communauté, peuvent passer à faire entr'eux un don mutuel. 3^o. L'inégalité de biens ne doit pas, à Metz, faire invalider ce contrat. Nous allons voir dans un moment; 4^o. le raisonnement d'Ancillon est si peu réfléchi que l'une de ces assertions, que les conjoints peuvent se donner mutuellement tous leurs meubles, & leurs gagieries, détruit l'autre; qu'il faut pour cela qu'il y ait communauté entr'eux; en effet les époux communs en biens ne laissent pas d'avoir presque tous, ou l'un d'eux des biens de gagieries, & même souvent des meubles qui leur sont propres & réservés, ou ils peuvent faire entrer ces propres réels, ou conventionnels dans le don mutuel, ou ils ne le peuvent pas : s'ils le peuvent à quoi bon examineroit-on s'il y a entr'eux communauté ou non? D'un côté

été la communauté n'a nul rapport à ces propres qui en sont exclus. De l'autre elle ne rend pas le don moins égal, puisqu'elle ne fait pas que les réserves des deux conjoints soient de même valeur, s'ils ne le peuvent pas, il n'est plus vrai qu'ils peuvent se donner tous leurs meubles & gagieres.

Si nos peres avoient voulu qu'il n'y eût que les époux communs en biens qui pussent se donner mutuellement, ils l'auroient exprimé : ou plutôt ils n'auroient pas parlé du don mutuel ; car la coutume excluant la communauté sans stipulation, son esprit est que les époux ne soient pas communs en biens. Aussi M. D... n'a-t-il pas donné dans cette erreur qui mettroit la coutume de Metz dans la même classe que celle de Paris, quoique sur ce qui regarde le don mutuel, elles ne se ressemblent presque en rien.

Cependant il n'en dit pas moins que l'égalité est nécessaire parmi nous. Mais il ne donne pas la moindre preuve de cette nécessité : & je ne vois pas sur quoi on pourroit la fonder. Notre coutume permettant indéfiniment aux conjoints de s'avantager de leurs meubles & gagieres, quelle raison y auroit-il de leur interdire ces avantages par la voie du don mutuel ? Il est certain que, quoiqu'ils ne soient pas également bien partagés du côté de la fortune, comme il arrive presque toujours, toutes les autres voies de disposer au profit l'un de l'autre, leur sont ouvertes. Pourquoi leur fermer celle là seule ? Pourquoi en particulier ôter à un mari riche, la consolation de laisser à une femme pauvre, mais digne de sa tendresse & de sa reconnoissance, de quoi faire honneur à son nom, & au rang où il l'a placée ? A quoi cela aboutiroit-il ; les héritiers de ce mari ni gagneroient rien. Il ne disposeroit pas moins en faveur de sa femme par testament : & tout l'effet de cette prohibition mal entendue seroit d'empêcher ce mari de se procurer, par la voie du don mutuel, la certitude que s'il survit, il ne sera pas exposé aux recherches des collatéraux de sa femme, pour le peu de biens qu'elle lui aura apporté.

Les auteurs de cette province suivent souvent, sans trop de réflexion, ce qu'ils trouvent écrit par les auteurs du royaume qui ont travaillé sur des coutumes dont l'esprit est tout contraire à celui des nôtres. M. D... n'a pas fait ici attention, que celui de la coutume de Metz est d'autoriser entre conjoints, comme en tous autres cas, toutes dispositions & tous avantages en meubles & gagieres. Il est d'ailleurs contredit par l'usage (1). J'ai souvent vu des dons mutuels faits à Metz entre des époux dont les biens étoient fort inégaux : & je n'en ai pas vu contester un seul sous prétexte de cette inégalité ; on les eut attaqués sans succès.

(1) Cet usage est très-ancien. D'Abocourt à la fin du fol. 277 verso. & suiv., disoit qu'en donation faite de pure libéralité, mutuelle, & ainsi rémunératoire & réciproque... ni à aucune obligation d'égalité de valeur, ou quantité.

TIT. VI.
Observ. 96.

19.
L'égalité de
biens n'est re-
quise que dans
les coutumes
où les conjoints
ne peuvent s'a-
vantager.

Boucheul, traité des conventions de succéder, ch. 23, n. 21 & suiv. donne & prouve le vrai principe. Il dit que dans la donation mutuelle il doit y avoir égalité de biens » entre personnes qui ne pourroient pas autrement faire donation : mais » quand ce sont personnes qui se peuvent faire donation l'une à l'autre purement & » simplement, il leur est permis aussi de se la faire mutuellement sans regarder quels » sont les biens de ceux qui donnent, & s'il y a de l'égalité ou non. Ce seroit » donc une erreur de penser que l'égalité de biens est l'essence de la donation mu- » tuelle en général ; ce qu'il prouve par un arrêt du 9 Décembre 1670, rapporté » par Soefve, tom. 2, cent. 4, ch. 55. Cette différence, continue Boucheul, » est à ob- » server dans la diversité des coutumes, dont les unes permettent au mari & à la » femme de se donner librement l'un à l'autre par donation simple, comme par » donation mutuelle, & les autres, au contraire, ne le leur permettent que par dona- » tion mutuelle. Dans les premières on ne regarde que le mutuel consentement des » deux conjoints qui se donnent l'un à l'autre, *mutua contemplatione* ; & non pas » à l'égalité de biens, soit en espece, qualité, ou quantité. Sur quoi il indique quel- » ques-unes de ces coutumes, & cite leurs commentateurs *secūs* dans les coutumes où » les avantages sont défendus, & où l'égalité est requise au don mutuel ; parce que » c'est elle qui empêche de considérer ce contrat comme un avantage. C'est ainsi que » Boucheul explique Ricard dont l'autorité me paroît avoir trompé M. D.



OBSERVATION X.

TIT. VI.
Observ. 106.

De la Veuve qui réunit les qualités de Douairière & de Donataire mutuelle.

LA femme survivante peut-elle exercer en même tems, & sans confusion, les droits qui lui sont acquis à titre de douaire, & en vertu du don mutuel sur les biens de son mari ? C'est encore un point sur lequel les coutumes varient. » La femme dit l'art. 257 de la coutume de Paris, douée du douaire préfix, d'une somme de deniers, pour une fois, ou d'une rente, si durant le mariage est fait don mutuel, jouit après le trépas de son mari, par usufruit, de la part des meubles & conquêts de son dit mari ; & sur le surplus des biens dudit mari prend son douaire sans aucune diminution, ni confusion. Sur quoi Ferrière, n. 1, dit que cette disposition est particulière ; qu'il n'y a que la coutume de Calais où l'on en trouve une conforme, & que plusieurs autres ordonnent la confusion de ces deux droits. Telles sont celles d'Anjou, art. 310 ; de Tourraine, art. 337 ; de Bretagne, art. 206 ; & du Maine, art. 323 ; que Ferrière cite, & celles de Lodunois, ch. 32, art. 1 ; de Poitou, art. 266 ; & d'Angoumois, art. 53 ; qu'Ancillon sur l'art. 10 du tit. 7 de notre coutume, V^o. *duement fait*, y ajoute ; quelques autres rendent aussi le douaire & le don mutuel incompatibles.

1.
Le douaire & le don mutuel sont-ils compatibles ?

Mais un beaucoup plus grand nombre de coutumes n'en parlent pas ; & dans celles-là, Ferrière est d'avis qu'il n'y a point de confusion. Au contraire, Ancillon dit qu'à Metz, où celui qui prend les meubles & acquêts de gagieres, est tenu de payer toutes les dettes ; l'héritier du bien tenant nature de fonds, n'en étant point chargé. La femme qui emporte tous les biens meubles & acquêts de gagiere de son mari en vertu d'un don mutuel, ne peut demander le paiement de son douaire préfix sur les biens tenant nature de fonds. Mais l'action en est confuse en sa personne. Ce qui me paroît incontestable non-seulement dans la coutume de Metz, mais dans toutes les autres du ressort, où les dettes sont affectées sur les meubles, si le don mutuel comprend les meubles en propriété, & il en seroit de même du mari survivant, si, comme il arrive quelquefois, il avoit un douaire conventionnel. Mais si le donataire mutuel ne prenoit rien à ce titre qu'en usufruit, je crois que le paiement de son douaire préfix, consistant en une somme payable une seule fois & sans retour, demeureroit seulement suspendu, pendant la durée de l'usufruit, & seroit, lors de son extinction, déduit & précompté sur ce que les héritiers du donataire auroient alors à rendre à ceux du donateur.

TIT. VI.
Observ. 100.

Quant au douaire coutumier, qui se prend, à Metz sur les meubles tenans nature de fonds, je ne puis accorder à Ancillon que la femme qui emporte les biens meubles & acquêts de gagiere de son mari, en vertu du don mutuel, ne doit pas prétendre ce douaire. Ce seroit, dit-il, deux causes lucratives, dont l'une efface l'autre. Raison qui n'est pas même apparente; car, comme le dit Ferriere, & comme je l'ai établi après lui, tom. 1, pag. 591, n°. 31 »: le douaire est une cause onéreuse donnée à la femme pour la récompense des peines qu'elle souffre pendant le mariage; & quand elle seroit lucrative, on ne pourroit pas dire que ces deux causes lucratives ne pourroient pas concourir; car cette regle n'a lieu que quand il s'agit de deux causes lucratives pour acquérir la même chose. Or dans le cas proposé par Ancillon, le douaire coutumier & le don mutuel sont des titres qui tombent sur des objets différens; l'un sur les fonds, & l'autre sur les meubles & les gagieres, & qui peuvent par conséquent opérer chacun à son égard des effets différens, sans se confondre, ni se faire obstacle.

Quand deux causes lucratives peuvent concourir.

Le peu que je viens de dire me paroît suffire pour résoudre toutes les questions que la concurrence du don mutuel & du douaire préfix, ou coutumier peut faire naître dans le ressort. Si l'on se souvient que, chez nous, qui prend les meubles en propriété paie les dettes; que qui ne jouit des meubles qu'en usufruit, doit simplement avancer les dettes, sauf à en déduire le montant sur l'estimation des meubles qu'il sera tenu de rendre à la fin de son usufruit; que le douaire préfix doit être regardé comme dette du mari; que le coutumier est, au contraire, affecté sur les immeubles, & que ceux à qui ils étoient en sont chargés. Quoiqu'ils ne prennent rien dans les meubles, il n'y aura plus rien d'embarrassant dans les questions que la concurrence du douaire, & du don mutuel pourront faire naître dans nos coutumes.

Mais le bailliage de Mouzon étant régi par celle de Paris, où les opinions sont partagées dans plusieurs cas, qui ont été diversement jugés par les arrêts, il peut s'y présenter quelques difficultés qui ne sont pas faciles à résoudre. Une veuve est douée d'une rente annuelle & viagere de 100 liv. Une autre d'un douaire préfix & sans retour de 1000 liv. Toutes deux sont donataires mutuelles, & en cette qualité elles emportent l'usufruit de tout ce qui compose la succession de leurs maris, parce qu'ils n'ont laissé que des meubles & des conquêts. Suivant l'art. 57 de la coutume de Paris, cet usufruit ne leur ôte pas leur douaire, qui subsiste sans aucune diminution ni confusion. Mais sur quoi? Sur le surplus des biens dudit mari; c'est-à-dire sur les biens qui n'entrent pas dans le don mutuel. Il n'y en a point: il semble donc qu'elles ne peuvent prétendre leur douaire, quoique conventionnel & préfix.

Celui qui ne consiste qu'en une rente viagere n'est qu'un second usufruit qui tombe uniquement sur les biens dont la veuve est déjà usufruitiere, en vertu du don mutuel. Or on ne peut avoir en même tems deux usufruits d'une seule & même chose. Il me paroît donc qu'il y a nécessairement confusion; & que cela n'est pas

contraire à la coutume, parce qu'elle ne rejette la confusion qu'en supposant que le douaire peut se prendre sur d'autres biens du mari, que ceux compris au don mutuel.

Mais le douaire qui consiste en une somme payable à une seule fois & sans retour, est un fonds qui appartient à la femme, une créance sur son mari & sur ses biens, que le don mutuel ne doit pas lui faire perdre, & qu'elle peut exercer indépendamment de l'usufruit qui lui est acquis sur ces mêmes biens, comme donataire mutuelle; mais dont, selon moi, cet usufruit doit seulement suspendre l'exercice tant qu'il durera. Il me paroîtroit bien dur que la veuve pût faire vendre les conquêts à charge de son usufruit, pour tirer paiement de son douaire préfix, & sans retour. Elle est censée jouir de la somme qui lui est dûe à ce titre, ou du moins être indemnisée de ce qu'elle n'en jouit pas, par la jouissance qu'elle a des biens qui doivent, & qui seuls peuvent servir à l'acquitter. Ce tempéramment d'équité me paroît assez conforme à l'opinion la plus commune. Voy. Ferrière, *ibid.* n. 7 & suiv. & les auteurs qu'il indique, qui cependant sont trop peu d'accord entre eux, aussi bien que les arrêts, pour que j'ose donner tout ceci, autrement que comme des opinions que je soumetts à des lumières supérieures aux miennes.



OBSERVATION XI.

Des cas où le Donataire mutuel est obligé de faire inventaire.

Tit. VI.
Observ. 110.

1.
Le don mutuel
en usufruit exi-
gé inventaire.

LES biens qui ne sont compris au don mutuel qu'en usufruit, pourroient n'être plus connus lorsqu'il s'éteint, ni par les héritiers du prédécédé, ou leurs représentans, ni même par les héritiers du survivant, donataire, s'ils n'étoient inventoriés lorsque celui-ci commence à en jouir. Il est donc tenu d'en faire inventaire, avec prise & estimation des meubles, en présence de l'héritier du prédécédé, ou icelui dûment appelé : formalité qu'exige De Laitre, n°. 13 de son commentaire sur l'art. 69 de la coutume de Chaumont, & qui est suffisamment prescrite par cet art. ; puisqu'il n'accorde au survivant la jouissance des biens compris au don mutuel, qu'à charge par lui de faire *bon & loyal inventaire & prise* ; car un bon inventaire doit être fait avec les parties intéressées.

Plusieurs autres coutumes ont la même disposition : & celle de Paris, art. 288, suppose, ce me semble, que le donataire est tenu de faire inventaire, en permettant à l'héritier de demander nouvelle prise par experts convenus, *pour être, ajoutée, lesdits meubles prisés à la juste estimation autre que celle faite par l'inventaire* : quoi faisant, elle dispense le survivant de les faire vendre. Sur quoi on peut faire plusieurs questions.

2.
Si le donataire
y est tenu sans
en être requis.

La première, si le donataire doit faire inventaire sans en être requis ? Ferrière qui sur cet art. n. 1, cite Auzanet, pense que *la coutume ne l'y oblige pas*, tant qu'il n'y est pas invité par l'héritier ; & que jusques-là il peut demeurer en possession des meubles. Il est vrai, comme ces auteurs l'observent, que la coutume de Paris ne lui enjoint pas en termes précis de faire inventaire ; & que s'il le néglige, elle ne prononce contre lui aucune peine. Mais Ferrière convient, n. 5, que » dans le don » mutuel borné au simple usufruit, il faut que les héritiers du prémourant sachent en » quels biens il consiste, afin de pouvoir obliger les héritiers du donataire mutuel » de leur rendre & restituer les choses qui y sont sujettes, le don mutuel étant fini ». Ce qu'ils ne peuvent apprendre que par un inventaire avec prise. Supposez donc que l'héritier n'ait pu à cause de son absence, de sa minorité, ou de quelque autre empêchement, forcer le survivant de procéder à un inventaire, ce dernier seroit-il à l'abri de tout reproche, s'il le négligeoit ? Je crois qu'il s'exposeroit à des dommages & intérêts plus ou moins forts, suivant les particularités de l'espece ; & qu'abstraction faite de toutes circonstances, on pourroit lui demander la restitution du mobilier, sur le pied d'une information de commune renommée : procédure dangereuse »

& qu'il est de son intérêt d'éviter pour ne pas risquer d'être condamné à rendre plus qu'il n'a reçu. Ainsi il me semble qu'il doit faire inventaire sans attendre qu'il en soit requis. C'est un acte nécessaire par la nature de son droit, & par conséquent une formalité qu'il doit remplir, sans qu'on l'en interpelle, même à Mouzon régi par la coutume de Paris, dans laquelle Ferriere convient d'ailleurs que *c'est l'usage ordinaire.*

On peut demander en second lieu si le donataire y est obligé dans toutes les coutumes où son don n'est qu'en usufruit, en tout ou en partie ? Comme il n'est pas fait dans la coutume de Paris, qui ne lui en impose pas formellement l'obligation, quoiqu'à mon sens elle la présuppose, Ferriere, sur l'art. 284, gl. 1, n°. 9, dit seulement que dans les coutumes où le don mutuel fait, comme celle de Rheims, art. 234, le donataire est tenu de faire bon & loyal inventaire ; & que tel est l'usage dans ces coutumes. Mais nous venons de lui entendre dire que tel est aussi l'usage ordinaire dans celle de Paris ; & je crois qu'il est suivi de même dans toutes celles où il ne consiste qu'en usufruit, & ne se fait pas. Ainsi, quoique le donataire obligé de demander la délivrance de son don, soit un peu plus excusable de ne l'avoir pas inventorié, si l'héritier le lui a délivré, sans le requérir d'en faire inventaire, que celui qui s'est mis en possession des choses données sans la participation de l'héritier ; cependant comme la vraie raison pour laquelle il en faut un, c'est la nécessité de constater ce qu'il faudra restituer, lorsque l'usufruit du donataire finira, & que cette nécessité est la même, soit qu'il soit ou ne soit pas fait par la coutume ; je ne crois pas qu'il faille distinguer entre celles où le don fait, & celles où il ne fait pas, mais entre celles qui ne donnent qu'une jouissance, & dans lesquelles on ne peut se dispenser de constater les choses qui en sont l'objet, & celles qui transfèrent la propriété, dans lesquelles l'inventaire n'est plus nécessaire ; parce qu'à la mort du donataire, ses héritiers n'auront rien à rendre. D'où je conclus qu'il en faut un dans ces coutumes mêmes, lorsque les époux ont restreint, comme ils le peuvent, le don mutuel à un simple usufruit.

C'est sur cette distinction qu'est fondé l'art. 47 de la coutume de Vermandois, qui permettant de comprendre dans le don mutuel les meubles en propriété, n'en exige pas l'inventaire, mais seulement celui des titres des conquêts, dont il ne permet aux conjoints de se donner mutuellement que l'usufruit. De quoi Buridan, sur cet article, rend cette raison sans réplique, & qui ne s'applique pas moins aux coutumes où le donataire n'est pas fait, qu'à celle où il l'est ; que « c'est une charge ordinaire » à l'usufruitier, & à tous ceux qui sont chargés de restituer... de faire faire inventaire des choses dont ils jouissent de la forre. A quoi il ajoute que deux choses sont nécessaires à la confection de l'inventaire. La première, qu'il contienne le nombre des biens en usufruit ; l'autre la qualité & l'état d'iceux ; c'est-à-dire, que les meubles soient estimés, & que les immeubles soient vus & visités par experts, afin de reconnoître, l'usufruit étant fini, s'il y a eu du méfius de la part de l'usu-

TIT. VI.
Observ. IIe.

3.
Quid dans les coutumes où le don mutuel ne fait pas ?

4.
Le donataire qui prend les immeubles sans visite est censé les avoir reçus en bon état.

Tit. VI.
Oblér. 112.

» fruitier, & les faire rétablir en tel état qu'ils étoient lorsqu'il les a prins ». Si donc le donataire néglige cette visite, il sera censé les avoir reçu en bon & parfait état, & sera tenu de les rendre de même : ce qui cependant ne doit pas être entendu des grosses réparations, à moins qu'elles ne soient survenues faute d'entretien.

5.
Il est tenu des charges indéfiniment fautes d'inventaire.

Observons encore que, quoique le don soit en propriété, si le survivant craint que les charges n'en excèdent l'émolument, il n'a d'autre moyen pour n'en être pas tenu, *ultra vires hæreditatis*, que de faire bon & valable inventaire ; & que s'il l'omet, il sera censé avoir trouvé dans son don au-delà de ce qu'il falloit pour en acquitter les charges.

6.
S'il peut être forcé de vendre les meubles ?

Troisième Question. L'héritier du prémourant peut-il forcer le survivant de faire vendre les meubles dont il a l'usufruit en vertu du don mutuel ? M. Le Camus, sur l'art. 288, n^o. 3, pense que si l'héritier ne veut pas demander que nouvelle prisee soit faite des meubles, il peut obliger le donataire de les vendre, d'en retenir la somme, & de la rendre après le don mutuel fini : ce qui me paroît une interprétation trop littérale, & peu conforme à l'esprit de cet article ; car si on forçoit le survivant de faire vendre les meubles, il est évident qu'on le priveroit d'une partie considérable de l'avantage que les conjoints ont voulu, & qu'ils ont cru se procurer mutuellement, qui est de n'être pas dérangés dans leur établissement, & d'éviter l'embarras & la dépense, toujours considérables l'un & l'autre, de s'en former un nouveau : à quoi j'ajoute que l'héritier du prémourant demanderoit la vente sans intérêts, comme on va le voir.

7.
Le donataire ne rend pas les meubles, mais le prix.

4^o. L'usufruit fini, le donataire, ou plutôt ses héritiers peuvent-ils forcer ceux du prédécédé de reprendre les meubles en essence ? Ferrière, sur le même art. n^o. 11 & suiv., établit, après Ricard, la négative. C'est aussi la décision de M. Le Camus, n. 4 & 5 : elle me paroît incontestable par les raisons qu'ils en donnent, & qui s'appliquent à toutes les coutumes ; & elle est conforme à notre usage, qui est de rendre le montant de l'estimation.

8.
L'héritier peut demander une nouvelle prisee.

5^o. Dans les coutumes qui n'ont pas la même disposition que celle de Paris, l'héritier du prédécédé peut-il demander une nouvelle prisee à la juste valeur ? Je n'en fais aucun doute ; parce que celui qui fait celle de l'inventaire, est choisi par le survivant, & peut être suspect d'avoir cherché à le favoriser, comme le remarque Ferrière. Il est donc juste, si l'héritier se plaint que l'estimation est trop basse, d'en faire faire, par des experts convenus ou nommés d'office, une nouvelle, qui soit exempte de tout soupçon.

9.
L'héritier seul peut la demander ordinairement.

C'est par ces deux raisons que l'héritier n'est pas obligé de reprendre les meubles en essence, & qu'il dépend de lui d'en constater la véritable valeur, & que j'ai dit qu'il en demanderoit la vente sans intérêts.

Puisque celui qui fait la prisee de l'inventaire est du choix du donataire, on peut, sans inconvénient, n'en accorder une nouvelle qu'au cas que ce soit l'héritier du prémourant qui la demande : du moins si le donataire n'articule pas un certain nombre

bre d'articles dont l'estimation paroisse évidemment trop forte. Sans cela doit-on, quoi qu'en disent Auzannet & Ferriere, n. 8, lui permettre d'arguer une estimation qui doit être regardée comme son propre ouvrage, puisqu'elle est celui du priseur qu'il a choisi : il faut, ce me semble, qu'il montre des erreurs fortes & évidentes pour se faire écouter.

Il me semble encore que, soit que l'héritier ait fait faire une nouvelle prise des meubles, soit qu'il ait adopté celle de l'inventaire, ce seroit mal-à-propos qu'on y ajouteroit la crûte ou le quart en sus, comme le veulent les mêmes auteurs : parce qu'au premier cas on n'a nulle raison de soupçonner les experts convenus ou nommés d'office, d'avoir voulu favoriser le donataire par une estimation trop basse : & qu'au second cas, en se contentant de l'estimation de l'inventaire, & en n'usant pas du droit que l'héritier avoit d'en demander une autre, il est censé reconnoître formellement qu'elle est portée à la vraie valeur, & ne blesse nullement ses intérêts. La coutume de Montargis, ch. II, art. 4, charge le donataire de donner caution de rendre les immeubles en bon état, *avec telle estimation que les meubles auroient été prisés*. La crûte n'a été imaginée que parce que des enfans mineurs ne peuvent forcer leur pere ou leur mere ni de vendre les meubles qui leur appartiennent, ni de faire priser à la vraie valeur. Aussi n'ai-je pas vu une seule fois, dans l'espece du don mutuel, adjuger, ni demander la crûte, qui même ne s'est introduite dans le ressort que récemment, & de la maniere que je l'ai expliqué ci-devant.

TIT. VI.
Observ. 1165

10.
On ne doit pas
y ajouter la
crûte.



OBSERVATION XII.

Des Donataires mutuels qui doivent Caution.

TIT. VI.
Observ. 129.

1.
Coutumes où le donataire mutuel doit caution.

2.
Dans toutes le don n'est que d'un usufruit.

3.
Il ne doit pas caution dans celles du ressort, où le don pouvoit être en propriété, quoiqu'il ne soit qu'en usufruit.

4.
Coutumes où il ne gagne les fruits qu'après le cautionnement.

UNE autre différence entre les coutumes regarde l'obligation de donner caution. Saligny, sur l'art. 113 de la coutume de Vitry; V^{bo.} *à toujours*, cite neuf coutumes qui l'imposent au donataire mutuel; & il y en a un plus grand nombre: Mantes, art. 146; Château-Neuf, art. 106; Bourbonnois, art. 230, &c. Toutes ces coutumes sont du nombre de celles qui réduisent le don mutuel à l'usufruit en tout ou en partie. Ce n'est aussi que quand il ne rend pas le survivant propriétaire de tout ce qui en est l'objet, que l'art. 47 des usages locaux de Toul le charge de donner caution. Cette précaution ne peut être exigée que pour la sûreté du retour en bon état aux héritiers du prémourant, des choses données.

Dans les coutumes du ressort où le don peut être en propriété, & qui, en conséquence, n'ordonnent pas le cautionnement, il ne peut pas être exigé, lors même que les conjoints n'ont disposé mutuellement au profit l'un de l'autre qu'en usufruit; car dans le ressort, nonobstant la disposition des loix romaines, l'usufruitier n'est pas tenu de plein droit de donner caution. Il faut quelque chose qui l'y oblige: & comme la coutume ne lui en impose pas la nécessité, il n'en est pas tenu, à moins que le don mutuel ne l'y astreigne; ce qui dans notre province est infiniment rare.

La coutume de Paris ne donne les fruits au survivant, art. 85; & ce qui revient au même, d'autres, comme celles de Château-Neuf, art. cité, ne lui accordent la délivrance; ou comme celle de Bourbonnois, aussi art. cité; de Vermandois, art. 48, &c. ne lui permettent de s'immiscer, & de se dire saisi, qu'après qu'il a présenté une caution suffisante & recevable. Le Paige, sur l'art. 163 de la coutume de Bar; V^{bo.} *en donnant caution*, dit aussi » qu'il ne gagne les fruits que du jour qu'il » a présenté la caution «; quoique cette coutume ne le porte pas, non plus que l'art. 69 de celle de Chaumont, sur lequel De Laitre, n^{o.} 14, dit la même chose. Mais je crois que leur opinion auroit besoin, pour être admise, d'être confirmée par un usage bien certain dans leurs coutumes; car ils pourroient bien avoir puisé dans les commentateurs de celle de Paris, sans faire attention que d'autres coutumes, & entr'autres celle de Mantes, art. 147, faisoient le donataire du jour du décès, *pourvu qu'inventaire soit après fait & caution baillée*; ce qui paroît plus juste & plus conforme à l'intention des conjoints, & des coutumes qui n'en disposent pas, sur-tout de celles où le don saisit.

A plus forte raison, l'héritier du prédécédé ne peut pas retarder la jouissance du survivant, en contestant par de mauvaises chicanes une caution qui, par l'événement, se trouve solvable, & qui est reçue par le juge.

Quelques-uns tiennent même que, pour gagner les fruits, il suffit d'avoir présenté une caution insuffisante, quoiqu'elle ait été rejetée, & que le donataire ait été obligé d'en donner une autre. Voy. Ferriere, sur l'art. 285, n. 3. Il ne s'explique pas sur cette opinion; mais elle me paroît insoutenable dans les coutumes qui, comme celle de Paris, ne donnent les fruits que du jour de la présentation d'une caution suffisante; & très-difficile à soutenir dans celles mêmes qui ne parlent que d'une caution. Point de doute pour les premières: » & n'est assez au donataire » d'offrir la caution pour entrer en jouissance de son usufruit; ains faut qu'en effet » il l'a fourni... telle qu'elle ne puisse être débattue, ou refusée comme moins solva- » ble. C'est la conséquence que Buridan, vers la fin de son explication de l'art. 47 de la coutume de Vermandois, tire des termes, *bonne & suffisante*; & elle en sort nécessairement. Quant aux autres coutumes qui se contentent de demander en général une caution, leur but est d'assurer par-là les intérêts de l'héritier, & cela avant que le donataire puisse profiter de son don. Or, quelle sûreté donne-t-il en présentant pour caution un insolvable? Comment donc penser que, par cette présentation illusoire, il a rempli le vœu de la coutume?

Par la coutume de Blois, art. 163, le donataire mutuel n'est tenu que de faire inventaire, & non de donner caution, même quand il y a des enfans, à moins qu'il ne se remarie, ou qu'il ne soit dissipateur. L'art. 94 de celle du Perche, ne l'oblige qu'à donner caution, *telle qu'il pourra bailler*; & dit même qu'en affirmant par le dit survivant ne pouvoir bailler caution, il jouira à sa caution juratoire, & sous l'hypothèque de ses biens: ce qui est rempli d'équité: car dans les familles dont la fortune est au dessous du médiocre, il y a une forte d'inhumanité d'ôter au survivant qui ne peut trouver caution, la ressource du don mutuel.

Enfin il y a un grand nombre de coutumes qui ne parlent pas de caution. Telle est celle de Vitry, art. 113, sur lequel Saligny, *ubi supr.*, soutient de toutes ses forces, & dit avoir fait juger » que le donataire survivant n'est point obligé de don- » ner caution... sur ce fondement que la coutume universelle de la Gaule belgique... » étoit telle qu'il étoit permis entre conjoints de se donner mutuellement les meu- » bles & les acquêts à toujours; ce qui paroît encore dans les vieilles coutumes » de Vermandois, en celles de Metz & de St. Mihiel. Il ajoute que les nouvelles » coutumes de la même Gaule, qui ont abrogé ce droit, y ont pourvu par des ar- » ticles exprès: & que si la coutume de Vitry avoit voulu obliger le donataire à donner caution, elle l'auroit exprimé. *Id. totum dixit quod voluit.* Cet argument s'applique à toutes les coutumes qui ne chargent pas plus le donataire mutuel de donner caution que celle de Vitry. Il ne la doit dans aucune de ces coutumes, & l'usage l'en dispense, non-seulement à Metz & à St. Mihiel, mais aussi à Verdun & à

TIT. VI.
Observ. 126.

5.
Dont l'héritier ne peut pas mal à propos contester la réception.

6.
Dans ces coutumes il faut que la caution présentée soit solvable.

7.
Coutumes qui mitigent cette obligation.

8.
La caution n'est pas due dans les coutumes qui n'en parlent pas.

TIT. VI.
Oblerv. 12e.

Sedan. Cette dernière coutume, art. 105, n'exige autre chose du survivant, qu'une déclaration formelle qu'il accepte le don mutuel aux charges qu'elle y attache.

9.
L'obligation de
donner caution
n'est pas de l'es-
sence de l'usu-
fruit.

Ceux-là se tromperoient qui voudroient blâmer cet usage comme contraire à l'obligation imposée à tout usufruitier. Quoique quelques loix semblent les astreindre tous indistinctement à donner caution, il y a bien des cas où le droit civil les en dispense. Accurse en rappelle quelques-uns sur la loi 9, §. 2, ff. *usufruct. quemadmod. caveat* : & du cas que cette loi exprime, & dans lequel elle dit, *remittendam esse hanc cautionem fructuario* ; il conclut aussi que Godefroy, dans ses petites notes sur la glose, que *usufructuaria cautio non est de substantiâ usufructus*. Aussi Domat, tom. 1, liv. 1, tit. II, sect. 4, n^o. 2, n'astreint pas l'usufruitier à donner précisément une caution, » mais seulement des sûretés au propriétaire pour la restitution des choses données en usufruit, soit par sa simple soumission, ou en donnant caution, selon qu'il peut y être obligé par le titre de l'usufruit, ou que les circonstances de la nature des choses, de la qualité des personnes & autres le demanderont. « Circonstances qui, dans le don mutuel, sont plus propres à dispenser du cautionnement qu'à y astreindre. Il n'y a donc rien à censurer dans l'usage de la plus grande partie du ressort, où, comme je l'ai déjà dit, on n'oblige pas un usufruitier de donner caution ; fut-il même dénué de biens dont l'hypothèque puisse répondre de la restitution du mobilier, & des dégradations des immeubles, à moins qu'il ne paroisse mal user de son usufruit. Il n'est donc pas fort étonnant que, dans les coutumes du ressort qui n'obligent pas le donataire mutuel de donner caution, on ne lui en impose pas plus l'obligation qu'aux autres usufruitiers.

10.
Et n'a pas lieu
dans le ressort.

11.
A moins que
l'usufruitier ne
maiverse.

12.
Il faut une dis-
position de la
coutume qui
l'impose au do-
nataire.

Dumoulin croyoit, ce me semble, que cette obligation ne pouvoit résulter que d'une disposition textuelle de la coutume. J'en juge ainsi par sa note sur l'art. 87 de la coutume de Chartres. Cet article a deux parties : par la première, le don mutuel a lieu entre conjoints, quoiqu'ils aient des enfans, mais en usufruit seulement, & à charge par le survivant, avant d'en avoir délivrance, de faire inventaire, & de bailler caution ; cependant, s'il se remarie, le don mutuel demeure nul. Par la seconde partie, s'il n'y a point d'enfans, le don mutuel peut comprendre la propriété. Sur quoi Dumoulin observe que, dans cette seconde partie, la coutume « non re- » petit, s'il se remarie, & sic ; dit il, *puto non rependum ; sicut nec illud de inventario, & satis datione : quia illa, & etiam illud*, s'il se remarie, *sunt adposita favore liberorum tantum*. Et forte que, comme à défaut d'enfans, le convol du survivant ne lui fait pas perdre le profit du don mutuel, parce que la coutume ne l'en prive expressément que lorsqu'il y en a ; de même aussi Dumoulin ne veut pas que dans le même cas de non enfans, ce qui est dit, que l'inventaire doit précéder la délivrance, & que le donataire doit donner caution, puisse avoir lieu ; parce que la coutume ne s'en explique que dans le cas contraire où il y a des enfans. Ce qui me fait conclure que, pour fonder l'obligation de donner caution, il exigeoit une

disposition très-formelle de la coutume, & précise pour le cas où se trouvent les parties.

TIT. VI.
Observ. 126.

Lorsque le donataire est obligé au cautionnement, il a deux objets, la restitution des biens meubles & immeubles, dont il a l'usufruit lorsqu'il finira, & l'acquit des charges affectées sur les immeubles, & dont leur entretien fait partie. *Æquissimum prætori visum est de utroque... cavere, & usum se boni viri arbitrato, & cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum. L. 1, ff. usufruc. quemadm. caveat.* Voy. aussi l'art. 230 de la coutume de Bourbonnois, & Buridan, *ubi sup.*

13.
Objets du cautionnement.



OBSERVATION XIII.

Tit. VI.
Obſerv. 13e.

Des Coutumes où le Don mutuel ſaiſit, & de celles où il ne ſaiſit pas.

1.
Coutumes où
le don mutuel
ne ſaiſit pas.

J'AI déjà annoncé que les coutumes varioient encore ſur la queſtion ſi le don mutuel ſaiſit ; & que dans la coutume de Paris, art. 284, il ne ſaiſiſſoit pas, non plus que dans pluſieurs autres ; comme Eſtampes, art. 142 ; Meaux, art. 20 ; Dourdan, art. 96, &c. La raiſon qu'en donne Ferriere ſur cet article de la coutume de Paris, gl. 1, n°. 2, » c'eſt que le donataire n'eſt point en poſſeſſion des choſes » données pendant la vie du donateur.., d'autant que ce don n'ête pas au mari la » faculté de pouvoir diſpoſer, comme maître par acte entre vifs, des biens de la » communauté. Si cette raiſon étoit recevable (je vais montrer qu'elle ne l'eſt pas) (1), elle ne prouveroit rien que contre la femme, & néceſſiteroit à dire que le mari eſt ſaiſit. Cependant c'eſt à l'un comme à l'autre des époux que la coutume de Paris impoſe l'obligation de demander la délivrance.

Je crois donc que les rédacteurs & les réformateurs de la coutume de Paris n'ont refusé la ſaiſine au donataire mutuel, que parce qu'ils regardoient comme odieux tous avantages entre conjoints ; que dans cette idée, ils ne leur permettoient le don mutuel qu'avec une eſpece de regret, & qu'ils croyoient devoir le reſtreindre le plus qu'il étoit poſſible.

2.
Coutumes où il
ſaiſit.

Mais beaucoup d'autres coutumes, où il eſt au contraire regardé comme favorable, portent en conſéquence qu'il ſaiſit le ſurvivant dès l'inſtant du décès de ſon conjoint. Les unes diſent en faiſant inventaire & donnant caution, ou emploient quelques autres expreſſions équivalentes. J'ai déjà indiqué, n°. 4, obſ. 12, celles de Bourbonnois & de Vermandois, & j'ajouterai ici celles de Melun, art. 229 ; de Châlons, art. 37 ; d'Orléans, art. 282 ; de Mantes, art. 148 ; & de Montfort, art. 150. D'autres diſent abſolument & ſans aucune condition, que le don mutuel ſaiſit. Telles ſont celles du Perche, art. 95 ; de la Rochelle, art. 49 ; d'Auxerre, art. 224 ; de Montargis, ch. 11, art. 4 ; de Nivernois, ch. 23, art. 27 ; de Rheims, art. 234 ; de Troyes, art. 85 ; de Sens, art. 111 ; de Bar, art. 164 ; de Verdun, art. 71 ; & de Sedan, art. 105, qui n'exige d'autre condition, ſinon que le donataire accepte judiciairement le don mutuel avec ſes charges, dans quinze jours à compter, s'il eſt préſent, de celui du trépas de ſon conjoint, ou s'il revient bien-

(1) Voy. ci-après n. 4.

est, de celui de son retour ; sinon & au cas que son absence se prolonge , dans 40 jours. Les usages de Toul , art. 47 , portent que le don mutuel en propriété saisi , & n'est point sujet à la délivrance , mais que le contraire s'observe lorsqu'il n'est qu'en usufruit. Distinction bizarre , dont il ne seroit pas facile de donner une bonne raison , à moins de dire qu'on a voulu que l'héritier , touché de la demande en délivrance , eût occasion de forcer le donataire de donner caution : ce qui étoit assez inutile.

Tit. VI,
Observ. 132.

Car les coutumes qui faisoient , en termes absolus , le donataire , mais dans lesquelles il doit caution , reviennent à peu près au même que celles qui n'accordent la saisine qu'après la caution fournie , puisque dans celles-là , où le survivant sera en demeure de faire inventaire , & de bailler caution , les héritiers du prédécédé pourront requérir pardevant le juge la surseance de l'usufruit & le séquestre des choses données. C'est ce que portent les coutumes de Sens & de Rheims ; & ce qui est trop équitable pour n'être pas suivi dans toutes les autres. Aussi sur celle de Bar qui n'en dit rien , Le Paige , V^o. *saisit* , tient que » cela s'entend lorsque le donataire mutuel » à ... donné caution ; ce qui est une condition essentielle , laquelle doit dans » les coutumes qui en imposent l'obligation au survivant , précéder la jouissance des » choses sujettes au don mutuel «.

Ferriere, *ubi supra*, n. 8 , met en question si le don mutuel saisi dans les coutumes qui n'en parlent pas , & répond qu'il faut dire que non : mais pourquoi , parce que , selon lui , » les coutumes qui faisoient le donataire mutuel , doivent être con- » sidérées comme contenant une disposition extraordinaire & irrégulière « : d'où il conclut qu'il faut suivre la coutume de Paris. C'est ainsi que ceux qui ont travaillé sur cette coutume , sont si prévenus en sa faveur , qu'il ne tient pas à eux d'en faire une loi générale , dont ils voudroient étendre l'autorité par-tout où les coutumes ne disposent pas formellement au contraire ; & que celles-ci par cela seul qu'elles s'en écartent , leur paroissent répugner au droit commun : ce qui n'est admis dans aucun autre parlement que celui de Paris , & seroit ici d'autant moins raisonnable , que 1^o. il y a un si grand nombre de coutumes où le don mutuel saisi , que c'est sans raison que Ferriere les regarde comme *extraordinaires* ; épithete qui ne convient qu'à ce qui est rare , & peu commun ; 2^o. qu'il n'est pas mieux fondé à les qualifier d'*irrégulières*. La regle est , à la vérité , que le *mors saisi le vis* , & conséquemment que celui qui tire son droit d'une donation à cause de mort , n'est pas saisi des choses données ; mais l'héritier naturel & légitime , à qui le donataire doit demander la délivrance de son don. Mais elle reçoit une exception qui est elle-même une autre regle. Savoir , que le donataire qui , au tems du décès , se trouve en possession de fait de la chose donnée , n'a point de demande en délivrance à former. Il seroit absurde de le forcer de s'en défaire d'une main en celles de l'héritier , pour la reprendre de lui sur le champ , & de l'autre main. Ce circuit qui n'aboutiroit à rien , répugne non-seulement à nos mœurs ,

3.
S'il saisi dans les coutumes qui n'en parlent pas.

4.
Le donataire saisi de fait ne forme pas de demande en délivrance.

plus attachées à l'équité, qu'à de vaines observances, mais encore au droit romain, qui, malgré la rigueur superstitieuse avec laquelle il vouloit que l'on se conformât scrupuleusement à toutes les formalités qu'il prescrivoit, ne laissoit pas de suppléer celles qui, par l'événement, se feroient trouvées absolument inutiles. Voyez Ricard des donat. part. 2, ch. 1, sect. 2, n. 11 & suiv.

Or, tant que le mariage dure, il est évident que, quoique le mari soit le maître des biens de la communauté sur lesquels la femme n'a qu'un droit de propriété habituel, cependant ils jouissent conjointement, & *in solidum* de tous leurs biens respectifs. Ce qui est vrai même des époux mariés sans contrat dans une coutume où la communauté n'est pas légale, tant que la femme n'a pas obtenu jugement qui l'autorise à jouir de ses biens, & à disposer de ses revenus; car tant que l'union conjugale n'a reçu aucune atteinte, la femme, comme je l'ai dit tom. 1, pag. 276, n°. 2, a toujours été considérée comme dame & maîtresse de tout ce qui appartient à son mari. Par conséquent, non-seulement si c'est le mari qui survive, (auquel cas on ne sauroit nier qu'au moment de l'ouverture du don mutuel, il ne se trouve en possession réelle & actuelle de tout ce que sa femme a délaissé), mais s'il prédécède, il faut dire la même chose de sa femme, non-seulement par rapport aux biens de la communauté dont elle étoit partiaire, mais encore par rapport aux propres de son mari; car ce n'est pas de la copropriété dont il s'agit ici, mais de la possession. Or, soit qu'il y ait, ou n'y ait pas communauté entre les époux, soit qu'il s'agisse des biens qui en dépendent, ou de ceux qui n'en dépendent pas, pourvu que l'union conjugale n'ait pas été dérangée, la possession de l'un profite tellement à l'autre, que l'un ne peut pas jouir que l'autre ne jouisse en même tems. Ce que la coutume de la Rochelle me paroît avoir eu en vue en disant, art. 49, & *quand lesdites parties sont en possession des biens donnés, par la clause desdites donations mutuelles, ou testamens, ils ne sont point tenus d'en demander la délivrance à l'héritier du trépassé.*

Ainsi la raison alléguée par Ferrière, (voy. ci dev. n°. 1), » que le donataire » mutuel n'est point en possession des choses données pendant la vie du donateur «, est aussi fautive pour la femme que pour le mari: & on doit dire au contraire avec Buridan sur l'art. 234 de la coutume de Rheims, n. 4, que si » le donataire survi- » vant est saisi sans lui en faire aucune délivrance, de la chose donnée; en sorte » qu'il peut même intenter le cas des nouvelletés contre celui qui le voudroit trou- » bler; la raison en est que, ce semble, seroit une chose inutile de demander la » délivrance d'une chose de laquelle il jouissoit & a joui conjointement avec le pré- » mourant jusqu'au jour de son décès «.

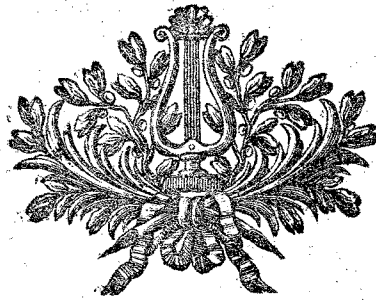
Les coutumes dans lesquelles le don mutuel saisit, & qui n'obligent pas le donataire d'en demander la délivrance, sont donc aussi conformes à la règle que celles qui l'y obligent y sont opposées. A quoi si on ajoute que les premières sont aussi les plus équitables, parce que comme les héritiers peuvent, suivant la remarque du même

même Buridan, mettre tous leurs droits en sûreté au moyen de l'inventaire qu'ils font par-tout en droit de requérir & dans un grand nombre de coutumes, au moyen de la caution, ils n'ont nulle part aucun intérêt réel d'exiger cette vaine formalité de la délivrance; on ne balancera pas d'en dispenser le donataire mutuel dans les coutumes qui n'en parlent pas, & d'y suivre celles où il est fait, par préférence, à celles qui l'obligent à demander ce qu'il a déjà, la jouissance des choses données.

L'art. 77 de la coutume de Saintonge saisit le survivant des meubles & des acquêts, & non des propres; distinction que les rédacteurs de cette coutume ont apparemment cru fondée sur ce que les époux ne sont copropriétaires que des choses communes entr'eux, & non des biens qui appartiennent en particulier à l'un d'eux. Mais, comme je l'ai déjà remarqué, ce qui dispense le donataire de demander la délivrance, ce n'est pas la copropriété indivise, mais la jouissance conjointe & solidaire des choses données. Cependant cette coutume, & toutes les autres doivent être suivies chacune dans son territoire.

TIT. VI.
Observ. 130.

5.
Coutume où le
don fait des
meubles & ac-
quêts, & non
des propres.



TIT. VI.
Chiev. 146.

OBSERVATION XIV.

Des charges du Don mutuel. Digression sur le pouvoir de disposer qu'il laisse au mari.

1. J'AI indiqué dans l'obs. 7, n. 2 de ce titre, quelques coutumes qui permettent le don mutuel, lors même qu'il y a des enfans; & j'ai dit que la coutume de Bretagne charge en ce cas le donataire de nourrir & d'entretenir les enfans, s'ils n'ont pas d'autres biens dont les revenus suffisent pour leur nourriture & leur entretien suivant leur condition. C'est aussi la disposition de la coutume de Verdun, art. 65. Et on sent bien que ce doit être la première charge du don mutuel dans toutes celles où l'existence des enfans ne l'empêche pas.

2. Par l'art. 286 de la coutume de Paris, & par l'art. 76 de celle de Calais, le donataire mutuel est tenu d'avancer & payer les obsèques, & funérailles du premier décédé, ensemble la part & moitié des dettes communes dues par ledit premier décédé; lesquelles obsèques & funérailles & moitié des dettes, lui doivent être déduites sur la part & portion dudit premier décédé, dans les meubles (1). Cette déduction qui se fait lorsque les héritiers du donataire restituent les choses dont il ne jouissoit qu'en usufruit, est aussi expressement, ou équivallemment ordonnée par les art. 97 de la coutume de Dourdan, 143; de celle d'Estampes, 230; de celle de Bourbonnois, 126; de celle de Clermont, 281; de celle d'Orléans, 228; de celle de Melun, & 47; de celle de Toul.

3. D'autres coutumes chargent le donataire mutuel, non plus d'avancer, mais de payer les frais funéraires & les dettes du prémourant. Senlis, art. 144; Clermont, art. 126; La Rochelle, art. 43; Lodunois, ch. 25; art. 5; Perche, art. 96; Bar, art. 163; Sedan, art. 102; Verdun, art. 72. Mais il faut distinguer les dons mutuels en vertu desquels le survivant emporte les meubles en propriété, & ceux qui ne lui en donnent que l'usufruit. Dans les premiers le donataire paie les frais funéraires, & les dettes sans répétition, quoiqu'il rende les immeubles à son décès. Mais s'il rend aussi le montant de la prise des meubles, il est juste de lui faire état & déduction de ce qu'il lui en a coûté pour les frais funéraires & les dettes. La coutume du Perche, article cité, n'en charge que celui auquel les meubles auront été

4. Ce qui n'a lieu que quand il a les meubles en propriété.

(1) Si les meubles ne suffisoient pas, le donataire récupéreroit cette avance sur les immeubles.

donnés; & celle de Bourbonnois, art. 228, en affecte le paiement sur les meubles, & sic, dit Dumoulin, *suprà proprietate*.

TIT. VI
Observ. 146.

De Laitre prétend même sur l'art. 69 de la coutume de Chaumont, n. 19, qu'il a été jugé par deux arrêts, que dans ce bailliage, les frais funéraires, & la moitié à la charge du prédécédé dans les dettes de communauté, devoient être payés par l'héritier des propres, & que tel est l'usage de cette coutume. Mais il me paroît bien dur que l'héritier soit tenu de supporter, dès le tems de l'ouverture de la succession, une charge qui doit naturellement tomber sur les meubles dont il est privé, puisque dans les coutumes mêmes où ils doivent un jour lui être rendus, il peut aisément arriver qu'il sera trente, & quarante ans, ou plus, sans en tirer le moindre avantage.

Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi quem sequentur incommoda. L. 10, ff. de reg. jur. » S'il est vrai, dit d'Antoine sur cette loi, que celui qui supporte les charges doit retirer les profits.. il n'est pas moins vrai à *converso* que celui qui retire les profits doit supporter les charges.. Ce sont deux principes d'équité respectifs, & inséparables. Ainsi l'usage de Chaumont, s'il est tel que le dit De Laitre, est beaucoup moins régulier que celui que nous observons, notamment dans la coutume de Metz, quoiqu'elle n'en parle pas, de faire avancer les frais funéraires & les dettes, par le survivant qui prend les meubles, en simple usufruit, & de l'en charger sans répétition, s'il emporte les meubles en pleine propriété.

L'équité ne permet pas de séparer ces charges & l'émolument.

Au surplus, il y a ici deux remarques à faire. La première que les frais funéraires dûs par le survivant sont ceux que la bienséance rend inévitables, & non ceux qu'occasionne un orgueil ridicule & déplacé. Si le prémourant ou son héritier ont ordonné des obseques fastueuses & contraires à ce qui s'observe ordinairement dans les funérailles des personnes de l'état & condition du défunt, la dépense est au compte de l'héritier qui, non plus que son auteur, n'a pu satisfaire sa vanité aux dépens du donataire mutuel. Voyez une question à peu près pareille, tom. 1, pag. 602.

6.
Le survivant n'est pas tenu des dépenses extraordinaires des funérailles.

A l'égard des dettes: plusieurs coutumes ne le chargent que des dettes personnelles, ou des dettes mobilières; comme Lodunois, Melun, Vermandois, &c. Ce qui est suivi par tout: jusques là que, même dans les coutumes qui chargent en général le donataire mutuel du paiement de toutes les dettes, cela ne s'entend que des dettes personnelles.. mobilières, exigibles, *hic & nunc*, & nullement des dettes réelles.. comme les rentes foncières & les constituées dont le capital est à la charge des héritiers. *Le Paige sur l'art. 163; de Bar, V^{bo}. DE L'USUFRUIT.* On comprend bien que ceci qui ne regarde pas le donataire, qui emporte en propriété le tout ou partie des choses données, ni les coutumes qui ont des dispositions contraires. Mais dans toutes, & dans celles mêmes qui lui donnent la propriété des meubles, ou qui le chargent des dettes communes, je ne crois pas qu'on doive

7.
De quelles dettes il est chargé.

TIT. VI.
Observ. 14^e.

mettre à son compte la totalité des capitaux de celles qui ont été contractées pour acquisition d'immeubles dont il n'est propriétaire que pour moitié ; l'autre moitié qui est celle du prédécédé ne lui appartenant qu'en usufruit. Il est encore moins tenu » des dettes réelles constituées sur les héritages propres du premier décédant ». Plusieurs coutumes, entre autres, celle de Meaux, art. 19, décident qu'elles ne sont pas à la charge du donataire ; il n'en doit que les rentes qui étoient pendant son usufruit ; & pour les capitaux, il me semble juste de suivre dans toutes la disposition de l'art. 3 du tit. 6 de la coutume de St. Mihiel, qui veut qu'elles soient payées par ceux auxquels les héritages appartiennent. Voyez cependant ce que j'ai dit, tom. 1, pag. 562 & suiv.

8.
Quand il a fait inventaire, il n'est pas tenu *ultra vires*.

La seconde remarque est que le donataire mutuel qui a fait inventaire n'est tenu ; ni d'avancer les frais funéraires & les dettes, ni à plus forte raison, de les payer sans répétition, que » jusqu'à concurrence de la valeur des biens qui entrent au » don mutuel ; le surplus devant être acquitté par les héritiers. Ainsi jugé par arrêt » du 18 Novembre 1595 ». Ricard, sur l'art. 286 de la coutume de Paris. Saligny le dit aussi & le prouve par plusieurs autorités sur l'art. 113 ; de Vitry, V^o par le survivant, & l'art. 72 de la coutume de Verdun, qui charge le donataire de payer les dettes de la communauté, & les frais funéraires du prédécédé ; ajoute que si le don mutuel ne comprend que les conquêts, il n'en est tenu que subsidiairement, en cas d'insuffisance des meubles. Ce qui me semble devoir être observé dans toutes les coutumes du ressort, où les meubles sont affectés aux dettes en premier ordre.

9.
Le donataire des conquêts n'est tenu qu'à pès l'épuisement des meubles.

10.
Coutumes où le donataire doit accomplir le testament.

11.
Comment cela doit s'entendre.

Quelques coutumes ajoutent les legs aux dettes, & chargent le donataire mutuel d'accomplir le testament du donateur. Comme Bar, art. 163 ; Troyes, art. 85 ; Montargis, ch. 11, art. 4 ; Auxerre, art. 222. Dans les trois dernières il est exprimé que ce n'est qu'une avance, qui à la fin de l'usufruit du donataire, se déduit sur les restitutions que ses héritiers ont à faire, à ceux du donateur. Meaux, art. 19 ; Vermandois, art. 49 ; Châlons, art. 38 ; Rhéims, art. 235 ; Sens, art. 112 ; & Sedan, art. 102, imposent aussi au donataire mutuel l'obligation d'acquitter les legs faits par son conjoint ; mais ce ne sont que les legs mobiliers.

Cependant, malgré ces deux modifications, il faut avouer que ces coutumes paroissent contraires à l'irrévocabilité du don mutuel, dont je parlerai dans l'observation suivante : & Buridan, sur l'art. 49 de la coutume de Vermandois, convient qu'en obligeant le donataire d'acquitter les legs testamentaires mobiliers, » elle » pourroit sembler aucunement étrange ; & contraire à la règle générale des donataires qui porte que *donner & retenir ne vaut*.. & qu'au moyen des legs immenses, le donateur pourroit retenir en sa puissance la liberté de disposer de tous les » meubles, & charger le surplus qui consiste en usufruit des conquêts seulement, de » dettes ; qui seroit en effet rendre la donation inutile au donataire ». D'ailleurs, en finissant ses remarques sur cet article, il dit que » ne peut le donateur prémourant

» léguer aucunement ses immeubles, au préjudice du don mutuel, & de l'usufruit que
 » le survivant y a, par le contrat de donation «. Or la raison qui l'en empêche, &
 qui n'est autre que l'irrévocabilité de ce contrat, ne lui permet pas plus de priver
 par des dispositions testamentaires, le survivant des droits, soit de propriété,
 soit d'usufruit, qu'il a sur les meubles, que de ceux qui tombent sur les im-
 meubles.

Aussi La Fons sur le même article, cherche une autre interprétation qui puisse
 mettre à couvert en grande partie l'irrévocabilité du don mutuel ; il dit, note 7,
 que » cette charge de payer les legs mobiliers ne se doit entendre, *vagè & diffuse* ;
 » *sed civiliter, & cum temperamento, secundum personarum qualitatem, & donationis*
 » *mutuæ valorem & quantitatem*. Autrement le don mutuel pourroit être absorbé, &
 » anéanti «.

C'est-à-dire qu'on ne peut regarder comme valables que des legs de choses fr-
 modiques, qu'en égard à la valeur du don mutuel elles ne paroissent pas en diminuer
 le montant, ni mériter l'attention du donataire ; & que relativement à la condition
 des parties, elles puissent être regardées plutôt comme de légères marques d'amitié,
 que comme des libéralités intéressantes. Mais une restriction si forte peut-elle se con-
 cilier avec la lettre, & l'esprit des coutumes qui permettent en général, & indit-
 tinctement les legs mobiliers, nonobstant l'engagement contracté par un don mutuel ?
 C'est pourquoi j'aurois mieux dire tout uniment, avec De Laitre sur l'art. 69 ;
 de Chaumont, que les coutumes qui chargent le donataire des legs mobiliers » sont
 » susceptibles de correction en ce point ; parce que si on pouvoit imposer cette charge
 » au don mutuel, il n'auroit plus aucune certitude, & qu'on pourroit l'anéantir avec
 » la dernière facilité «. En tout cas on ne peut qu'applaudir à ce qu'il dit encore,
 qu'il faut les renfermer dans leurs territoires, & leur préférer dans la coutume de
 Chaumont, dans celle de Metz, & autres du ressort qui n'en parlent pas.

12.
Ces coutumes
doivent être
renfermées
dans leurs ter-
ritoires.

La disposition de celle de Paris, art. 286 ; de Calais, art. 76 ; &c. qui portent,
 que le donataire mutuel n'est tenu de payer les legs & autres dispositions testamen-
 taires. C'est, je crois, sur quoi Ferrière qui le dit ainsi sur cet article de la coutume
 de Paris, gl. 3, n. 4, ne sera contredit par personne.

Mais comme le don mutuel ne comprend jamais que les biens qui existent au
 décès de celui des conjoints qui le premier paie le tribut à la nature, tandis que
 tous les deux sont encore vivans, il n'empêche pas le mari de vendre, aliéner, &
 disposer sans fraude des biens de la communauté. D'Abocourt, fol. 142, R. o. avoit
 proposé de décider cette question dont les rédacteurs de notre coutume de Metz
 n'ont rien dit. Ceux de la coutume de Verdun n'ont pas eu la même indifférence. Ils
 l'ont décidé, art. 70, dans les termes que je viens de souligner ; & cette décision
 est conforme à celle de Le Paige sur l'art. 164 de la coutume de Bar ; où il met
 en principe que » le don mutuel n'empêche pas que le mari soit toujours le maître
 » de la communauté, & qu'il ne puisse vendre & engager les meubles & acquêts

13.
Le don mutuel
n'empêche pas
le mari d'alié-
ner sans fraude.

TIT. VI.
Oblerv. 14e.

» dont la libre disposition lui est laissée par toutes les coutumes, & par le droit commun, auquel le don mutuel ne déroge pas. D'où l'on doit conclure qu'il peut, à plus forte raison, disposer de ses propres; car son droit de disposer librement des biens qui lui appartiennent nuement & pour le tout, est encore plus favorable que celui de disposer de ceux dans lesquels la femme a moitié: & quand il a fait entrer ses propres dans le don mutuel, & qu'il l'a pu par la disposition de la loi municipale, c'est toujours conformément à la nature de ce contrat, dont l'objet est essentiellement borné aux biens qui se trouveront appartenir au prémourant lors de la dissolution du mariage.

14.
S'il l'empêche
de donner entre
vifs.

» Mais, continue Le Paige, il y a plus de difficulté de savoir, si le mari peut donner entre vifs au préjudice du don mutuel. Duplessis tient qu'oui, lorsque la donation n'est que particulière. Mais si elle étoit universelle, il auroit les mains liées «.

Cette distinction a assez d'apparence de raison, & d'équité; & les annotateurs de Duplessis, traité 12 de la communauté, liv. 1, ch. 3, note a a, après avoir demandé si une donation mutuelle empêche le mari de disposer des conquêts, se contentent de rapporter, & paroissent par conséquent approuver le sentiment de Chopin, qui tient que non; pourvu qu'il ne dispose point en général des effets de la communauté (1), ou même d'une quotité d'iceux, & qu'ainsi la donation d'un effet particulier est valable. Mais pour Duplessis lui-même, s'il avoit d'abord pensé que, nonobstant le don mutuel, le mari pouvoit faire des donations particulières, il a changé d'avis. Il agite cette question in utramque partem, traité 14 des donations, liv. 2, ch. 3, sect. 5, & nonobstant les raisons qu'on apporte en faveur du pouvoir du mari, il estime qu'il ne peut faire de donation ni universelle, ni particulière depuis, & au préjudice du don mutuel «.

Auzannet, sur la dernière partie de l'art. 284 de la coutume de Paris, établit que, comme il n'y a point d'inventaire du mobilier qui existe au tems du don mutuel, le pouvoir d'en disposer reste entier au mari; mais que pour les conquêts, il ne le peut plus après l'insinuation du don mutuel, sans le consentement de la femme. Les conquêts diffèrent en effet des meubles, en ce que, nonobstant le défaut d'inventaire, ils sont connus, & qu'on ne peut ordinairement ignorer en quoi ils consistent. Mais il n'en est pas moins vrai que, par le don mutuel, on ne dispose pas des biens existans lors de ce contrat, mais de ceux qui existeront à la dissolution du mariage. Cependant l'auteur des nouvelles remarques sur Ricard, à la fin

(1) Une disposition semblable anéantiroit évidemment dans celles de nos coutumes, & il en est beaucoup où le don mutuel ne peut comprendre les propres, la réciprocité de cette convention: puisque toujours le mari resteroit maître, sans avoir de représailles à craindre d'enlever à sa femme ce qu'il auroit paru lui donner.

du ch. 4 du traité du don mutuel, applaudit à cette décision d'Auzannet, & tient, comme lui, qu'après l'insinuation, le mari perd le pouvoir de disposer des conquêts à titre gratuit. Si cela étoit vrai dans les coutumes qui bornent le don mutuel aux biens communs, il faudroit ôter aussi au premier mourant le pouvoir de donner entre vifs ses propres dans les coutumes où ils peuvent être compris au don mutuel, lorsqu'ils y sont en effet entrés.

Quant à Ferriere, sur l'art. 280, gl. 3, n°. 14, il tient, 1°. que le mari peut donner entre vifs les biens de la communauté, & que la femme n'a droit de partager que ce qui reste. » C'étoit, dit-il, le sentiment de Dumoulin sur l'art. 107 de l'ancienne coutume « ; 2°. que ce pouvoir subsiste après le don mutuel. » C'est, dit-il encore, l'opinion de Guérin sur cet article, que le don mutuel n'empêche pas le mari de donner les biens de la communauté par acte entre vifs, pourvu que ce soit sans fraude... On ne présume pas, ajoute-t-il, que ce soit en fraude, lorsque le mari donne à une personne dont il ne fera pas apparemment son héritier... ; que si le mari peut donner valablement à son neveu ou à sa niece..., comme il n'en faut point douter..., les choses données ne sont plus sujettes au don mutuel, puisqu'elles n'appartiennent plus aux conjoints ». Il confirme cette décision par l'autorité de Pontanus, qui dit que, *ante unius mortem, non censetur jus alteri quæsitum, ex hujus modi donatione mutua; nam licet mors semper sit certa, incertum tamen uter præmorigiturus sit. Quid sit, ut arbitror, maritum posse interim, diu pendet dubius, illæ primæ mortis eventus, bona ea mobilia, & quæ sunt quæsitæ immobilia alienare.* D'où Ferriere conclut que le don mutuel ne donne droit à la femme » que sur les biens qui se trouvent communs au jour du décès de son mari «.

Il accuse même Ricard d'être contraire à lui-même, pour avoir dit d'un côté dans son traité du don mutuel, chap. 5, sect. 3, n. 199, que si le mari a pris du fonds de la communauté pour employer à ses affaires particulières, comme pour marier une niece, la femme doit être récompensée, jusqu'à concurrence des deniers convertis à cet usage, qui font partie de la communauté & du don mutuel; & même que, faute de se pouvoir récompenser de ce divertissement sur les biens du mari, la femme a action contre la niece même, à qui le mari n'a pu donner au préjudice du don mutuel, non plus que de la communauté; ce qui doit être entendu au cas que la donation soit considérable; & d'un autre côté, *ibid.* n. 202, que les conjoints ne peuvent se donner mutuellement que ce qu'ils possèdent au jour de l'échéance du don mutuel: » le mari devant toujours demeurer le maître de la communauté, & conséquemment avec la puissance d'aliéner les biens qui la composent aussi bien que d'en acquérir ». De-là Ferriere tire cette conséquence, que, suivant Ricard lui-même, » le mari a pu valablement donner les biens de la communauté, & que le don mutuel ne se peut point prendre sur les choses données « : conséquence qui ne me paroît pas mieux fondée que le reproche de contradiction qu'il fait à Ricard; car il faut sans doute ici distinguer la donation de la vente, ou autre aliénation de

même nature. Donc, de ce que le mari ne perd pas par le don mutuel, le pouvoir d'aliéner à titre onéreux ses propres & les conquêts, ou autres biens de la communauté, pour l'arrangement de ses affaires, ou même parce que telle est sa volonté, comme tout le monde en convient, il ne s'ensuit nullement qu'il puisse aussi en disposer à titre purement gratuit, malgré les droits acquis à sa femme par le don mutuel : encore moins qu'elle ne doive pas être récompensée d'une donation considérable que le mari fait à ses proches, ou même à ceux qu'il affectionne.

Ce n'est pas tout ce qu'on peut reprocher à Ferriere. Il parle des biens de la communauté en général, & Pontanus qu'il cite, & dont il adopte l'opinion, parle nommément des conquêts. Il est donc impossible de limiter aux donations mobilières le pouvoir général qu'il attribue au mari de donner, malgré le don mutuel, les biens de la communauté. Il le faudroit cependant pour ne pas avouer que c'est Ferriere lui-même qui s'est ouvertement contredit ; car sur l'art. 84, gl. 3, n. 1, après avoir rapporté le sentiment d'Auzannet & de M. de Lauriere, il conclut que » le mieux est de dire, suivant l'avis commun, que le mari, qui ne peut point à » la vérité donner des conquêts au préjudice du don mutuel, peut néanmoins pour » tout le reste en disposer sans fraude, comme auparavant, & annuler ainsi indirectement le don «.

S'il m'étoit permis d'ouvrir mon avis sur une question si problématique, & sur laquelle les auteurs sont si fort partagés, je dirois, 1^o. que le don mutuel devant produire le même effet sur toutes les espèces de biens qui y sont comprises, & donner au survivant une assurance aussi forte d'en recueillir le bénéfice tel qu'il peut être, & qu'il a été stipulé pour l'une de ces espèces, que pour les autres ; il n'y a point, quant au pouvoir de disposer par des donations particulières que ce contrat laisse au mari, de distinction à faire entre les meubles & les conquêts, ni même entre les biens communs & ses propres, dans les coutumes où il a fait valablement entrer ses propres dans le don mutuel ; 2^o. que ce don ne tombant pas sur les biens appartenant aux conjoints lors de la passation de l'acte, mais sur ceux qui leur appartiendront à la dissolution du mariage, & n'étant pas au mari la qualité de chef & de maître de la communauté, encore moins la propriété des biens qu'il n'y a point fait entrer, il peut, après le don mutuel, disposer non-seulement de ses propres, mais aussi des biens communs, comme il l'auroit pu auparavant, nonobstant le droit habituel acquis à sa femme sur iceux, par la communauté légale ou conventionnelle ; pourvu néanmoins que ses dispositions ne tendent pas à anéantir le don mutuel, & ne soient pas faites en fraude de ce contrat ; 3^o. que, par conséquent, il ne peut pas faire des donations particulières ; 4^o. enfin, que même les donations particulières doivent être regardées comme faites en fraude, & réprochées si elles diminuent trop considérablement le bénéfice du don mutuel, & blessent notablement l'intérêt de la femme, non-seulement quand elles sont faites par le mari au profit de ses héritiers présomptifs, mais aussi de ses autres collatéraux, & même d'un étranger, quand

quand même il n'a eu d'autre motif pour les lui faire, que celui de satisfaire l'affection personnelle qu'il avoit pour ce donataire. Sur quoi voy. ce que j'ai dit sous ce titre, observ. 3, n. 15 & suivans.

Pour en revenir aux charges que les coutumes imposent au donataire mutuel : *» aussi est tenu celui qui veut jouir du don mutuel faire faire les réparations viagères » étant à faire sur les héritages sujets audit don mutuel «*. Paris, art. 287, sur lequel Ferriere, n. 2, demande, 1.º s'il est tenu des réparations viagères qui sont à faire au tems de l'ouverture du don mutuel, ou si l'héritier du prédécédé est tenu de mettre les lieux en bon état ; & répond que, quoiqu'Auzannet charge le survivant des réparations nécessaires lorsque sa jouissance commence, il estime que si elles sont considérables, le donataire doit seulement les avancer, à charge d'en déduire le montant sur ce qu'il aura à restituer à la fin de l'usufruit. Il me semble que l'opinion d'Auzannet, qui est aussi celle de Duplessis, traité 14, liv. 2, chap. 3, sect. 4, §. *réparations & entretenemens d'héritages*, est la plus conforme à la lettre de la coutume de Paris. Mais comme dans cette coutume le don mutuel n'est qu'en usufruit, celle de Ferriere, comme, sans contredit, la plus équitable, & la plus conforme au droit commun, en matière d'usufruit, me paroît devoir être préférée à la rigueur de la lettre.

En tout cas, je ne connois que la coutume de Calais dont la disposition, art. 77, soit la même que celle de la coutume de Paris. Celle de Sedan, art. 102, ne parle que d'entretenir les immeubles de menues réparations, comme de clôtures & ouvertures, *en tel & si bon état, que le donataire les trouvera*. Celle de Troyes, art. 85, *d'entretenir, maintenir & soutenir les conquêts*. Celle d'Auxerre, art. 222, *d'entretenir les héritages*. Celles de Montargis, ch. 11, art. 4 ; de Meaux, art. 22 ; de Châlons, art. 37 ; de Rheims, art. 224 ; de Bar, art. 163, &c. emploient ou la même expression, ou d'autres équivalentes. Ainsi, à l'exception des coutumes où le don mutuel est en propriété, & où il n'est pas douteux que le donataire doit prendre les choses dans l'état où elles se trouvent, & n'a aucune action pour les faire mettre en bon état aux frais de l'héritier, je pense qu'il ne peut être tenu au commencement de sa jouissance, que d'avancer les deniers pour les réparations actuellement à faire, de laquelle avance il lui sera tenu compte sur ce qu'il aura à restituer lorsque cette jouissance finira.

C'est manifestement ce qu'entend De Laitre, sur l'art. 69 de la coutume de Chaumont, n. 20 ; car quoiqu'il dise que la coutume de Paris charge le donataire des réparations qui sont à faire sur les héritages sujets au don mutuel, ce qui doit être observé au bailliage de Chaumont ; il est évident qu'il n'a voulu parler que des réparations qui surviennent pendant la durée de l'usufruit : puisque la raison sur laquelle il se fonde pour imposer cette charge au survivant dans la coutume de Chaumont, qui n'en parle pas, c'est qu'elle est conforme aux coutumes de Troyes, de Châlons, de Rheims & de Meaux, qui, comme on vient de le voir, n'obligent

TIT. VI.
Observ. 14e.

15.
Le donataire n'est tenu que des réparations viagères, qui surviennent pendant son usufruit : mais doit avancer celles qui sont à faire lorsqu'il commence.

16.
Le donataire en propriété prend les choses dans l'état où elles sont.

17.
Décisions des commentateurs sur les réparations à la charge du don mutuel en usufruit.

TIT. VI.
Oblerv. 146.

pas le donataire de mettre à ses frais les biens en bon état, lorsqu'ils n'y sont pas, mais seulement de les entretenir & maintenir dans l'état où ils sont, lorsque son usufruit commence.

Je ne crois pas qu'on puisse entendre autrement ce que dit Le Paige sur l'art. 163 de Bar; V^{bo}. & *accomplir le testament*, que le donataire est tenu des réparations viageres; quoiqu'il cite aussi la coutume de Paris: puisque celle sur laquelle il travailloit, borne expressément cette obligation au simple entretien.

Saliency, sur l'art. 113 de Vitry, qui ne dit rien de la charge des réparations; V^{bo}. par le survivant, la fait consister *aux entreteneemens & réparations portées aux art. 87 & 96 de la même coutume; & ces deux articles n'obligent la douairiere qu'à entretenir les héritages qu'elle tient en douaire, de toutes menues réparations, cloisons & couvertures.*

C'est donc des seules réparations viageres qui surviennent pendant la jouissance du donataire mutuel sur les héritages qu'il ne tient qu'en usufruit, qu'il me paroît devoir être chargé *sans répétition*, dans les coutumes qui ne portent pas expressément son obligation plus loin: en ajoutant cependant, comme Le Paige, *ibid. qu'il est encore obligé de veiller à la conservation du fonds & des hypotheques.*

18.
Le donataire doit veiller à la conservation des fonds.

19.
S'il peut obliger l'héritier de faire bâtir une maison.

Ferriere demande en second lieu, n^o. 3, si le donataire mutuel peut obliger l'héritier de contribuer à rétablir une maison tombée, à l'effet d'en jouir; & répond que Duplessis tient que non; mais qu'il peut faire le rétablissement *de suo*, & que ses héritiers en auront la récompense ou déduction, lors de la restitution du don mutuel; ce que je crois vrai, en ajoutant comme Ferriere, ce qui me semble sous-entendu par Duplessis, que ce rétablissement doit être fait du consentement de l'héritier, ou qu'il faut le faire ordonner par le juge. Je crois même que l'héritier peut prétendre n'être pas tenu de faire état de ce qu'aura coûté la reconstruction, mais de ce que le bâtiment vaudra, lors de la cessation de l'usufruit, parce qu'il n'en profitera qu'autant qu'il aura alors de valeur.

20.
Et de faire les grosses réparations.

3^o. Ferriere observe que Ricard tient, que quand les grosses réparations sont considérables, le donataire mutuel n'est pas obligé de les avancer; & qu'ainsi on pourroit obliger le propriétaire d'en payer la meilleure partie, & l'usufruitier le surplus; que si elles sont modiques, il est plus juste que le donataire les avance, à la condition d'en être récompensé, lorsque le don mutuel prendra fin: mais il croit que ce sentiment est contraire aux coutumes qui n'obligent le donataire qu'aux réparations viageres; & que les grosses se doivent faire aux frais de l'héritier, qui est seul propriétaire. Cette raison prouve, à mon sens, que le survivant ne peut être obligé, malgré lui, d'avancer la dépense des grosses réparations, soit de celles qui sont à faire au tems de l'ouverture du don mutuel, soit de celles qui surviennent pendant sa durée, beaucoup moins de la prendre à son compte, sans répétition. Mais elle ne prouve pas qu'il puisse les exiger du propriétaire. Il me paroît bien dur de charger celui-ci d'une dépense qui peut de très-long tems ne lui être d'au-

une utilité, & dont le donataire peut profiter seul pendant bien des années. C'est donc au donataire de choisir ou d'avancer les grosses réparations, sauf à en récupérer la valeur au tems où son usufruit finira, ou s'il ne veut pas faire cette avance, de jouir des lieux du mieux qu'il pourra, & dans l'état où ils sont.

Le don mutuel oblige enfin de payer tant qu'il dure, les cens, rentes foncières, & autres charges annuelles dont les immeubles qui y sont compris sont atteints. Paris, art. 287; Auxerre, art. 222; Perche, art. 96; Montargis, ch. 11, art. 4, &c. Le Paige, *ibid.* V^{bo.} de l'usufruit, y ajoute même les rentes constituées, dont le capital est à la charge des héritiers: ce qui a lieu, en effet, indéfiniment dans quelques coutumes, & doit être observé dans toutes à l'égard des rentes créées pour acquisitions d'immeubles dont le donataire jouit; & même est nécessaire lorsque le don mutuel ne laisse rien dont les rentes & revenus n'appartiennent au donataire tant qu'il vit; & encore dans les coutumes où il emporte en propriété les immeubles que ces coutumes affectent au paiement des dettes. Dans ces dernières il peut même devoir les capitaux des rentes constituées, qui sont des dettes personnelles, quoiqu'hypothécaires. J'en ai parlé tom. 1, pag. 562 & suiv.

Quant aux arrérages de rentes échus avant le mariage, ce sont des dettes à l'ordinaire, auxquelles il faut appliquer ce que j'ai dit ci-dessus des dettes.

Tit. V.
Observ. 146

215
Il doit acquitter
les charges an-
nuelles.

220
Et quelquefois
les capitaux
des rentes.



OBSERVATION XV.

*De la Nature, de la Forme, & de l'Irrevocabilité du Don mutuel.*TIT. VI.
Observ. 15e.

1. Le don mutuel est un contrat : par conséquent il doit avoir dans chaque coutume la forme qu'elle requiert dans les contrats. Je vais dire, après Ferriere, que *sous la donation entre vifs est compris le don mutuel*. On doit donc appliquer à ce contrat la disposition de l'art. 2 de l'ordonnance des donations, du mois de Février 1731, dont les termes sont » : les donations entre vifs seront faites dans la forme ordinaire » des contrats, & actes passés pardevant notaires, & en y observant les autres formalités qui y ont lieu jusqu'à présent, suivant les différentes loix, coutumes & usages des pays soumis à notre domination ». Ainsi le don mutuel ne peut être fait que par un acte public & authentique. Ainsi s'il est reçu par un tabellion seigneurial, il doit, dans la coutume de Luxembourg, être suivi des œuvres de loix, &c.

Le don mutuel doit avoir la forme des contrats publics.

2. Il est, à certains égards, donation entre vifs; à d'autres, donation à cause de mort.

Cette donation, dit Buridan sur l'art. 48 de Vermandois, » approche fort de » celles qui sont faites à cause de mort, puisqu'elles n'ont leur effet qu'après la mort » de l'un, ou de l'autre des donateurs ». On ne doit donc pas ranger le don mutuel au nombre des pures donations à cause de mort, mais seulement dire qu'il tient quelque chose de ces donations : & tout au plus, comme M. Le Camus, sur l'art. 284, que c'est » une manière de donation à cause de mort, mais qui lie les » deux conjoints entr'eux » ; & qui, par conséquent, diffère des donations ordinaires à cause de mort, qui n'engagent à rien le donateur tant qu'il vit, & n'acquierent de droit au donataire qu'au moment du décès de son bienfaiteur.

Ainsi on ne peut censurer ce que dit Ferriere, sur le tit. 13 de la coutume de Paris, §. 1, n. 9, que » sous la donation entre vifs, est compris le don mutuel : mais que » cette espece de donation ayant ses regles particulieres, distinctes, de la donation » entre vifs, & de la donation à cause de mort, & testamentaires... Plusieurs coutumes en font des titres séparés ». Et cependant on ne peut pas non plus contredire ce que dit Ricard, du don mutuel, ch. 3, n. 55, 57, & 59; » que la donation » mutuelle doit être mise, à quelques égards, au rang des donations à cause de mort ; » que comme nous l'avons déjà vu, les dons mutuels ne contiennent la donation » d'aucune chose présente, ni d'aucun meuble, ou corps de biens en particulier, & » les conjoints ne donnent que ce qu'ils auront au jour de leur décès ; de sorte que... » celui qui survit ne peut prétendre que ce qui reste au jour du décès du prédécédé. » Ce qui est entièrement opposé à la tradition, si essentiellement requise pour la per-

»fection de la donation entre vifs... D'où il suit que nos donations mutuelles d'entre
 » maris & femmes, ne peuvent pas être mises au rang des véritables donations entre
 » vifs, ni subsister en cette qualité : mais cela n'empêche pas... qu'elles ne partici-
 »pent quelque chose des contrats entre vifs, en ce que lorsque les conjoints y ont
 » une fois prêté leur consentement, elles demeurent irrévocables d'elles-mêmes,
 » & l'un n'y peut donner atteinte, c'est-à-dire, en annuler l'acte, ni déroger à la
 » convention sans le consentement de l'autre : quoiqu'en aliénant les biens y compris,
 » sans fraude, le mari puisse en diminuer le bénéfice.

D'autres s'expliquent différemment, mais dans le même sens. En particulier, An-
 cillon sur l'art. 10 du tit. 7, *Vbo. ne se peut révoquer*, dit que » le don mutuel est
 » de sa nature une disposition à cause de mort, dont l'effet est suspendu jusqu'à la
 » mort... Mais comme il se fait par un contrat synallagmatique, & obligatoire de
 » part & d'autre, il se doit régler comme les autres contrats, qui sont, *in initio volun-*
 » *ratis, & ex post facta necessitatis...* & l'on y doit distinguer deux choses, la dispo-
 » sition, & l'effet de cette disposition : la première est certaine ; la seconde dépend
 » de l'incertitude de l'événement, qui ne cesse que par le décès d'un des conjoints «
 Il me semble donc que ce qu'on peut dire de plus exact, c'est qu'à certains égards,
 le don mutuel est donation entre vifs, & non donation à cause de mort ; & qu'à
 d'autres égards il est, au contraire, donation à cause de mort, & non entre vifs.
 Considéré du côté de la forme, c'est une convention de laquelle, comme de toutes les
 autres conventions, il résulte un droit certain, en faveur de celui pour qui il a été
 stipulé ; un acte entre vifs que les contractans sont obligés d'exécuter, à moins que
 d'un commun consentement, ils ne le détruisent par une convention contraire. Mais
 cet acte n'assure au survivant donataire aucuns des biens actuels du donateur sur-
 gulièrement, le droit qui en résulte ne tombant que sur les biens qui appartiendront
 au prédécédé au moment de sa mort, & qu'il n'aura pas aliéné de son vivant, il
 est impossible, sous cet aspect, de le regarder autrement que comme une disposition
 à cause de mort.

Je le répète donc : le don mutuel doit être fait avec toutes les solemnités requises par
 les contrats pour chaque coutume. Celle de Metz, art. 10 du tit. 7, exige même
 qu'il soit fait & passé pardevant personnes publiques. Ce qui, comme je l'ai déjà dit,
 est nécessaire dans toutes, sans quoi il seroit très-facile, en l'antidatant, de le faire
 paroître valable, quoique nul, pour avoir été fait dans la maladie dont le donateur
 est décédé.

La coutume de Verdun, art. 68, & les usages de Toul, art. 45, ajoutent, qu'il
 doit être fait par un seul & même contrat, & l'art. 69 de la coutume de Chaumont
 dit, que » deux conjoints... peuvent ensemblement faire donation mutuelle « ; ce qui
 signifie, dit De Laitre, n. 7, que » la première condition est que ce don soit fait
 » de part & d'autre, par un seul & même acte, *uno & eodem contextu* « ; car si
 par deux actes séparés, les conjoints se donnoient l'un à l'autre, ce ne seroit

TIT. VI.
 Observ. 15e.

3.
 Autre preuve
 que le don mu-
 tuel doit être
 public.

4.
 Il doit être fait
 par un seul acte.

Tit. VI.
Observ. 15e.

plus une donation mutuelle, mais deux donations particulières, quand même elles seroient faites sans la condition de la réciprocité ; & alors le mari auroit donné conditionnellement, mais seul, à la femme, & la femme au mari, ce qui leur est défendu par presque toutes les coutumes. Cependant dans celles qui leur permettent de se donner entre vifs, autrement que par don mutuel, les deux donations séparées pourroient valoir, si elles avoient des objets certains & présens : & dans celles où ils peuvent se donner par testament, elles seroient valables, quoiqu'elles n'eussent pour objet que les biens délaissés en mourant, si elles étoient revêtues des formalités prescrites par les testamens, cela résulte de ce qui a été précédemment établi.

5.
Cas où les donations séparées pourroient valoir.

6.
Le don mutuel peut être fait par procureur.

On ne doit pas non plus conclure de ce que je viens de dire, qu'il faut pour le don mutuel, que les deux conjoints comparoissent personnellement, & dans le même instant pardevant le même notaire. S'ils sont retenus dans des lieux différens, l'un d'eux peut donner sa procuration authentique à un tiers, qui passera l'acte en son nom : moyennant quoi il vaudra comme s'il l'eut passé lui-même ; » car ce qui est » fait par le procureur qui n'a pas excédé sa charge, est estimé fait par le mandant « , dit Despeiffes, part. 1, tit. 4, sect. 4, n. 3.

7.
Irrévocabilité du don mutuel.

Les mêmes articles des coutumes de Verdun & de Toul ; l'art. 4 de celle de Sedan, & l'art. 10 du tit. 7 de celle de Metz, rendent le don mutuel dûment & solennellement fait, irrévocable par l'une des parties sans le consentement de l'autre. Beaucoup d'autres coutumes ont la même disposition, qui a lieu dès l'instant de la passation du contrat, quoiqu'il n'ait pas encore été infnué ; car du moment que la convention est consignée dans un acte authentique, & achevée, elle forme un lien dont les parties ne peuvent plus se dégager, que de concert, en ce qui touche l'obligation en général ; attendu que la donation prise dans toute cette généralité est entre vifs : quoiqu'elle n'affecte en particulier ni tel, ni tel autre bien actuellement possédé par les époux contractans ; & qu'il n'y en ait point dont le survivant puisse être privé par une aliénation valable, faite avant la dissolution du mariage.

8.
Si elle n'a lieu à Paris qu'après l'infnuation.

Si on s'attache aux termes de l'art. 284 de la coutume de Paris, ce ne sera pas le consentement réciproque des conjoints, qui rendra le don mutuel irrévocable, mais l'infnuation ; *après laquelle infnuation*, dit cet article, *ledit don mutuel n'est révocable, si-non du consentement des deux conjoints*. La coutume de Calais est conçue dans les mêmes termes, art. 74 ; ils annoncent, ou du moins semblent enseigner qu'avant l'infnuation le don mutuel peut être révoqué. M. Le Camus entend ainsi cet article de la coutume de Paris, n. 9 & 10. Il examine si, lorsque le don est infnué, le mari ne peut plus disposer des effets de la communauté, sans le consentement de sa femme ; il est d'avis qu'il en conserve le droit, en rapporte les raisons, & conclut » qu'il vaut mieux dire que *l'infnuation sert pour rendre le don mutuel irrévocable*, entre le mari & la femme, si-non de leur consentement, ainsi

» que la coutume le dit , sans l'étendre plus loin « ; s'il est vrai que l'irrévocabilité soit l'effet de l'insinuation , ils'ensuit que tant que le don mutuel n'est point encore insinué , il peut être révoqué.

Mais cela souffre même à Paris beaucoup de contredits. Écoutez Ferrière sur le même art. gl. 3 , n. 2. » Quant à ce que l'art. porte , qu'après l'insinuation , le don » mutuel n'est révocable que du consentement des deux parties , il semble qu'avant » l'insinuation il soit révocable par l'un des conjoints , contre la volonté de l'autre , ce qui seroit absurde « . Il en donne pour raison que ce contrat se formant comme tous les autres par la volonté mutuelle des deux parties , il ne peut pas être révoqué , si l'une & l'autre ne s'accordent pour s'en départir de concert : & que l'insinuation n'étant qu'une formalité extrinsèque , le contrat qui n'est pas encore insinué , n'en a pas moins toute sa perfection ; & par conséquent que si l'un des conjoints peut alors le révoquer contre la volonté de l'autre , il doit avoir la même faculté avant l'insinuation ; ou » que si , au contraire , le don mutuel ne se peut révoquer que du consentement de l'un & de l'autre , il en faut dire de même avant l'insinuation. Cependant , ajoute-il , notre coutume en dispose ainsi « .

Mais ne doit-on pas pour l'honneur même des réformateurs , penser que cette disposition a été mal rédigée , & qu'ils n'avoient pas dessein de statuer ce qu'ils ont donné à entendre ? S'ils avoient voulu rendre le don mutuel révocable jusqu'à l'insinuation , ils auroient pensé que ce n'est pas le consentement des contractans , *duorum in idem placitum consensus* , qui les lie , & ne leur permet plus de dissoudre leur engagement , que de la même manière dont ils l'ont formé ; & voilà ce qui paroît absurde à Ferrière. Avec raison , ce me semble , puisque , *nihil tam congruum fidei humanæ quam eaque inter eos placuerunt servare*. Cependant les opinions sont partagées ; & plusieurs pensent que quelque inconciliable avec les principes que soit la disposition de la coutume de Paris , prise à la lettre , elle est trop formelle pour qu'on puisse s'en écarter ; & cette opinion fait naître une autre question assez difficile à résoudre.

C'est celle de savoir si l'un des époux a pu annuler le don mutuel en le révoquant sans le consentement de l'autre , avant qu'il fût insinué , lorsque le délai de quatre mois accordé pour l'insinuation , n'étant pas encore expiré , celui qui persiste à vouloir faire exécuter ce don , profite de ce qui en reste pour satisfaire à la formalité de l'insinuation , après la révocation. Dupleffis , *traité 13 , liv. 2 , ch. 3 , sect. 2* , pense qu'alors la révocation se trouve dans un temps où elle ne pouvoit plus être faite que par tous les deux. Il me semble qu'en adoptant cette opinion , il faudroit avouer 1°. que la convention se consume , & que le don mutuel reçoit toute sa perfection intrinsèque , indépendamment de l'insinuation ; 2°. que ce n'est pas l'insinuation qui le rend irrévocable , puisqu'il l'est avant d'être insinué. Ce qui rendroit la disposition de la coutume de Paris , prise littéralement , toujours plus absurde.

Cependant Ferrière , *ubi sup.* trouve que le sentiment de Dupleffis est juste. Mais

TIT. VI.
Observ. 15e.

il va bien plus loin. » Au tems de la réformation, dit-il, plusieurs estimoiert que le donateur pouvoit révoquer la donation jusqu'à l'insinuation, qu'ils confidéroient comme une solemnité essentielle. C'est pourquoi il semble que les réformateurs aient été de cet avis. Mais cette opinion n'a pas été suivie (1), & on a toujours tenu que les donateurs ne pouvoient jamais révoquer les donations, quoi qu'elles ne fussent pas insinuées, l'insinuation n'étant qu'une condition qui n'a été requise que pour l'intérêt des créanciers & des héritiers. A quoi j'ajoute que quand elle seroit de rigueur, même entre les époux contractans, il n'y auroit, surtout vis-à-vis d'eux, aucun délai fatal, pas même celui des quatre mois, puisque tant que le mariage n'est pas dissout le don mutuel peut être insinué.

Au surplus, ces questions ne peuvent gueres nous intéresser qu'autant qu'elles naissent dans le bailliage de Mouzon. Or, la coutume de Paris n'y étant pas municipale, mais adoptive, comme je l'ai montré, tom. 1, titre préliminaire, obs. 4, il n'y auroit, ce me semble, aucune difficulté d'y préférer à la disposition peu réfléchie & très-irrégulière de cette coutume, celle de presque toutes les autres, qui, conformément aux principes, ne permettent de révoquer le don mutuel, avant comme après l'insinuation, que comme il a été formé; du consentement réciproque des époux.

9.
Le consentement à la révocation donné pendant la dernière maladie d'un des époux, n'est pas valable.

Mais on demande si ce consentement vaut, lorsqu'il est donné par l'un des conjoints qui se porte bien, pendant la dernière maladie de l'autre? Ancillon, sur l'art. 7 du tit. 10 de notre coutume, convient que cette révocation est un avantage pour la partie qui est en danger de mort: il tient cependant que, comme il est libre à l'autre partie de n'y pas consentir, la révocation est valable dans notre coutume: ce qu'il est d'avis de restreindre à la personne du mari; parce que la femme lui étant soumise, le consentement qu'elle donne ne paroît pas bien libre, suivant toutefois les diverses qualités des actes, & les circonstances du fait. Il est évident que tout l'avantage de l'acte par lequel le don mutuel est révoqué, est pour le conjoint qui approche de sa fin, ou pour ses héritiers. Mais si cette raison étoit la seule qu'on pût opposer au consentement donné à la révocation, elle ne suffiroit pas, selon moi, pour l'invalider, ni pour le mari, ni pour la femme; parce que, malgré l'autorité maritale, notre coutume autorise les avantages faits tant entre vifs qu'à cause de mort; par la femme au mari, comme ceux faits par le mari à la femme.

Mais à Metz, comme ailleurs, lorsque l'un ou l'autre des conjoints, dangereusement malade, anéantit un don mutuel prêt à s'ouvrir au profit de son codonataire,

(1) Tous ces aveux doivent avoir beaucoup coûté à Ferrière qui, ainsi que tous les autres commentateurs de la coutume de Paris, la regarde comme si parfaite, qu'il voudroit y ramener toutes les autres. Mais ce n'est pas le seul exemple par lequel on pourroit prouver que comme toutes les autres elle a ses défauts.

Il est évident que si celui-ci y consent, ce n'est pas avec une entière liberté. C'est un acte de complaisance que lui arrache la crainte de chagriner par son refus une personne mourante : aucun autre motif ne peut le déterminer à souscrire à la révocation, pas même celui de gratifier son conjoint, qui, près de descendre dans le tombeau, n'en profitera jamais. Ce n'est pas par conséquent dans la vue de lui faire du bien qu'il cède à ses instances : & il n'est pas naturel qu'il se dépouille volontairement d'un droit certain, de peur qu'il n'en coûte quelque chose aux héritiers de son conjoint, qui, s'il eût survécu, auroit, au préjudice des siens, profité de ce même droit, dont il le sollicite de se déporter. Je crois donc qu'il faut, dans toutes les coutumes, suivre les arrêts des 10 Février 1582, 15 Mars 1586, & 24 Juillet 1685, rapportés par Ferrière, *ibid.* n^o. 4, qui n'ont eu aucun égard à ces révocations faites *in extremis*.

On trouve par-tout que la donation rémunératoire n'est pas *mera, simplex, gratuita, & propria donatio, sed potius quædam permutatio, remuneratio, compensatio, & ut titulus onerosus*. Ce sont les termes de Tiraqueau sur la l. *si unquam*; V^{bo}. *donatione largitus*, n. 11, cité par Loiseau, *des offices*, liv. 5, ch. 5, n. 12, qui en conclut que « telle donation n'est révocable, ni pour ingratitude, ni pour survenance d'enfans ».

Que doit-on dire du don mutuel ? La question n'est pas s'il est révoqué par la naissance d'un enfant, dans les coutumes où les conjoints ne peuvent se donner mutuellement que lorsqu'il n'y en a point, si cet enfant vit lors de l'ouverture du don. L'affirmative est sans difficulté ; mais est-il aussi révoqué dans les coutumes où les enfans ne l'empêchent pas, s'il n'y en avoit point lors de la passation de l'acte, & qu'il en soit survenu depuis ? Je crois que la résolution dépend des circonstances & de l'intention que les époux ont marquée dans l'acte qui contient le don mutuel. Si, par ce contrat, ils ont rappelé cette particularité qu'ils n'avoient point d'enfans, il est naturel de croire qu'elle a été le motif du don mutuel, & qu'ils n'auroient pas pensé à en faire un, s'ils avoient eu des enfans. Si, au contraire, ils ont donné à l'acte passé entr'eux un motif différent, comme l'amitié qu'ils ont l'un pour l'autre, ou l'envie de procurer au survivant le moyen d'achever ses jours plus tranquillement & plus commodément, je ne vois pas que les enfans, dont l'existence ne les eut pû empêcher de se donner, puissent, par leur naissance, arrêter l'exécution de ce qu'ils ont voulu faire, en faveur l'un de l'autre. On opposera peut-être l'art. 39 de l'ordonnance du mois de Février 1731, qui, en attachant à la survenance d'enfans la révocation de plein droit des donations, les comprend toutes dans la disposition, à quelque titre qu'elles aient été faites, & encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires. En sorte qu'à l'égard de ces dernières, on ne peut plus suivre aujourd'hui, dans le cas de la survenance d'enfans, la décision de Loiseau, que je viens de rapporter. Mais je ne crois pas que, dans les coutumes dont je parle, les dons mutuels soient aussi dans ce cas révoqués de plein droit ; parce que

TIT. VI.
Observ. 5e.

10.
La donation rémunératoire n'est révocable en aucun cas.

11.
Si le don mutuel est par la survenance d'enfans.

12.
Elle révoque aujourd'hui les donations rémunératoires.

TIT. VI.
Objet. 136.

cet art. 39 de l'ordonnance parle de *toutes donations entre vifs*, qualification que nous avons vu ne pouvoir, à certains égards, être donnée aux dons mutuels; & que l'art. 46 porte que le roi n'a entendu comprendre ce qui concerne les dons mutuels & autres donations faites entre mari & femme dans les dispositions de cette ordonnance.

Mon opinion me paroît sur-tout fondée, si par aucun acte postérieur au don mutuel, les époux n'ont témoigné ni l'un ni l'autre, que le changement arrivé dans leur famille, avoit changé leur façon de penser; car j'avoue qu'un enfant survenu à des conjoints qui n'en avoient point, & qui s'étoient fait un don mutuel sans prévoir qu'il pourroit leur en naître, & sans en parler, seroit très-propre à faire écouter celui des deux qui voudroit révoquer le don malgré l'autre; & qui, en alléguant qu'il n'a jamais eu dessein de préférer son conjoint à son enfant, mais seulement à ses collatéraux, reclameroit la loi *si unquam*.

136
Le don mutuel
peut être révo-
qué pour cau-
se d'ingrati-
tude.

Quant à la révocation pour cause d'ingratitude, j'ai été consulté par une femme qui, maltraitée par son mari, & ayant été obligée de se faire séparer d'habitation, vouloit révoquer un don mutuel qu'elle avoit fait avec lui, dans un tems où l'union regnoit entre eux; & comme les excès étoient graves, j'ai pensé qu'elle le pouvoit. On peut cependant dire contre ce motif de révocation, que le don mutuel n'est pas une pure donation; mais cela n'empêche pas qu'il n'y entre beaucoup de bienveillance & de libéralité. Quoique l'incertitude de l'événement & la possibilité de profiter du don mutuel, dont chacun des contractans conserve l'espérance, ne permettent pas de regarder ce contrat comme entièrement gratuit; on ne peut disconvenir que l'affection des conjoints l'un pour l'autre, & l'envie de se faire réciproquement du bien, ne soient le motif principal de leur convention. Or cette affection, cette intention de chaque conjoint de procurer le bien-être de l'autre, méritent quelque reconnoissance; & si l'un des deux, loin de conserver ce sentiment qu'il doit à l'autre, lui manque essentiellement, & se rend coupable envers lui d'une odieuse ingratitude, il est juste de punir un procédé si reprehensible, au moins en permettant à l'offensé de rétracter une donation dont le donataire s'est rendu indigne.

Il me paroît donc que le rédacteur de la prétendue coutume de Gorze ne s'étoit écarté ni de la raison, ni de l'équité, ni de la règle, en disant, tit. 11, art. 29 & suiv. : *dons mutuels, faits & passés authentiquement ne se peuvent révoquer par l'une des parties, sans le consentement & bon gré de l'autre, s'il n'en a donné prétexte, occasion pertinente, & sujet légitime*. Je cite ceci comme un vestige de ce qu'on pensoit dans la province, & nullement comme une autorité de quelque poids. Le cardinal de Lorraine n'avoit dans les domaines de son abbaye de Gorze d'autres droits que ceux des simples seigneuries, quoiqu'à l'exemple de ses prédécesseurs, & par un reste des usurpations qui se sont soutenues sur cette frontière pendant les siècles d'anarchie, & l'éclipse de l'autorité de nos rois, il affectât encore les droits de sou-

veraineté. L'ouvrage de celui par qui ce prélat avoit fait compiler les usages & les coutumes qu'il vouloit faire observer dans sa terre de Gorze, n'avoit donc aucun caractère de loi. Mais cet ouvrage n'en est pas moins une preuve qu'on tenoit dans le pays que les dons mutuels pouvoient être révoqués par l'un des conjoints sans le consentement de l'autre ; & il entre dans mon plan de remonter, autant que je le peux, à nos anciens usages.

Ajoutons que, quoique presque par-tout le don mutuel ne puisse être révoqué sans cause, que du consentement mutuel des deux conjoints, cependant l'irrévocabilité n'est pas de l'essence de ce contrat ; puisque par l'art. 213 de la coutume de Poitou, *donation entre mari & femme . . . est révocable jusqu'à la mort de celui qui donne : & . . . si elle est mutuelle, ne se peut révoquer par l'un, sans faire savoir, & notifier à l'autre, & suffit de faire ladite notification en quelque tems que ce soit, jusqu'à la mort du révoquant, encore qu'il soit en extrémité de maladie.* La coutume de Dunois va plus loin encore : puisque, comme je l'ai dit ci-dessus, observ. 6, n. 6, elle exige que le don mutuel soit confirmé par testament. Dans ces coutumes il ne tient rien de la donation entre vifs, ou du moins il n'en peut avoir que la forme.

TIT. VI.
Observ. 1563

14.
Coutumes où le
don mutuel est
révocable.



OBSERVATION XVI.

Par quelle Coutume le Don mutuel est régi.

Tir. VI.
Observ. 16c.

1.
Trois coutumes à consulter pour la validité des donations.

2.
Celle des donations immobilières dépend de la capacité personnelle, & de la disponibilité des immeubles.

3.
Ce qui a lieu pour les dons mutuels.

4.
Dons mutuels nuls par défaut de capacité.

5.
Dons mutuels nuls par défaut de capacité.

LES contrariétés infinies qui se trouvent dans les dispositions des coutumes sur presque tous les points qui concernent le don mutuel, rendent la matière de cette observation très-importante. Mais elle ne laissera pas d'être assez courte. J'ai dit obs. 2, n. 25, après un des commentateurs de la coutume de Vermandois, que les meubles se règlent par la coutume du domicile du donateur ; & les immeubles par celle de leur situation : que pour la forme & solemnité des actes, on suit la coutume du lieu où ils se font ; pour la substance de la disposition, la coutume du lieu où sont les choses ; & pour la capacité des personnes qui disposent, la coutume de leur domicile au tems des contrats. J'ai ajouté, ibid. n. 26, qu'il falloit deux choses pour la validité d'une donation immobilière. 1°. La capacité personnelle du donateur, qui dépendoit de la loi de son domicile ; 2°. la disponibilité des immeubles donnés, qui dépendoit de la loi de leur situation.

Il me semble qu'il y a autant de raison d'appliquer ces règles aux dons mutuels, qu'à toutes les autres espèces de donations. Me. Froland, comme nous l'allons voir, les trace également, & indistinctement pour toutes les dispositions de quelque nature qu'elles soient, & singulièrement pour les dons mutuels.

Je pense donc que la coutume de Lorraine, & celle de l'Évêché, rejetant toutes donations mutuelles, les époux domiciliés dans ces deux provinces, ne peuvent se donner mutuellement les biens qu'ils ont dans le pays Tulois, ni dans d'autres provinces où ces dons sont admis ; parce qu'ils manquent de la capacité personnelle d'en disposer par un acte que la loi à laquelle ils sont soumis leur interdit : & que des époux domiciliés à Toul ne peuvent se donner mutuellement, ni leurs biens régis par les coutumes de Lorraine & de l'Évêché, ni leurs immeubles du pays Messin, tenant nature de tréfonds ; ni leurs biens de ligne situés dans la coutume de St. Mihiel ; si ce n'est, à l'égard de ces derniers, en simple usufruit ; parce que les coutumes qui régissent ces immeubles ne leur permettent pas d'en disposer ainsi.

La question a cependant partagé les auteurs. Voy. Ferrière sur l'art. 280, gl. 3, n. 20, où il croit qu'il est plus sûr pour la forme du contrat & la disposition des meubles, de suivre la coutume du lieu où il est fait, & celle du domicile des parties ; pour régler le fonds de la donation de s'attacher aux coutumes de la situation de chacun héritage. Il ajoute même un peu plus bas que c'est la commune

« opinion du palais , que le don mutuel se règle selon la coutume des lieux où les
 « héritages sont situés ; que cela a été jugé par un arrêt du 31 Janvier 1663 , qui
 « autorise beaucoup ce sentiment , n'y ayant aucun arrêt qui ait jugé au contraire ,
 « & les arrêts du parlement de Normandie ayant aussi jugé la même chose ». Ce-
 pendant le même Ferrière sur l'art. 257, n. 9, après avoir rappelé un arrêt du 3 Décent-
 bre 1587, rapporté par Charondas, qui a jugé que si le mari a du bien » en deux coutu-
 mes, dont l'une défend don & douaire ensemble, l'autre le permette, la veuve aura le
 » don , ou le douaire seulement , en la coutume prohibitive ; & en la coutume où tous
 » les deux sont permis, elle aura tous les deux ; il dit qu'il ne seroit pas de ce sentiment ;
 » & qu'il faut seulement avoir égard à la coutume du lieu où le contrat de mariage
 » a été passé , & où les contractans ont leur domicile ; d'où il s'ensuit que si , par
 » cette coutume , la femme ne peut avoir l'un & l'autre , quoique le mari ait des biens
 » situés en coutume contraire , elle ne peut prétendre que l'un ou l'autre... Comme
 » au contraire , si les biens du mari sont situés en coutumes où l'un & l'autre sont
 » incompatibles , & que le contrat de mariage ait été passé « ; ou plutôt , & c'est le
 sens de l'auteur , que les époux aient formé leur établissement » en coutume qui le
 » permet , la femme peut prétendre l'un & l'autre ». Mais il fonde cette décision
 sur la raison , que les conventions portées par les contrats de mariage sont personnelles.
 En sorte qu'il y a apparence qu'il n'a entendu parler ici que des dons mutuels accordés
 en contrat de mariage : auquel cas il est vrai qu'il faut préférer la stipulation ,
 à la disposition de la coutume sous laquelle les immeubles sont situés ; parce qu'en
 contrat de mariage , on peut déroger aux coutumes ; à moins que ce ne soit sur
 un point qu'elles défendent singulièrement & expressément de stipuler ; comme se-
 roit , en Normandie , la communauté conjugale , & à Metz les avantages en immeu-
 bles de tréfonds. Il faut donc dire pour concilier Ferrière avec lui même , que lors-
 que le droit de la femme donataire mutuelle se tire comme son donataire des clau-
 ses de son contrat de mariage , les deux conventions étant personnelles , & non réelles ,
 on ne doit pas considérer la situation des héritages sur lesquels elles tombent.
 C'est le sens de ce qu'il dit sur l'art. 237 , & cette décision ne contredit pas celle
 qu'il donne sur l'art. 280 , que pour régler le fonds de la donation mutuelle , pas-
 sée entre les époux depuis , & pendant leur mariage , il est plus sûr de s'attacher à
 la coutume qui régit chaque héritage ; & que telle est la commune opinion du
 palais.

Mais ce n'est pas assez que le fonds de la donation soit permis , il faut encore que
 les époux aient eu la capacité de se donner. Ainsi , pour que les conjoints puissent
 faire entre eux don mutuel , il faut d'abord que la coutume qui régit leurs person-
 nes les y autorise. Si elle leur défend les dons mutuels , elle les rend inhabiles à dis-
 poser par cette voie. Mais si , en admettant cette forme de contracter , elle établit leur
 capacité personnelle , il reste encore à voir de quoi ils ont pu disposer , dans le tems
 où ils l'ont fait : & ce dernier point ne dépend plus de la coutume du domicile , si

Tit. VI.
 Observ. 16e.

6.
 Ce qui n'a pas
 lieu en contrat
 de mariage.

7.
 Où on ne con-
 sulte que la
 coutume du do-
 micile qui régle
 la capacité.

8.
 Dans tout autre
 acte il faut que
 la disponibilité
 soit jointe à la
 capacité.

ce n'est pour les meubles qui suivent la personne. Il faut, quant aux immeubles, recourir à la coutume dans laquelle ils sont situés, & dont en ce point la disposition est un statut réel.

Tenez donc pour maxime, dit Me. Froland, *mémoire concernant les statuts*, tom. 2, ch. 18, n. 7, pag. 847, » que quand il s'agit d'une donation à cause de mort, & » d'une disposition testamentaire, il faut toujours commencer par examiner si la » personne qui a fait l'acte en question, a eu la capacité requise pour le faire, ou » s'il ne la pas eue; & que cette capacité se règle par la loi de son domicile, suivant » ces principes « que ce jurisconsulte adapte indifféremment à toutes les especes de donations, & singulièrement aux dons mutuels. Il semble, continue-t-il, » qu'il se- » roit permis de dire que les conjoints domiciliés dans une coutume qui permet au » mari & à la femme de se donner l'un à l'autre, peuvent se donner les biens » qu'ils ont dans les coutumes dont les dispositions sont plus rigoureuses, & *vice versa*. » Aussi trouvons-nous que Bartole estimoit que la loi qui faisoit défenses aux con- » joints de se donner, étoit un statut personnel.. Mais il faut se rendre à la pluralité » des voix. Balde a été d'un sentiment contraire à celui de Bartole; & c'est sa doctrine » qui a prévalu «.

Froland justifie cette dernière assertion par un grand nombre de citations. Il combat ensuite fort au long l'opinion contraire de Ricard: & termine en ces termes, pag. 856 & suiv. » de tout ce que nous avons dit jusqu'à présent en parlant des dis- » positions testamentaires «, (on se souvient qu'il ne met entr'elles & les dons mu- » tuels aucune différence, quant aux règles dont il s'agit ici), » il résulte, que par rap- » port à la forme, on est obligé de suivre la coutume des lieux, où elles ont été » faites; celle du domicile, quand il s'agit de la capacité de la personne, & celle » de la situation des biens, quand il est question de l'effet de la disposition en soi. » D'où il tire, quelques lignes plus bas, ces conséquences: que » celui qui demeure à » Paris, & qui a des propres en cette ville, peut en disposer jusqu'à concurrence » du quint; mais il ne pourra pas faire la même chose de ceux qui se trouvent situés » en Normandie, &c.; & que si des époux se sont fait un don mutuel postérieure- » ment à la célébration de leur mariage, le survivant jouira des biens situés sous la » coutume de Paris; mais il ne profitera pas de ceux de Normandie.

OBSERVATION XVII.

TIT. VI.
Oblerv. 170.*Des Démissions.*

ANCILLON sur l'art. 2 du tit. 7 de la coutume de Metz, observe que les démissions de biens sont autorisées par plusieurs coutumes : & cite , entre autres , celle de Vitry , art. 39 , qui porte qu'en démission de fief , le donataire doit le quint dernier , & que le parent du donateur ne peut l'avoir par retrait lignager ; & art. 125 qui répète cette dernière disposition , & l'étend à l'héritage de roture : la coutume de Rheims , art. 237 , qui ne permet de comprendre dans la démission que les meubles , les acquêts & les conquêts , & la moitié du naissant du donateur : celle de Bourbonnois , art. 409 , qui , en démission , exclut aussi le retrait. Celle de Poitou , art. 204 , 205 & 206 , qui , lorsque la démission est faite au profit des enfans du démettant , permet à ses autres enfans , ou à leurs représentans de demander d'être admis à y participer , quant aux héritages seulement , en offrant de supporter les charges à proportion. Celle d'Angoumois , art. 50 , qui , si la donation est faite au profit d'un étranger , permet aux hoirs de prendre la charge dans l'an , & de débouter ledit étranger : & celle de Sedan , art. 54 & 55 , qui est conforme à celle de Vitry.

Coutumes qui autorisent les démissions , & leurs dispositions.

Ce n'est donc pas seulement dans notre coutume de Metz qu'il est permis à toutes personnes jouissantes de leurs droits , *de se démettre de leurs biens , EZ MAINS DE QUI BON LEUR SEMBLERA , ET SOUS TELLE CONDITION QU'IL LEUR PLAIRA.* Art. 1 & 2 du tit. 7. Les démissions sont admises dans toutes les coutumes. Je n'en connois du moins aucunes qui les rejettent ; & elles ont lieu dans celles qui n'en parlent pas. Voy. Le Grand sur l'art. 59 de la coutume de Troyes , gl. 2 , n°. 17.

Cependant quelques jurisconsultes ont pensé qu'on ne pouvoit faire de démission qu'au profit de ses enfans , ou de ses autres héritiers présomptifs ; & qu'il faut y suivre l'ordre naturel des successions , en leur laissant à tous & à chacun d'eux les parts & portions que la loi leur destine. Boulenois , *questions sur les démissions , vers la fin de la question première* , embrasse cette opinion , qu'il paroît avoir puisée dans M. d'Argentré. Mais malgré leur autorité , 1°. on doit évidemment tenir tout le contraire dans les coutumes que je viens d'indiquer , qui portent ou qui supposent qu'on peut se démettre de ses biens au profit d'un étranger , & au profit d'un de ses enfans , quoiqu'on en ait d'autres. Boulenois lui-même , *ubi sup.* , convient que la coutume de Normandie & celle de Vitry qualifient démissions des actes passés en faveur d'un

27
Au profit de qui elles peuvent être faites.

TIT. VI.
Observ. 17e.

3.
Définition de la
démision.

étranger ; mais il répond que c'est seulement pour marquer le délaissement de la possession que le donateur peut faire de ses biens au donataire, en exécution de la donation ; réponse qui n'affoiblit pas l'argument que ces coutumes fournissent contre son opinion, & qui prouve au contraire, que de son aveu, elles donnent le nom de démisions à une donation de la propriété de tous ses biens, avec délaissement de la possession ; & c'est aussi, à mon avis, la véritable idée qu'on doit se former dans ce contrat.

2°. Je ne crois pas le sentiment de Boulenois plus soutenable dans les coutumes, qui n'expriment pas si nettement qu'on peut se démettre au profit de qui l'on veut. Cet auteur ne se fonde & ne se peut fonder que sur ce que les démisions sont des successions anticipées. Mais quoique cela soit quelquefois vrai, savoir, lorsque les démisions sont faites au profit des héritiers présomptifs, & alignées sur les dispositions de la loi qui les appelle à la succession des démettans, s'ensuit-il nécessairement de-là qu'elles ne peuvent être faites qu'en leur faveur, & qu'on ne peut se démettre au profit de chacun d'eux que des biens & des portions de biens qu'ils auroient recueillis *ab intestat* ? Rien ne prouve, suivant moi, que ces deux circonstances soient nécessaires dans les démisions : & il sera certain qu'elles n'y sont pas requises, si on admet ce que je tâcherai d'établir plus bas, que les démisions sont de véritables donations entre vifs. Boulenois lui-même ne prétend pas qu'il soit défendu de faire passer ses biens à qui l'on veut, mais seulement que si celui à qui on en délaisse actuellement la propriété & la jouissance, ne les auroit pas recueillis dans la succession de celui qui les lui transmet, l'acte n'est plus une démision, mais un autre contrat qui peut valoir dans la forme qu'on lui a donnée ; ce qui réduit la dispute à une question de nom, qui ne mérite pas que je m'y arrête plus long-tems.

4.
Ceux qui ont
des enfans ne
peuvent se dé-
mettre qu'entre
leurs mains.

Il sera plus utile d'observer que, quelques absolues que soient les expressions des coutumes, qui, comme celles de Metz, de Rheims & autres, permettent de se démettre entre les mains de qui l'on veut, on ne doit pas cependant donner à cette liberté une étendue qui blesseroit les droits de la nature, & la saine raison. Ces coutumes, & à plus forte raison, toutes les autres présupposent qu'il n'y a point de peres assez ennemis de leur propre sang, pour vouloir que leurs biens passent à des étrangers, au préjudice de leurs enfans. Ainsi M. D... a raison de dire que » dans » l'usage, on ne permet ces démisions au profit des étrangers, j'ajoute à des colla- » téraux, que lorsque les démettans n'ont point d'enfans ; parce qu'autrement ce » seroit les exhériter d'avance.

5.
Quid de la do-
nation au profit
d'un enfant
quand il y en a
d'autres ?

Cette raison s'applique à celui qui, ayant plusieurs enfans, en choisiroit un pour se démettre entre ses mains de tous ses biens, & déhériteroit par-là tous les autres. Il est donc, sans contredit, qu'ils ne perdrieroient pas leur légitime. Mais l'égalité entre enfans est tellement le vœu de la nature & de la loi, que je crois qu'on doit aller plus loin ; & qu'il seroit juste d'admettre tous les enfans qui le demanderoient à participer au bénéfice de la démision, à condition d'en supporter les charges.

charges. Si même l'une de ces charges étoit, de loger, nourrir & entretenir le démettant, ce ne seroit pas assez qu'ils offrissent d'y satisfaire à leur tour, & d'année en année, ou de mois en mois. Il y auroit de l'inhumanité d'ôter au pere le choix de celui de ses enfans, aux soins duquel il veut se confier, & avec lequel il veut finir ses jours. Mais il faudroit arbitrer largement, & cependant équitablement, la valeur de ces soins, & de la nourriture du démettant; & en indemniser celui chez lequel il voudroit se retirer, en obligeant les autres enfans de lui payer chacun sa quote-part, en sorte qu'il ne supportât que la sienne.

Je crois même que, pour être écoutés, il faudroit que les enfans demandâssent en tems convenable, & peu après la démission, d'être admis à y participer; aux offres de contribuer aux charges: du moins lorsque ces charges peuvent être assez fortes pour excéder la valeur des biens compris dans la démission; car alors si les enfans qui n'y sont pas appellés attendoient pour y demander part, la mort du démettant, ou que sa santé parût décliner, on pourroit, avec fondement, les soupçonner d'avoir craindre qu'elle ne fût onéreuse; d'avoir attendu l'événement; de n'avoir pas voulu en courir les risques, & de ne se présenter que parce qu'ils voient le profit certain.

Ce que je viens de proposer est à peu près conforme aux dispositions des coutumes de Poitou & d'Angoumois, que M. D... souhaite qu'on introduise dans notre coutume; mais en les adoptant, on ne pourvoiroit qu'en partie à l'intérêt des enfans. La coutume de Poitou ne permet à ceux qui ne sont pas appellés à la démission de demander d'y prendre part que *pour les héritages* (ce qui, en cet endroit, signifie les propres) *tant seulement*. Or la démission n'est pas moins inofficieuse, en ce qu'elle dépouille les enfans des meubles & des acquêts de leur pere (qui même souvent n'a que peu ou point de biens de ligne); qu'en ce qu'elle leur ôte ces derniers. La coutume d'Angoumois ne défend aussi les avantages entre les enfans, que pour l'héritage venu par succession; & n'accorde aux hoirs que quand *la donation est faite à un étranger*, le droit de *prendre la charge*, & de *débouter ledit étranger*; ce qui ne paroît pas suffire pour remédier à l'aveugle prédilection, ou à l'injuste aversion qui engage quelquefois les peres à gratifier un de leurs enfans aux dépens des autres. Il vaut donc mieux laisser la décision de ces fortes de cas à la prudence du juge, qui doit se déterminer suivant les circonstances.

Il seroit même très-difficile de tracer une regle générale applicable à tous les cas; car il y en a où il seroit injuste d'ôter au démissionnaire le bénéfice de son contrat, & d'ailleurs on donne assez souvent à ce contrat la forme d'une vente à fonds perdu. Ce n'en est pas assez, selon moi, si le contrat est passé au profit d'un enfant, & renferme tous les biens du pere, pour ôter aux autres enfans le droit de demander d'y prendre part aux conditions que j'ai marquées; car alors le contrat est une vraie démission, malgré la qualification que les contractans lui ont donnée, & qui ne

TIT. VI.
Observ. 17e.

doit pas l'emporter sur la réalité. *Plus valet quod agitur, quam quod simulatè concipitur.*

Mais si le pere n'a vendu à fonds perdu à l'un de ses enfans qu'une partie de ses biens, il faut, ce me semble, peser les circonstances, qui doivent marquer si le pere a fait une vente réelle & sérieuse, ou s'il a voulu faire au prétendu acquéreur un avantage déguisé sous le nom de vente. Si, par exemple, la vente du fonds perdu n'excede pas, ou qu'elle excède peu le revenu du bien qui fait l'objet du contrat, l'avantage est évident; mais si le revenu d'un vieillard infirme ne suffit pas pour lui procurer les soulagemens dont il a besoin, ou même les aïssances de la vie, suivant son état, peut-on justement lui ôter la libre disposition de ce qui lui appartient, & lui envier l'augmentation de revenu qu'il se procure par un fonds perdu? Quoiqu'il ait des enfans, aux dépens desquels il double ses rentes, & pourvoit à ses besoins; & à plus forte raison, lorsqu'il n'a point d'enfans.

Cependant ces ventes à fonds perdu indisposent toujours les héritiers présomptifs, & sont souvent attaquées même par les collatéraux. Tandis que j'écrivois ceci, il s'en est présenté un exemple.

Par contrat du 7 Février 1757, Noël La Roche, laboureur à Saul, âgé de 74 ans, vendit, céda & abandonna à Nicolas Burlureaux la généralité de tous ses biens meubles & immeubles, par-tout où ils pussent être situés, sans aucun rappel, pour en tirer l'usufruit dès l'instant du contrat, & lui appartenir en propriété après la mort du vendeur; à charge par l'acquéreur de lui payer annuellement, & par quartier, une somme de 300 liv., de le nourrir, habiller, loger & entretenir; de lui fournir une chopine de vin par repas, d'acquitter ses frais funéraires; de lui faire dire 300 messes, & en outre, de payer les subventions & impositions royales auxquelles il étoit assujetti. Après cet acte, La Roche se retira dans la maison de Burlureaux, y fut nourri & entretenu; y donna quittance de trois quartiers de sa rente viagere, & y mourut le 13 Octobre 1758. Jean François Simon & consorts, ses héritiers présomptifs, qui n'avoient rien dit de son vivant, s'éleverent après sa mort contre l'acte qui les dépouilloit des biens qui lui avoient appartenu. Ils firent interposer entre les mains de ses débiteurs & fermiers des saisies auxquelles Burlureaux forma opposition, & dont il obtint main-levée par une sentence rendue par défaut en la prévôté d'Harville, le 4 Mars 1761. Simon & consorts porterent l'appel de cette sentence au bailliage de Verdun, où ils prirent, contre l'acte du 7 Février 1757, des lettres de restitution fondées sur la simulation de ce contrat, sur la lésion qu'il contenoit, sur ce que La Roche étoit dans un état d'ivresse lorsqu'il l'avoit souscrit; enfin, sur la foiblesse d'esprit, & même la démence dans laquelle il étoit tombé. Le bailliage appointa les parties en droit: & sur l'appel de cet appointement, relevé à la cour par Burlureaux, & la demande en évocation du principal par lui formée, & consentie par les intimés, ceux-ci soutenoient que, quoiqu'on puisse convertir une vente en une rente viagere, le contrat de 1757 n'en pouvoit être une, puisqu'il ne con-

tenoit la stipulation d'aucun prix principal ; & que c'étoit une donation déguisée & nulle , parce qu'elle n'avoit pas été insinuée ; que regardée comme vente , elle contenoit une lésion d'autant plus considérable , que La Roche n'avoit survécu que vingt mois & quelques jours ; & au surplus, ils offroient de prouver par témoins les faits articulés dans les lettres de restitution. On conçoit aisément quelles étoient les réponses de l'appellant.

M. Bertrand de Bouchporn, avocat-général, établit que le défaut de stipulation d'un prix principal, converti ensuite en une rente viagère, n'empêchoit pas que le contrat du 7 Février 1757 ne fut une véritable vente ; parce qu'encore qu'une vente ne pût être faite que moyennant un prix certain, il n'étoit pas nécessaire que ce prix fut une somme fixe en argent ; que tout ce que l'acquéreur donne ou promet au vendeur, toutes les obligations que le premier contracte envers le second, constituent ce prix, & en tiennent lieu : que la simulation est une fraude qui ne se présume pas, & qui, d'ailleurs, ne se commet pas sans motif ; qu'ici les parties contractantes n'avoient aucune raison de déguiser sous un faux nom leurs véritables conventions ; puisque La Roche auroit pu donner à Burlureaux tous ses biens, même ceux de ligne, par une donation entre vifs, aux conditions portées par le contrat (1), & qu'ainsi rien ne l'obligeoit à feindre de les lui vendre ; que, par conséquent, le contrat devoit être regardé comme une vente sérieuse & parfaite, quoique la translation absolue de la propriété fut différée jusqu'à la mort du vendeur, par une singularité qui ne pouvoit être attribuée qu'à la simplicité des parties, & à l'ignorance de l'instrumentaire, qui avoit cru procurer à La Roche, par cette suspension de la propriété, plus de sûreté que ne lui en auroit donné l'hypothèque privilégiée, résultante de la vente : stipulation qui n'empêchoit pas que La Roche ne fut irrévocablement lié, & n'eut perdu tout droit de disposer des biens vendus au préjudice de Burlureaux (2) ; que s'il étoit possible d'ôter à l'acte la qualité de vente, & de le ranger dans la classe de quelqu'autre contrat, ce ne pourroit être que dans celle des démissions ; & qu'alors les intimés ne seroient pas plus en droit de l'attaquer ; parce que ceux qui pensent que si quelqu'un fait une démission au profit d'un particulier

(1) Voy. les art. 110 & 112 de la coutume de Verdun.

(2) Cela me paroît très vrai ; car quoique la vente ne soit parfaite que par la délivrance, & que si le même bien est vendu à deux personnes, le second acquéreur mis en possession de la chose vendue, soit préféré au premier à qui elle n'a pas été traduite ; ce principe n'auroit pas pu être opposé à Burlureaux, si postérieurement à son contrat, La Roche eut vendu ses biens à un autre, parce que Burlureaux en jouissoit, & que les fruits lui en avoient été abandonnés par son contrat. Ce qui suffisoit, sinon pour que la délivrance fut censée lui en avoir été faite, nonobstant la rétention de la propriété, au moins pour que La Roche ne put en transmettre la possession réelle à un second acquéreur.

qui n'est pas son héritier présomptif, ce particulier ne peut se dire démissionnaire ; par la raison que la loi ne lui promet rien, & ne doit pas le saisir un jour de la succession du démettant ; d'où ils concluent qu'il n'a pas été possible de la prévenir & de l'anticiper : ils pensent aussi que ce qui n'est pas possible par une démission, l'est par tout autre acte ; que si on fait passer ses biens à un étranger, ou si on ne les répartit pas entre ses héritiers présomptifs de la même manière qu'ils en auroient été repartagés par la coutume, à l'ouverture de sa succession *ab intestat*, le contrat ne fera plus une démission, mais que la disposition prendra la nature, & aura les effets de l'acte dont il aura reçu la forme (1). Ainsi cette opinion n'aboutiroit qu'à prouver que La Roche n'auroit pu faire une démission au profit de Burlureaux ; que le contrat de 1757 n'auroit pu valoir comme démission si les parties lui en eussent donné la qualification, mais qu'il valoit comme vente, qui est le nom que les parties lui ont donné (2).

M. Bertrand établit ensuite que cette vente ne pouvoit être annullée pour cause de lésion ; 1^o. parce qu'il n'y en avoit point. Les intimés ne portoient la valeur peut-être exagérée des biens de La Roche qu'à 6215 liv. ; & dans cette somme, ils faisoient entrer pour 1000 liv. les meubles qui avoient été remis à Burlureaux, dont rien ne justifioit la valeur, & dont d'ailleurs la vente ne pouvoit être rescindée sous prétexte de lésion. La pension viagère avoit été fixée à 300 liv., & seule elle excédoit manifestement le revenu des immeubles. L'obligation de nourrir & entretenir un vieillard, dont les maladies pouvoient exiger des dépenses & des soins, ne pouvoit pas être évaluée au dessous d'une autre somme de 300 liv. ; & ces deux charges viagères réunies, formoient, à dix pour cent, un capital de 6000 liv. : au part de-là l'appellant étoit chargé des frais funéraires du vendeur, & de lui faire dire 300 messes. Il n'y avoit donc point de lésion ; car ce n'est pas par l'événement qu'on peut en juger. La Roche n'a pas survécu long-tems ; mais il pouvoit vivre encore 15 ans & plus ; & Burlureaux avoit couru les risques du contrat qui pouvoit lui devenir très-désavantageux.

2^o. Parce qu'en matière de vente, la lésion n'est un moyen de restitution que quand elle est d'outre moitié du juste prix, ce qu'il est presque toujours impossible de montrer dans une vente à fonds perdu, sur-tout lorsque les charges viagères excèdent notablement le revenu des biens vendus.

Que le fait d'ivresse eut été un moyen de lettres dont la preuve eut été admise.

(1) Voy. Boulenois à Vendre cit. pag. 692 & 692.

(2) Il me semble qu'indépendamment du nom donné par les parties à leurs conventions, il étoit évident que ce n'étoit pas une démission, parce que ce qui caractérise la démission, c'est l'abandonnement actuel & absolu, tant de la propriété que de la jouissance. Voy. ci dessus, n^o. 3. & La Roche, en abandonnant dès à présent l'usufruit, s'étoit réservé la propriété de ses biens.

able, si La Roche l'eut allegué après la passation du contrat. Mais que loin de s'en plaindre, il l'avoit exécuté, avoit reçu sa pension, & étoit mort dans la maison de Burlureaux.

Enfin que la preuve testimoniale du fait de démence ne pouvoit être admise, au moins sans un commencement de preuve par écrit, que les intimés auroient pu se procurer cet adminicule, en faisant interdire La Roche. Mais n'ayant en aucun tems demandé son interdiction, leur silence emportoit une reconnoissance tacite, que leur parent avoit conservé sa raison jusqu'à sa mort; ce qui joint au danger de la preuve testimoniale, ne permettoit pas de s'arrêter à leur allégation contraire & tardive.

Que leur qualité d'héritiers présomptifs de La Roche, ne donnoit par conséquent de droit que sur ce qui pouvoit rester entre ses mains à sa mort de l'argent provenant des trois quartiers de pension qu'il avoit touchés, & sur les autres quartiers dont il n'y avoit de quittance, & qui paroissoient être tombés en arrérages, pour raison de quoi il étoit juste de leur réserver leur action.

C'est ce que la cour a fait par son arrêt du 14 Juillet 1768 qui, conformément aux conclusions de M. l'Avocat général, a mis l'appellation, & ce dont étoit appelé au néant, en émandant, évoquant le principal du consentement des parties, & y faisant droit, sans s'arrêter à la demande & entérinement des lettres de rescision prises par les intimés, dont elle les a débouté, a ordonné que la sentence rendue en la prévôté d'Harville seroit exécutée selon sa forme & teneur, sans préjudice des droits des intimés sur les biens délaissés par Noël La Roche, si aucun y a, autres néanmoins que ceux contenus dans le contrat de vente du 7 Février 1757, & condamna les intimés à tous les dépens, faits tant au bailliage de Verdun qu'en la cour.

Ainsi quoiqu'une vente générale de tous ses biens à fonds perdu produise le même effet qu'une démission, ce sont cependant deux contrats différens, & qu'il ne faut pas confondre. Je crois même que quand les héritiers de Noël La Roche eussent été ses enfans, que la décision eut été la même: non pas pourtant parce que le contrat n'étoit pas une démission, mais une vente, mais parce qu'il n'avoit été attaqué qu'après sa mort. Je ne crois pas possible d'interdire à un pere dont les revenus ne suffisent pas pour subvenir aux dépenses que demandent son âge & ses infirmités, la liberté d'y pourvoir en augmentant ces mêmes revenus par une vente à fonds perdu. Mais puisque ce contrat produit contre les enfans le même effet qu'une démission, je crois qu'en offrant d'en remplir les conditions, ils doivent en obtenir la préférence sur un acquéreur étranger: mais que ce n'est qu'en la demandant à tems; & qu'ils ne doivent plus être écoutés, s'ils ont laissé courir à l'acquéreur les risques de l'événement.

Notre coutume de Metz en ce qu'elle permet aux démettans d'apposer aux démissions telles conditions qu'il leur plaira, paroît à M. D... impliquer avec la rigueur de la maxime, *donner & retenir ne vaut*. Ce magistrat pensoit donc que du

7.
Si on peur, en démission, retenir la propriété ou la jouissance.

T. VI.
Observ. 170.

nombre des conditions que notre coutume approuvoit dans les démissions étoit la retention ou de la propriété, ou de la jouissance des biens dont on se démettoit. Mais on peut donner à la coutume de Metz une autre interprétation, & que je crois plus vraie, se démettre de son bien, c'est nécessairement en abandonner non-seulement la propriété, mais encore la jouissance; car ce terme se démettre emporte quelque chose de plus que celui de donner. Il désigne non-seulement une désappropriation totale, mais encore un désaisissement actuel, abandon absolu des choses dont on se démet, tant pour le domaine que pour la possession. On peut garder l'un ou l'autre, & cependant donner ce qu'on ne retient pas. Mais ce n'est plus se démettre du bien qui fait l'objet du contrat. Celui qui tant qu'il vivra abandonne la jouissance de ce qu'il possède, à un tiers, à charge qu'à sa mort ses biens retourneront à ses héritiers, ou à ceux au profit desquels il en aura disposé, fait une donation de l'usufruit de ces mêmes biens. Celui qui stipule que son bien, dont il se réserve la jouissance pendant sa vie, appartiendra à sa mort à celui qu'il veut en gratifier, fait une donation de la propriété; mais exactement parlant, ni l'un ni l'autre ne se démettent de leurs biens. Ainsi lorsque notre coutume dit qu'on peut se démettre de ses biens à telle condition qu'on veut, c'est comme si elle disoit qu'on peut imposer à celui à qui on en fait passer tout-à-la-fois la propriété & la possession, telles & conditions qu'on juge à propos; comme de nourrir, vêtir, loger, chauffer, blanchir, éclairer le démettant; d'acquitter ses dettes actuelles & ses funérailles; de lui payer une pension viagère, ou certaines sommes à d'autres; toutes clauses qui font une donation onéreuse, mais certainement n'ont rien de contraire à la règle, *donner & retenir ne vaut*, qui, à mon sens, doit être rigoureusement suivie à Metz dans les démissions.

8.
Les démissions
sont des dona-
tions entre vifs.

Dès que par ces actes le démettant est absolument dépouillé, M. D... ne me paroît pas fondé à les distinguer des donations entre vifs, *ut sic*. Ce ne sont pas, j'en conviens, des libéralités entièrement gratuites: le démettant ne s'y détermine pas par le seul motif de gratifier les démissionnaires; il semble, au contraire, y chercher principalement son avantage personnel, & il y stipule du retour. Elles ne sont pas du nombre de ces donations pures & sans mélange, dont j'ai parlé, obs. 1, n. 9, d'après la l. 1, D. *de donat*. Mais comme je l'ai dit au même endroit, les donations onéreuses sont mises au rang des donations.

D'ailleurs, si le caractère des donations entre vifs est, comme je l'ai prouvé sous le n. 4 de la même observation, d'avoir pour objet des biens fixes, déterminés, & connus, & d'attribuer sur iceux au donataire un don certain, dont il soit saisi à l'instant du contrat, les démissions sont évidemment des donations entre vifs: je reviendrai plus bas à cette question.

On objecteroit en vain que le démissionnaire ne devenant propriétaire des biens qui lui sont donnés, qu'à charge de remplir certains devoirs, ou de payer certaines sommes, les démissions sont au nombre des contrats innommés, *do ut des, do ut facias*.

On pourroit dire la même chose des ventes, des baux à fermes ou à loyer, & généralement de tous les actes où les parties contractantes s'obligent respectivement l'une envers l'autre. Mais on ne met au rang des contrats sans nom, que ceux qui dans le droit & dans l'usage, n'ont pas une dénomination particulière, & ne forment pas une classe à part. Ainsi les obligations dont une donation charge le donataire, ne suffisent pas pour lui ôter le nom & le caractère de donation.

J'ai même peine à deviner ce que M. D... entendoit par ces expressions, *les donations entre vifs, UT SIC.* » Il faut observer, dit-il, sur l'art. 2 du tit. 7, que ce » sont celles que l'art. 1 concerne, & dont il fixe la forme, au lieu que celui-ci con- » cerne les démissions. Or si, comme il y a bien de l'apparence, par ces expressions, *donations entre vifs, ut sic*, il entendoit les donations pures, & entièrement gratuites, il ne devoit plus y borner la disposition de l'art. 1, qui, de l'aveu de tout le monde, s'applique aux donations onéreuses, conditionnelles, & rémunératoires, & autres, dès qu'elles tombent sur des biens fixes & certains, & attribuent au donataire un droit actuel.

Je regarde donc les démissions comme des donations entre vifs. C'est certainement l'idée qu'en ont eue les rédacteurs de la coutume de Rheims. Voici les termes de l'article que j'ai cité; » toute personne débile ou constituée en vieillesse, ou mala- » die, se peut donner & amortir à tel qu'il lui plaira, en lui donnant entre vifs, » tous ses biens meubles, &c. à la charge d'être nourri, &c. Ce ne sont, en effet, que les personnes désignées dans cet article, & d'une fortune au dessous de la médiocrite, qui ont ordinairement recours à ce contrat, pour se procurer une subsistance assurée le reste de leur vie, en s'affranchissant des soins & des travaux, qu'ils ne sont plus en état de supporter, & sans lesquels cependant ils ne pourroient trouver, dans le revenu de leurs biens, de quoi fournir à leurs besoins.

Sous cet aspect, les démissions sont non-seulement très-favorables, mais nécessaires. C'est presque le seul moyen qui reste aux vieillards que la fortune a mal partagés, & qui n'ont plus la force de cultiver le peu de biens qu'ils possèdent, pour éviter les horreurs de l'indigence. Le Grand, Ancillon, & M. D... ont raison de dissuader ceux qui, en conservant leurs biens, peuvent y trouver leur subsistance, de s'en démettre. On ne doit pas recourir à cette ressource lorsqu'on peut s'en passer.

Il arrive fréquemment que ceux qui se sont démis de leurs biens, s'en repentent. L'inconstance naturelle à l'homme, quequesfois l'humeur chagrine qu'amène la vieillesse, beaucoup plus souvent l'ingratitude, & le défaut d'égards, & de complaisances des démissionnaires, & même du respect qu'on doit à ceux dont on a reçu la vie sont la source des regrets des démettans; & les devoirs des enfans envers leurs peres & meres, sont si étendus; les premiers sont si inexcusables, lorsqu'ils ne déferent pas à toutes les volontés des seconds, & même ne se prêtent pas à leurs fantaisies, sur-tout après avoir reçu d'eux tout ce qu'ils pouvoient leur don-

TIT. VI.
Observ. 172.

8.
A qui ce con-
trat est utile?

9.
Il est souvent
suivi de repen-
tir.

10.
On en relève
aisément les as-
cendans.

Tit. VI.
Obs. 17e.

ner, qu'on restitue aisément un pere, une mere, ou un autre ascendant qui, séduits par une affection indiscrete, se sont mis mal-à-propos dans la dépendance de leurs enfans. La démission est par elle-même une preuve d'une tendresse portée si loin de la part du démettant, que dans les démêlés qui surviennent entre lui & ses enfans, il est naturel de penser que ce sont ceux-ci qui ont tort; & la présomption d'ingratitude qui s'éleve de droit contre eux, suffit pour remettre le démettant dans la possession de ses biens, dont ils ne s'est dépouillé que parce qu'il s'attendoit, & qu'il avoit lieu de s'attendre à plus de reconnoissance.

11.
A cause de la
présomption
d'ingratitude
qui milite con-
tre les enfans.

12.
Pourquoi elle
suffit.

On doit d'autant moins exiger du démettant dans la ligne directe, pour le rétablir dans ses droits, des preuves plus fortes que cette présomption, que si on ne s'en contentoit pas, il arriveroit souvent, comme l'a remarqué Le Grand, *ubi sup.* que son action demeureroit » sans poursuites : pour n'avoir les peres & meres moyens de » fournir aux frais, s'étant défaits de tous leurs biens. C'est pourquoi telles causes » se devant juger *de plano...*, on leur permet ordinairement de rentrer dans leurs biens, » sans autre connoissance de cause ». Mais le motif des jugemens qu'ils obtiennent n'en est pas moins l'ingratitude des démissionnaires, suffisamment constaté par une de ces présomptions *juris*, qui dispensent de toutes preuves, & qui en tiennent lieu tant qu'elles ne sont pas détruites par des preuves contraires (1).

13.
Cela ne prouve
pas que les dé-
missions soient
révocables de
leur nature, &
à cause de mort.

Ainsi, quoiqu'on rende plus facilement aux peres & meres les biens dont ils se sont démis en faveur de leurs enfans, qu'aux autres donateurs, ceux dont ils ont disposé par des actes entre vifs, je ne crois pas qu'on doive en conclure que la nature du contrat de démission le rende révocable à volonté; encore moins que ce soit une donation à cause de mort (2), à la coutume de Rheims que j'ai citée, & qui qualifie si expressément ce contrat donation entre vifs, on peut ajouter toutes celles qui l'affujettissent au quint deniers, & même celles qui décident qu'il ne donne pas ouverture au retrait lignager; car eut-il été nécessaire d'en affranchir les démissions, par une disposition expresse, si par essence elles eussent été révocables à cause de mort?

14.
Elles pour-
roient être ré-
vocables sans
être à cause de
mort.

D'ailleurs, quant même, ce que je crois très-faux, la révocabilité seroit de l'essence des démissions, ce n'en seroit pas assez pour leur ôter la qualité de donation entre vifs; car puisque cette qualité dépend de l'effet actuel de l'acte, sur des biens certains & connus, qu'il a fait à l'instant de la passation, passer au donataire, & non pas de son irrévocabilité; puisqu'il y a des donations irrévocables, & cependant à cause de mort, comme les institutions contractuelles, ou plus approchantes de la donation à cause de mort que de celle entre vifs, comme les dons mutuels, ainsi qu'il a été établi ci-dessus, obs. 1, n. 6 & suiv. & obs. 15, n. 2 & suiv. Rien

(1) Voy. mon traité des preuves.

(2) Voy. plus bas n. 17 & suiv.

n'empêcheroit selon moi, de regarder réciproquement les démissions comme révo-
cables, & cependant comme donations entre vifs, ou plus approchantes de la do-
nation entre vifs que de celle à cause de mort; par la raison qu'elles ont un effet
actuel & présent sur des biens certains & connus, dont le démissionnaire est saisi,
& mis en possession à l'instant de la passation du contrat.

Cependant l'opinion pour laquelle je me suis déclaré ci-devant, n. 8, est très-controver-
sée. M. D... sur l'art. 2 du tit. 7 de la coutume de Metz, assure qu'il est passé en principe
dans la jurisprudence françoise, que les démissions sont révocables. Il est d'autant plus
excusable d'avoir parlé si affirmativement, que Dumoulin, Ricard & Le Brun,
les ont regardées comme telles. Il ajoute encore, qu'il n'est pas permis de douter dans
notre coutume, que la démission ne soit révocable.

Mais malgré ces assertions, la révocabilité des démissions conçues en forme de
donations entre vifs, n'est pas, à beaucoup près, universellement adoptée: & la cé-
lébrité de ceux qui la défendent, & qui ne l'appuient presque uniquement que sur
quelques arrêts, ne nous dispense pas de l'examiner. Voyons donc d'abord si elle
est suffisamment prouvée par les arrêts sur lesquels on la fonde. Après quoi nous re-
chercherons si elle est moins douteuse dans la coutume de Metz que dans les
autres.

Les principaux de ces arrêts sont ceux des 25 Mai 1645, & 17 Mars 1671. Dans
l'espece du premier, rapporté au liv. 4 du 1er. tom. du journal des audiences de
l'ancienne édition, on voit qu'il y avoit des plaintes & faits d'ingratitude, mis en
avant par les pere & mere, qui demandoient de rentrer dans leurs biens, dont ils
s'étoient démis; & quoique Dufrene pense que l'arrêt ait été moins fondé sur ces
plaintes, parce qu'il n'y en avoit, dit-il, aucune preuve que sur ce que la démission
dont il s'agissoit, n'avoit pas été rédigée en forme de donation entre vifs, & que
» les démissions ainsi conçues, sont réputées faites per modum ultima voluntatis, &
» par conséquent, révocables ad nutum, si ceux qui les ont faites n'y persévèrent jus-
» qu'au tems de leur décès; il ne m'en paroît pas moins évident par les termes
mêmes de l'arrêtiste, que ce préjugé ne prouve rien pour les démissions autrement
conçues. Comment établirait-il que la révocabilité est si naturellement attachée aux
actes de démission, qu'elle a lieu lors même qu'ils sont stipulés irrévocables? Quoi-
que aucune expression de celle dont il s'agissoit ne marquât que l'intention du pere
& de la mere, qui s'étoient démis, eut été de faire un acte irrévocable, ils crai-
gnoient cependant qu'on ne le regardât comme tel, par la seule nature de ce contrat,
puisque ils avoient eu recours à des lettres de restitution, & qu'il n'auroit pas été be-
soin de se faire restituer contre un acte dont l'essence eût été d'être révocable ad
nutum; en sorte que tout ce que Dufrene auroit dû conclure de ce que l'arrêt n'a-
voit pas exigé des pere & mere, en preuve des faits d'ingratitude de leurs enfans,
sur lesquels ils fondaient leurs lettres, c'étoit tout au plus ce que je viens de dire,
que l'ingratitude se présume de plein droit, par cela seul que les enfans en agissent

TIT. VII.
OBSERV. 17e.

de maniere à faire repentir leurs pere & mere de s'être dépouillés de tout en leur faveur, & que ceux-ci en font crus sur leur allégation, sans autre connoissance de cause; & c'est aussi à quoi Le Grand attribue l'arrêt de 1645.

Les auteurs du journal du palais, qui rapportent celui du 17 Mai 1671, y font dire à M. Talon » qu'il est inutile de vouloir déterminer précisément si l'acte du » 5 Août 1664, dont il s'agissoit, est une démission de biens, ou une donation » entre vifs; car si c'est, disent-ils, une démission de biens par un pere à ses enfans, » l'on ne peut pas douter que cet acte ne soit révocable, par la disposition du droit » civil, & par celle de nos coutumes (1): sans que celui qui révoque soit obligé » de rendre raison du changement de sa volonté. Ce n'est qu'un acte dont la dis- » position est estimée à cause de mort, & qui est révoqué par le prédécès de celui » au profit de qui il est fait (2).

Les journalistes, & si on les en croit M. Talon, supposoient donc que les démissions des peres à leurs enfans, (ils ne parlent que de celles-là), n'étoient que des donations à cause de mort, & qu'elles étoient révocables *ad nutum*; mais ils le supposoient sans l'établir. Ainsi on peut les mettre au nombre de ceux qui ont cru les démissions, au moins celles faites par les peres à leurs enfans, de pures dispositions de dernière volonté. Mais on ne peut pas confirmer cette opinion par l'arrêt de 1671, qui, à mon sens, ne prouve pas plus que celui de 1645, que dans la these générale, les démissions conçues dans les termes, & revêtues des formalités des donations entre vifs, soient cependant des donations à cause de mort & révocables, pas même quand elles sont faites par un ascendant.

Ni l'un ni l'autre de ces arrêts n'ont prononcé sur cette question. Dufrêne, en

(1) Ce qui est dit ici du droit civil & des coutumes me paroît hasardé. Il seroit plus aisé de prouver par le droit civil que les démissions qui ne laissent rien au démettant dont il puisse tester, sont nulles que révocables. Voy. ci après n°. 17; & quant aux coutumes, on ne peut alléguer en preuve de la révocabilité des démissions, que l'art. 17 du chap. 34 de celle de Nivernois, & l'art. 216 de celle de Bourbonnois. Ce sont du moins les seules que M. D... cite: encore ces deux coutumes ne parlent-elles pas expressément des démissions que les peres & meres font à leurs enfans, sans préciput ni avantage pour aucun d'eux; mais des partages anticipés (qui peuvent se faire sans se démettre) & qu'elles valident; quoique inégaux, pourvu qu'ils ne blessent pas la légitime, mais déclarent révocables. L'art. 216 de la coutume de Bourbonnois paroît même n'être qu'une conséquence de l'art. 217, qui prohibe toute donation entre vifs, des peres à leurs enfans, hors contrat de mariage. Mais en appliquant ces coutumes aux démissions, seroit-on fondé à conclure de leurs dispositions, que l'esprit général du droit coutumier soit de regarder les démissions comme à cause de mort, & révocables, tandis que tant d'autres coutumes les mettent expressément ou tacitement au nombre des donations entre vifs?

(2) Nous verrons, au contraire, sous le n°. 20, que le décès du démissionnaire met un nouvel obstacle à la révocation.

rapporant celui de 1645, dit que l'acte dont la révocation a été jugée valable » ne contenoit les mots essentiels, & néanmoins communs, qui ont accoutumé » d'être inférés ez donations entre vifs, pour être perpétuelles & irrévocables; con- » séquemment que la durée & subsistance d'icelle dépendoit toujours de la bonne » volonté des peres & meres. Il suit de-là qu'une démission qui n'est pas conçue en forme de donation entre vifs, n'en est pas une; mais nullement que la démission soit, par sa nature & essentiellement, une disposition révocable à volonté.

Blondeau & Gueret ne décident pas quelle étoit la nature de l'acte du 5 Août 1664, sur lequel est intervenu l'arrêt de 1671. Ils ne veulent pas examiner cette question, & même en l'écartant, ils donnent à entendre qu'il ne contenoit pas les stipulations qui caractérisent les donations entre vifs. Ce n'est donc pas la nature de la démission qui a donné lieu à l'arrêt. Les journalistes nous apprennent bien clairement pourquoi il a jugé celle dont il s'agissoit valablement révoquée. C'est, 1^o. parce qu'elle manquoit d'une formalité essentielle aux donations entre vifs. Si c'en est une, disent-ils, » ainsi que l'intimé le prétend, comment peut-on la soutenir ? » Il n'y a ni procuration pour infinuer, ni infinuation faite en conséquence (1) ; 2^o. parce que Henry Duret, dont la veuve soutenoit l'irrévocabilité de la démission, étoit tombé dans la plus noire ingratitude. » Peut-on, c'est le langage que les arrê- » tistes mettent dans la bouche de M. Talon, entendre sans indignation que Henry » Duret demeurant chez son pere, l'assistant en apparence, oublie le respect qu'il lui » doit, jusqu'à ce point de contracter un mariage sans lui en parler, sans en parler » à sa belle-mere (qui avoit fait la démission conjointement avec son mari), à ses » freres, à un grand nombre de parens de qualité, demeurans à Paris; qu'il con- » tracte ce mariage clandestinement; qu'il demeure dans la maison comme non ma- » rié; & qu'il se marie pour faire injure à sa famille...; qu'il contracte un mariage » très-inégal...; toutes ces circonstances rendent la conduite de Henry Duret très- » blâmable, & contraire à l'honnêteté des mœurs, mais sur-tout à la sûreté des fa- » milles, &c. «.

Voilà de tous les arrêts par lesquels on prétend prouver que l'esprit général de nos

TIT. VI.
Observ. 170.

16.
Une démission
qui n'a pas la
forme d'une do-
nation entre
vifs est à cause
de mort.

(1) On ne peut donc pas mettre cet arrêt au nombre de ceux que Ricard, des donat. part. 1, ch. 4, sect. 2, dist. 2, n. 994, dit avoir déclaré les donations ou démissions universelles de tous biens, faites par les peres au profit de leurs enfans, révocables, quoiqu'elles eussent été conçues entre vifs, & qu'elles eussent été revêtues de toutes les solemnités nécessaires pour les faire valoir en cette qualité. J'en ai oui, ajoute-t-il, prononcer deux. Mais quelque respectable que soit son autorité, on peut assurer que sa mémoire le servoit mal ici: puisque le premier de ces deux arrêts est celui de 1645, & que nous venons de voir constaté par Dufrêne, que la démission dont il a validé la révocation, ne contenoit aucune des expressions essentielles aux donations entre vifs.

coutumes est de faire regarder les démissions comme des donations à cause de mort, & révocables *ad nutum*, les seuls dont on connoisse l'espece : & tous deux sont manifestement rendus sur des particularités qui ne permettent pas d'en conclure dans la these générale, la révocabilité des démissions conçues en forme de donations entre vifs. Si les défenseurs de cette opinion parlent de quelques autres arrêts, ils ne nous en apprennent pas les circonstances : & il me paroît d'autant plus nécessaire de les attribuer ou au défaut des clauses & des stipulations qui constituent la donation entre vifs, ou à l'omission des solemnités, sans lesquelles cette donation ne peut valoir comme telle, ou à l'ingratitude des démissionnaires prouvée, ou au moins présumée légalement, qu'il faut les concilier avec d'autres arrêts, dont je parlerai bientôt, & qui ont jugé les démissions irrévocables, même celles faites par les peres & meres en faveur de leurs enfans.

On prétend même que c'est la jurisprudence constante du parlement de Bretagne. Quelques-uns mettent cependant M. D'Argentré au nombre des partisans de la révocabilité des démissions ; mais ont-ils bien examiné son sentiment ? Il dit, sur l'art. 266, in V^o. par quelque titre que ce soit, cap. 4, n^o. 4 & 5, en parlant de l'ancien usage, *effectus demissionis fuit, ut dominium & proprietas bonorum omnium in dimissarium per inde transferetur, ut ex alio quolibet contractu, jure civili habili, & legitimo. Ita fiebat ut dimittenti nullum jus alienandi, aut hypothecæ subiciendi relinqueretur... ; nec enim revocari dimissio poterat, nisi ex quibus causis, aut ex hereditatio, aut donationis revocationes fierent* : & venant ensuite à l'usage moderne & actuel, il dit, n^o. 32. : *Jus revocandi ipsi donatori nullum est, quem suus consensus premit & repellit, & suum factum obligat ad id prestandum, quod semel spondit alteri stipulanti, & in contractum deduxit*. Il prétend même que les démissions ne peuvent être révoquées dans les cas où les autres donations entre vifs peuvent l'être. *Revocatorie actiones donatoribus, non demissoribus dantur*. Je ne crois pas qu'on doive porter jusques-là l'irrévocabilité des démissions ; mais je n'en suis pas moins en droit de revendiquer l'autorité de M. D'Argentré.

Jacques de Guengat avoit fait, le 5 Octobre 1624, démission de ses biens au profit de son fils du même nom, sous la réserve d'une pension de 1200 liv. Depuis il s'étoit remarié, avoit révoqué sa démission, & obtenu des lettres de rescission, dans lesquelles il articuloit des faits de surprise & d'induction ; mais il se fondoit moins sur ces faits, que sur la nature de l'acte, sur le changement de son état, & sur l'art. 537 de la coutume de Bretagne. Il soutenoit, 1^o. que la démission est une anticipation d'hérédité, une disposition testamentaire, *quæ semper revocabilis est* ; 2^o. qu'il ne s'étoit démis que parce qu'attendu son grand âge & ses infirmités, *sibi ipsi & rebus suis superesse non poterat* ; mais qu'il y avoit pourvu, en prenant une compagne, dont la prudence & les soins suppléeroient à ce qu'il n'étoit pas en état de faire ; 3^o. que si la coutume de Bretagne permet de se démettre de ses biens, en tout ou en partie, c'est avec rétention de l'usufruit d'iceux : rétention qu'il disoit

être la forme spécifique de la démission statutaire, & qui ne se trouvoit pas dans l'acte qu'il attaquoit, où il ne s'étoit réservé qu'une pension, devenue depuis son second mariage, insuffisante pour soutenir la dépense de son ménage selon sa qualité.

TIT. VI.
Oblerv. 176.

Le fils répondoit au premier point, qu'il n'est pas véritable que la démission soit une disposition testamentaire; que c'est un contrat sinallagmatique, & par conséquent irrévocable, sinon pour les mêmes causes pour lesquelles un autre contrat pourroit être rescindé: au second, que bien loin que le convol du démettant favorisât la révocation de la démission, ce mariage étoit fait si à contre-tems à l'âge de 70 ans, & avec une dame, à la vérité de très-bon lieu, mais sans biens, & qui ne l'avoit recherché que pour pouvoir payer ses dettes; que ce second mariage seul, & indépendamment de tout autre moyen, auroit suffi pour rendre la démission indissoluble & irrévocable: au troisième point, que la coutume, en autorisant la rétention d'usufruit dans les démissions, ne rendoit pas cette stipulation nécessaire, & n'en faisoit pas une condition spécifique, & essentielle de ces actes: qu'à la vérité, il falloit pourvoir aux besoins du démettant, mais qu'on le faisoit plus souvent par rétention de rente & pension (ou par quelque autre moyen, comme l'obligation de le nourrir & entretenir) que par rétention d'usufruit; cependant, pour témoigner le desir qu'il avoit de donner toute sorte de contentement à son pere, il offroit d'augmenter de 800 liv. la pension annuelle qu'il s'étoit réservée.

La présomption d'ingratitude dont j'ai parlé cessoit dans cette espece. Il étoit évident par les circonstances, que c'étoit uniquement le second mariage du pere, & nullement les mauvais procédés du fils, dont les offres volontaires faisoient au contraire l'éloge, qui avoient occasionné la révocation. » Il fut présumé, dit Ricard, » *ubi sup.* n. 997, que la révocation que le pere vouloit faire de la libéralité qu'il » avoit faite volontairement... procédoit d'une cause étrangere, & de la suggestion » d'une seconde femme. Aussi fut-elle rebutée par arrêt du 24 Octobre 1625, rapporté par Frain, tom. 1, ch. 87.

Le même Ricard convient au n°. suivant qu'il y a bien d'autres arrêts conformes: & que même en retranchant celui dont on vient de voir l'espece, qu'il croit avoir eu pour fondement, la haine des secondes nocces; (ce qui n'est vrai qu'en ce que le convol faisoit cesser la présomption d'ingratitude de la part du démissionnaire) & en écartant de même ceux qu'on peut attribuer à des motifs particuliers » nous trouverons que les autres sont en nombre égal, de part & d'autre; & ainsi la contrariété qui se rencontre dans les préjugés, fait que nous pouvons y fonder notre » résolution; & que les démissions des ascendans sont révocables essentiellement & » par leur nature; » mais si nous tenons qu'elles ne peuvent être révoquées que lorsque l'ingratitude des enfans démissionnaires est prouvée, ou légalement présumée par les circonstances, il n'y aura plus de contrariété dans les arrêts, & tous se réuniront pour fonder cette résolution.

TIT. VI.
Oblerv. 170.

17.
Les partisans
de l'opinion que
les démissions
sont révocables,
la bornent à
celles faites en
directe.

J'ajouterai à tout ce que je viens de dire, 1°. que les auteurs du journal du palais, Ricard, &c. n'attribuent la révocabilité qu'aux démissions faites par les peres & meres à leurs enfans. Or je ne crois pas qu'on puisse dire que ces démissions sont d'une nature différente de celles des démissions faites par un collatéral, ou par un étranger. Si donc celles-ci ne sont pas révocables, il me semble qu'on ne peut plus dire que la nature de ce contrat y attache la révocabilité, & par conséquent, qu'on ne peut plus attribuer qu'aux circonstances les arrêts qui ont validé les révocations faites par les peres & meres.

2°. M. D... convient qu'Auzannet & Ferriere sont d'un sentiment contraire au sien, auquel on peut d'ailleurs opposer une autorité qui me paroît encore beaucoup plus respectable. C'est celle de l'art. 18 du titre des donations, des arrêtés faits chez M. le PP. de Lamoignon, dont voici les termes. » Les démissions faites par pere ou » mere, de la totalité ou d'une partie de leurs biens sont irrévocables. « Bien plus, Ricard lui-même, ibid. n. 995, convient de cette irrévocabilité quand la donation n'est pas de tous biens, mais seulement faite *per modum quotæ*. Il me semble qu'en toute autre occasion on ne met aucune différence entre les donations universelles, & celles faites *per modum quotæ*. Pourquoi les distinguer ici ? Sur quel fondement n'admettroit-on pas pour les premières l'irrévocabilité qu'on ne croit pas pouvoir refuser aux secondes ?

Faber, sur l'art. 1 du tit. 10 de la coutume de Lorraine, n. 1108, dit » qu'on peut » donner entre vifs tous ses biens, à la charge d'être nourri & alimenté durant sa » vie, & d'accomplir son testament jusqu'à une somme limitée. « Ce qu'il fonde sur l'art. 237 de la coutume de Rheims, qu'il regardoit par conséquent comme conforme au droit commun : & sur la loi 1, *cod. de donat. quæ sub modo*, qui fournit en effet un argument très-fort pour l'irrévocabilité des démissions des ascendans ; puisqu'en autorisant un aïeul à rentrer dans les biens dont il s'étoit démis en faveur de sa petite-fille, à charge qu'elle lui fourniroit certains alimens, *eo quod legi illa obtemperare noluerit*, elle donne lieu de conclure que la démission n'auroit pas paru révocable au législateur, si l'obligation qu'elle impoitoit à la démissionnaire eut été par elle exactement remplie.

Buridan sur le susdit art. de la coutume de Rheims va bien plus loin. » L'on tient » aussi pour constant, dit-il n. 5, que telle donation ne peut être révoquée comme » les autres simples, par la loi *si unquam*... & quand je dis qu'elle ne se peut » révoquer, j'entends en satisfaisant aux charges d'icelles, par le donataire. Autre- » ment elle pourroit être révocable, par la l. 1. *cod. de donat. quæ sub modo*. «

Je demande maintenant si une opinion à laquelle on peut opposer tant de suffrages, dont quelques-uns sont infiniment respectables, & qui tous peuvent être appuyés sur la loi, & sur les dispositions de plusieurs coutumes ; je demande, dis-je, si cette opinion pouvoit être donnée pour un point passé en principe dans la jurisprudence françoise ?

Reste à examiner si M. D... est mieux fondé à dire *qu'il n'est pas*, sur-tout, *permis de douter dans notre coutume de Metz, que la démission ne soit révocable* Il en donne pour preuve 1°. un arrêt du 16 Juillet 1723, dont tout ce qu'il dit, c'est qu'il a été rendu » en faveur de Daniel le Clerc & conforts intimés, contre Isaac » des Carrieres, marchand à St. Quentin, appellant d'une sentence du bailliage de » Metz, qui avoit donné acte à Pierre le Clerc, orfèvre de cette ville, de la ré- » vocation par lui faite d'une démission de tous biens, qu'il avoit faite à ses enfans, » avec rétention d'une pension de 800 liv., de l'usufruit d'un appartement, & de » l'usage de quelques meubles «: Cette démission étoit-elle conçue dans les termes, & revêue des solemnités d'une donation entre vifs? M. D... nous le laisse ignorer. Tout ce qu'il nous apprend, c'est que, contenant la rétention d'usufruit d'un appartement, & de quelques meubles, elle violoit la regle *donner & retenir ne vaut*, dans le sens rigoureux qu'elle a donné dans la coutume de Metz. Or pour qu'il ne soit pas permis de douter que la démission ne soit révocable dans cette coutume, suffit-il que la révocation ait été admise par un arrêt dont l'espece est entièrement inconnue, dont on ne peut deviner les motifs, & dont la disposition est contraire à plusieurs autres arrêts que je vais rapporter?

2°. M. D... dit que » notre coutume ne donne effet, même aux vraies dona- » tions entre vifs, que lorsque de la part du donateur, il y a une désappropriation ab- » solue; de sorte que les réserves ou retentions sur la chose donnée, rendent la do- » nation nulle, & à plus forte raison lui ôtent l'irrévocabilité «. Sans doute, si ces réserves & retentions tombent sur l'usufruit que le contrat conserve au démettant, & si elles ôtent aux démissionnaires la jouissance actuelle des biens donnés. Cette contravention à la coutume se trouvoit dans la démission de Pierre le Clerc, au moins pour une partie de sa maison & de ses meubles: & peut-être que M. D... nous donne ici sans y penser, le vrai, ou du moins l'un des principaux motifs de l'arrêt de 1723. Mais lorsque les démettans transfèrent non-seulement la pleine propriété, mais aussi la jouissance entière & actuelle des biens donnés, M. D... ne prétendoit pas sans doute que pour annuler la démission, il suffisoit qu'elle chargeât le démissionnaire de nourrir, & d'entretenir le démettant, ou de lui faire une pension: puisque l'art. 2 du tit. 7 porte en termes exprès que les personnes qui jouissent de leurs droits peuvent se démettre de leurs biens, *sous telles conditions qu'il leur plaira*. Si donc ce magistrat ne fondeoit la révocabilité des démissions que sur les réserves & retentions qui ne peuvent pas avoir lieu à Metz, il auroit dû regarder comme irrévocables toutes celles qui emportant une désappropriation absolue, & une dépossession réelle, ne contiennent que des conditions, qui bien loin de *renverser l'esprit & les dispositions de notre coutume*, pour user de ses termes, y sont exactement conformes.

3°. Il ajoute que » la coutume de Metz est différente de la plupart des coutumes » du royaume, qui n'admettent les démissions qu'en faveur des enfans, ou du moins

TIT. VI.
Observ. 17e.
18.
Elles font révo-
cables à Metz.

Tit. VI.
Observ. 17e.

» des héritiers présomptifs, au lieu que par ces mots généraux dont use ledit art. 2 :
» *ex mains de qui bon leur semblera*, il les autorise même au profit des étrangers. Il
» est donc juste que si elles peuvent être révoquées contre les enfans, ou héritiers
» présomptifs, elles puissent l'être aussi contre les étrangers ». Toutes les parties de
ce raisonnement prêtent également le flanc à la critique.

D'abord, loin que la différence que M. D... imagine entre la coutume de Metz & la plupart des autres soit réelle, il n'y en a presque point qui n'admettent les démissions au profit des étrangers, comme au profit des enfans, ou des héritiers présomptifs. Plusieurs le portent expressément, & leur disposition est suivie dans celles qui n'en parlent pas. D'autres le supposent, en refusant aux enfans, ou autres parens, de rentrer par la voie du retrait lignager dans les biens qui sont sortis de leur famille par une démission. Voy. sous le n°. 1 de cette observ. les art. 39 & 125 de la coutume de Vitry ; & l'art. 55 de celle de Sedan en donne la raison. C'est que « celui qui se démet de ses biens, à charge d'être nourri, élit l'industrie & » prud'homme de la personne à qui il donne, & ne voudroit être nourri par autres. » Il choisit, dit Saligny, la personne avec laquelle il veut achever ses jours ». C'est à quoi Dumoulin attribue l'art. 469 de la coutume de Bourbonnois qui en démission exclut le retrait. *Hoc justum*, dit-il dans sa note sur cet article, *ut facilius inveniat cui vitam & alimentum suum committat*. Cette raison est si forte que les héritiers ne peuvent demander la préférence que dans un très-petit nombre de coutumes, dans lesquelles elle cesse même d'avoir lieu, si le démettant paroît avoir eu ses raisons pour préférer un étranger à ses parens. C'est la remarque de Dumoulin sur l'art. 50 de la coutume d'Angoumois, qui, comme je l'ai dit ci-dessus n. 1, lorsque la démission est faite au profit d'un étranger, permet aux hoirs de prendre la charge dans l'an, & de débouter ledit étranger, *fallit*, dit ce grand jurisconsulte, *si constet extraneum delectum propter insignem ejus bonam vitam, vel propter morositatem propinquorum*.

En second lieu M. D... suppose que les démissions son révocables contre les enfans ou héritiers présomptifs. A l'égard des enfans, c'est mettre en principe ce qui est en question : & quant aux autres héritiers présomptifs, c'est contredire ceux mêmes dont notre commentateur pouvoit invoquer l'autorité ; car presque tous ceux qui pensent que les démissions sont révocables, ne le disent que de celles faites au profit des descendans du démettant, & conviennent que si elles sont faites à d'autres, même à des parens, elles ne peuvent plus être révoquées que comme les autres donations entre vifs, pour les causes de droit.

A ce que j'ai déjà dit sur ce point, n. 10 & suiv. j'ajouterai que Saligny est un de ceux qui, sans faire attention aux particularités de l'espece de l'arrêt de 1645, relevées n. 15 ci-dessus, en tirent la conséquence générale, que les démissions faites en ligne directe, ne tiennent qu'autant qu'il plaît aux donateurs. Mais, dit-il, sur l'art. 39 de la coutume de Vitry, » à l'égard des autres personnes, la difficulté seroit plus gran-
» de ;

19.
En démissions
retrait n'a pas
lieu.

20.
Confirmation
de ce qui est dit
n. 17.

de : parce que cette donation est du nombre de celles que nous appellons entre vifs, & qui sont irrévocables. Ainsi tout ce qu'il accorde aux démettans, autres que les ascendants, c'est que » s'il y avoit antipathie, ou mauvais traitement de la part » du donataire, la prudence du juge l'obligeroit de séparer les parties, à quelque » composition «; c'est-à-dire, de ne pas forcer le démettant de vivre chez le démissionnaire, & remplacer les alimens dûs en essence par celui-ci, par une pension proportionnée à leur valeur. Ricard dit même bien plus généralement, *ubi sup.*, n. 996, que par un arrêt du 30 Mai 1656, il a été décidé que la jurisprudence qui, selon lui, autorise la révocation des démissions faites aux enfans, *ne devoit pas être étendue en collatérale*; ce qui me paroît bien propre à confirmer l'opinion où je suis, & que j'ai expliquée, n. 10 & suiv. que les devoirs qui sont imposés aux enfans par la nature & par la religion, & la forte présomption d'ingratitude qui s'éleve contre eux, du seul fait que leurs peres se repentent des preuves de tendresse qu'ils leur ont données, sont le seul fondement des arrêts sur lesquels quelques auteurs ont cru pouvoir fonder la révocabilité des démissions faites en faveur des enfans.

Et quelle autre raison de différence ces auteurs pourroient-ils donner entre les démissions en directe, & celles en collatérale? La nature des contrats dépend de la qualité des personnes au profit desquelles ils sont passés. L'essence, & l'effet des deux actes passés en famille, & conçus dans les mêmes termes, peuvent ils être opposés, parce que le degré de parenté des contractans n'est pas le même? Les partisans de la distinction que je réfute ne sont-ils pas même forcés d'accorder aux démissions en directe, des effets qui ne peuvent convenir qu'aux donations entre vifs, & irrévocables? Ricard dit *ibid.* que par un arrêt du 1er. Août 1650, » il a » été jugé que la révocation n'empêchoit pas que la femme d'un des enfans don- » nataires ne prît ses conventions matrimoniales sur la part qui avoit appartenu à » son mari dans les biens donnés. Or, pour que ce mari eut pu hypothéquer sa part des biens donnés, aux pactions matrimoniales de sa femme, ne falloit-il pas qu'il en eut été propriétaire? Et pouvoit-il l'être du vivant du donateur, en vertu d'une donation à cause de mort, & essentiellement révocable?

Enfin ceux qui tiennent les démissions faites aux enfans, révocables, ne le pensent que parce qu'ils les regardent comme des avancemens d'hoirie, & des successions anticipées. S'il étoit possible d'étendre la révocabilité des démissions jusqu'à celles faites aux collatéraux, ce ne pourroit être que par la même raison, & en les regardant aussi comme des successions déferées par avance. Il faudroit donc borner la révocabilité aux héritiers présomptifs. Ce qu'on donne à un parent, qui, par l'éloignement de son degré, n'est pas habile à succéder au donateur, ne peut plus être une succession anticipée, encore moins ce qu'on donne à un étranger. On ne peut pas dire du démissionnaire qu'il reçoit par avance une hoirie sur laquelle le décès du démettant ne lui donnera aucun droit. Ainsi la raison sur laquelle quelques auteurs se fondent pour soutenir la révocabilité des donations, celle sur laquelle il

TIT. VI.
Observ. 176.

faudroit se fonder pour passer à M. D... contre le sentiment de ces auteurs eux-mêmes, son insoutenable supposition de la révocabilité des démissions faites aux autres héritiers présomptifs, ne pourroit plus s'appliquer ni aux collatéraux plus éloignés, ni encore moins aux étrangers. Par conséquent, quant il seroit aussi vrai qu'il est faux, que la coutume de Metz, en admettant les démissions au profit de telles personnes qu'il plaît au démettant, est contraire à la plupart des autres coutumes du royaume, & que les démissions faites aux héritiers présomptifs sont incontestablement révocables; la conséquence que M. D... tire de ces prémices erronnées, n'en seroit pas plus admissible.

Il est donc, quoi qu'il en dise, non-seulement très-permis de douter dans notre coutume de Metz que la démission soit révocable, mais très-certain que celles faites à un collatéral, ou à un étranger sont irrévocables; & très-probable que celles faites aux enfans le sont aussi par essence, & quand il n'y a contre eux ni preuve ni présomption d'ingratitude. Une des raisons qu'on peut opposer à la révocabilité des démissions en général, c'est que ceux qui contractent avec les démissionnaires, les voyant en possession des biens donnés, ont lieu de regarder ces biens comme la sûreté des contrats qu'ils passent avec eux, & qu'ils seroient trompés, si par une révocation arbitraire, on leur enlevoit l'hypothèque qu'ils ont cru acquérir. Ce qui me fait penser que, même dans le cas de la révocation pour cause d'ingratitude, cette hypothèque subsiste. Mais quoi qu'il en soit, l'opinion qui rend les démissions irrévocables, en collatérale, & révocables en directe prévient cette injustice pour les premières, mais la canoniseroit pour les secondes. « Puisqu'il est permis, dit Ferrière, à la fin de son commentaire sur l'art. 277, de donner tous ses biens... même à des étrangers, sans que telle donation puisse être révoquée, à plus forte raison les peres & meres peuvent donner entre vifs leurs biens à leurs enfans, sans les pouvoir révoquer; autrement ils pourroient en disposer après la révocation, à leur préjudice, au profit même d'étrangers, ce qui paroît très-injuste ».

Cette révocabilité ouvreroit la porte à d'autres fraudes. J'en ai vu un exemple. Mme. de L... avoit fait, en 1738, une démission de ses biens au profit de M. de L... son fils, de Mme. F... sa fille, & de M. du P... son petit-fils, par une autre fille décédée. Mme. F... aliéna avec son mari tous les biens qu'elle avoit eu, pour son tiers dans la démission; après quoi étant devenue veuve, elle se remaria à la sollicitation de sa mere, de son frere, & de son neveu, à M. de B... à qui, de concert avec eux, elle assura par son contrat de mariage l'usufruit de tout son bien, si elle mouroit avant lui.

Le cas arriva, & l'intérêt engagea M. de L... & du P... de chercher tous les moyens d'é luder la disposition du contrat de mariage de M. de B... qu'ils avoient signé, & dont, pour dire mieux, ils avoient eux-mêmes proposé & réglé toutes les clauses. J'ai expliqué plus au long les circonstances de cette espece, & la plupart de leurs infructueuses tentatives, tom. I, pag. 346 & suiv. mais je me suis réservé de dire

27.
Inconvéniens
qui suivroient
de la révocabi-
lité des démis-
sions.

ici ; qu'entre autres choses , ils avoient imaginé de faire révoquer la démission par Mme. de L... leur mere & aïeule , qui vivoit encore , mais qui étoit presque en enfance. Sur quoi ayant été consultés , M. Harvier , M. Olry , & moi , le 12 Juillet 1762 , nous établimes par les arrêts du parlement de Metz qu'on trouve dans le recueil d'Ancillon , & dont je parlerai bientôt , que la révocation des démissions , même faites en directe , n'est pas admise dans la coutumè de Metz , & que quand on les supposeroit révocables , ce ne pourroit être » qu'autant que les choses sont en- » core entieres , & que la révocation ne peut intéresser des tiers autres que les dé- » missionnaires. Ceux-ci , disions-nous , deviennent sans contredit , vrais propriétaires » de tous les biens compris dans la démission ; ils peuvent donc les hypothéquer , » les aliéner ; en un mot en disposer en tous sens , & par toutes sortes d'actes ». Si cela est vrai , comme il ne paroît pas possible d'en douter , la démission est un contrat translatif de propriété , & cette propriété ne peut plus être ôtée au démissionnaire sans son consentement ; car , *quod meum est , sine factō meo ad alium transferri non potest*. Nous en tirions dans la consultation une autre conséquence ; favoir , que si les démissionnaires ont aliéné , ou autrement disposé , la révocation , même faite de leur consentement , ou en la supposant possible & valable sans ce consentement , » ne peut nuire à leurs créanciers , à ceux qui ont acheté d'eux , à ceux qui ont au- » trement contracté avec eux , sur la foi des biens dont ils les voyoient propriétai- » res & possesseurs. S'il en étoit autrement , les démissions deviendroient des pièges » tendus au public , & à tous ceux qui , ayant contracté de bonne foi avec les démission- » naires , se trouveroient fraudés par une révocation , qui souvent seroit beaucoup » moins l'effet de la volonté du démettant , que de l'intérêt des démissionnaires. Mme. de L... ne peut donc rentrer dans les biens compris dans la démission , » parce que tous ont été aliénés , & que ceux qui les ont acquis en sont devenus » propriétaires incommutables , ni révoquer au préjudice des droits acquis à M. » D... par son contrat de mariage , auquel Mme. de L... a souscrit ». Cette consulta- tion ayant été communiquée à MM. de L... & du P. , ils n'osèrent pas tenter la révo- cation qu'ils avoient annoncée.

J'avoue que les circonstances l'auroient rendue très-odieuse dans cette espece. Mais elle n'en prouve que mieux les inconvéniens , & les fraudes qui seroient la suite de l'opinion de M. D... Aussi M. Ancillon , sur l'art. 2 du tit. 7 , dit tout au contraire , que dans notre coutume les démissions sont considérées en cette qualité de donations entre vifs & irrévocables , si-non pour cause légitime , & il indique de suite deux arrêts , l'un du 8 Avril 1680 , l'autre du 17 Mai 1677.

Celui de 1680 , qu'il rapporte aussi dans son recueil d'arrêts , pag. 263 , a confirmé la démission faite par Elisabeth Guerard , par acte passé pardevant notaires le 30 Mai 1676 , de tous ses biens , *partie desquels tenoient nature de trésfonds* , au profit de Daniel Claude , son neveu , & de Marie Claude , femme de Pierre Custine , sa niece , » pour en jouir dès à présent comme propriétaires incommutables , & en

Tit. VI.
Obſerv. 17e.

» faire & diſpoſer à leur volonté, à charge de la nourrir, & entretenir de toutes
 » choſes, ſa vie durant, & de payer, & délivrer, après ſon décès, à Marie Claude,
 » femme de Daniel Vry, Paul, & Daniel Claude, ſes arrière-neveux, la ſomme de
 » 400 francs meſſins à chacun. Cette démiſſion n'avoit pas été révoquée par la
 » démettante. Elle n'avoit été attaquée qu'après ſon décès, par Daniel Vry, aux droits
 » de ſa femme, Paul Claude, & Pierre Claus, curateur de Daniel Claude, encore mi-
 » neur. Mais l'arrêt qui l'a confirmé n'en prouve pas moins contre M. D... 1^o. que les
 » réſerves & rétentions ſur les biens compris dans une démiſſion, qui n'empêchent pas
 » les démiſſionnaires d'en acquérir la pleine propriété, & la poſſeſſion réelle &
 » actuelle, ne rendent pas la donation nulle, dans la coutume de Metz; 2^o. que
 » dans cette coutume, ſingulièrement, on ne peut refuſer aux démiſſions la qualité de
 » donation entre viſs, puisſque l'arrêt a conſervé au neveu & à la niece d'Elifa-
 » beth Guérard, tous les biens de leur tante, même les tréfonds, dont elle n'auroit
 » pas pu diſpoſer par une donation à cauſe de mort. Cette preuve qu'à Metz les dé-
 » miſſions ſont eſſentiellement des donations entre viſs, auroit dû ſeulement détromper
 » M. D... puisſque ſans cela, il ſeroit impoſſible que les tréfonds y entraſſent; que
 » tous les jours on les y comprend, & que la coutume le permet, puisſque l'art. 2
 » du tit. 7 porte que les perſonnes jouiſſans de leurs droits, peuvent ſe démettre de
 » leurs biens, ſans aucune reſtriction.

Le préjugé de 1677 eſt encore plus déciſif. » Jean Jenot avoit fait démiſſion de
 » tous ſes biens au profit de François Jenot, ſon fils & Anne Grand Pierre ſa femme,
 » pour être nourri, & entretenu le reſte de ſes jours, par contrat du 27 Octo-
 » bre 1670. ledit François Jenot étant décédé, ladite Grand Pierre ſa veuve avoit
 » convolé en ſecondes noces, avec Nicolas Antoine, imprimeur juré de Metz. Jean
 » Jenot demandoit d'être reſtitué contre la démiſſion, & avoit obtenu lettres en
 » chancellerie à cet effet: pour l'un des moyens de ſes lettres il alléguoit que le
 » changement arrivé par le décès de ſon fils, donnoit lieu à la reſtitution; atten-
 » du qu'il avoit fait cette démiſſion à ſon profit, étant aſſuré de ſa prud'hom-
 » mie, & de ſa bonne affection, qu'il ne devoit pas être contraint d'entretenir
 » cette démiſſion au profit dudit Nicolas Antoine qui lui étoit tout-à-fait étran-
 » ger: & qu'il ne l'auroit jamais choiſi pour mettre ſa perſonne entre ſes
 » mains.

Cette eſpece étoit de ce côté-là une des plus fortes qui puſſe ſe préſenter. Saligny
 » dit même ſur l'art. 225, de Vitry, ſed malè, que » ſi le donataire meurt avant le
 » donateur, il a droit d'uſer de regrèt contre les héritiers, ſuivant la l. dern. ff. de
 » m. condic; cauſâ datâ, cauſâ non ſecut. «: qui cependant ne dit rien de ſemblable,
 » & ne parle pas de la mort du démiſſionnaire, mais de celle d'un eſclave qu'il s'é-
 » toit engagé de remettre au démettant: condition qui ne pouvant plus être ac-
 » complie annulloit le contrat. La mort du démiſſionnaire fournit même un argu-
 » ment contre le démettant qui veut révoquer; car dès qu'il la donne pour cauſe de

la révocation ; on ne peut plus l'attribuer à l'ingratitude ni au mauvais traitement dont on paie son bienfait (1). Aussi Antoine & sa femme disoient-ils que ce contrat de démission étoit irrévocable , que le démissionnaire ne pouvoit pas se plaindre que l'on eut manqué de satisfaire aux charges & conditions y contenues , & que l'on se soumettoit à continuer de même pour l'avenir. Sur quoi par sentence du bailliage de Metz du 10 Septembre 1676 ; ledit Jean Jenot est débouté de l'entérinement de ses lettres. Sur l'appel , la cour confirma la sentence purement & simplement : sans doute parce qu'il ne se plaignoit pas qu'Antoine & sa femme manquaient d'égards & d'attentions pour lui ; car s'il avoit eu sujet de s'en plaindre , je crois qu'il auroit fallu convertir l'obligation de le nourrir , & de l'entretenir en une pension proportionnée.

Ancillon ajoute à ces arrêts dans son recueil , pag. 615 ; deux autres sentences du bailliage de Metz , l'une du 21 Avril 1676 , l'autre du 28 Août même année , qui confirment l'irrévocabilité des démissions. Et je trouve dans les notes de M. Bertrand sur la coutume de Metz , qu'une démission de biens en collatérale , a été de même jugée irrévocable , par arrêt rendu à l'audience publique du 11 Septembre 1713.

Je me suis étendu sur cette question , parce qu'elle m'a paru importante pour le repos des familles qu'elle peut regarder , & qui pour l'ordinaire sont celles dans lesquelles il est d'autant plus nécessaire de prévenir les procès , que la modicité de leur fortune les leur rendroit plus dangereux.

Mais j'ai une seconde raison pour examiner soigneusement la véritable nature des démissions. C'est que si elles étoient , comme le veut M. D... , des donations à cause de mort , elles ne pourroient plus avoir lieu , & seroient abrogées par l'ordonnance des donations ; car encore que Le Paige sur l'art. 169 de la coutume de Bar , dise que , « les donations à cause de mort passées en forme de contrat , sont autorisées & valables , lorsque le donateur est en santé : & qu'il n'est point obligé de s'assujettir aux formalités prescrites pour les testamens » ; cela n'est plus soutenable depuis que par l'art. 3 de l'édit du mois de Février 1731 , il a été statué que toutes donations à cause de mort , à l'exception de celles qui se feront par contrat de mariage , ne peuvent dorénavant avoir aucun effet dans les pays , même où elles sont expressément autorisées par les loix , ou par les coutumes , que lors-

22.
Les démissions ne sont pas abrogées par l'ordonnance de 1731.

23.
Qui , hors du contrat de mariage , ne valide les denations à cause de mort , que quand elles ont la forme des testamens. Elles sont sujettes à l'insinuation.

(1) C'est ce qui m'a fait dire dans la note ci - devant que la mort du démissionnaire mettoit un nouvel obstacle à la révocation. Le démettant ne s'étant pas plaint tant que le démissionnaire a vécu , on ne peut attribuer le changement de volonté du premier , qu'à un événement , qu'il pouvoit & qu'il devoit prévoir , lorsqu'il s'est démis. Les héritiers peuvent même prétendre que peut-être ils n'auroient pas accepté la succession , s'ils n'y avoient pas trouvé les biens compris dans la démission.

TIT. VI.
Observ. 17e.

» qu'elles auront été faites dans la même forme que les testamens ou les codiciles. Il est impossible de donner cette forme aux démissions qui ont un effet présent, & qui transfèrent actuellement la propriété & la possession des choses y comprises du démettant, au démissionnaire. Elles sont même assujetties à toutes les formalités des donations entre vifs sans en excepter l'insinuation, » est encore à remarquer, dit » Buridan sur l'art. 237 de la coutume de Rheims, n. 6, que nonobstant que telle » donation soit à charge, néanmoins elle est sujette à l'insinuation comme les autres simples... & ce sur peine de nullité : nous avons vu sous le n. 15, les journalistes du palais opposer à la démission du 5 Août 1664, le défaut d'insinuation comme un moyen qui la rendoit insoutenable : & si l'art. 18 du tit. des donations, des arrêtés des conférences tenues chez M. Le P. P. de la Moignon ajoute à ce que j'en ai cité, n. 17, que les démissions n'ont pas besoin d'insinuation. 1°. Il ne parle que de celles faites en directe ; 2°. il ne les fait valoir sans insinuation que dans la famille, & porte qu'elles ne peuvent préjudicier à un tiers si elles ne sont insinuées.

Les démissions ne pouvant donc être faites que dans la forme des donations entre vifs, l'ordonnance de 1731 les auroit abrogées si elles étoient décidées donations à cause de mort. Ce qui eut été très-nuisible aux familles du simple peuple, à qui on auroit fermé une voie sûre que l'on a, disoient au rapport d'Ancillon » sur la coutume de Metz, *ubi sup.* ceux qui ont obtenu l'arrêt du 8 Avril 1680 ; » ouverte aux personnes âgées, & parvenues à la vieillesse, pour les mettre en état » de repos, & déchargés de tous les soins & de toutes les sollicitudes de la vie. Voy. le n. 6 ci-dessus.

Ceci fournit même une dernière preuve qu'on les regarde comme des donations entre vifs ; puisqu'elles ont été aussi fréquentes depuis 1731, qu'auparavant, sans que personne ait prétendu que n'ayant pas la forme des testamens & des codiciles, elles ne pouvoient plus avoir aucun effet.

TITRE SEPTIÈME.

TIT. VII.
OBSERV. 116.

Des Testamens.

OBSERVATION PREMIÈRE.

Des Testamens en général, & de l'Institution d'Héritier.

LES hommes sont en droit de faire tel usage légitime que bon leur semble des biens dont ils sont propriétaires, & d'en gratifier ceux qu'ils jugent à propos. Tous sont flattés d'étendre ce pouvoir jusqu'après leur mort. Mais la faculté de disposer, en mourant, de ce qui nous a appartenu, n'est point une suite nécessaire du droit de propriété.

1.
Le droit de tester n'est pas la suite de celui de propriété.

Il finit avec la vie, & non-seulement le plus riche potentat entre dans le tombeau, comme le plus vil de ses sujets, dépouillé de tous les domaines dont il a joui, & de tous les trésors qu'il a amassés; mais la mort annéantissant la puissance & la force qui faisoient respecter ses volontés, elle semble lui ôter le droit aussi bien que le pouvoir de les faire exécuter par ceux qui, ayant cessé de lui être soumis, ne lui doivent plus aucune obéissance (1). Ce qui s'applique, à plus forte raison, aux simples particuliers.

La faculté de tester est donc une invention du droit civil qui n'a aucun fondement dans le droit naturel. Ce sont les loix arbitraires qui imposent à ceux qui survivent, l'obligation de se conformer aux dispositions faites par ceux qui n'étant plus, sembloient n'avoir plus rien à leur ordonner; & ne pouvoir conserver sur les biens que la mort leur a enlevés aucuns des avantages de la propriété.

2.
Il dépend des loix arbitraires.

Aussi les testamens n'ont-ils pas toujours été en usage. Ils étoient inconnus à Athènes avant Solon, qui même ne les permit qu'à ceux qui n'avoient point d'enfans; & qui d'ailleurs en prévint le danger, puisqu'il n'autorisa que ceux qui seroient

3.
Anciens peuples où il n'étoit pas connu.

(1) Aussi » les dispositions les plus sages des princes mourans sont souvent peu respectées, & rarement exécutées « , dit Rollin, hist. anc. tom. 10, liv. 20, art. 2, §. 1.

TIT. VII.
Observ. 1re.

faits, avec une entière liberté, sans aucune violence, ni captation : & proscrivit nommément ceux qui paroîtroient avoir été arrachés à un homme passionné par les attraits, & les carresses d'une femme, persuadé avec justice, dit un auteur moderne (1), qu'il n'y a aucune différence entre être séduit, & être forcé; & mettant en même rang la surprise & la violence, la volupté & la contrainte. A Sparte les dispositions testamentaires furent introduites fort tard, & contre les loix de Licurgue par un Ephore irrité contre son fils : & chez les Germains dont les premiers François sont descendus, *proximi agnati succedebant : testamentum nullum*. Voy. Buridan sur l'art. 58 de la coutume de Vermandois, & Ricard, des donat. part. 1 ch. 1.

4.
Son extrême
faveur chez les
Romains.

Les diverses vues des légataires, & le génie dominant des peuples, ont donc fait admettre ou rejeter, étendre ou resserrer la liberté de tester. Les Romains, jaloux de dominer, & de se faire encore obéir après leur mort, favorisoient à tel point les ordonnances de dernière volonté, qu'ils n'y mettoient d'autres bornes, & n'y exigeoient d'autres conditions que l'accomplissement des formalités prescrites par la loi; & dont le but n'étoit pas de gêner les dispositions des testateurs, mais de les constater pleinement pour en assurer la plus exacte exécution.

5.
N'a pas lieu en
pays coutu-
mier.

Cette faveur des testamens subsiste en France dans les provinces régies par le droit écrit. Mais ils ne sont pas favorables en pays coutumier (2). Nos coutumes ont préféré la conservation des biens dans les familles, à la trop grande liberté d'en disposer par testament. Elles ont estimé que l'équité naturelle parloit en faveur des proches, au lieu que c'étoit bien souvent la passion, ou une affection mal réglée, qui donnoit lieu aux dispositions testamentaires. Voy. Ancillon, sur le tit. 8 de la coutume de Metz, & les auteurs qu'il cite.

6.
Quid à Metz, à
Toul & dans le
Luxembourg.

Ceci ne peut cependant s'appliquer à la coutume qu'Ancillon commentoit, non plus qu'à celle de Luxembourg, & au pays Tulois, qu'avec de très-grandes limitations. Le droit romain a conservé une très-forte partie de son autorité dans le Luxembourg & le Tulois : & on n'y connoît non plus que dans les pays de droit écrit, aucuns biens exclus de la disposition testamentaire, & assurés aux héritiers du sang. Les rédacteurs de la coutume de Metz avoient si peu à cœur la conservation des biens dans les familles, qu'elle permet de tester de tous les biens de gagiere; que dans les successions *ab intestat*, elle ne les affecte à la ligne en aucuns cas; que dans ces successions, elle destine les tréfonds mêmes aux peres, meres & autres ascendans, freres & soeurs, & descendans d'eux, quoiqu'ils ne soient pas de la ligne dont ces biens proviennent; enfin qu'elle admet, comme nous l'allons voir, des héritiers testamentaires, & les préfère aux légitimes, quant aux biens disponibles.

Mais d'un autre côté, d'Abocourt ne s'expliquoit pas plus exactement quand il

(1) Rollin, histoire ancienne, tom. 2, pag. 589 de la première édition.

(2) Mais je ne crois pas qu'on puisse dire qu'ils y sont odieux. Voy. ci-après n° 9 sur la fin & la note (e) sous le n. 15 de la 3e. obs. de ce titre.

étoit, fol. 280 r^{to}, que » les testamens & ordonnances de dernière volonté sont » tant favorisés par la coutume de Metz, qu'il y a peu d'autres contrées & pays, » esquels ils aient pareille & semblable faveur. « Son esprit originaire étoit d'interdire toute disposition testamentaire des meubles; puisque, dans cet esprit, tous les immeubles, même les acquêts, étoient des tréfonds qui n'étoient pas, & qui ne sont pas encore disponibles. Il est vrai que, comme il en reste aujourd'hui très-peu, la liberté de tester est maintenant bien moins restreinte à Metz, qu'elle ne l'étoit autrefois. Cependant elle y est encore aujourd'hui moins favorisée que dans beaucoup de provinces, même dans quelques-unes qui sont voisines du pays messin; puisque dans tous les pays de droit écrit, au nombre desquels on peut mettre le Toulousain, & dans quelques coutumes, comme celles de Luxembourg, de la Petite-Pierre & autres, tous les biens, de quelque nature qu'ils soient, tombent dans la disposition testamentaire.

Les testamens les moins favorables sont ceux qui se font dans la dernière maladie. Outre qu'il est aisé à ceux qui soulagent un moribond d'extorquer de lui des dispositions en leur faveur, qu'il n'ose leur refuser dans la crainte d'en être abandonné, il y a entre le corps & l'ame une liaison si étroite, qu'une maladie mortelle affoiblit presque nécessairement l'esprit du mourant, & qu'il est presque impossible que, dans ces derniers instans, on dispose avec toute la maturité de jugement qu'exige un acte de cette importance. Il est singulier que Faber, sur l'art. 1 du tit. 11 de la coutume de Lorraine, n. 1266, ait pu dire » qu'il semble qu'aux derniers jours de la vie, & » en cette agonie & luytte que l'ame fait avec le corps, l'esprit ait plus de vigueur, » & qu'il ordonne plus purement & droitement de toutes choses. « Une idée si manifestement fautive ne lui étoit suggérée que par la puérile crédulité qui lui a fait ajouter » qu'il y en a même qui, en ce combat, ont fait de grandes & véritables pré- » dictions. Plus l'homme approche de son origine, & plus il participe de la vérité » éternelle. « J'ai peut-être tort de relever de si ridicules inepties.

Ancillon, à l'endroit que je viens de citer, dit plus sensément qu'on tient d'ordinaire pour suspects les testamens faits *in extremis*. Sur quoi on peut consulter les auteurs qu'il indique, & qui desireroient aussi bien que lui, qu'on étendit par-tout la disposition de quelques coutumes qui rejettent les testamens, lorsque les testateurs n'ont pas survécu un certain tems. Il en dit encore quelque chose sur l'art. 4 du même tit. 8; V^{bo}. *des maires & gens de justice*; où il conseille avec raison de ne pas attendre à l'extrémité pour tester. Ferrière, sur l'art. 289 de la coutume de Paris, gl. 5, n^o. 24, dit de même, après Auzannet, que la principale & plus sûre précaution contre les suggestions des testamens, contre les fraudes, les surprises & les fauffetés qui s'y commettent, seroit de rejeter tous les testamens faits durant la dernière maladie.

Mais quoiqu'on ne puisse douter des inconvéniens auxquels ils sont sujets, puisqu'aucune loi ne les réproûve. On pourroit même en prouver la validité par les dis-

TIT. VII.
Oblerv. Ire.

9.
Elles sont valables, la tête sur le chevet.

positions de quelques coutumes. Les anciens praticiens de l'Evêché de Metz s'étoient figuré que si une personne faisoit son testament étant au lit malade, & que de la maladie il mourût sans revenir en convalescence, le testament étoit nul; car le testament étoit fait LA TÊTE SUR LE CHEVET. C'étoit les termes dont on usoit. Si que souvent l'avenoit qu'on habilloit un pauvre moribond de ses habits ordinaires, & le posoit on en une chaire pour faire son testament; de peur qu'il ne le fit ayant la tête sur le chevet de son lit: & estimoit-on que, par ce moyen, le testament valoit. Ramber-viller, dont je tire ceci, sur l'art. 7 de son tit. 4, condamne avec raison ce ridicule usage: & c'est probablement ce qui a fait insérer dans la coutume de l'Evêché, art. 1 du tit. 10, qu'on peut tester, encore qu'on soit malade. D'où M. D... a raison de conclure qu'un testament peut être fait jusqu'à l'extrémité de la vie. L'art. 7 du tit. 8 de la coutume de Metz, porte aussi qu'on peut faire testament, encore qu'on soit malade & indisposé de corps: & l'art. 1 du tit. 3 de l'ancienne coutume de Ste. Croix portoit encore qu'on eut la tête sur le chevet. Ce qui a lieu par-tout (1): même dans le très-petit nombre de coutumes qui exigent que le testateur survive un certain tems, dans lesquelles ce n'est pas l'état actuel de maladie qui annulle le testament, mais la mort qui survient trop promptement. A quoi j'ajoute que, malgré le conseil très-prudent, donné par un si grand nombre d'auteurs, la disposition de ces coutumes n'a été adoptée ni par celles qui ont été nouvellement réformées, comme celle de Verdun, ni par l'ordonnance du mois d'Août 1735, par laquelle le conseil de législation, dirigé par M. le chancelier d'Aguesseau, s'étoit proposé de perfectionner la jurisprudence sur la matiere des testamens. Au contraire, l'art. 74 de cette ordonnance voulant que l'art. 422 de la coutume de Normandie, qui exige la survie de trois mois pour la validité de certaines dispositions à cause de mort, soit regardé comme un statut réel: permet en conséquence, même aux habitans de Normandie, de tester jusqu'au dernier moment de leur vie, de leurs biens situés hors de cette coutume; & l'art. suivant de la même ordonnance, qui rappelle les dispositions de la coutume du duché de Bourgogne, & de celle de Bourbonnois, sur la nécessité de la survie pour la validité des actes de partage entre enfans, & qui sembloit d'abord (2) en faire aussi des statuts réels, laisse cependant subsister la diversité de jurisprudence entre les différens tribunaux, sur l'effet que doivent produire

(1) Il est singulier qu'on ait douté s'il ne falloit pas excepter les lépreux, sous prétexte que séparés de la société des autres hommes, ils doivent être regardés comme morts au monde. Voy. Baridan sur l'art. 60 de Vermandois. Canon sur l'art. 1 du tit. 11 de Lorraine, & Papon qu'ils citent, liv. 20, tit. 1, art. 19. Ce que le dernier dit du paralytique doit s'entendre de celui qui ne peut ni parler, ni écrire.

(2) Cet art. 75 de l'ordonnance de 1735 est obscur; mais il nous intéresse trop peu pour que je m'arrête à l'éclaircir.

ces actes, lorsque les biens y compris sont situés, partie dans l'étendue de ces coutumes, & partie dans des pays où la condition de la survie n'est pas exigée.

Si donc ni le législateur ni les rédacteurs de nos coutumes n'ont pas voulu gêner la liberté des mourans, & que toutes suspectes que soient des dispositions faites dans un tems où il est si rare qu'on conserve la solidité du jugement & la fermeté qui sont nécessaires pour se défendre des suggestions de ceux dont on est obsédé, & dont on craint d'être abandonné : si on a strictement interprété & restreint les coutumes qui rejettent ces dispositions, il me semble, qu'à plus forte raison, on ne doit pas regarder celles qui sont faites en pleine fanté comme odieuses en pays coutumiers; quoiqu'elles y soient bien moins favorisées qu'en pays de droit écrit : & j'espère qu'on me pardonnera si j'ose dire que le savant auteur des loix civiles s'est exprimé trop fortement lorsqu'il a dit dans la longue note qui suit l'art. 1 de la sect. 4 du tit. 1, liv. 3 de la seconde partie, « qu'en général les dispositions qui font passer les biens à d'autres qu'aux héritiers du sang, sont odieuses dans les coutumes ». Il est seulement vrai que la plupart des coutumes ne reconnoissent d'autres héritiers que ceux à qui la succession est déferée par la loi, & n'admettent que les héritiers testamentaires. C'est une des principales différences du droit romain & du droit coutumier sur cette matière.

» Le testament est une institution d'héritiers faite dans les formes prescrites par les loix : soit qu'avec cette institution il y ait d'autres dispositions, ou qu'elle soit seule. C'est la définition qu'en donne Domat. *ibid*, sect. 1, n. 1, qui remarque qu'elle ne convient pas aux dispositions de ses biens qu'on peut faire dans ces coutumes (1), où on ne peut avoir d'autres héritiers... que ceux du sang.

Ainsi, comme il l'ajoute, n. 2 & 3, dans le droit romain, l'un des caractères essentiel du testament, est qu'il contienne l'institution d'héritier; & c'est ce qui distingue le testament du codicile, dans lequel on ne peut, au contraire, se nommer un héritier. *Codicillis hereditas neque dari neque adimi potest*; du moins en termes directs; car, suivant le même droit, on peut dans un codicile » disposer indirectement de l'hérédité, en priant ou chargeant l'héritier *ab intestat* de la rendre à celui qui est nommé par le codicile, *per fidei commissum hereditas codicillis jure relinquatur*, §. 2, *inst. de codic. liv. 2, à cod. eod. &c.* En sorte qu'on peut ou on ne peut pas faire un héritier par un codicile; ce qui dépend de la manière dont on s'y exprime. C'est encore ce qui est observé par Domat dans la note que j'ai citée ci-dessus, n. 9 vers la fin.

Il faut avouer que cette jurisprudence des loix romains, qui fait dépendre la va-

TIT. VII.
Observ. 1re.

10.
Définition du testament.

11.
Elle ne convient pas aux actes de dernière volonté dans la plupart des coutumes.

12.
Comment on peut faire un héritier par un codicile.

13.
Examen de cette règle du droit romain.

(1) Nous verrons cependant qu'elle peut convenir à quelques-unes de celles faites dans notre coutume de Metz.

lité de la disposition de l'hérédité dans un codicile, non de la volonté du défunt ; mais des termes dont il s'est servi, paroît peu fondée en raison. Tout ce qu'on peut dire pour la justifier, c'est que l'institution d'héritier étant faite en termes directs, celui à qui la loi déféroit la succession en est entièrement privé : au lieu que s'il est chargé de la restituer par un fidei commis, il conserve la trébellianique ; & qu'ainsi ce n'est pas sans raison que la loi pour la validité d'une disposition qui ne lui laisse aucune partie de la succession, exige toutes les formalités d'un testament solennel, & que pour la validité d'une disposition qui lui laisse le quart de l'hérédité, elle se contente des formalités d'un codicile. Mais n'eut-il pas été plus court, & plus simple de décider que l'héritier naturel ne pourroit être entièrement privé de tous les biens du défunt que par un testament, & qu'un codicile ne pourroit lui en ôter que les trois quarts. Attacher l'effet du codicile aux expressions du testateur, sans égard à ses intentions, c'est une vaine observance peu digne de la sagesse & de la majesté des loix romaines, & dont d'ailleurs la source n'étoit pas la différence que je viens d'observer entre l'effet des termes directs de la disposition, & celui des termes indirects, puisqu'on pouvoit défendre de retenir la trébellianique ; mais la grande faveur que les Romains attachoient aux dispositions testamentaires. Ils cherchoient à les faire subsister par tous moyens : & dans cette vue, quoiqu'ils en eussent attaché la validité à l'exacte observation des formalités dont elles devoient être revêtues, ils avoient imaginé de faire valoir les testamens dans lesquels elles n'avoient pas toutes été observées, pourvu que le testateur y eut apposé la clause codicilaire, c'est-à-dire eut ordonné que si ses dispositions ne pouvoient valoir comme testament, elles vaudroient comme codicile, ou autrement, en la meilleure forme qu'elles pourroient valoir ; & c'est encore dans la crainte que les dispositions du testateur ne demeurassent sans effet, par le refus que l'héritier grevé d'un fidei commis universel, feroit d'accepter une succession dont il ne lui resteroit aucune partie, qu'ils ont imaginé la trébellianique. En sorte que ce n'est pas par raison de la trébellianique qu'ils ont autorisé à disposer de toute la succession dans un codicile par voie de fidei commis ; mais que c'est parce que tout fidei commis est sujet à la trébellianique qu'ils en ont accordé la retenue à l'héritier naturel, chargé par un codicile de restituer la succession à un autre.

Il est donc difficile d'approuver cette distinction d'une institution conçue en termes directs, & nulle dans un codicile ; & de celle qui y est conçue dans les termes d'un fidei commis, & qui est valable. La volonté du testateur étant la même dans les deux cas, la différence des expressions n'auroit dû en mettre aucune dans l'exécution. Aussi ces détours obliques, inventés pour rendre les principes illusoire, sont-ils fortement censurés par Ancillon sur le tit. 8 de la coutume de Metz. Il en relève encore les inconvéniens sur l'art. 6 du même tit. ; & si on jette les yeux sur la note de Domat que j'ai déjà citée deux fois, on verra que ces torquets donnés à l'ancienne jurisprudence, éternée par des inventions postérieures, sont

encore dans les pays de droit écrit une source féconde de procès, & de questions très-ardues, dont la décision dépend souvent des subtilités de la chicanne beaucoup plus que de la simplicité de la droite raison.

Notre droit françois a prévenu presque toutes ces difficultés par la règle qu'Ancillon rappelle un peu plus bas, après Imbert & Loisel; qu'*aux provinces de France qui se régissent par coutumes & institution d'héritier n'a pas de lieu.*

Il faut cependant observer avec le commentateur de la nôtre, que cette maxime ne s'étend pas de la même manière dans toutes les coutumes qui l'admettent. 1°. Il y en a où l'institution d'héritier par testament ne produit aucun effet, & ne vaut pas même comme legs universel des biens disponibles. Ancillon en indique quelques-unes, auxquelles on pourroit aisément en ajouter d'autres. Nottamment celle de Vitry, dont l'art. 101, porte, *institution d'héritier par testament ni autrement, n'a lieu au préjudice de l'héritier prochain habile à succéder. C'est de ces mots au préjudice de l'héritier &c.*, que Dumoulin, dans sa note sur cet article, a conclu que l'institution *nec in vim quidem legati valet sub hac consuetudine.* L'art. 2 du tit. 3 de l'ancienne coutume de Ste. Croix étoit conçu à peu près dans les mêmes termes, & même dans des termes encore plus forts. Mais l'usage ne permettoit pas d'y appliquer la note de Dumoulin, qui, quant à la coutume de Vitry, est adoptée par Saligny & appuyée de l'autorité de Chopin & de Goujet.

Saligny va même plus loin, & prétend que l'on ne peut à Vitry donner tout son bien par testament, au préjudice de ses héritiers collatéraux; » car à quoi bon, dit-il, défendre d'instituer, s'il étoit permis de léguer le tout? Mais cette raison est plus spécieuse que solide. Il est défendu à Vitry de faire un héritier au préjudice du parent le plus prochain, habile à succéder, parce que la coutume donne à ce dernier cette qualité d'héritier dans l'article même dont il s'agit, & qu'elle lui appartient tellement en vertu de la loi, & du sens qu'on donne dans cette coutume à la règle, *le mort saisit le vif*, qu'il n'est pas au pouvoir du testateur de la lui ôter. Si donc il la donne à un autre qu'à lui, il fait une disposition nulle, & qui, comme telle, ne peut rien opérer. Mais un legs universel laisse la qualité d'héritier à celui à qui la coutume l'assure. Ainsi rien ne rend plus cette disposition nulle; & quoiqu'elle ait cela de commun avec l'institution, qu'elle appelle un autre que l'héritier *ab intestat*, aux biens du testateur, on ne peut pas cependant dire qu'il n'y a de différence que dans l'expression. Il y en a une très-réelle dans le titre; & en combien d'occasions ne peut-on pas faire à certain titre, & par une certaine voie, ce qu'on peut faire à un autre titre, & par une autre voie? Ainsi de la nullité de l'institution à Vitry Saligny n'a pas eu droit de conclure que le legs universel y étoit pareillement nul. L'article précédent porte qu'un testateur peut disposer de tous ses meubles & conquêts. Le commentateur convient même que la disposition universelle des biens de cette nature est valable au préjudice des collatéraux, pourvu que le testateur n'ait jamais eu de propres. Sa réflexion que la défense d'instituer emporte celle de léguer

TIT. VII.
Observ. Ire.

14.
Dans la plupart des coutumes l'institution d'héritier n'a pas lieu.

15.
Dans les unes elle ne produit aucun effet.

16.
Quoique les legs universels soient valables.

TIT. VII.
Chârv. 1re.

le tout, sans quoi elle seroit vaine, porte donc à faux; & la distinction qu'il veut faire entre celui qui a aliéné ses propres, & celui qui n'en a jamais eu, répugne au droit commun, suivant lequel, pour juger de la validité, & de l'effet d'un acte de dernière volonté, on considère uniquement la nature des biens qui en sont l'objet, sans aucun égard à la nature de ceux que le défunt ne possédoit plus, quand même il en auroit employé le prix à l'acquisition de ceux qu'il délaisse: parce que le remploi n'a lieu qu'entre les époux & leurs héritiers, & non entre ceux qui ont droit à une succession.

17.
Dans d'autres
elle se conver-
rit en legs uni-
versels.

2°. Dans d'autres coutumes qui portent aussi qu'*institution* d'héritier n'a lieu: comme à Paris, art. 299; Sedan, art. 122 & 130; ou qu'*on ne peut instituer héritier*; comme Bar, art. 102; l'*institution* ne laisse pas de produire tout son effet sur les biens de disposition libre, que l'institué prend, non pas à la vérité en qualité d'héritier, ces coutumes ne reconnoissant jamais cette qualité que dans le parent le plus habile à succéder, mais en qualité de légataire universel.

Ce n'est pas que dans les coutumes de Sedan & de Bar on ne trouve les mêmes termes que Dumoulin a relevés dans sa note sur la coutume de Vitry, au préjudice des plus prochains habiles à succéder, & dont il a conclu qu'à Vitry l'*institution* ne valoit pas même par forme de legs. Mais on ne pouvoit pas en tirer la même conséquence à Sedan & à Bar; parce que ces deux coutumes portent expressément, aussi bien que celle de Paris, que l'*institution* vaut comme legs testamentaire, jusqu'à concurrence des biens disponibles.

18.
Idem dans cel-
les où elle n'est
pas nécessaire.

3°. L'*institution* produit à plus forte raison le même effet dans la plupart de celles de nos coutumes qui se contentent de dire qu'elle n'est pas nécessaire comme celle de Verdun, art. 121, & beaucoup d'autres.

19.
Elle a lieu à
Metz.

Mais, 4°. quoique l'art. 1 du tit. 8 de la coutume de Metz porte aussi, *institution d'héritier n'est nécessaire pour faire valoir un testament*; lorsque le testament la contient, elle ne fait pas seulement chez nous un légataire universel, mais un véritable héritier, parce qu'alors la disposition est, comme en pays de droit écrit, un vrai testament, un testament proprement dit.

Pour n'avoir pas fait attention à cette vérité, les deux commentateurs de notre coutume se sont jettés dans le plus grand embarras. M. D... dit sur l'art. 1 du tit. 8, qu'il est contraire au droit romain, suivant lequel l'*institution d'héritier* étoit de l'essence du testament, mais qu'il est conforme à l'art. 299 de la coutume de Paris. La première de ces assertions est vraie: mais la seconde ne me paroît pas soutenable; car à Paris un testateur ne peut faire qu'un, ou plusieurs légataires universels: jamais des héritiers. Ainsi pour que notre coutume fût conforme à celle de Paris, il faudroit qu'on ne reconnût pas plus à Metz qu'à Paris d'héritiers testamentaires: & c'est ce qu'on ne peut avancer sans heurter de front le texte précis de notre coutume.

Ancillon a senti qu'il falloit aller jusques-là dans son système, Après avoir dit sur

l'art. 6 du tit. 8, qu'*institution d'héritier . . . n'est requise . . . pour faire valoir un testament ; mais ne laisse pas de valoir la disposition jusqu'à la quantité des biens dont le testateur peut valablement disposer par la coutume. Comme Paris , art. 299 , & les autres coutumes , &c.* Il ajoute : *c'est en ce sens que l'institution d'héritier a lieu dans cette coutume (de Metz) qui ne la juge nécessaire , d'ailleurs , suivant l'art. 1 de ce titre ; en sorte que lorsqu'elle parle d'héritier institué , ce n'est autre chose que ce que nous appelons légataire universel.* Ce qu'il tâche de prouver assez au long , par les prétendues différences qu'il veut mettre entre les effets que l'institution produisoit chez les Romains , & ceux qu'elle produit parmi nous ; différences qui dans le vrai , comme je le montrerai ci-dessous , obs. 21 , n. 15 sur la fin , se réduisent à ceci , que tous les biens sont disponibles par le droit écrit , & qu'à Metz ceux de tréfonds ne le sont pas.

Cependant comment penser qu'à Metz non plus qu'à Paris , on ne peut faire des héritiers testamentaires , mais seulement des légataires universels ; puisque le contraire est écrit dans les art. 1 & 2 du tit. 11 de notre coutume ? L'un porte qu'il y a deux sortes d'héritiers : les uns . . . testamentaires , qui dépendent de la seule volonté du défunt . . . Les autres . . . nommés . . . droits hoirs , ou héritiers légitimes qui . . . succèdent au défunt intestat. Le second ajoute que *l'héritier testamentaire est préféré au légitime non institué , en ce dont le testateur a pu disposer.*

Il n'y a point de glose qui puisse obscurcir des textes si clairs. Ils ont forcé Ancillon & M. D . . . de se contredire manifestement eux-mêmes. De l'aveu d'Ancillon sur le titre des testamens , ces articles prouvent que *l'institution d'héritier a lieu dans cette coutume.* Elle est donc du petit nombre (1) de celles qui autorisent , comme le droit romain , l'institution d'héritier. *Ce qui , continue Ancillon , est contraire au droit coutumier général du royaume , & par conséquent à la coutume de Paris conforme à ce droit général , & qui porte expressément , institution d'héritier n'a lieu.* Il dit encore sur l'art. 1 du tit. 11 qu'il est purement du droit romain , & ajoute : *le droit coutumier général est contraire.* Sur l'art. 2 du même titre il dit qu'il est encore purement du droit romain comme le précédent , & semble avoir été composé de la loi *quandiu* 89 , ff. de R. J. *Quandiu possit valere testamentum , tamdiu legitimus non admittitur.* Règle adoptée de tout tems dans notre coutume , comme il paroît par ce qu'en dit D'Abocourt , fol. 283 R^{to} , qui la confirme par un jugement de 1301.

Quant à M. D . . . il dit sur le premier des articles , que » la plupart des coutumes , différentes en cela du droit romain , donnent bien le nom d'héritier à ceux

TIT. VII.
Observ. 1re.

29.
On y connoît
deux sortes
d'héritiers.

(1) Je ne connois dans toute la France de coutumes qui valident bien formellement les institutions d'héritier testamentaire que celle de Bordeaux , art. 74 ; de Bourgogne-duché , tit. art. 4 ; de Franche-Comté , tit. 3 , art. 1 , & de Berry , tit. 18 , art. 1.

TIT. VII.
Observ. 1re.

» à qui l'ordre, la primauté du degré défèrent les biens de ceux qui meurent sans
 » en avoir disposé : mais elles ne donnent que celui de légataires universels à ceux
 qui ne tirent leur droit que d'un testament. Après quoi il avoue que » la coutume
 » de Metz ne s'arrête pas à cette différence « Il est vrai qu'il ajoute qu'elle ne con-
 siste, à proprement parler, que dans le nom : & il a raison, s'il n'entend parler
 que de la coutume de Metz. Mais s'il avoit voulu dire qu'ailleurs, & en général
 la différence entre le titre d'héritier & celui de légataire universel ne consiste que
 dans l'expression, il se tromperoit en cela même ; car le véritable héritier est saisi,
 au lieu que dans les pays où l'institué n'est qu'un légataire universel, il doit deman-
 der la déliyrance à l'héritier, ou à l'exécuteur testamentaire. Ferriere sur l'art. 299
 de la coutume de Paris, §. 1, n. 77. Or à Metz la règle, *le mort saisit le vif*,
 qui d'ailleurs ne s'applique qu'à l'héritier légitime, a lieu aussi en faveur de l'héritier
 institué. M. D... l'établit au même endroit après Ancillon qui agite la question as-
 fez au long sur l'art. 1 du tit. 8, & la résout en faveur de l'institué, soit par un tes-
 tament public, soit par un testament olographe : pourvu néanmoins que dans ce
 dernier cas l'écriture & la signature du défunt soient reconnues, ou qu'elles aient
 été vérifiées. Ce qui me paroît ne pouvoir être contredit.

21.
Différent le vé-
ritable héritier
& le légataire
universel.

22.
L'institué est
saisi à Metz.

Je regarde donc comme incontestable dans la coutume de Metz 1°. que contrai-
 rement au droit écrit, & conformément à la coutume de Paris, l'institution d'hé-
 ritier n'y est pas nécessaire pour faire valoir un testament ; quoiqu'elle y fut autre-
 fois requise, à peine de nullité, du moins si on en croit D'Abocourt, fol. 281 R°.o.
 qui en rapporte un préjugé de l'an 1412, & qui dit que par tel défaut, *succession*
ab intestat a lieu. Ce qui marque encore que de tout tems le droit de l'héritier lé-
 gitime n'a été ouvert (1) que faute d'héritier testamentaire. Mais quant à la nécessité
 de l'institution, la jurisprudence de nos peres a changé depuis : & les rédacteurs de
 notre coutume ont déclaré les testamens valables sans institution.

2°. Les testamens peuvent cependant contenir à Metz une institution d'héritier ;
 & quant aux biens qui sont de libre disposition, elle y opere les mêmes effets que
 dans le droit romain. Elle fait même de véritables héritiers, en quelques termes
 qu'elle soit conçue, & non pas de simples légataires universels, semblables à ceux
 de la plupart des autres coutumes ; & ces héritiers testamentaires préférés à cet
 égard à ceux du sang, sont saisis des biens disponibles, contrairement à la coutu-
 me de Paris, & à presque toutes les autres. Je tâcherai même de prouver ail-
 leurs que nos légataires universels sont de véritables héritiers testamentaires. Voy.
 ci-après observ. 7, n. 3 & dernier, & observ. 21, n. 13 & suiv.

23.
Et dans l'Evê-
ché.

Presque tout ce que je viens de dire de la coutume de Metz s'applique aussi, se-
 lon moi, à celle de l'Evêché, qui après avoir dit, tit. 10, art. 7, *testament est*

(1) Cela ne peut s'entendre que des biens disponibles.

vâlable, bien qu'il ne contienne institution d'héritier, ajoute, & en ce cas l'héritier *ab intestat* succède à la charge des legs & donations testamentaires. C'est dire, ce me semble, que lorsque le défunt a testé, l'héritier *ab intestat* ne succède (aux biens disponibles) qu'au cas que le testament ne contienne pas institution d'héritier, & que s'il y en a une, le plus proche parent n'hérite plus de ces biens dont l'institué est le véritable héritier.

M. D... dit pourtant sur cet art. que la coutume de l'Evêché ne permettant de tester que des meubles, & non des immeubles, il est vrai de dire que ceux à qui les meubles sont destinés par la loi du sang & de la coutume, sont les vrais héritiers; & que ceux à qui le testament, s'il y en a, défère les meubles, ou des legs sur des immeubles, ne peuvent être considérés que comme des légataires. L'inexactitude de ces expressions montre que ce magistrat n'a pas examiné ceci avec toute l'attention que la matière méritoit. Il est bien évident que s'il n'y a point de testament, il n'y a point d'héritier testamentaire: & la coutume ne permettant de charger les immeubles d'aucunes sommes, si ce n'est pour legs pieux, ou récompense de service, il n'est pas moins évident que ces dispositions qui ne sont jamais faites par forme d'institution ne peuvent faire un héritier. Mais la question est, si dans l'Evêché, celui qui est institué n'est pas le seul héritier du testateur, lorsque ce dernier n'a laissé que des meubles; & même s'il se trouve aussi des immeubles, l'institué n'est pas héritier mobilier. En décidant la négative on pourroit en conclure que l'institué n'étant plus que légataire, ne seroit pas saisi de l'universalité des meubles à lui destinés par le testament, & qu'il seroit tenu de les prendre des mains de l'héritier du sang, ou de l'exécuteur, suivant l'art. 10 du même titre. Ce que je crois d'abord contraire à l'usage, & en second lieu inconciliable avec le texte de la coutume; car pour que l'héritier *ab intestat* eut droit de délivrer l'universalité des meubles à l'institué, il faudroit que cet héritier *ab intestat* succédât à cette universalité de meubles, nonobstant l'institution; & cependant c'est seulement au cas que le testament ne contienne point d'institution, qu'il est porté par la coutume que l'héritier *ab intestat* succède à la charge des legs (1).

5°. Venons aux coutumes qui ne parlent pas de l'institution d'héritier. Telles sont celles de Vermandois, de Lorraine, de St. Mihiel, &c. l'institution n'y a lieu que comme dans la coutume de Paris: c'est-à-dire, qu'elle se convertit en legs universel. *Testament*, dit celle de Lorraine, tit. 11, art. 15, *ne saisit les légataires*.

24.
Dans les coutumes qui ne parlent pas de l'institution, elle ne fait que des légataires.

(1) Ramberviller sur l'art. 1 de son tit. 3 ôte aussi la saisine à la succession testamentaire. Ce qu'il emprunte de son auteur favori, Chaffeneuz, sur la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 1, n. 6. Mais Chaffeneuz s'est trompé, & en Bourgogne l'héritier institué est saisi comme le légitime. Voy. Taifand sur le même article, note 2, & Le Brun, des successions, liv. 3, chap. 1, n. 22.

TIT. VII.
Observ. IRE.

res : ains sont tenus prendre leurs legs des mains de l'héritier, ou des exécuteurs du testament. Ce que je crois devoir être étendu aux légataires universels, puisqu'il n'y a rien dans la coutume qui puisse donner lieu à restreindre cette règle aux légataires particuliers.

25.
Seuls dans le
Luxembourg.

J'excepterois cependant volontiers la coutume de Thionville, parce qu'elle permet, comme les loix romaines, de tester de tous ses biens indéfiniment; qu'on n'y trouve rien d'où on puisse conclure, que l'on ne peut pas se choisir un véritable héritier par testament; & que si elle ne le permet pas non plus par une disposition précise, c'est, selon moi, un des cas non exprimé, pour lesquels elle veut qu'on consulte le droit écrit, auquel elle renvoie dans plusieurs articles.

26.
L'institution
d'héritier est né-
cessaire à Toul.

6°. Si on regarde les usages locaux de Toul comme une coutume, il faudra dire que c'est la seule (du moins que je connoisse), où l'institution d'héritier est nécessaire pour la validité des dispositions testamentaires. On y porte même la rigueur plus loin que dans le droit écrit; car il permet de faire sans testament, & par conséquent sans institution, des codiciles qu'il distingue des testamens, & par lesquels on peut faire des legs, & même des fideicommiss : *intestatus quis decedens, fidei committere codicilis potest. §. 1, inst. de codic.* Au lieu que les usages où la coutume de Toul assujettissant aux mêmes formalités toutes les ordonnances de dernière volonté, & ne parlant pas même des codiciles, on y regarde toutes les dispositions testamentaires, (lorsqu'elles sont seules, c'est-à-dire lorsqu'il n'y en a pas une autre avec laquelle elles puissent subsister, & qui contienne une institution d'héritier), comme des testamens, & on les répute nulles si elles ne sont pas validées par une institution d'héritier : quoique cette institution faite dans un acte non révoqué valide tous les autres actes qui ne sont plus alors regardés que comme des accessoires de celui qui la contient.

Ce n'est pas que cette nécessité de l'institution soit formellement exprimée dans les usages de Toul. L'art. 61 dit seulement que l'institution y a lieu. Mais les jurisconsultes & les praticiens du pays s'accordent à la regarder comme de nécessité absolue : en sorte qu'ils rejettent tout acte de dernière volonté qui ne la contient pas, à moins qu'il ne soit soutenu par un testament qui la contienne, & dont il puisse être regardé comme le codicile.

27.
Si elle peut y
être suppléée
par la clause
codicillaire.

Reste à savoir si une ordonnance de dernière volonté, qui ne contiendrait aucune institution d'héritier, pourroit valoir à Toul, à la faveur de la clause codicillaire. Je n'ai pas connoissance que cette question se soit présentée : mais je me déterminerois pour l'affirmative. La clause codicillaire prouve que, quoique le testateur ait eu dessein de faire un testament, son intention a cependant été que si la déclaration de ses dernières volontés n'étoit pas un testament valable, ce fut un codicile. Or, comme je l'ai dit, on peut faire un codicile, sans faire de testament. Le défaut d'institution n'annule que les testamens, & laisse subsister les codiciles. On ne peut pas dire que les usages de Toul contrarient en ce point la loi.

romaine : puisque, sans parler des codiciles, ils portent simplement que l'institution a lieu audit pays, & conséquemment la permettent & l'autorisent ; mais sans prononcer la nullité des actes qui ne la contiennent pas. Si donc ces actes sont pro-crits à Toul, c'est que, quoique dans la réalité, ils ne soient, faute d'institution, que des codiciles, les jurisconsultes du Toulois, où la forme des testamens & des codiciles est absolument la même, regardent ces derniers comme des testamens, lorsqu'ils ne sont pas accompagnés d'un autre acte qualifié testament, & supposent en ce cas que le défunt a voulu faire un testament. Mais lorsqu'il a déclaré expressement qu'il vouloit faire, si-non un testament, au moins un codicile, je ne vois plus rien ni dans les usages de Toul ni dans le droit écrit, (qui suivant le dernier article de ces usages doit être suivi, lorsqu'ils sont muets), qui puisse faire prononcer la nullité de ses dispositions faute d'institution.

Cette opinion me paroît confirmée par l'ordonnance du mois d'Août 1735. L'art. 53 veut que dans les pays où l'institution d'héritier est nécessaire pour la validité du testament, il soit déclaré nul, malgré la clause codicillaire : mais dans un seul cas, qui est celui de la préterition de quelques-uns de ceux qui ont droit légitime, & que cette nullité n'ait lieu que quant à l'institution, & à la substitution seulement, sans préjudice de l'exécution du testament, en ce qui concerne le surplus des dispositions. D'où il résulte, ce me semble, deux conséquences. La première, que si le testateur n'a laissé aucun parent à qui il dût une légitime, la clause codicillaire doit opérer tout son effet.

La seconde, que quand même il en a laissé, cette clause faisant valoir toutes ses dispositions à la seule exception de l'institution d'héritier, on ne peut les regarder comme nulles, dans l'hypothèse que j'examine ici, où il s'agit d'un acte qui ne contient que des dispositions particulières, & point d'institution.

Suivant l'art. 49 du même édit, ou de cette dernière ordonnance des testamens du mois d'Août 1735. » L'institution d'héritier faite par testament, ne peut valoir en aucun cas ; si celui, ou ceux au profit de qui elle a été faite, n'étoient ni nés, ni conçus lors du décès du testateur « Il en est autrement de l'institution contractuelle. Si elle est faite au profit des enfans à naître du mariage qu'on contracte, ceux qui ne sont conçus que depuis le décès de l'instituant, y ont autant de droit que ceux qui sont nés, ou conçus de son vivant. Mais pour l'institution testamentaire, elle ne peut avoir lieu qu'au profit de ceux qui sont en état de profiter de la succession au moment qu'elle est ouverte : & la loi prononçant qu'elle ne peut valoir en aucun cas, il s'ensuit qu'elle ne vaut pas même *in vim legati*, dans les coutumes où l'institution testamentaire se convertit en legs universel.

Cette différence est fondée sur deux raisons : l'une, que l'institution contractuelle participe de la donation entre vifs. L'autre, que l'institution étant faite en considération du mariage dont le but est la procréation des enfans, ceux qui en naissent sont cen-

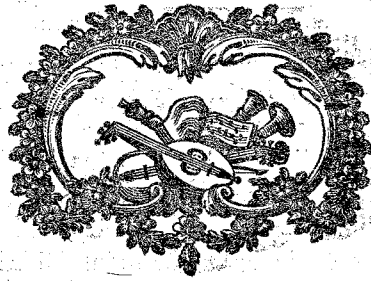
Tit. VII.
Observ. arc.

28.
La préterition
n'annule que
l'institution.

29.
On ne peut, par
testament, ins-
tituer ceux qui
ne sont ni nés
ni conçus ; *sepius*
en contrat de
mariage.

Tit. VII.
Observ. 116.

lés appellés à la succession de l'instituant par une substitution vulgaire tacite. En sorte que si l'institué meurt avant l'instituant, non-seulement les enfans de ce mariage empêchent la caducité de l'institution, mais ils en recueillent seuls le bénéfice, à l'exclusion des enfans que l'institué a laissés d'un autre mariage : comme il a été jugé au parlement de Metz par arrêt du 28 Juin 1728. Voyez mon recueil de factums, tom. 3, pag. 75 & suiv.



OBSERVATION II.

TIT. VII.
Observ. 2e.

S U I T E D E L A P R É C É D E N T E .

Si, & comment les Substitutions testamentaires ont lieu dans nos Coutumes.

LES que stions que les substitutions font naître, font aussi nombreuses qu'elles font ardues. Mais comme elles dépendent presque entièrement du droit civil, cette observation ne sera pas longue, parce qu'il n'entre dans mon plan que ce qui a quelque rapport au droit coutumier.

Personne n'ignore qu'il y a deux especes principales de substitutions. La directe, c'est-à-dire, une disposition par laquelle un testateur qui prévoit qu'il pourra arriver que celui qu'il a institué héritier, ne pourra, ou ne voudra pas l'être, en nomme un autre qui, à son défaut, soit son héritier : & la fideicommissaire par laquelle le testateur charge son héritier de rendre à une personne qu'il lui nomme, le tout ou partie de son hérité, dans le tems qu'il lui marque. C'est, à peu près, ce que dit Domat, tom. 1, des loix civiles, part. 2, préambule du liv. 5 ; & c'est parce que j'emprunte ceci de lui, que je ne parle que de la substitution de l'hérité. Ancillon, qui sur l'art. 21 du tit. 8 de la coutume de Metz, rappelle aussi ces deux especes de substitution sous les noms de directe & d'indirecte, ne les rapporte de même qu'à l'institution d'héritier. Mais il importe d'observer qu'elles peuvent être ajoutées aux legs, comme à l'institution ; c'est-à-dire, qu'on peut ordonner que si un legs, quel qu'il soit, ne peut être recueilli par celui auquel il étoit destiné en premier ordre, ou, s'il le répudie, il sera délivré à un autre. Domat ibid. tit. 1, sect. 1, n. 5, ou bien que le légataire rendra le tout ou partie du legs à un tiers, id. tit. 3, sect. 2, n. 2.

Dans les coutumes où l'institution d'héritier a lieu, on ne peut douter que les deux especes de substitutions directe, ou fideicommissaire, ne soient aussi indéfiniment admises, tant sur toute la masse, ou sur une partie aliquote de l'hérité, que sur certains biens particuliers. Elles sont même reçues dans tous les actes par lesquels on peut disposer de son bien. *Substitution*, porte l'art. 21 du tit. 8 de la coutume de Metz, *se peut faire par contrat de mariage, testament, ou autrement, de ce qui est en la disposition du substituant.* Ce qui est très-bien expliqué par M. D... qu'on peut consulter. « *Moribus nostris*, on peut non-seulement instituer, ou substituer par testa-

1.
Les substitutions font ou directes, ou fideicommissaires.

2.
Elles peuvent tomber sur les legs comme sur l'institution.

3.
Elles ont indéfiniment lieu dans les coutumes qui admettent l'institution.

TIT. VII.
Ob. civ. 26.

» ment , dit Le Paige sur l'art. 102 de la coutume de Bar , mais aussi par contrat
» de mariage « , & s'il ne s'agit que de certains biens particuliers donnés entre vifs,
hors contrat de mariage, nul doute qu'on ne puisse aussi les substituer fidei commissairement par la donation.

4.
Elles n'ont pas
lieu dans les
coutumes qui
re'tiennent abso-
lument l'insti-
tution.

Mais dans les coutumes où l'institution est si absolument rejetée qu'elle ne vaut pas même comme legs universel, il est évident que la substitution de toute l'hérédité, ou d'une quotité ne peut pas non plus valoir ; car dès qu'elle tombe sur l'hérédité, ce que dit Buridan sur l'art. 70 de Vermandois, que la substitution vulgaire & directe n'est autre chose *sinon une seconde institution d'héritier*, peut, dans un sens très-vrai, se dire aussi de la fideicommissaire. Mais ce doit être les seules substitutions prohibées dans ces coutumes. Si elles n'ont pour objet que des biens particuliers, ce ne sont plus que des *seconds legs* ; & puisqu'on permet dans ces coutumes de léguer à toute personne capable les biens dont on a la libre disposition, à telle condition qu'on veut ; par quel motif y défendre de substituer les mêmes biens à une autre personne capable, au cas que la première ne pût ou ne voulût pas en profiter ; ou de ne les lui donner qu'à la condition de les rendre en tout ou en partie, dans un certain tems, à la personne capable qu'on lui désigne ?

5.
Elles devroient
y être reçues
sur les legs.

6.
Leur effet dans
les coutumes
où l'institution
se convertit en
legs universel.

A l'égard des coutumes où on ne peut faire un héritier par testament, mais où l'institution vaut *in vim legati*, on ne peut y donner par une substitution à celui qui y est appelé la qualité d'héritier. Mais puisque l'institué y recueille les biens libres, quoique ce ne soit que comme légataire universel, je ne vois pas pourquoi on ne pourroit pas, à son défaut ou après lui, les faire passer au même titre, à une autre personne également capable. Aussi quelques-unes de ces coutumes le permettent expressément. *On ne peut*, porte l'art. 102 de celle de Bar, *instituer ou substituer héritiers, au préjudice des plus prochains parens, habiles à succéder. Vaudra néanmoins telle institution*, (ce que certainement il faut entendre aussi de la substitution) *comme un legs testamentaire*. Celle de Vermandois, art. 70, dit encore plus formellement que *fideicommissis se peut faire par testament, &c.*

7.
Méprise des
praticiens.

Je ne puis m'empêcher de penser que, dans l'origine, cela étoit ainsi dans toutes les coutumes ; & que, sur le point dont il s'agit, on ne s'écartoit nulle part du droit romain, qu'en ce qu'ayant exclus certains biens de la disposition testamentaire, on réservoir la qualité d'héritier à celui à qui ces biens étoient destinés par la nature, & assurés par la loi ; & qu'on ne permettoit pas aux testateurs de donner ni en premier ni en second ordre le titre d'héritier à ceux à qui il n'étoit pas déferé par la proximité du degré : mais que comme il étoit permis de donner à qui on vouloit les titres de légataire universel, ou de légataire particulier, rien n'empêchoit de les attribuer successivement à différentes personnes, pour en jouir, soit à défaut l'un de l'autre, soit l'un après l'autre. C'est l'ignorance & l'inattention des praticiens de quelques coutumes, qui leur a fait croire que les legs universels ou particuliers n'étoient pas susceptibles de cette destination successive à différentes personnes ; &

ce qui les a trompé, c'est qu'on disoit communément, ce qui est encore écrit dans quelques coutumes, *institution d'héritier ni substitution n'ont lieu*; & qu'au lieu que dans le vrai sens de cette maxime, le mot *substitution* étoit restreint par celui d'*héritier*, ils l'ont étendu à toutes les dispositions dont ils ont cru qu'aucune ne pouvoit être accompagnée de substitution.

Mais quoiqu'il y ait tout lieu de croire que cette bévue est la source de l'usage établi dans quelques provinces, Ancillon, sur l'art. 21 du tit. 8, a eu raison de dire que » par quelques coutumes du royaume, les substitutions faites par testament » ou autres dispositions de dernière volonté, qui chargent les héritiers institués (1) » de restituer les biens, n'ont lieu & ne valent pas légat ni autrement, en quelque » manière que ce soit ». Il cite les coutumes d'Auvergne, de la Marche, de Bourbonnois & de Nivernois. La coutume de Montargis, ch. 13, art. 1, porte aussi qu'*on ne peut instituer héritier, ou substituer par testament & ordonnance de dernière volonté ni autrement : car institution d'héritier n'a point de lieu*; & ces derniers termes marquent, je le répète, que les premiers auteurs de la maxime ne prétendoient rejeter que la seule substitution, qui forme une seconde institution d'héritier, & que, par conséquent, ils ne vouloient pas exclure celle des legs universels ou particuliers.

La coutume de Sedan étant du nombre de celles où on peut disposer à titre de legs universel, c'est de cette manière qu'on doit y interpréter l'art. 130 : *institution d'héritier n'a lieu au préjudice de l'héritier prochain, habile à succéder, ni semblablement substitution, soit par testament, ou autre disposition de dernière volonté*; & il est, à mon avis, sans aucun doute qu'on peut, dans cette coutume, gréver de substitution ses légataires universels ou particuliers.

Mais en est-il de même en Lorraine ? Cette coutume ne parle de substitution que dans l'art. 3 du tit. 11 aux nouvelles, qui permet entre gentilshommes de substituer une des maisons anciennes, & un quart du bien ancien aux conditions y portées. Cette disposition est très-singulière ; car régulièrement on ne peut comprendre dans une substitution que des biens disponibles. Or en Lorraine, l'ancien n'est disponible, du moins en général, que pour un quart, art. 3 & 13 du même titre aux anciennes, & 7 aux nouvelles; & ce quart est différent de celui qui peut être substitué, & qu'il a fallu à cet effet rendre disponible singulièrement entre gentilshommes.

D'ailleurs, de cette permission de substituer entre gentilshommes une maison ancienne, & un quart de l'ancien, autre que celui qui est généralement disponible, il ne sembloit pas qu'on pût conclure qu'entre roturiers & annoblis, toute substitution des biens disponibles étoit interdite : ni qu'entre gentilshommes on ne pouvoit faire aucune autre substitution que celle expressément autorisée par la coutume : en sorte qu'il ne leur étoit pas permis de substituer leurs meubles & acquêts, & le quart dis-

TIT. VII.
Oblerv. 22.

8.
Qui a fait rejeter toutes substitutions dans quelques provinces.

9.
Quid à Sedan?

10.
En Lorraine.

(1) Il pouvoit ajouter les héritages du sang, & les légataires.

ponible de leur ancien. Aussi Faber n'en dit rien ; mais Canon , sur l'art. qui permet cette substitution en faveur de famille, dit que *ce cas est spécial. entre gentilshommes, les annoblis & roturiers n'ayant ce pouvoir* ; ce qui, entendu d'une maison & du quart de l'ancien qui n'est pas généralement disponible, est jusques-là évidemment vrai. Mais il ajoute : *il est aussi spécial pour la substitution à cet égard, laquelle hors icelui est conséquemment rejetée ; l'inclusion de l'un étant l'exclusion de l'autre en matière de coutumes.* Brocard ne sembloit pas pouvoir être appliqué ici, parce qu'il faut le concilier avec la règle qui veut qu'on distingue soigneusement ce que les coutumes disent *demonstrativè*. Or, jamais disposition coutumière ne parut moins limitative, quant à ce qui peut être la matière des substitutions, que la permission de substituer des biens naturellement & généralement non disponibles. Cependant Canon appuie la manière dont il l'interprète sur l'usage. *Aussi ne l'a-t-il pas vu pratiquer autre manière de substitution en Lorraine.* Et quoique cet usage ne provienne que de l'idée très-mal fondée qu'ont eue les anciens praticiens, que la substitution dont leur coutume parle étoit la seule qu'elle autorisât, il a tellement prévalu que personne ne doute au bureau de Nanci de la nullité de toutes les autres substitutions.

On y tient même communément qu'aucune substitution ne peut valoir, du moins sans de grandes causes, dans la coutume de St. Mihiel. Mais comme cette dernière coutume n'a aucune disposition de laquelle on puisse tirer qu'il y soit défendu de substituer les biens qu'on peut léguer (1), je ne crois pas qu'on adoptât cette opinion au parlement de Metz.

C'est même mal-à-propos qu'Ancillon, sur l'art. 21 du tit. 8 de la coutume de Metz, dit que les substitutions fidei-commisaires ne sont gueres usitées en pays coutumier. Ce sont au contraire les substitutions vulgaires qui y sont assez rares ; parce qu'on n'a pas dans nos coutumes la même raison que dans le droit écrit de substituer vulgairement. Chez les Romains, si l'institué ne prévoyoit ou ne vouloit pas appréhender la succession, tout le testament demeureroit sans effet ; & c'étoit dans la crainte de cet événement qu'ils se choisissent plusieurs héritiers au défaut l'un de l'autre. Mais chez nous, l'inexécution de l'institution ou du legs universel ne donnant aucune atteinte aux autres dispositions, le même motif n'a plus lieu ; & si on substitue quelquefois vulgairement, ce ne sont ordinairement que les enfans de celui qui est gratifié, dans la crainte qu'il ne meurt avant le testateur. Mais pour les fidei-commis, ils sont, quoi qu'en dise Ancillon, d'un usage très-fréquent dans le ressort.

Cet auteur ne les aimoit pas. Il remarque que ce sont des pépinières de procès, & que cette matière est celle qui a le plus exercé la plume des jurisconsultes, & sur

(1) Les Lorrains ne le prétendent que parce qu'ils veulent étendre dans le Barrois non mouvant l'empire de la coutume de Lorraine. Voy. ci-après la note sous le n. 30 de l'obs. 9. laquelle

laquelle il y a plus de diverſités dans leurs opinions : ce qui lui fait ſouhaiter qu'on les aboliffe dans notre coutume de Metz. Mais quoiqu'il y ait du vrai dans ſa censure, on a retranché parmi nous la plus grande partie des procès qui ne naiſſoient que de la trop longue durée des ſubſtitutions graduelles & perpétuelles, en la bornant comme je vais le dire, à deux degrés. Si elles en occasionnent encore quelquefois, ils ne proviennent que de l'obſcurité des teſtamens qui les contiennent ; ce qui n'eſt pas une raiſon pour les proſcrire, ſans quoi il faudroit abolir toutes les diſpoſitions teſtamentaires, puisqu'il n'y en a aucune dont la rédaction ambiguë & embarrasſée n'occasionne aſſez ſouvent des conteſtations. Il ſeroit dur & injuſte d'en-
 vrier à un teſtateur la conſolation d'aſſurer, par une ſubſtitution fideicommiſſaire, la conſervation de ſes biens dans les premiers degrés de ſa famille. Cette précaution eſt quelquefois ſi néceſſaire, qu'il y a des cas où on autorife un pere à ſubſtituer même la légitime de ſon fils, comme je le dirai, obſ. 13, n°. 33.

» Les meubles, dit Ancillon, *ubi ſuprà*, ne ſont pas ſujets à être ſubſtitués, *quia ſervanda ſervari non poſſunt*. C'eſt la raiſon pourquoy quand un teſtateur veut que ſes meubles ſoient ſubſtitués, il doit ordonner qu'ils ſeront vendus, & que les deniers en provenans ſeront employés, &c. « La Fons, ſur l'art. 70 de Vermandois, n°. 24, dit plus généralement que l'ordonnance de 1629 » rejette les fidei-
 » commis pour choſes mobilières, ſi ce n'eſt pour pierres précieufes de fort grand
 » prix «. Mais l'on fait que preſque toutes les diſpoſitions de cette ordonnance ſont reſtées ſans force & ſans exécution. Suivant celle du mois d'Août 1747, *les deniers comptans, meubles, droits & effets mobiliers ſont cenſés compris dans la ſubſtitution appoſée à une diſpoſition univerſelle, ou faite par forme de quotité ; à moins qu'il n'en ait été ordonné autrement par le ſubſtituant ; & il doit en être fait emploi : art. 4 du tit. 1. Ces biens ne peuvent être chargés d'ancienne ſubſtitution particulière qu'en cas que le ſubſtituant en ordonne l'emploi : art. ſuivant. Les art. 6 & 7 exceptent les beſtiaux & uſtencilles ſervant à faire valoir les terres, qui ſont cenſés compris dans les ſubſtitutions deſdites terres, & doivent être priſés pour en être rendus d'égale valeur lors de la reſtitution du fideicommiſſe, & les meubles & autres choſes ſervant à l'ornement des châteaux & des maiſons qui peuvent être conſervés en nature, pourvu que le ſubſtituant l'ait ainſi ordonné, & qui, en ce cas, doivent être remis auſſi en nature, & tels qu'ils ſont à l'ouverture de la ſubſtitution. L'art. 8 défend toute ſubſtitution d'aucuns autres effets mobiliers que ceux-là, à la charge de les conſerver en nature ; & ſi elle eſt faite, il l'annulle. Je ne fais cependant ſi on exécuteroit rigoureuſement cette prohibition, ſ'il arrivoit qu'un pere vouluſt aſſurer par une ſubſtitution la conſervation dans ſa famille d'une pierre précieufſe de grand prix provenant de ſes aïeux, ou d'un ſouverain, récompenſe honorable de quelque action d'éclat, & propre à en perpétuer le ſouvenir glorieux à ſa maiſon. En tout cas, il me paroît aiſé d'é luder la prohibition. Un teſtateur, au lieu de ſubſtituer ſes meubles à celui à qui il les deſtine en premier ordre, peut n'en donner à lui & à ſon*

12.
 Comment les
 meubles peu-
 vent être ſubſti-
 tués.

TIT. VII.
Observ. 22.

héritier immédiat que le simple usufruit, avec obligation de les conserver, & de les remettre en nature à l'héritier du second degré. Je ne crois pas qu'aucun d'eux pût contester cette disposition : elle seroit tout le fondement de leurs droits sur ces immeubles, & par conséquent ils ne pourroient refuser de s'y soumettre (1).

La vente des meubles & effets mobiliers doit être faite par affiches & encheres, suivant l'art. 8 du tit. 2 de la même ordonnance, & l'emploi ou le remploi des deniers remboursés, conformément aux art. 10 & suiv. qu'on peut consulter. A défaut d'emploi, Ancillon, *ibid.* pensoit que le substitué avoit hypothèque sur les biens du grevé ; ce qui n'est plus douteux depuis que l'art. 15 du même titre le rend responsable du défaut d'emploi ou de remploi sur ses biens libres : puisque de cette disposition il résulte une hypothèque légale.

13.
Bornes des substitu-
tions.

Les biens substitués fidéicommissairement, passent de celui qui en a été gratifié au premier qui est appelé à la substitution ; de lui au second substitué, dans la personne duquel ils demeurent libres, suivant l'ordonnance d'Orléans, art. 59. Celle de Moulins, art. 57 ; celle de 1629, art. 124 & 125 ; l'art. 16 de l'édit perpétuel des archiducs qui ont imité ces ordonnances ; & l'art. 21 du tit. 8 de notre coutume de Metz, sur lequel il faut voir Ancillon & M. D... , toutes ces loix conçues en termes un peu différens, reviennent au même : & leur disposition a été renouvelée par l'art. 30 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747. Ces degrés ne se remplissent que par ceux qui recueillent le bénéfice de la substitution : & les substitués morts avant qu'elle fut ouverte à leur profit ne font pas nombre.

Les substitutions demeurent nulles à l'égard des créanciers des grevés si elles n'ont

(1) On ne doit pas confondre le legs grevé de substitution avec celui d'un simple usufruit, quoique souvent les testateurs semblent le faire. Comme quand il est dit, *je lègue tels biens à Pierre, & je les substitue à Paul, voulant que Pierre n'en jouisse qu'en simple usufruit pendant sa vie sans pouvoir les aliéner.* Dans cette disposition, & autres semblables, les premiers termes donnent à Pierre la propriété des biens légués, quoique conditionnellement, & à Paul un simple droit d'attente, le cas de la condition arrivant ; & la mention de l'usufruit à la fin de la clause ne réduit pas Pierre à la condition d'un simple usufruitier, & ne donne à Paul aucun droit actuel. Son titre n'est pas un legs, mais une substitution ; il ne peut donc acquérir de droit que par l'événement de la condition à laquelle l'ouverture de la substitution est attachée ; c'est-à-dire par la mort du grevé. Car lorsque *» la disposition est telle, heres meus, cum morietur, Deum dato : » si legatarius ante deceaserit, ad heredem non transit.* Le même en est du fidéicommis : *quia exequata sunt legata per omnia fideicommissa.* C'est la décision de Buridan sur l'art. 70 de Vermandois, & de tous les auteurs, confirmés généralement dans tous les cas par l'art. 20 du tit. 1 de l'ordonnance d'Acôt 1747. Mais il en est tout autrement lorsque le testateur a dit : *Je lègue tels biens à Paul, à charge que Pierre en jouira par usufruit pendant toute sa vie.* Alors Paul devient propriétaire au moment du décès du testateur. Si donc le legs tombe sur des meubles, ils sont dès-lors à lui, ainsi plus de substitution qui en nécessite la vente.

pas été publiées suivant les art. 18 & suivans de la même ordonnance de 1747, qui confirment & expliquent les anciens, copiées par l'art. 15 de l'édit perpétuel, & par l'ordonnance du duc de Lorraine Léopold, du 13 Décembre 1718. Sur quoi on peut voir aussi les deux commentateurs de notre coutume, & Buridan, *ubi sup.*

TIT. VII.
Observ. 2e.

Je ne dirai rien des autres questions décidées par l'ordonnance de 1747, qui tiennent plus aux principes du droit écrit qu'à nos usages.



TIT. VII.
Observ. 3^e.

OBSERVATION III.

*Des Formalités requises en pays coutumier dans les Testamens pardevant
personnes publiques.*

1.
Les testamens
sont solemnels
ou olographes.

2.
Formes de tes-
ter du droit ro-
main.

3.
Elles n'ont pas
lieu dans le res-
ort.

4.
Elles ont été
long-tems sui-
vies dans le res-
ort de la France.

IL y a deux especes principales de testamens, dont je crois à propos de parler séparément, le solemnel & l'olographe. Je commence par le solemnel : mais je ne dirai rien des différentes manieres de tester qui ont été en usage chez les Romains. Ce qu'il est utile de savoir sur ce point n'est ignoré d'aucun de ceux qui ont une teinture légère des élémens de la jurisprudence : il ne faut pour s'en instruire qu'ouvrir les loix civiles de Domat, tom. 1, part. 2, liv. 3, tit. 1, sect. 3, & ceux qui voudront en faire une étude plus approfondie pourront consulter Ricard des donat. 1, part. ch. 5, sect. 2 & 3.

D'ailleurs les solemnités requises par le droit romain pour la validité des testamens, n'entrent pas dans mon plan, parce qu'elles ne se sont conservées dans aucune partie du ressort de notre parlement ; pas même dans le pays Toulousain, où ce droit a encore force de loi, à la réserve de quelques points sur lesquels l'usage y a dérogé.

Cependant La Fons sur l'art. 58 de la coutume de Vermandois, n. 2, observe que « sous la première race de nos rois la forme prescrite de droit romain ez testamens, a été gardée en France ». Ce qui est confirmé par Ricard, des donat. 1, part. ch. 5, sect. 1, n. 1303. Le premier cite Marculfe, liv. 2, ch. 17, sans en rapporter les termes. Les voici tels qu'on les trouve dans Baluse, tom. 2, col. 415 : *testamentum nostrum condidimus, quod illi notario scribendum commisimus ; ut quomodo dies legitimus post transitum nostrum advenerit, recognitis sigillis, inciso lino, ut romanæ legis decrevit autoritas, per illustres viros illos quos in hac paginâ testamenti nostri legatorios instituimus (1), gestis rei publicæ municipalibus, titulisque, eorum prosecutione ab ipsis nunciatur.* Ricard cite aussi (comme de Marculfe) le chap. 72, des formules de Lindenbrog. (Voyez Baluse, tom. 2, col. 529), dont les termes sont à peu près les mêmes que ceux de Marculfe : & on peut ajouter la nou-

(1) Il n'est ici parlé que de légataires. Mais l'institution d'hériter se trouve plus bas. *Hereditatem meam habetote.* Ce qui me fait croire qu'on confondoit alors les deux titres comme on les confond encore à Metz.

velle collection des formules par Baluse lui-même, *cap. 28, ibid. col. 571*, dans un capitulaire faisant partie de la loi des Lombards, rapporté par le même, tom. 1, col. 245, *cap. 1*. Charlemagne qui y exige cinq ou sept témoins en rend cette raison, *qui i testamento quod Romani faciunt, firmum non possit nisi per quinque, aut per septem testes confirmatur*. Tout cela me paroît prouver que la forme des testamens introduite par le droit romain s'est conservée en France, non-seulement sous la première, mais bien avant sous la seconde race : mais qu'on y employoit dès - lors des personnes publiques, ce que les loix romaines ne prescrivoient pas. Outre les notaires dont il est parlé dans les endroits que je viens d'indiquer, on voit par un capitulaire de l'empereur Lothaire, donné la première année de son regne, *cap. 13, dans Baluse, ibid. col. 323*, qu'on se servoit encore d'autres officiers appelés *cancelarii*, & que pour assurer d'autant mieux la vérité des dispositions de dernière volonté par eux reçues, ils les montraient dès qu'elles étoient écrites, ou à l'évêque, ou au comte, ou au juge, ou à ses lieutenants, ou même au peuple ; & *statim cum scripta charta fuerit ostendatur ante episcopum, & comitem, sive judicem, vel vicarios, aut in plebe ut veraces agnoscantur esse*. Ce qui, faisant connoître les dispositions du testament, avant la mort du testateur, étoit, ce me semble, sujet à des grands inconvéniens.

Tout nous porte à croire que telle a été dans notre Austrasie la forme des testamens, tant que ce royaume & celles de ses dépendances qui, étant échues en partage au roi Lothaire, fils de l'empereur du même nom, prirent celui de Lothaire regne, ou Lorraine, restèrent sous la domination des princes carlovingiens, & même probablement assez long-tems après. Mais, comme le dit La Fons que j'ai cité, la forme des testamens dans le droit romain, » a été rejetée depuis comme trop compliquée, & difficile, & celle du droit canonique suivie. Ricard attribue ce changement » à la grande autorité que les ecclésiastiques s'étoient acquises mêmes sur les affaires temporelles ; & sur-tout sur les testamens : & je crois que c'est la principale raison qui, en cette matière, a fait substituer à la forme du droit civil, celle du droit canon, qui rendoit bien plus faciles les dispositions en faveur de l'église ; car ses ministres ont de tout tems cherché à les multiplier : & dans les siècles dont je parle, ils avoient eu l'art de persuader aux peuples, que sans legs pieux, il n'y avoit point de salut à espérer pour les mourans, auxquels ils refusoient même la sépulture, & pour lesquels, qui plus est, ils faisoient tester par un prêtre, lorsqu'ils étoient morts sans leur rien laisser. J'ai dit ailleurs (1) quelque chose de cet étrange abus. Il est vrai cependant que la facilité de tester dans la forme autorisée par les canons, a pû contribuer à la préférence que les peuples lui ont insensiblement donnée, sur la forme embarrassante prescrite par les loix des Romains.

TIT. VII.
Observ. 3^{es}.

5.
Personnes publiques qu'on y employoit.

6.
Pourquoi on y substitua la forme du droit canon.

(1) Voy. mes opuscules, tom. 3, pag. 34.

TIT VII.
 Observ. 3e.
 7.
 Forme de tester
 à Metz avant
 1564.

Quoi qu'il en soit, avant l'ordonnance de Metz publiée le 2 Décembre 1564. Voici, dit Ancillon sur le titre des testamens, quelle étoit dans cette ville la maniere de faire testament. L'aman écrivoit le nom & surnom du testateur, & rédigeoit par écrit, en sa présence, ce que le testateur lui déclaroit être de sa dernière volonté : cela se faisoit en présence de deux témoins. Le testateur ni les témoins, non plus que l'aman, ne signoient pas cette minutte, qui étoit plutôt comme une espece de plunitif, ou brouillard, lequel l'aman mettoit ensuite en forme, avec le préambule, selon son style, l'écrivoit en parchemin, pour être gardé en son arche ; & en faisoit un double aussi en parchemin, pour être délivré après le décès du testateur. Ancillon ajoute même un peu plus bas que l'usage... observé de tous tems aux testamens... étoit d'y insérer que l'exécuteur du testament tiendrait la main à en accomplir le contenu, ensemble ce que le testateur LUI AVOIT DÉCLARÉ DE BOUCHE, non compris dans la teneur du testament.

8.
 Pourquoi elle
 étoit si peu
 précautionnée.

Le peu de précaution de cette ancienne forme de tester nous étonne aujourd'hui. Il nous semble qu'elle facilitoit les faussetés : puisque non-seulement l'instrumentaire, maître de ces expressions, pouvoit donner aux dispositions qui lui étoient déclarées, tel sens, & telle étendue qu'il lui plaisoit : mais qu'il lui étoit aisé d'en supposer auxquelles les testateurs n'avoient jamais pensé, non-seulement sur les écrits en parchemin qu'il rédigeoit dans le secret de son étude, & qu'il signoit seul, mais même sur le brouillon qui n'étoit ni signé, ni conservé de personne. Tout cela prouve l'extrême simplicité de nos ancêtres ; & si nous en avons conservé la candeur, nous serions biens moins surpris de cet ancien usage. Mais d'ailleurs il faut faire attention, 1°. que dans ces tems éloignés l'emploi des amans n'étoit rempli que par des citoyens du premier rang, d'une intégrité connue, & d'une réputation distinguée. Enfin que les défunts étant sensés ne charger de l'exécution de leurs dernières volontés, que des amis dont l'exacte probité méritoit leur entière confiance, on croyoit ne rien risquer en ajoutant foi sur leur parole & sans autre preuve, à tous ce qu'ils alléguoient leur avoir été dit verbalement par les testateurs, quoiqu'il n'en parût rien par leurs dispositions. 2°. Qu'on ne pouvoit tester à Metz que de ses meubles seulement ; que nos ancêtres se contentant du nécessaire en avoient très-peu, & que ne donnant ni dans le luxe, ni dans le faste, ce peu étoit d'une très-médiocre valeur ; ce qui ne devoit pas faire regarder les testamens comme des actes bien importans. On peut même conjecturer que si, d'un côté, l'objet des dispositions testamentaires n'avoit pas paru mériter qu'on prît plus de précautions, pour en assurer la foi, réciproquement le défaut de précaution dans ces actes, n'avoit pas peu contribué à en faire exclure tous les immeubles ; c'est-à-dire tout ce qui composoit alors l'essentiel de la fortune des citoyens ; car la forme de tester dont il s'agit, avoit été admise à Metz avant qu'on y eût imaginé d'acquérir par gagieries : & même les biens de cette nature n'ont cessé d'être très-rares qu'après l'ordonnance qui a aussi fait cesser cette ancienne maniere de disposer.

J'ai dit ailleurs (1) que cette ordonnance qui est celle de 1564, sur la justice & police de la cité de Metz, & pays messin, a beaucoup multiplié les gagieres, par la facilité qu'elle a donné d'acquérir à ce titre, soit que les auteurs de cette loi aient réfléchi que l'augmentation du nombre des gagieres, qui en feroit la suite, rendroit les dispositions testamentaires plus considérables & plus importantes; soit plutôt qu'ils aient jugé que *increbescente hominum malitia & rarefcente fide*, comme parle Dumoulin, il devenoit nécessaire d'exiger des preuves plus certaines des dernières volontés des mourans. Ils ont, par la même ordonnance, abrogé l'ancienne forme de tester. L'art. 59 de cette loi demandoit, outre l'aman, ou notaire qui recevoit le testament, quatre témoins, au lieu de deux dont on s'étoit contenté jusques-là. Il vouloit que le testateur déclarât sa volonté en leur présence, que l'aman, ou le notaire la rédigeât entièrement par écrit; que sans divertir à autres actes, il la rapportât, & la lût au testateur clairement & intelligiblement; qu'il lui demandât s'il le vouloit, & l'entendoit ainsi, & qu'il fit mention à la fin du testament, & de cet interrogat, & de la réponse du testateur. L'art. 60 exigeoit que cette lecture fût faite en présence des témoins; que l'instrumentaire demandât encore au testateur, s'il ne vouloit pas ordonner autre chose; qu'il en fit mention aussi bien que de la réponse; qu'il signât la minute, & la fit signer aux témoins, s'ils savoient signer, & qu'il conservât cette minute. L'art. 61 portoit que s'il étoit inséré au testament, que le testateur avoit déclaré avoir fait des dispositions verbales, & ordonné autre chose que ce qui étoit écrit, ces dispositions non écrites seroient regardées comme nulles, & sans effet, & l'art. 62 permettoit de tester pardevant deux amans ou notaires, avec trois témoins.

C'est de cette ordonnance de Metz, qu'environ 50 ans après, les rédacteurs de notre coutume ont tiré l'art. 3 du tit. 8, par lequel ils ont réglé la forme des testamens. L'ordonnance plus détaillée que la coutume, lui servoit même de commentaire, & de supplément.

Les autres coutumes n'exigeoient point le même nombre de témoins dans les testamens, ou même n'en exigeoient point du tout, lorsqu'ils étoient faits pardevant deux notaires, ou deux autres personnes publiques. L'art. 94 de la coutume de Bar validoit les testamens faits en présence de deux notaires, ou d'un notaire, & trois témoins; le même nombre de témoins étoit requis, avec un notaire, par la coutume de Berry, tit. 18, art. 11, (quand les testamens contenoient institution d'héritier, ou legs jusqu'à la moitié des biens du testateur), & par celles d'Anjou, art. 276; Du Maine, art. 292, & quelques autres. La coutume de Senlis, art. 173, validoit même un testament signé du testateur, & à lui lû, & par lui entendu en la présence de trois témoins, sans notaires. Mais on pouvoit regarder comme singulieres, les

TIT. VII.
Observ. 3e.

9.
Nouvelle forme
prescrite par
l'ordonnance de
1564.

10.
Et par la coutu-
me.

11.
Elle différoit
des autres cou-
tumes quant
aux témoins.

12.
Coutumes qui
ne demandoient
que deux notai-
res, ou un no-
taire & deux té-
moins.

(1) J'ai dit ci-devant tit. 5, obs. 6, n. 10.

TIT. VII.
Observ. 3e.

coutumes qui fixoient le nombre des témoins à trois. Presque toutes n'exigeoient que deux notaires, ou un notaire, & deux témoins. St. Mihiel, tit. 4, art. 2; Sedan, art. 123; Amiens, art. 55; Melun, art. 245; Sens, art. 68; Senlis, art. 173; Troyes, art. 97; Paris, art. 289; (qui se contenoit même d'un notaire, avec le curé ou son vicaire général, mais, qui lorsque le testament étoit reçu par le curé & son vicaire, sans notaire, exigeoient trois témoins); Vermandois, art. 58; Vitry, art. 102; & plusieurs autres. Ce qui avoit lieu même dans la coutume de Berry, quand le testament ne contenoit que des legs au dessous de la moitié des biens du testateur.

Je ne parle pas des coutumes de Verdun, art. 117, & de Toul, art. 57; parce que leur rédaction est postérieure à l'ordonnance de 1735, dont elles ont suivi la disposition.

13.
Coutumes qui n'admettoient pas les deux notaires.

D'autres coutumes autorisoient aussi les testamens passés pardevant un notaire & deux témoins, mais ne disoient rien de ceux reçus par deux notaires qui, par conséquent, n'y étoient pas admis. Telles étoient, entr'autres, celle de l'Evêché, tit. 10, art. 5; & de Normandie, art. 397.

14.
En Lorraine, un tabellion suffisoit lorsque le testateur signoit avec lui.

Au contraire, la coutume de Lorraine, tit. II, art. 7, qui admettoit aussi les dispositions à cause de mort pardevant un tabellion & deux témoins, se contenoit de la signature du tabellion sans témoins, pourvu que le testateur y eut aussi apposé la sienne: en sorte que les témoins n'étoient requis dans cette coutume avec le tabellion que pour suppléer au défaut de la signature du testateur. La coutume de Thionville, lorsque le testateur ne savoit ou ne pouvoit écrire, lui permettoit aussi de faire signer un autre en son nom, mais ne l'exigeoit pas.

15.
Coutumes où il falloit quatre témoins.

C'étoit donc une singularité dans notre coutume de Metz de demander un aman ou notaire, & quatre témoins, ou deux amans ou notaires, & trois témoins. Cependant, la coutume de St. Sever, tit. 12, art. 10, vouloit aussi quatre témoins avec un notaire pour les testamens faits dans les villes; mais ce nombre de quatre témoins suffisoit sans notaires dans les coutumes de Melun, de Senlis, de Troyes & de Vermandois, art. cités; & dans quelques autres (1): » lesquelles coutumes... ne » s'entendent que des testamens écrits signés de quatre témoins, & non des numcu- » patifs non écrits, qui n'ont plus lieu entre nous (2) », disoit Brodeau sur M. Louet, t. c. sommaire §, n°. 7.

16.
On n'admettoit plus de testamens non écrits.

Il y avoit aussi de très-grandes variétés entre les coutumes sur les autres formalités qu'elles exigeoient pour rendre un testament solennel & valable. Je n'entrerai point

(1) Ces différentes dispositions ne marquent-elles pas que les coutumes cherchoient à faciliter la confection des testamens? & cette facilité n'auroit-elle pas seule dû empêcher certains auteurs de les regarder comme odieux en pays coutumiers?

(2) Depuis l'ordonnance de Moulins.

là-dessus dans un détail qui me meneroit trop loin. Je dirai seulement qu'on s'attachoit avec le scrupule le plus outré aux moindres expressions des coutumes, dont on consultoit moins l'esprit que la lettre; en sorte qu'on regardoit comme une nullité l'omission d'un seul mot, quoiqu'il fut remplacé par un autre qui paroïssoit de même valeur. Ainsi, à Metz, pour qu'un testament fut regardé comme valable, il falloit qu'on y eut inséré mot à mot qu'il avoit été écrit en présence du testateur (e), lu icelui clairement & intelligiblement, & que le testateur ayant ainsi oui & entendu, avoit déclaré sa volonté être telle, & ne vouloir ordonner autre chose. En Lorraine, tout testament devoit porter que, sur chacun article d'icelui, relu au testateur, il avoit témoigné que c'étoit sa volonté. Beaucoup de tabellions répétoient même cette phrase à la fin de chaque disposition, & si elle ne s'étoit pas trouvée mot à mot, au moins à la fin du testament, il auroit été regardé comme nul. A Paris, & dans le plus grand nombre des coutumes, on croyoit si essentiel d'exprimer que le testament avoit été dicté & nommé par le testateur, qu'on le jugeoit nul s'il étoit seulement dit que le testateur en avoit proféré de sa propre bouche toutes les dispositions. Écoutez là-dessus un de ceux qui cherchent moins les règles de la jurisprudence dans ses principes, que dans les choses jugées. Je parle du commentateur de M. Louet. Voici ses termes : *Litt. R. som. 52, n. 10*, » les coutumes sont de droit étroit, sur-jettes à une sévère, rigoureuse & scrupuleuse interprétation; & doivent être accomplies en leur forme spécifique, & en leur individualité; notamment en ce qui » concerne la forme, qui est essentielle, donne titre parfait à la chose, & est de » la nature des choses individuelles: sans que la fiction ou l'équipollence, l'homonymie, » identité y soient aucunement reçues, sur-tout en ce qui est des testamens qui sont » de droit public ». Pourquoi cet arrêttiste confondoit-il ainsi des idées aussi différentes que celles de la fiction & de l'équipollence, de l'homonymie & de l'identité? Pourquoi défiguroit-il ce qu'il y a de vrai dans sa réflexion en y mêlant un faux déraisonnable? C'est que, outrant le respect qu'on doit aux arrêts, il n'osoit s'écarter de ceux qui paroïssent avoir fait dépendre la validité des testamens de la vaine & stérile observance des mots arbitrairement choisis par les rédacteurs de chaque coutume. C'est qu'il ne vouloit pas voir que, malgré leur grand nombre, la

TIT. VII.
Observ. 3e.

17.
Les formules étoient de rigueur dans chaque coutume.

18.
Censure de ces attachement aux formules.

(e) Ancillon, pag. 575 de son recueil d'arrêts, en rapporte cependant un du 5 Janvier 1660 par lequel il dit que l'équipollence a été admise aux formalités des testamens en ce qui regarde les termes qu'il a été écrit en présence du testateur, & qu'il suffit qu'il en paroisse, & qu'il en résulte par les autres énonciations du testament. Les arrêttistes en rapportent quelques autres à peu près semblables: mais ils sont en très-petit nombre, & contraires à l'opinion commune, & aux torrens des préjugés. L'usage superstitieux des formules consacrées par chaque coutume l'emportoit presque toujours sur la raison qui le condamnoit, & qui rarement se faisoit entendre.

Tit. VII.
Obsery. 3e.

raison & l'équité vouloient qu'on les attribuât aux particularités de chaque espece ; & qu'on s'abstînt d'en tirer une regle générale : puisqu'enfin cet attachement servile à la lettre, qui rejettoit toute équipollence, même identique, substituoit à la réalité des preuves de la volonté des testateurs, le son des mots qui la témoignoit : que ce n'étoient pas les faits qui la rendoient légalement certaine, mais une formule différente d'une coutume à l'autre, suivant le caprice de ceux qui les avoient compilées : qu'on faisoit dépendre la validité des actes, ici de certaine phrase, là de quelqu'autre, & ailleurs d'une troisieme, dont on ne pouvoit changer un seul mot, à peine de nullité, quoique dans le vrai ces mots ne signifîassent pas plus que d'autres expressions synonymes, & de même valeur ; mais qu'on rejettoit parce qu'on pensoit, comme Brodeau le dit un peu plus bas, que les termes des coutumes étoient *mystérieux*. Il auroit dû dire magiques, puisqu'il y attachoit l'effet des dernieres volontés des mourans, comme le stupide & crédule vulgaire attache à certains mots, qui ne peuvent jamais être remplacés par aucuns autres ; le succès des opérations de l'art infernal qui les prescrit, & que les sots croient capables de les produire. On trouvera peut-être cette censure trop vive ; mais on avouera qu'il est étrange qu'un usage si peu raisonnable ait pu dominer dans tous les tribunaux du royaume, jusqu'à l'édit du mois d'Août 1735. (1.)

19.
Elles sont prescrites.

20.
Les formalités des testamens conformes aujourd'hui dans toutes les coutumes.

21.
Elles sont 1°. que le testament doit être écrit.

Les art. 22 & suivans de cette ordonnance ont, en abolissant cette minutieuse jurisprudence, réglé d'une maniere uniforme les formalités nécessaires pour la validité des testamens solemnels, dans tous les pays où celles établies par le droit écrit, ne sont pas autorisées par les loix, statuts & coutumes. Il n'y a donc plus sur ce point aucune diversité d'usage entre les provinces régies par diverses coutumes, parce que toutes leurs dispositions différentes de celle de cette loi sont abrogées.

Les formalités aujourd'hui nécessaires pour la validité du testament solemnel en pays coutumier sont ; 1°. qu'il soit écrit. Toutes dispositions à cause de mort, qui n'ont été faites que verbalement sont nulles. Cela résulte de l'art. 22, qui, par-tout où les solemnités du droit écrit ne sont pas observées, n'admet que deux formes de testamens : celle des dispositions olographes, & celle des dispositions reçues par personnes publiques. En cela l'ordonnance de 1735 n'est pas une loi nouvelle ; car depuis celle de Moulins, on n'admettoit plus de testamens purement nuncupatifs & sans écrit (2), même dans celles qui les autorisoient, pas même dans celles qui avoient été rédigées depuis cette ordonnance, la premiere qui ait abrogé la preuve par témoins, pour cho-

(1) Il faut cependant avouer que Ricard avoit senti le ridicule de cette jurisprudence, & admis l'équipollence, pourvu qu'elle fut identique, & qu'il en cite même un arrêt : 1. part. ch. 5, sect. 6, n. 1502. Mais l'opinion commune étoit plus superstitieuse, & le torrent des préjugés la suivoit. Ricard lui-même en convient aux n. suiv.

(2) Voy. Brodeau cité ci-dessus, n. 16.

des au dessus de 100 liv. Ricard, des donat., Ire. partie, ch. 5, sect. 3, n. 1497. Il observe que grand nombre de coutumes portoient déjà que l'écriture étoit de l'essence des testamens. C'étoit en particulier ce qu'on tenoit à Metz, en conséquence de l'art. 3 du tit. 8 de la coutume, conforme à l'art. 59 de l'ordonnance de la même ville de 1564.

Faber, sur l'art. 1 du tit. 11 de la coutume de Lorraine; Vbo. ou par écrit, n. 1272, dit que » l'écriture du testateur doit être en bonne forme, sans chiffres, ni » abrégatures, principalement ez mots substantiaux «, & qu'il a été jugé par un arrêt du 19 Janvier 1585, » qu'un testament fait par le curé, & auquel les nombres » des choses données & léguées étoient écrits en chiffres & abrégatures, ne pou- » voient être valables, à cause de la suspicion de fraude, ou grande occasion que » ce seroit de tromper & décevoir la volonté des testateurs. « Quoiqu'il semble appliquer cette réflexion à tous les testamens, elle ne convient gueres qu'à ceux qui sont reçus par une personne publique; car comment soupçonner qu'on ait altéré les chiffres d'un testament écrit de la main du testateur, & qui n'est jamais passé dans celles des légataires? Mais j'aurois bien de la peine à croire que le crime ne se présumant jamais, ceux à qui la loi confie la rédaction des testamens pussent être soupçonnés de faux, par la seule circonstance qu'il y a des sommes marquées en chiffres, & non en toutes lettres: encore moins parce que dans l'acte qu'ils ont écrit, il y a des abrégatures. Je les crois sans conséquence, pourvu qu'elles ne rendent pas le sens douteux ou obscur. Tout ce qu'exige Ricard, Ire. part., ch. 5, sect. 7, n. 1569, c'est » que le testament soit écrit nettement, en sorte que la volonté » du testateur se puisse reconnoître en son entier «.

2°. Suivant l'art. 23 de l'ordonnance des testamens, ils doivent être reçus par deux notaires ou tabellions (1), ou par un notaire ou tabellion, en présence de deux témoins. On vient de voir que cette disposition est conforme à celle d'un grand nombre de coutumes; mais la loi est nouvelle pour celles qui statuoient différemment; & entr'autres, pour celle de Metz, qui, sur la forme des actes de volontés dernières, ne doit plus être consultée non plus qu'aucune autre coutume.

Il n'y a peut-être rien de plus clairement statué dans l'ordonnance de 1735, que cette manière uniforme de tester, dans tous les pays coutumiers, pardevant deux notaires ou tabellions, ou pardevant un notaire ou tabellion, & deux témoins. Cependant on a soutenu que, malgré cette loi, on devoit encore observer dans chacune des coutumes les formalités qu'elles prescrivent sur la manière de tester, & notamment sur le nombre des témoins.

Le 9 Septembre 1758, le sieur de Chavenel de Roserieulle fit son testament par-

TIT. VII.
Observ. 30.

22.
S'il peut y avoir
des chiffres.

23.
Ou des abrégatures.

24.
2°. qu'ils soient
reçus par deux
notaires, ou
par un notaire
& deux té-
moins.

(1) Voy. dans l'obs. suiv. les autres personnes qui peuvent recevoir les testamens.

devant deux notaires, & légua la moitié de la rémanence de sa succession au sieur Royer, son neveu, qu'il gréva de substitution; & l'autre moitié aux enfans mineurs des feu sieur Blaise, & dame Marguerite-Nicole Royer, ses arriere-neveux, auxquels il fit encore un prélegs pour les indemniser de certains biens situés en Normandie, que le sieur Royer, leur oncle, pouvoit prétendre emporter à leur exclusion. Ce prélegs, & plus encore la substitution dont le sieur Royer étoit seul grévé, le détermina à attaquer le testament comme nul, pour n'avoir pas été fait pardevant un notaire & quatre témoins, ou deux notaires & trois témoins, suivant l'art. 3 du tit. 8 de la coutume de Metz: & par sentence du bailliage de cette ville, du 25 Janvier 1760, il parvint à en faire prononcer la nullité, & à faire ordonner le partage de la succession, comme *ab intestat*: appel de la sentence de la part du tuteur des enfans des sieur & dame Blaise. Toute la question se réduisoit à savoir si l'ordonnance de 1735 avoit permis de tester pardevant deux notaires dans les coutumes où auparavant cette forme de tester n'étoit pas autorisée. L'appellant prouvoit l'affirmative par l'art. 22, qui porte: *dans tous les pays où les formalités établies par le droit écrit, pour les dispositions de dernière volonté ne sont pas autorisées par les loix, statuts ou coutumes, il n'y aura à l'avenir que deux formes qui puissent avoir lieu pour lesdites dispositions: savoir, celles des testamens... olographes... & celles des... dispositions reçues par personnes publiques, selon ce qui sera prescrit ci-après; abrogeant toutes autres formes de disposer à cause de mort dans lesdits pays.* & par l'art. 28, suivant lequel les testamens faits pardevant une personne publique, doivent être reçus par deux notaires ou tabellions; ou par un notaire ou tabellion, en présence de deux témoins.

Pressé par des dispositions si claires & si précises, l'intimé avoit imaginé de distinguer la forme de tester de la formalité intrinsèque des testamens. Il appelloit forme de tester la différence d'un genre de testament d'avec un autre: par où il entendoit celle du testament solennel, & du testament olographe, &c. & formalité du testament, les conditions établies pour qu'il soit valable. Il avouoit que, depuis l'ordonnance, il n'y avoit plus en pays coutumier que deux formes de tester, & qu'ainsi les testamens, purement nuncupatifs, les testamens mystiques, &c. ne pouvoient plus y avoir lieu, mais seulement les testamens olographes, & ceux reçus par personnes publiques. Mais il prétendoit que, sur les formalités particulières, établies pour la validité des testamens, & singulièrement sur la qualité de ceux qui les reçoivent, & le nombre des témoins, l'ordonnance de 1735, n'avoit rien innové, & n'avoit fait aucun changement aux dispositions des coutumes.

Le préambule de l'édit porte, à la vérité, que *l'intention* du roi n'étoit point de faire un changement réel aux dispositions des loix que les peuples avoient observées jusqu'à présent, & auxquels ils étoient accoutumés; & le défenseur du sieur Royer faisoit un grand usage de ces expressions pour soutenir la distinction de la forme & de la formalité. Mais elle n'en étoit pas moins chimérique; puisque la forme n'est

autre chose que la réunion des formalités nécessaires pour la validité de l'acte. La forme des testamens publics & solennels en pays coutumier (l'une des deux especes de testament que l'ordonnance de 1735 conservoit dans l'art. 22), étoit, suivant ce même article, réglée par les dispositions subséquentes, & consistoit par conséquent dans la formalité de la réception par deux notaires, ou par un notaire & deux témoins prescrite par l'art. suivant. Mais toute insoutenable, toute rebutante même que fut la fausse subtilité, qui vouloit qu'on distinguât la forme de la formalité, le sieur Royer pallioit en quelque sorte l'absurdité de son système, par un arrêt du 18 Janvier 1745, dont j'aurai bientôt (1) occasion de rapporter l'espece; & qui, nonobstant la disposition de l'ordonnance enregistrée près de neuf ans auparavant, avoit enjoint à la communauté des notaires de Metz de se conformer aux dispositions de la coutume, lors de la rédaction des testamens, & de se faire assister du nombre des témoins capables & requis par ladite coutume. Pour donner encore plus de force à ce règlement, qui sembloit avoir adopté le sens que le sieur Royer donnoit à l'ordonnance, il disoit que dans la cause sur laquelle il avoit été rendu, les notaires qui étoient intervenus avoient distribué des mémoires, où ils demandoient d'être dispensés de se conformer à la coutume dans la confection des testamens, & d'être autorisés à les recevoir dans la forme de l'art. 23 de l'ordonnance de 1735. Mais si ce fait étoit vrai, il n'en étoit pas moins évident que la cour n'avoit pas à prononcer sur ces mémoires qui ne contenoient aucunes conclusions en regle; & que la validité du testament dont il s'agissoit, étant indépendante de la question de savoir si, depuis l'ordonnance, les testamens exigeoient encore le nombre des témoins voulu par la coutume, les juges ne s'étoient pas occupés d'un objet étranger au fond de la cause, & n'y avoient même fait aucune attention; en sorte qu'on devoit regarder les termes du règlement dont le sieur Royer se prévaloit, comme échappés à leur exactitude par une pure inadvertence. J'avois été du nombre de ceux que le tuteur des enfans du sieur Blaise avoit consultés, & qui avoient conseillé l'appel. L'argument que l'arrêt de 1745 fournissoit à l'intimé étoit le seul moyen qui put faire douter du succès de cet appel: & quoique le règlement qu'il contenoit n'eût été provoqué ni par les parties, ni par les gens du roi; qu'il n'eût été ni publié, ni même envoyé au bailliage de Metz; & que depuis, quelques testamens faits dans cette ville, pardevant deux notaires, eussent été exécutés sans contestations, ce n'en étoit pas moins un règlement, qui ne perdoit rien de sa force pour avoir été prononcé d'office. Les notaires l'avoient même fait transcrire sur les registres de leur communauté; & avoient, en conséquence, dressé une formule de testament, à laquelle ils avoient arrêté qu'ils se conformeroient tous, & dans laquelle ils rappelloient les quatre témoins dont la coutume exigeoit qu'ils fussent assistés. Tout

(1) Ci-après n. 36.

Tit. VII.
Observ. 3e.

25.
Opposition tierce
reçue à un
arrêt de règle-
ment.

cela embarrassoit beaucoup le défendeur du tuteur. Consulté de nouveau, je fus d'avis de trancher le nœud de la difficulté, en formant une opposition tierce à l'arrêt de 1745, au chef qu'on opposoit. Plusieurs craignoient que cette voie ne parut irrespectueuse; & doutoient qu'elle put être prise contre un arrêt de règlement. Mais je représentai que, non-seulement il n'étoit pas sans exemple que la cour eut rétracté expressément ou tacitement des réglemens par elle faits, mais que les cours souveraines n'avoient pas plus de peine de corriger les décisions qui pouvoient leur être échappées contre les loix & les regles, que le roi Théodoric, qui disoit, au rapport de Cassiodore (1), *pro aequitate tali servanda etiam nobis patimur contradicere*. Mon avis fut adopté & suivi. Les gens du roi adhérèrent même à l'opposition que nous avions conseillée; les chambres & sénestres furent consultés: & par celui du... Juillet 1760, la cour faisant droit sur les réquisitions du procureur-général, ordonna que celui du 18 Janvier 1745 seroit rapporté au chef qui enjoignoit aux notaires de Metz de se faire assister, pour la rédaction des testamens, du nombre de témoins requis par la coutume: & au principal infirma la sentence du bailliage, & confirma le testament du sieur de Roserieulle.

Il n'est donc plus possible de douter que dans toutes les coutumes les testamens ne soient maintenant valables lorsqu'ils sont reçus par deux notaires, ou par un seul & deux témoins, sans égard aux dispositions de ces mêmes coutumes, qui en demandoient un plus grand nombre.

26.
Réflexions sur
l'ordonnance de
1735.

Cependant cette disposition de l'ordonnance de 1735, peut donner lieu à des réflexions qui m'ont toujours frappé. L'objet du législateur paroît avoir été de faire cesser non-seulement la diversité de jurisprudence entre les différens tribunaux du royaume sur les actes de dernière volonté, mais encore la variété des formes extérieures nécessaires pour la validité de ces actes, sinon entre les pays de droit écrit, & les pays coutumiers, au moins entre les différentes coutumes; & il n'est pas douteux que l'uniformité de regles & d'usages, tant sur ce point que sur tous les autres seroit très-avantageuse à la nation entière. Pourquoi donc la nouvelle loi n'a-t-elle pas donné à toute la France la même forme testamentaire? Pourquoi laisser subsister les usages si différens d'une province à une autre, & même d'un acte à un autre sur le nombre des témoins? La confiance qu'ils méritent ne dépend sans doute, ni de la dénomination de la disposition, dont ils attestent la vérité, ni du lieu où elle est faite. Cependant 1°. en pays de droit écrit, cinq témoins, le notaire compris, font suffisamment foi de la volonté du défunt lorsqu'elle est écrite dans un codicile, art. 14 de l'édit de 1735, & le témoignage du même notaire & des mêmes témoins ne suffit plus, s'il n'est soutenu par celui de deux autres témoins, lorsque cette même volonté est écrite dans un testament, art. 5 & 9 de

(1) Voy. le Journ. du palais, tom. I, pag. 76 de l'édition de 1713.

L'édit. Ce qui ne provient pas de l'importance de la disposition, puisque, comme je l'ai dit, n. 13, obs. 1, on peut disposer au moins par voie indirecte de son hérité toute entière, par un codicile, comme on peut en disposer par un testament. Les loix de Justinien à l'autorité duquel la monarchie françoise n'a jamais été soumise, doivent-elles gêner notre législation au point d'obliger les ordonnance de nos rois d'en respecter les caprices ?

2°. Une disposition testamentaire faite à Paris est complètement prouvée par l'attestation de deux notaires, ou d'un notaire & deux témoins, & ne mérite aucune foi si elle est faite à Toulouse. Les notaires & les témoins sont-ils donc moins gens de bien, plus suspects, plus aisés à corrompre en pays de droit écrit, qu'en pays coutumiers; la droite raison permet-elle d'attacher la force de la preuve au lieu où l'acte est passé ?

3°. Dans les provinces mêmes où on suit le droit écrit, le nombre des témoins peut être diminué, tant dans les testamens que dans les codicules, par les statuts & coutumes des lieux. Ces actes sont donc revêtus d'une preuve capable de les valider, quoiqu'il n'y ait pas sept témoins dans les uns, ni cinq dans les autres, art. 13 & 14. Cependant, à ne consulter que les lumières du bon sens, les statuts, ni les usages ne peuvent ni donner une force victorieuse à une preuve insuffisante, ni lui ôter la foi qu'elle mérite, si elle suffit pour exclure tout doute. Pourquoi donc se contente-t-on ici de deux témoins, & que là il en faut tantôt sept, tantôt cinq, ou un autre nombre. J'ai déjà observé que le préambule de l'édit annonçoit que le dessein du législateur n'étoit pas de faire de changement réel aux usages auxquels les peuples étoient accoutumés.

4°. Si ce motif l'engageoit à ne pas augmenter le nombre des témoins dans les lieux régis par le droit écrit, où l'on n'avoit pas coutume d'en exiger sept dans les testamens, & cinq dans les codicules, ne semble-t-il pas qu'il auroit dû aussi l'empêcher de les réduire à deux, dans les coutumes qui prescrivoient, & où on étoit habitué d'en appeller un plus grand nombre, aux actes de dernières volontés.

Au reste, les observations que je viens de me permettre montrent que, quelque méditées que soient les loix arbitraires, elles sont toujours bien éloignées de la perfection des loix immuables & naturelles; & que les premières se ressentent toujours de la foiblesse de l'esprit humain. Mais elles ne sont pas moins respectables, & n'en doivent pas moins, comme je l'ai dit plus d'une fois, & comme on ne peut le répéter trop souvent, dicter toutes les décisions du magistrat, aussi bien que toutes les réponses du jurisconsulte. Ils ne peuvent l'un & l'autre s'empêcher d'y voir ce que la raison y découvre de moins parfait. Mais il ne leur est jamais permis de s'en écarter, même sous prétexte d'en perfectionner les dispositions.

TIT. VII.
Observ. 36.

Revenons aux formalités aujourd'hui nécessaires dans tous les pays coutumiers, pour la validité de toutes les dispositions testamentaires & solemnelles.

28.
3°. Le testa-
ment doit être
écrit de la main
de l'instrumen-
taire.

3°. Elles doivent être *écrites par les notaires, ou par l'un d'eux*, art. 23 de l'édit de 1735, conforme à ce qui étoit déjà précédemment observé. Notre coutume de Metz ne le prescrivait pas expressément; mais c'étoit l'usage fondé sur l'art. 59 de l'ordonnance de Metz, qui portoit *l'aman, ou notaire rédigera entièrement, par écrit, les volontés du testateur*. Le Paige, sur l'art. 94 de la coutume de Bar, indique un arrêt du 22 Février 1638, qui a déclaré nul un testament signé du testateur & des notaires, mais écrit d'une main étrangère (1). Ainsi l'édit de 1735; la coutume de Verdun, art. 117; celle de Toul, art. 57; qui sont conformes à l'édit, ne prescrivent rien sur ce point qui ne fût déjà de droit commun, & qui ne doive être observé dans toutes les coutumes.

29.
4°. Dicté par le
testateur.

4°. Suivant le même article de cette ordonnance, le testateur doit dicter ses dernières volontés. Ce qui ne signifie pas que celui qui les reçoit, doit écrire mot pour mot, tout ce qui sort de la bouche du testateur, & ne peut se servir que des expressions qu'il a proférées. Je fais que des auteurs du plus grand nom semblent le prescrire ainsi à l'instrumentaire: en particulier Ricard en plusieurs endroits, & entre autres, Ire. part. ch. 5, sect. 6, n. 1514, où il dit que la coutume veut *que le testament soit dicté mot à mot par le testateur*. C'est de l'art. 289 de la coutume de Paris dont il parle. Mais si cet article prescrivait au testateur de dicter & nommer son testament, il ne portoit pas qu'il le dicteroit *mot à mot*. Ce qui n'a jamais été observé, ni à Paris, ni ailleurs, & ne pourroit être observé à la rigueur de la lettre, sans le plus grand inconvénient; car si on entendoit en ce sens, le mot *dicter*, les dispositions de la plupart des femmes, des personnes rustiques, des ignorans, & de bien d'autres, seroient toujours très-mal rédigées, & souvent inintelligibles. Dicter son testament, c'est déclarer de sa propre bouche ce qu'on veut ordonner à l'instrumentaire, qui doit rédiger ensuite les dispositions que le testateur lui explique, non pas en se servant des mêmes mots que lui, mais de ceux qui sont les plus propres à exprimer clairement quelles sont ses dernières volontés.

30.
Les formules
des coutumes
sont abolies.

Au surplus, j'ai déjà dit que les mots *dictés, nommés*, & autres qui étoient prescrits par un si grand nombre de coutumes, & toutes ces formules auxquelles on s'attachoit autrefois si rigoureusement, que non-seulement leur entière omission, mais souvent l'oubli, ou même le changement d'un seul mot en un autre de même sens, faisoit prononcer la nullité des dispositions testamentaires, ne sont plus aujourd'hui nécessaires. Tous les termes qui assurent que le testateur a déclaré verbalement, qu'il vouloit faire toutes les dispositions que l'instrumentaire a rédigées par écrit, suffisent pour les rendre valables.

(1) Voy. ci-après n. 52 & suiv.

« Mais il est nécessaire que toutes les dispositions d'un testament solennel, soient sorties de la bouche du testateur, c'est-à-dire, qu'il les ait toutes expliquées au notaire, de vive voix. Celles faites par signes sont annulées par l'art. 2 de l'édit de 1735; & si » le testament a été apporté, tout fait, ors qu'il ait été lu & approuvé, » la nullité y est jugée par le testament de dame Claude Depense, par arrêt du 23 Juil. » let 1575 «. *La Fons, n. 3, sur l'art. 58 de la coutume de Vermandois, qui cite Guenois.* C'est un indice suffisant de suggestion, soit que le testateur, le notaire, & les témoins aient signé l'écrit tout dressé qu'on a présenté, & qu'on l'ait fait servir de minute de testament, soit que le notaire l'ait pris pour modèle, & l'ait copié; car en l'un & l'autre cas le testament paroît moins l'ouvrage du testateur que de celui qui en a ainsi préparé les dispositions, les eût-il fait écrire de la main du notaire.

Je pense même que quand le testateur, cet écrit à la main, en auroit dicté au notaire ou toutes les dispositions, ou même seulement les principales & les plus importantes, quand il en auroit retranché, ajouté ou changé quelques-unes moins considérables, le testament ne pourroit subsister, sur-tout si le projet étoit d'une main étrangère; car la nullité me paroîtroit bien moins certaine s'il étoit de la main du testateur. Il faudroit, ce me semble, alors que d'autres circonstances concourussent à faire soupçonner le testament de suggestion. Pourquoi empêcheroit-on un testateur de méditer, soit seul & en secret, soit avec son conseil, les dispositions qu'il a dessein de faire, de les préparer, & de les coucher par écrit, dans la crainte, ou d'en oublier quelques-unes, ou de ne pas les exprimer dans des termes assez précis, ou assez clairs? » Il peut même appeler une personne en laquelle » il aura confiance pour lui demander avis sur les legs qu'il a à faire, & se servir » de son conseil au tems même qu'il fait son testament «. Ricard, 3e. partie, chap. 1, n. 55. *Les anciens*, dit le commentateur anonyme de la coutume de Lorraine, sur le tit. des testamens, note a, *souloient appeler les jurisconsultes pour faire leurs testamens comme tous autres contrats.*

5°. Dès que le testateur doit dicter ses dispositions, il s'en suit qu'elles doivent être écrites en sa présence. L'art. 123 de la coutume de Sedan, & l'art. 3 du tit. 8 de celle de Metz qui le portent expressément, ne contiennent que ce qui s'observoit dans toutes les autres.

6°. Les témoins doivent aussi être présens tant à la dictée qu'à l'entière rédaction des testamens. C'est le sens de l'art. 23 de l'ordonnance de 1735; puisque si ces actes étoient dictés & écrits avant d'appeler les témoins, ils ne seroient plus reçus ni passés en leur présence. L'art. 58 de la coutume de Vermandois vouloit que le testament fut dicté & nommé en présence des témoins. L'art. 5 du tit. 10 de la coutume de Thionville, que *les dispositions de dernière volonté . . . fussent rédigées par écrit, & passées . . . en présence de deux témoins à ce appelés.* L'art. 94 de la coutume de Bar déclaroit les testamens bons & valables, quand ils sont faits &

TIT. VII.
Observ. 3e.

31.
Les dispositions
faites par signes
sont nulles.

32.
Et celles qui
sont apportées
toutes faites.

33.
Quid si le pro-
jet étoit de la
main du testa-
teur?

34.
On peut tester
par l'avis d'un
jurisconsulte.

35.
58. Le testa-
ment doit être
écrit en présen-
ce du testateur.

36.
6°. Et des té-
moins qui doi-
vent assister à
toute la confec-
tion du testa-
ment.

TIT. VII.
 Observ. 3e.

passés en présence des témoins, &c. L'art. 59 de l'ordonnance de Metz déjà citée plusieurs fois, portoit expressément que le testateur déclareroit *sa volonté, & ce qu'il vouloit faire & ordonner en présence des témoins.* Mais cette disposition n'ayant pas été répétée lors de la rédaction de la coutume, qui dans l'art. 3 du tit. 8 exigeoit seulement que le testament fut *écrit en présence du testateur, lu à icelui... en présence desdits témoins.* Les notaires de cette ville n'appelloient souvent les témoins qu'après l'entière rédaction du testament; & se contentoient d'en faire la lecture en leur présence. L'art. 289 de la coutume de Paris disant seulement que le testament doit être dicté à l'instrumentaire, & doit être relu en présence des témoins, donnoit lieu, dit M. Le Camus sur cet art. n. 7, à quelques-uns de penser contre la vérité, qu'il suffit que les témoins soient présens, seulement lorsqu'on fait la lecture du testament. Cet usage étoit même assez ancien à Metz. Ancillon sur le titre des testamens en parle comme d'un très-grand abus, & entr'autres raisons qu'il apporte pour le faire cesser, il dit que *c'est tandis que le testateur déclare sa volonté au notaire... que l'on peut connoître si le contenu au testament procède du mouvement du testateur, ou si le notaire souvent affidé à ceux qui pratiquent des dispositions testamentaires à leur profit, ne s'est pas conformé aux impressions qu'ils lui ont données.* Comment, continue-t-il, *les témoins peuvent-ils savoir que le testament a été écrit en présence du testateur, n'ayant pas été présens lorsque le notaire l'a rédigé par écrit? P'ajoute comment peuvent-ils attester que le testateur en a dicté les dispositions, quelque sens que l'on donne à ce mot dicter?*

Les notaires de Metz, ni de Paris n'auroient donc jamais dû abuser des termes de leurs coutumes pour en conclure qu'ils pouvoient rédiger les testamens sans témoins, & ne les appeler que pour en entendre la lecture. Je le répète, les rédacteurs de la coutume de Metz ont puisé les formalités des testamens dans l'ordonnance de la même ville de 1564, dont les notaires auroient dû regarder l'art. 59 comme le supplément, & l'interprétation de ce qui pouvoit être omis, ou équivoque dans l'art. 3 du tit. 8 de la coutume. Mais quel prétexte pouvoit leur rester après l'édit de 1735? Cependant soit qu'ils fussent trompés par la lettre de la coutume, soit qu'ils fussent jaloux de conserver l'influence (dangereuse, ou qui du moins pouvoit quelquefois le devenir) que leur donnoit sur l'esprit des testateurs, la liberté de leur insinuer tout ce que bon leur sembloit, en recevant, & en rédigeant leurs dispositions dans le secret du tête-à-tête; cet abus a continué à Metz jusqu'à l'arrêt de 1745, dont j'ai fait mention sous le n. 24, à propos de celui qui a confirmé le testament du sieur de Roserieulle.

La Dlle. Richard, veuve du sieur Le Grand, avoit testé, en 1743, au profit du sieur Hilaire, son gendre. Ce testament reçu par un notaire, avec les quatre témoins qui étoient nécessaires à Metz avant l'édit de 1735, fut contesté par la Dlle. Le Grand, veuve du sieur Bancelin, & fille de la testatrice, qui disoit qu'une attaque de catharre, suivie d'une paralysie de 18 mois, avoit affoibli l'esprit de sa

mere; que le fleur Hilaire abusant de cette situation lui avoit fait signer un testament dressé par un notaire qu'il avoit choisi en l'absence des témoins y dénommés, qui n'avoient assisté qu'à la lecture. L'abus étoit tellement enraciné, & les notaires étoient si persuadés qu'ils étoient autorisés à rédiger sans témoins les actes de dernière volonté, que celui qui avoit reçu le testament conseilla au fleur Hilaire d'avouer que les témoins n'avoient pas été présents à la rédaction du testament, que le fleur Hilaire lui-même crut cet aveu sans conséquence, & le fit à l'audience du bailliage, qui en donna acte à la Dme. Le Grand, & que la cause dévolue par appel à la cour, la communauté des notaires y donna requête d'intervention, par laquelle ils faisoient valoir le sens trop littéral qu'ils donnoient à la coutume, disoient que » dans l'ordonnance de 1735, il n'y avoit aucune disposition qui eût ap-
» porté aucun changement à la possession où ils étoient de ne faire intervenir les
» témoins qu'à la clôture des testamens « : & concluoient à ce que celui de Dlle. Richard fut déclaré bon & valable, de même que tous ceux qui avoient été rédigés dans la même forme. L'arrêt rebuta cette intervention des notaires avec dépens, annulla le testament de la Dlle. Richard, & ordonna le partage de la succession comme *ab intestat*.

Depuis cet arrêt il en est intervenu un assez grand nombre d'autres, tant dans la coutume de Metz que dans les autres du ressort qui ont annullé les testamens toutes les fois qu'il a été avéré que les témoins n'avoient pas été présents à la dictée & à la rédaction.

Le doute ne tombe donc plus aujourd'hui que sur la question de savoir comment doit se faire cette preuve. Faut-il s'inscrire en faux contre le testament? ou peut-on être admis à justifier, par une simple enquête, que le testament a été rédigé hors de la présence des témoins? En l'un & l'autre cas, peut-on faire entendre le notaire & les témoins instrumentaires pour ou contre le testament? ou sont-ils reprochables, & leurs dispositions doivent-elles être rejetées? Des arrêts dont je parle les uns avoient été précédés d'une inscription de faux, & les autres ont été rendus sur de simples enquêtes. Quelques-uns ont admis le reproche proposé contre l'instrumentaire, & les témoins dont il avoit été assisté, & quelques autres ont jugé qu'ils avoient pu être entendus, & qu'ils n'étoient pas reprochables.

J'ai souvent vu agiter ces questions en consultation: & elles y ont toujours été résolues par une distinction qui concilie les arrêts. Ou il est clairement énoncé au testament qu'on attaque, que les témoins ont été présents à la rédaction, comme s'il est dit, *lequel testament a été en présence des témoins soussignés dicté par le testateur, & écrit par moi notaire, &c.* ou au contraire l'instrumentaire s'est servi des termes des coutumes de Paris & de Metz, ou d'autres termes équivoques, & qui peuvent signifier que le testament n'a été écrit qu'en présence du testateur, & n'attestent la présence des témoins qu'à la lecture. Au premier cas Le Paige a raison de dire sur l'art. 94 de la coutume de Bar, qu'on n'est point recevable à prouver contre l'énoncé

37.
Quand on dit que les témoins n'ont pas été présents, faut-il s'inscrire en faux, & peut-on faire entendre l'instrumentaire & les témoins?

dé l'acte que les témoins n'ont pas été présens à la confection du testament. La raison en est que par le fait qu'on allégué, on infimule l'acte de faux ; & que le faux ne peut jamais se prouver que par la voie de l'inscription, que Le Paige n'a pas sans doute voulu exclure. Ainsi dans ce cas & dans tout autre, où l'allégation tend à détruire ce qui est formellement exprimé dans l'acte, elle tombe à-plomb sur l'instrumentaire, qui est accusé d'avoir commis un faux, & sur les témoins qui sont accusés d'y avoir coopéré. D'où il suit 1^o. qu'il faut s'inscrire en faux : 2^o. que l'instrumentaire & les témoins qui ont signé l'acte, doivent être parties dans l'instruction extraordinaire, & par conséquent que si on les a fait entendre dans l'information, ils peuvent être reprochés. Ce qui me paroît d'autant plus évident, que leurs dépositions ne peuvent ni rien ajouter à la preuve résultante de l'acte même, si elles y sont conformes, parce que leur foi est engagée, & que leur témoignage n'en devient pas plus fort, ni plus décisif pour être réitéré ; ni détruire les énonciations du testament, si elles y sont contraires ; tant parce qu'ils ne méritent pas d'être crus s'ils démentent dans l'information ce qu'ils ont assuré dans l'acte ; que parce que la validité des dispositions de dernière volonté dépend de ce qui est écrit, & de ce qui est attesté par ceux qui ont été appelés, & non pas de la bonne ou mauvaise foi qui les engage à confirmer, ou à démentir ce qu'ils ont souscrit. Rien ne seroit plus dangereux que d'attacher l'exécution des testamens à la persévérance, ou à la rétractation du notaire, & des témoins sur les faits qui y sont consignés ; puisque ce seroit les rendre maîtres de faire valoir, ou d'anéantir par des déclarations postérieures tous les actes passés pardevant eux.

Mais lorsque l'acte porte simplement qu'il a été écrit en présence du testateur, & lu en présence des témoins, ou qu'on y a employé quelques autres expressions qui ne signifient pas plus (sans néanmoins énoncer clairement que l'acte a été écrit en l'absence des témoins) (1), alors l'allégation qu'ils n'ont été appelés qu'à la lecture, & après la dictée & la rédaction du testament, pouvant se concilier avec tout son contexte, il n'est plus infimulé de faux : par conséquent il n'est plus nécessaire de former d'inscription. La preuve peut être faite par la voie ordinaire & civile : & le notaire & les témoins, dont la foi n'est pas engagée, ne sont plus reprochables ; ce qui a lieu même pour les testamens commencés par ces mots, ou autres semblables, *pardevant le notaire & les témoins soussignés fut présent, &c.* ; mais non pas pour ceux où il est dit : *témoins soussignés qui ont assisté à la confection du présent acte depuis le commencement jusqu'à la fin*, comme les notaires de Metz l'observent souvent depuis l'arrêt de 1745 ; car cette formule, qui atteste la présence des témoins à la dictée & à la rédaction par écrit du testament, le fait rentrer dans le premier cas de notre distinction, & rend l'inscription de faux nécessaire.

(1) S'il l'énonçoit, il n'y auroit plus besoin de preuve pour l'annuler.

7°. La rédaction du testament par écrit doit être suivie de la lecture, qui doit en être donnée au testateur ; même art. 23 de l'édit de 1735, dont la disposition a été copiée par l'art. 117 de la coutume de Verdun, & par l'art. 57 des usages de Toul, & se trouvoit déjà dans la plupart des coutumes, telles que Paris, art. 289 ; Metz, tit. 8, art. 3, qui ajoutoit que cette lecture devoit être faite clairement & intelligiblement ; Lorraine, tit. 11, art. 7 ; Bar, art. 95 ; Sedan, art. 123, qui disoit, *lu & relu* ; Vermandois, art. 58, &c. Buridan, sur cette dernière coutume, remarque que les interprètes tiennent en général » que si aucun signe quelque acte ou » instrument auparavant qu'il lui ait été lû, il n'est pourtant estimé l'avoir approuvé ou ratifié ; mais seulement lorsqu'après la lecture à lui faite, il l'a signé «.

8°. Cette lecture doit être faite en présence des témoins. L'édit de 1735 ne le porte pas expressément, mais cela est prescrit par les coutumes de Paris, de Metz, de Vermandois, art. cités & autres. Je n'estime pas cependant que leurs dispositions suffiroient pour rendre aujourd'hui cette formalité nécessaire, même dans leur ressort ; parce qu'elles ne sont plus à consulter pour la forme des testamens depuis l'édit. Mais la présence des témoins étant, comme je l'ai prouvé, requise pendant toute la confection du testament dont la lecture fait une partie essentielle, & les témoins devant attester tout ce qui est nécessaire pour la perfection de l'acte, ils doivent pouvoir assurer qu'il en a été donné lecture au testateur, & par conséquent y avoir été présens.

9°. Il doit être fait mention expresse de cette lecture ; ce qui est prescrit par les mêmes articles de l'édit & des coutumes que je viens de citer. D'ailleurs un testament doit contenir la preuve de l'observation de tout ce qui est nécessaire pour sa validité, sans néanmoins qu'il soit nécessaire de se servir précisément de ces termes... *lu & relu, sans suggestion ou autres ; comme clairement & intelligiblement*, qui étoient autrefois requis par les coutumes ou statuts, & regardés comme de l'essence & substance du testament. C'est ce que, long-tems avant l'ordonnance, disoit déjà l'auteur des notes manuscrites sur le titre des testamens de la coutume de Lorraine, note gg, & ne peut plus être contredit depuis 1735. Mais il est toujours vrai, comme l'ajoute ce commentateur anonyme, » qu'il faut que, par icelui testament, soit dit qu'il a » été écrit & relu au testateur : autrement le testament est nul ; & la preuve d'avoir » été relu audit testateur, n'est admise ; ainsi jugé au conseil le 3 Novembre 1628, » pour un testament par la veuve Triplot, demeurante à Lunéville ; & le testament » reçu par Gérard, tabellion, le 9 Mars dite année 1628, lequel a été déclaré nul, » pour n'y avoir été dit qu'il avoit été relu à la testatrice «.

10°. L'ordonnance de 1735 ne dit pas qu'après la lecture du testament le testateur doit déclarer qu'il l'approuve, & que ce qui est écrit est conforme à ses dernières volontés. Mais comme la lecture n'est prescrite que pour constater que l'instrumentaire a bien compris les intentions du testateur, n'a rien mis par écrit que ce qu'il a voulu ordonner, & n'a rien omis ; je crois cette formalité essentielle & nécessaire

TIT. VII.
Observ. 3e.

38
7°. Le testament
doit être lu au
testateur.

39.
8°. En présence
des témoins.

40.
9°. Il doit y être
fait mention de
la lecture.

41.
10°. Le testa-
teur, après la
lecture du tes-
tament, déclara-
rer qu'il l'ap-
prouve.

TIT. VII.
Oblerv. 3e.

pour la perfection & la validité de l'acte, sans néanmoins que le notaire soit obligé de se conformer mot à mot à certaine formule autrefois prescrite par les coutumes & usages, de demander, par exemple, au testateur après la lecture, *s'il l'a ainsi voulu & entendu, veut & entend*, & ensuite : *si ce qui lui a été lu, & est rédigé par écrit, est tout ce qu'il veut & entend disposer & ordonner*, & de rédiger par écrit ce double interrogat & les réponses du testateur à la fin de l'acte, comme le prescrivoient les art. 59 & 60 de l'ordonnance de Metz : ni d'insérer au bout du testament que le testateur l'ayant ainsi oui & entendu lire, a déclaré sa volonté être telle, & ne vouloir ordonner autre chose : comme le portoit l'art. 3 du tit. 8 de la coutume de la même ville : ni que sur chacun article du testament, écrit & relu au testateur, il a témoigné sa volonté, comme l'exigeoit l'art. 7 du tit. 11 de la coutume de Lorraine, &c. Toute autre phrase qui constate que le testateur a approuvé le contenu de l'écrit qui lui a été lu, suffit pour rendre sa volonté certaine. On ne jugeroit plus aujourd'hui un testament nul faute d'expression des termes que la coutume requiert être insérés au bout du testament solennel, (c'est le titre qu'Ancillon donne à un arrêt du 23 Mars 1662, qu'il rapporte dans son recueil, pag. 64), si ces termes étoient remplacés par d'autres assez précis pour remplir le vœu de la règle ; mais je crois, comme Buridan sur la coutume de Vermandois, art. 58, que, pour prévenir toute surprise, non-seulement il est nécessaire que le testament soit lu au testateur avant qu'il le signe, mais que » d'abondant faut encore ensuite de » ce ajouter que le testateur a déclaré l'entendre ainsi «.

11°. Le testa-
ment doit être
daté.

Le testament doit être daté du jour, du mois & de l'année où il a été passé : c'est la disposition de l'art. 38 de l'édit de 1735 pour tous les testamens, en quelques pays, & en quelques formes qu'ils soient faits. Avant cette loi, les docteurs étoient partagés sur la nécessité de la date, & principalement dans les testamens olographes ; car la plupart regardoit la date comme requise, à peine de nullité dans les testamens reçus par personnes publiques : quoiqu'il y eut aussi là-dessus quelque diversité d'opinions. Voyez Ferrière sur l'art. 289 de la coutume de Paris, gl. 6, n°. 20, 21 & 22. M. Le Camus s'exprimoit donc en ces termes trop absolus, lorsqu'il disoit sur le titre des testamens, n°. 11 : » on convient que les testamens passés pardevant no- » taires, dans lesquels la date ne se rencontre point, sont nuls «. Il devoit se contenter de dire que cette opinion avoit bien peu de contradicteurs, & qu'elle étoit la mieux fondée. Non-seulement c'étoit la sienne, mais quoiqu'il termine la petite dissertation qu'il fait en cet endroit sur cette question, en disant que » l'usage dans » lequel nous vivons en France, est de déclarer nuls les testamens passés pardevant » notaires, auxquels la date manque, & de confirmer les testamens olographes, quoi- » que sans date, pourvu que, par ce qui est contenu, il apparaisse du tems auquel » ils ont été faits, & auquel le testateur pouvoit tester « ; quoique au n°. 8 & suiv. après avoir donné la date, pour une des choses essentielles au testament olographe, il ait ajouté qu'elle est requise *ad melius esse*, & sans que son omission cause la nullité de ce testament ; à moins qu'il ne s'en trouve plusieurs ; parce qu'il suffiroit qu'un

seul ne fut pas daté, pour qu'on ne pût plus reconnoître quel est le dernier; il est tombé là-dessus en quelque contradiction, puisque sur l'art. 289, n°. 5, il dit qu'il est » persuadé que les testamens olographes doivent être datés aussi bien que ceux » qui se font pardevant notaires & curés «.

Faber est encore moins d'accord avec lui-même. Il avoit décidé sur l'art. 7 du tit. II de la coutume de Lorraine, n°. 1542, que la date étoit de la forme essentielle des testamens; parce qu'encore que cette coutume ne dise pas expressément que le testament doit être daté, elle le dit tacitement, selon lui, en ce qu'elle veut, art. 5 du même titre, que s'il se trouve plusieurs testamens, les premiers soient censés révoqués par le dernier; & qu'on ne pourroit reconnoître quel est le dernier, si tous n'étoient datés: & sur ce même art. n. 1548, il dit que si l'un des testamens est valable, parce que toutes les formalités y sont observées; & que l'autre soit défectueux, il faut tenir que le solennel est le dernier: décision inutile, & même absurde; car ou le testament solennel est daté, & l'autre ne l'est pas; ou c'est celui-ci qui porte une date, & l'autre qui n'en a point; ou tous les deux sont sans date: au premier cas étoit-il possible de mettre en question si un acte parfait & daté devoit l'emporter sur un acte imparfait & sans date? & dans le second & le troisième cas, comment Faber pouvoit-il regarder un testament sans date, comme revêtu de toutes les formalités qui y sont nécessaires, lui qui venoit de dire que le défaut de date est l'omission d'une *forme essentielle* à ces actes?

Ce qu'il ajoute au n°. suivant que si les deux testamens sont valables & solennels, & que l'un contienne des legs pieux, & l'autre non, celui qui en contient est estimé le dernier, ne me paroît pas plus véritable, du moins dans l'état actuel de notre jurisprudence; car je conviens qu'il a été un tems où une dévotion mal entendue, & l'adresse des ecclésiastiques, qui abusoient de l'extrême ignorance des laïcs, & qui avoient étendu la juridiction spirituelle à toutes les causes testamentaires, avoient fait passer en maxime que les legs faits à l'église par un testament nul, à défaut des solemnités requises, ne laissoient pas d'être valables, & que l'héritier étoit tenu de les acquitter. Mais le clergé n'oseroit plus réclamer aujourd'hui un principe si dénué de raison. Les legs pieux ne sont pas moins nuls que les autres si les actes où ils sont consignés sont destitués des solemnités nécessaires pour la validité des dispositions des mourans: & tous les tribunaux ont depuis long-tems abjuré les erreurs répandues par Tiraqueau dans son traité de *privil. pieæ causæ*. Personne ne doute plus que, quelle que soit la valeur des legs pieux, les loix ne les ayant point excepté des regles ordinaires, & des solemnités prescrites pour la validité des dispositions de dernière volonté, ils y sont compris, de même que d'autres dispositions aussi favorables, comme des legs à des domestiques, à des parens peu accommodés, ou à d'autres pauvres personnes; ou pour des restitutions auxquelles le testateur se croyoit obligé. Domat, tom. 1, part. 2, liv. 3, tit. 1, sect. 4, note sur l'art. 22. Voy. ci-dessous le n. 55. de cette observation.

43.
Les legs pieux
sont nuls si
l'acte pèche par
le défaut des
formalités.

TIT. VII.
Observ. 30.

44
Un testament
non daté n'en
révoque pas un
daté.

Il faut donc tenir indéfiniment & sans restriction, que la date est de l'essence des testamens. D'où il suit qu'un testament non daté n'étant pas un testament, & ne pouvant produire aucun effet, il ne révoque pas un testament daté. C'est ce qui a été jugé, même avant l'ordonnance de 1735, dans une espee bien forte, par un arrêt du 30 Avril 1731, dont M. D... fait mention sur les art. 5 & 6 du tit. 10 de la coutume de l'Evêché, mais dont je ne laisserai pas de rapporter ici les circonstances; parce qu'il y en a quelques-unes que ce magistrat n'a pas exactement connues.

La Dlle. Didelot, veuve du sieur Joulain, avoit laissé pour héritiers présomptifs & légitimes, neuf cousins ou cousines, issus de germain. La Dlle. Louise Pellier étoit fille d'une autre cousine au même degré, mais décédée quelque tems avant la Dlle. Joulain; ainsi, elle, sa sœur & ses freres n'étoient pas appelés par la coutume à la succession de cette demoiselle.

Après la mort de cette dernière, arrivée le 21 Octobre 1730, on avoit publié un testament daté du 19 Août sans expressions de l'année. Le notaire qui l'avoit reçu, l'avoit publié, comme étant du 19 Août précédent. Par ce testament, la défunte léguoit la valeur du tiers de ses immeubles à la cause pie; savoir, diverses sommes à quinze hôpitaux, communautés religieuses ou fabriques. Comme ces legs n'alloient point encore à aborber la valeur de ce tiers, elle en léguoit *la rémanence, après les legs particuliers acquittés, aux carmes de Vic, pour contribuer à la construction de leur église, à laquelle ils font actuellement travailler.* C'étoient les termes du testament qui en désignoit en quelque sorte le tems. Quant à ses meubles & choses réputées meubles, elle les léguoit universellement à la Dlle. Pellier, & nommoit le sieur Polot son exécuteur testamentaire.

En cette qualité, le sieur Polot forma demande au bailliage de Vic contre les héritiers du sang, à ce que les meubles lui fussent remis, pour exécuter le testament; & en même tems, la Dlle. Pellier forma aussi demande en délivrance de son legs. Les héritiers formèrent de leur côté demande en nullité du testament. Alors la Dlle. Pellier fit porter au contrôle un testament lacéré, non pas comme le dit M. D... *un peu à un des coins, après avoir été plié en quatre;* mais dans le milieu des feuilles. Ce testament qui avoit été reçu par le même notaire, le 18 Juin 1730, portoit la même disposition au profit de la Dlle. Pellier, & à peu près les mêmes legs particuliers. Seulement quelques-uns étoient moins forts, & les carmes n'y étoient pas légataires de la rémanence du tiers des immeubles, mais seulement d'une somme de 2000 liv.

Le sieur Polot interjeta appel au parlement d'une sentence de remise, & fit intimer les héritiers. Ceux-ci prirent commission contre la Dlle. Pellier, les trinitaires de Metz, les administrateurs de la fabrique de la paroisse de Vic, & les carmes de la même ville donnerent requête d'intervention. Toutes les parties consentoient à l'évocation du principal; & sur le barreau la Dlle. Pellier, & les intervenans conclurent

rent incidemment à ce qu'au cas que le testament sans date de l'année, fût déclaré nul, l'exécution de celui du 18 Juin 1730, fût ordonnée. Mais ils n'en soutenoient pas moins la validité de celui du 19 Août, qu'ils disoient être postérieur à l'autre.

Pour en prouver la nullité, je disois pour les héritiers, qu'elle s'établissoit également par les principes du droit romain, par ceux de notre jurisprudence, & par le raisonnement.

Quant aux droit romain, je faisois un grand usage de tout ce qu'en a dit le docteur Ricard, des donat. 1re. part. ch. 5, sect. 7, n. 1536 & suiv. qu'on peut consulter. J'ajoutois que, quelque favorisés que fussent les testamens entre enfans, qui, suivant la loi 21, *Cod. de testamentis*, devoient être exécutés, quoiqu'imparfaits, ils n'étoient pas cependant dispensés de la nécessité de la date, & que l'autentique, *quod sine eod*, vouloit que le pere, *manu propria... declaret & tempus & liberorum nomina*. D'où Godefroy a tiré cette regle générale: *testamenti substantie est, diem & tempus & adjici*, que sur ce fondement *Julius Clarus, senten, lib. 3, §. testamentum, quest. 14*, après avoir déterminé que rien n'est moins sujet aux formalités que la disposition testamentaire d'un pere entre ses enfans, n'en décide pas moins qu'il est requis, *quod apposita sit dies quâ consecuta est... ita tenet Baldus, & est communis opinio. Lex enim requirit tempus in illâ apponi*, que même le glossateur qui, sur la nouvelle 47, ch 1, remarque que cette loi, ni aucune autre n'ordonnent de dater par les années de l'incarnation (1), veut cependant qu'on ne puisse aujourd'hui dater autrement, à peine de nullité, *sed numquid hodie dies dominicæ incarnationis apponendi sunt? Resp. hâc lege vel aliâ non cavetur: & tamen dico quod apponendi sunt: alias non valet instrumentum*.

A l'égard de notre jurisprudence, je disois que si quelques-uns de nos auteurs étoient d'avis que les testamens olographes pouvoient valoir, quoiqu'ils ne fussent pas datés, en quoi ils étoient contredits par le plus grand nombre, & les plus célèbres, il n'y avoit presque plus de diversité d'avis pour les testamens reçus par des personnes publiques, dont on convenoit presque unanimement que le défaut de date emportoit la nullité absolue. Sur quoi, outre M. Le Camus, (cité sous le n. 42); je citois Le Grand sur l'art. 97 de la coutume de Troyes, gl. 4, n. 9; L'Hôte sur celle de Montargis, ch. 13, art. 4; Auzannet, Tronçon, l'Abbé, & Ferriere sur l'art. 289 de celle de Paris, & sur-tout Ricard qui, à l'endroit cité 1556, dit « je n'ai pas appris par nos livres que la question ait jamais été agitée parmi nous dans l'espece des testamens passés pardevant une personne publique, chacun

(1) Cette façon de dater a été introduite par Denys-le-petit qui vivoit en même tems que l'empereur Justinien.

» demeurant d'accord que l'omission de la date le rendroit sans effet ». Je joignois à toutes ces autorités celle de Chopin sur la coutume de Paris, liv. 2, tit. 4, n. 3, qui, passant plus loin, ne dispense pas même de la date le testament d'un pere entre les enfans, quoique olographe. *Classici legum professores irritam putant lusoriamque patris inter suos testationem ultimam, cui dies & princeps additi non sint; tamen illius manu exaratam profus, & subsignatam.*

Enfin, je disois, 1^o. que la nécessité de la date dans les testamens résulteroit nécessairement de la liberté d'en faire plusieurs, & du principe que le dernier révoque, & annule de plein droit les précédens; car si un seul n'est pas daté, on ne peut plus connoître quel est le dernier. C'est sur cette raison que Balde établit que l'omission de la date emporte nullité. Sans sortir de l'espece si le testament qui n'est daté que du 19 Août est de 1730, il est postérieur à celui du 18 Juin. Mais s'il est de 1729, tems auquel les carmes faisoient déjà travailler au bâtiment de leur église, il est antérieur; & plusieurs circonstances peuvent le faire présumer. Le testament du 18 Juin contient révocation des précédens, & l'on n'en voit point d'autre auquel cette révocation puisse s'appliquer, que celui du 19 Août. Il semble d'ailleurs naturel de penser que la testatrice s'est repentie d'avoir marqué des sentimens d'aversion pour ses heritiers légitimes, en les privant, par le testament du 19 Août, généralement de tout ce que la coutume lui permettoit de leur ôter; & qu'un juste retour de l'affection que le sang devoit lui inspirer pour eux, l'a engagée à diminuer par le testament du 18 Juin, les legs immenses que par celui du 19 Août elle avoit faits à leur préjudice.

Je faisois encore valoir d'autres conjectures, & en avouant qu'elles ne suffisoient pas pour prouver complètement que le testament du mois d'Août étoit de 1729, j'en conclusois qu'au moins on ne pouvoit deviner lequel des deux testamens étoit le dernier, ce qui suffisoit pour les annuler tous les deux. *Si duo testamenta reperiantur, ita confecta ut ignoretur utrum sit prius, vel posterius, neutrum valebit, gl. in l. 1, ff. de bon. posses. secund. tab. & in l. 3, cod. de edic. divi Adria. Toll. petites notes de Godefroy sur les mêmes loix. Jul. Clarus, lib. 3, §. testamentum, quest. 100, Greg. Tholos. sintag. jur. lib. 44, cap. 1, Tiraqueau, de privid. pax. caus. priv. 35. Ce qui a lieu même pour les testamens olographes, dans l'opinion de ceux qui croient qu'ils peuvent subsister sans date, & qui avouent qu'ils sont tous nuls, lorsqu'il s'en trouve un qui, n'étant pas daté, empêche qu'on ne puisse savoir quel est le dernier. M. Le Camus sur le tit. 14 de la coutume de Paris, n. 10. Despeisses, tit. des testamens, sect. 5, n. 5; Ricard part. 3, ch. 2, sect. 2, n. 138.*

Je disois, 2^o. que la date seule peut assurer la vérité de l'acte, ou donner moyen d'en découvrir la fausseté & la supposition. C'est pourquoi la l. 2, ff. quem admod. testam. aperiantur, en permettant d'ouvrir un testament en certains cas, veut qu'on en cache la date; *id circo ne quid falsi fiat.* Ce n'est souvent que par la date

qu'on peut connoître si le testateur & les témoins avoient l'âge requis, si le notaire pouvoit instrumenter dans le tems, & dans le lieu designé : si tous, ou quelques-uns d'eux n'étoient pas alors dans un lieu éloigné &c.

3°. Que toute disposition testamentaire doit être faite avec la plus grande attention : & n'est-ce pas une preuve qu'il a été fait négligemment, & sans une sérieuse application que l'omission de la date, ou d'une partie de la date ? Dans celui dont il s'agissoit, il étoit dit qu'il avoit été relu deux fois, mais n'y avoit-il pas toute apparence que cette énonciation étoit fautive ? car comment penser que s'il en avoit été donné une double lecture, la testatrice, le notaire, & les témoins auroient tous été assez distraits pour ne pas s'apercevoir qu'il ne portoit que la date du jour, & du mois, & que celle de l'année étoit omise ?

4°. Que l'art. 167 de l'ordonnance de Blois ordonne à tous notaires de déclarer par les contrats, testamens, & actes, le tems de devant ou après-midi, qu'ils auront été faits. Ce qui suppose la nécessité de la date ; car si elle avoit pu être impunément omise, la disposition de cette loi eût été illusoire, & même absurde.

Sur tous ces moyens la cour déclara le testament du 19 Août nul. Je parlerai ci-dessous, obs. 22, n. 18, d'un autre chef de l'arrêt qui valida le testament du 18 Juin 1730, quoiqu'il eût été déchiré.

La question sembloit ne pouvoir plus faire de difficulté, sur-tout depuis la disposition précise de l'ordonnance de 1735. Cependant elle vient encore d'être agitée dans l'espece qui étoit autrefois le plus controversée, qui est celle des testamens olographes. Un bourgeois avoit fait, par un premier testament de 1762, & par un codicile de 1763, des dispositions assez considérables en faveur d'une fille qui avoit gagné sa confiance, qu'il tenoit chez lui depuis long-tems, & qui avoit soin de son ménage, & conduisoit ses affaires. Il avoit confirmé & augmenté au double ces libéralités par un autre testament olographe, daté du lieu, du jour, du mois ; mais quant à l'année, la date manquoit. Il sembloit avoir d'abord voulu l'exprimer par ces trois chiffres arabes 176 ; mais au lieu de l'achever par un quatrième chiffre, il avoit tracé ceux qui la commençoient, & avoit écrit en lettres, *mil soixante cinq*. On disoit qu'il étoit assuré que cet écrit contenoit les dernières volontés du testateur, & qu'il étoit postérieur au testament de 1762, & au codicile de 1763, puisqu'il les rappelloit l'un & l'autre ; que même en réunissant la date en chiffres avec celle en lettres, & en suppléant dans l'une par l'autre ce qui manquoit à toutes les deux, il étoit suffisamment constant que ce dernier acte étoit de 1765. Consulté par l'héritier du sang, je répondis qu'il y avoit en effet beaucoup de vraisemblance que la disposition dont il s'agissoit avoit été écrite en 1765, mais que la date étant de l'essence du testament, il ne suffisoit pas pour la validité d'un acte de dernière volonté, qu'on pût conjecturer, même avec toute la vraisemblance possible, le tems où il avoit été fait : & qu'il falloit qu'il fut daté : qu'on ne pouvoit réunir une date en

TIT. VII.
Observ. 30.

chiffres avec une autre date différente, & en toutes lettres, qui, ni l'une ni l'autre, n'étoient possibles pour en former une troisieme qui n'étoit pas dans l'acte; que le vrai ne pouvoit fortir de deux énonciations fausses: que les deux dates étant au moins imparfaites, on pouvoit d'autant moins suppléer par l'une ce qu'on supposoit manquer à l'autre; que celle en chiffres étoit raturée par le testateur, & que les caracteres qu'il avoit effacés ne prouvoient pas plus que s'il ne les eut jamais tracés: qu'on ne pouvoit, par conséquent, attribuer à l'acte d'autre date que celle qu'il lui avoit donnée & laissée, *mil soixante-cinq*; d'où il suivoit que, réellement, il n'étoit point daté; ou ce qui revenoit au même, qu'il étoit faussement daté; que cette fausse date pouvoit y avoir été mise à dessein, & que peut-être le testateur, pour se débarrasser des sollicitations importunes d'une fille qui l'obédoit, avoit feint de s'y rendre, en faisant en sa faveur la disposition qu'elle exigeoit, mais d'une maniere qui, rendant cette disposition nulle, ne lui permettoit pas de s'en prévaloir; qu'on pouvoit d'autant plus probablement lui supposer cette intention, qu'il avoit largement récompensé les services de cette fille par de premières dispositions, & qu'il pouvoit craindre qu'elle ne l'abandonnât dans un tems où son âge & ses infirmités lui rendoient plus nécessaires que jamais les services qu'il étoit habitué de recevoir d'elle; qu'en un mot, ni les chiffres 176, ni les mots *mil soixante-cinq* ne pouvoient être la date de l'acte, & que sans date, toute disposition testamentaire est nulle. Celle-ci a été cassée par arrêt du 18 Mars 1769.

45.
229. Dans les
actes publics le
lieu où ils ont
été faits doit
être exprimé.

12^o. La date du lieu est aussi nécessaire que celle du tems dans les testamens reçus par personnes publiques. Ricard, 1^{re} part., ch. 5, sect. 7, n. 1503. & suiv.; & Ferriere, sur Paris, art. 289, gl. 6, n. 24, qui le décident ainsi, après Boërius & Mornac, en donnent deux raisons principales: l'une, que les notaires ne pouvant instrumenter que dans leur ressort, les curés recevoir les testamens que dans leur paroisse, ce n'est que par l'expression du lieu où un acte a été passé, qu'on peut connoître si celui qui l'a reçu avoit caractère pour le recevoir: l'autre, que les solemnités du testament n'étant pas les mêmes par-tout, il faut qu'on sache le lieu où il a été passé pour qu'on puisse juger s'il est dans la forme admise par les loix de la province. Cette seconde raison a perdu beaucoup de sa force depuis que l'édit de 1735 abrogeant en ce point les dispositions des coutumes, a établi la même forme de tester dans tous les pays coutumiers. Mais la différence subsiste entre ces pays, & ceux où on suit le droit écrit; & dans ces derniers, les regles ne sont pas par-tout les mêmes. Dans une province, le testament olographe est en usage: dans une autre, il n'est pas admis. Ici le nombre des témoins qu'exigent les loix romaines est nécessaire: là il peut être moindre, &c. Voy. les art. 13, 15 & 19 de l'édit de 1735; & Ferriere, sur l'art. 289 de la coutume de Paris, gl. 1, n. 17. Si donc il y avoit lieu par les circonstances de douter qu'au tems du testament, le testateur fût dans un lieu où il pouvoit tester dans la forme qu'il a choisie, ce seroit une

seconde raison pour prouver qu'il faut, au moins dans ce cas, exprimer dans quel endroit l'acte est passé.

Car » touchant les testamens, il y a trois fortes de loix à observer : 1^o. il faut » tester selon les formes du lieu où l'on teste (1) ; les dispositions prennent leur force » par les coutumes des lieux où les choses sont assises ; car les coutumes sont réel- » les (2) ; 3^o. la capacité de tester se regle par la coutume du domicile «. Ferriere, sur l'art. 293, n^o. 12. La premiere de ces regles suggere qu'il est à propos d'insérer la date du lieu dans les actes de derniere volonté.

On peut en donner une troisieme raison. Par cette date, on peut quelquefois découvrir la fausseté & la supposition des testamens, qui deviennent évidentes, si on prouve l'alibi ou du testateur, ou de l'instrumentaire, ou des témoins, ou de l'un d'eux. *Circumscriptione loci & temporis*, dit Mornac cité par Ricard *ibid.* : *res longè certior efficitur; alias enim, & nisi hoc fiat, nullæ unquam patebunt viæ quibus vitium, nullitatem, aut etiam falsitatem deprehendere possimus.*

On diroit en vain qu'il y a bien des cas où il est si certain que le testateur n'est pas sorti du lieu où il étoit domicilié, qu'il paroît inutile d'exprimer que c'est là où il a testé. Les regles, en matiere de solemnités, sont générales, & sans exception : elles ne dépendent pas des circonstances différentes où peuvent se trouver les testateurs, mais de la forme de tester qu'ils ont choisie. Elle est la même pour tous les testamens passés en pays coutumiers pardevant personnes publiques. Ainsi une omission de formalité, qui rendroit nul un de ces actes, suffit pour viter tous les autres.

13^o. Le testateur doit signer la minute de son testament ; ou s'il déclare qu'il ne fait ou ne peut pas signer, il doit en être fait mention. L'art. 23 de l'ordonnance de 1735 le prescrit formellement. Avant cette loi, la coutume de Metz, tit. 8, art. 3, vouloit que le testateur signât, ou qu'il fût fait mention de la cause pour laquelle il n'avoit pu signer. C'étoit aussi la disposition de celle de Paris, art. 289, & de plusieurs autres : & celle de Thionville, si le testateur ne savoit ou ne pouvoit écrire, exigeoit qu'il en fut fait claire & expresse mention. En ce cas, elle lui permettoit de faire signer un autre en son nom ; mais elle ne le prescrivait pas.

Il auroit donc autrefois suffi dans cette derniere coutume d'exprimer dans l'acte

TIT. VII
Observ. 3e.

46.
Trois coutumes à considérer en matiere de testament.

47.
13^o. Le testateur doit signer ou il doit être fait mention qu'il ne l'a pu.

(1) Outre Ferriere, d'où ceci est tiré, voy. aussi M. Le Camus sur l'art. 292, n. 7. Le Paige sur le tit. 8 de la coutume de Bar, le commentaire anonyme & manuscrit sur l'art. 1 du tit. 11 de la coutume de Lorraine, note (1) ; Canon sur l'art. 1 du même tit. aux nouv. n. 3, 4 & 5. Faber sur l'art. 7 du même tit. n. 1440, & sur-tout le même Ferriere sur le titre des testamens de la coutume de Paris, §. 3, n. 6.

(2) Voy. M. Le Camus & Le Paige aux endroits cités dans la note précédente. Canon aussi *ibid.* n. 6 ; & Ferriere sur l'art. 292, gl. 3, n. 19.

que le testateur ne savoit pas *écrire*. Mais comme il y a bien des personnes qui, sans savoir écrire, ont appris à tracer les lettres de leur nom ; ce qui forme, à mon sens, une vraie signature, cette déclaration de ne savoir écrire n'auroit pas suffi ailleurs. Ancillon, pag. 494 de son recueil, rapporte une sentence du bailliage de Metz, du 18 Mars 1655, par laquelle « un testament fut déclaré nul pour n'être signé de la » testatrice, & sans qu'il fut dit qu'elle savoit signer ; mais bien qu'elle avoit déclaré ne savoir écrire ». J'incline beaucoup à penser qu'il faudroit encore aujourd'hui juger de même, parce que les termes de l'art. 23 de l'édit de 1735 sont, *qu'en cas que le testateur déclare qu'il ne fait ou ne peut signer, il en sera fait mention : & qu'écrire & signer ne sont pas des termes synonymes*. La nouvelle coutume de Verdun, art. 117, & les usages de Toul, art. 57, ont emprunté sur ce point les expressions de l'édit publié avant leur rédaction.

Les ordonnances d'Orléans & de Blois vouloient que les instrumentaires fissent mention de la réquisition par eux faite aux parties, ou aux testateurs de signer les contrats ou les testamens, & de leur réponse ; » & quelques-uns ont tenu qu'il étoit « nécessaire, à peine de nullité, que le notaire fit mention qu'il a interpellé le testateur de signer, ou de déclarer qu'il ne fait ou ne peut pas signer ». *M. Le Camus, à la fin de ses observations, sur le titre des testamens de la coutume de Paris.* » Mais, » continue-t-il, ce sentiment n'a pas été suivi, tant parce que la coutume n'y oblige » pas les notaires, que parce que l'art. 167 de l'ordonnance de Blois ne prononce » pas la peine de nullité. « Il est bien vrai qu'on jugeoit qu'il n'étoit pas nécessaire que le notaire fit mention de l'interpellation par lui faite, lorsqu'il avoit parlé au nom du testateur ; c'est-à-dire, lorsque l'acte portoit que le testateur avoit déclaré ne pouvoir signer ; mais cette interpellation étoit rigoureusement exigée, lorsque le notaire avoit parlé en son nom, & que c'étoit lui qui avoit déclaré que le testateur n'avoit pu signer. Quoique cette distinction, établie par Ferrière sur l'art. 289 de la coutume de Paris, gl. 6, n°. 4 & suiv., me paroisse assez frivole (1), elle n'est pas expressément abolie par l'ordonnance de 1735. A la vérité, elle ne prescrit pas au notaire d'interpeller le testateur de signer. Mais elle porte que *S'IL DÉCLARE qu'il ne fait ou ne peut pas signer, il en sera fait mention*. D'où on pourroit conclure qu'il ne suffit pas que l'acte porte que le testateur ne fait ou n'a pu signer, & qu'il faut qu'il y soit dit que le testateur a déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer. Mais comme le but de cette dernière ordonnance me paroît avoir été de retrancher les vaines & scrupuleuses observances qui n'ajoutoient rien à la force de la preuve résultante des actes, & qu'au fonds le notaire qui dit en son nom que le testateur n'a pas l'u-

(1) On peut la mettre au nombre de celles que les auteurs qui, au lieu de renfermer chaque arrêt dans la contestation jugée, veulent à toute force trouver dans tous des règles générales, sont obligés d'imaginer, pour concilier ceux dont les décisions sont toutes opposées.

sage de signer, ou que quelque incommodité ne le lui permet pas, n'a pu savoir ni l'un ni l'autre, si le testateur ne le lui a déclaré, je crois que l'interpellation dont l'ordonnance ne parle pas, n'est plus aujourd'hui nécessaire en aucun cas. Mais ici, comme par-tout ailleurs, je dis mon avis, sans prétendre décider.

Je pense, à plus forte raison, que si le testateur signe, il n'est pas nécessaire que l'acte porte expressément qu'il a signé. Sur quoi M. l'avocat-général Talon disoit judicieusement, au rapport de Ferrière, n^o. 7, » que l'effet étoit plus puissant » que la parole; & qu'il est assez indifférent que les notaires aient écrit dans la minute que le testateur a signé, puisque, par effet, il a signé. Voy. ci-après, obs. 4, n^o. 40.

14^o. Il étoit autrefois permis de se servir pour les testamens de témoins qui ne savoient ou ne pouvoient pas signer, & en ce cas, les loix prescrivoient pour eux les mêmes déclarations ou mention que pour les testateurs. La disposition de l'art. 97 de la coutume de Bar, qui porte, *les témoins signeront le testament, s'ils savent signer, sinon en sera fait mention expresse*, étoit de droit commun. Mais l'art. 44 de l'édit de 1735 ne permet d'admettre aux testamens des pays coutumiers, où deux témoins suffisoient, que ceux qui savent & peuvent signer. Il n'y a d'exceptions que pour les testamens militaires, & ceux qui sont faits en tems de peste, dont je parlerai dans l'observation suivante: & même dans les cas & dans les pays où deux témoins ne suffisoient pas, il faut, suivant l'art. 45, que tous sachent & puissent signer, lorsque les actes testamentaires sont faits dans les villes ou bourgs fermés; & que lorsqu'ils sont faits ailleurs, il y ait au moins deux des témoins qui sachent & puissent signer.

Ce ne sont donc plus que les testamens militaires, & ceux faits en tems de peste qui peuvent valoir sans être signés des témoins; & ce n'est que dans les pays de droit écrit, ou pour les testamens faits dans les campagnes, que pourvu que dans le nombre des témoins requis il y en ait deux qui signent, il n'est pas nécessaire que les autres signent aussi. Ce n'est plus par conséquent que dans ces cas exceptés, qu'il peut, ou plutôt qu'il doit être fait mention, que les témoins ont déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer. Au reste, il suffit que la signature des témoins ait été apposée aux actes testamentaires, & je ne crois pas plus nécessaire pour eux que pour les testateurs d'exprimer qu'ils ont signé.

15^o. On doutoit autrefois si les testamens qui n'étoient pas signés des notaires devoient être regardés comme imparfaits & nuls. L'art. 3 du tit. 8 de la coutume de Metz, & l'art. 289 de la coutume de Paris, qui parloient de la signature du testateur & des témoins, ne disoient rien de celle du notaire. Les anciennes ordonnances n'en prescrivoient pas non plus la nécessité. Et Ferrière à l'endroit cité, n. 17, rapporte, après Tronçon, un arrêt du 18 Mars 1624, qui a validé un testament non-signé des deux notaires qui l'avoient reçu, avec cette circonstance que le testateur après l'avoir signé, avoit dit aux notaires qu'il les enverroit quérir le lende-

Tit. VII.
Observ. 3^e.

48.
14^o. Les témoins doivent signer.

49.
Exceptions.

50.
Mention qui doit être faite dans les cas exceptés.

51.
15. Les notaires doivent signer.

Tit. VII.
Observ. 30.

main, & qu'il avoit survécu cinq jours sans les avoir mandé : ce qui sembloit prouver qu'il n'avoit jamais voulu donner la dernière perfection à son testament. Voyez le n°. 53 qui suit.

L'avoue que cet arrêt me paroît fort extraordinaire, & du nombre de ces préjugés, dont il est si difficile de rendre raison, qu'il seroit à souhaiter que les auteurs n'en eussent jamais parlé; parce qu'ils ne servent qu'à obscurcir les questions les plus claires, & qu'ils sont plus propres à embarrasser qu'à perfectionner la jurisprudence. Le silence des coutumes & ordonnances sur la nécessité de la signature des notaires prouvent que les auteurs de ces loix ont cru qu'il étoit inutile de la prescrire, parce qu'ils n'ont pas imaginé qu'on pût jamais douter de la nullité d'un acte public non revêtu de ce qui seul peut lui donner ce caractère d'acte public & authentique : & qu'ils ont cru évident que la signature des notaires étant de l'essence de tous les actes qu'ils reçoivent, ne pouvoit être omise dans les testamens passés pardevant eux. C'est pourquoi M. D... a raison de dire sur l'art. indiqué de la coutume de Metz que la nécessité de la signature du notaire *doit y être sous-entendue, & qu'elle est de droit commun*. Il en donne deux raisons : l'une « qu'il ne peut apparoir pardevant » quel notaire le testament a été fait, s'il ne l'a pas signé; l'autre, qu'à ce défaut » la forme requise par la coutume ne seroit pas remplie ». La première de ces raisons, quoique empruntée de Ferrière, *ibid.* n. 19, est très-foible, & même peut se trouver fautive; car le notaire qui a reçu le testament peut être connu par son écriture, par son nom, s'il l'a décliné à la tête du testament par la seule désignation de sa résidence dans les lieux où il n'y a qu'un seul notaire, &c. Les curés, les maires & greffiers des villages sont toujours connus; dira-t-on pour cela qu'il est indifférent qu'ils signent, ou ne signent pas les testamens qu'ils reçoivent? La seconde raison de ce magistrat pourroit lui être contestée; car la coutume n'exigeant pas expressément la signature du notaire, si on s'attachoit à la lettre, on pourroit soutenir que toute la forme requise par la coutume est remplie, dans un testament, auquel il ne manque que cette signature. Cependant la décision de M. D... qui est aussi celle de Ferrière, étoit incontestable, à mon avis, même avant l'édit de 1735: mais par la raison que tout acte passé pardevant une personne publique ne peut être solennel, & reste imparfait tant que celui qui le reçoit ne l'a pas signé. Aussi les art. 5 & 23 de l'édit exigent expressément la signature du notaire, ou des notaires, & les art. 117 de la coutume de Verdun, & 57 de celle de Toul en répètent la disposition.

16°. Les art. 5 & 9 de la même ordonnance qui regardent les testamens en pays de droit écrit, veulent que *le tout soit fait de suite & sans divertir à autres actes*. Cette disposition n'est pas répétée pour les testamens des pays coutumiers. Je ne doute pas cependant qu'elle ne doive être suivie par-tout. L'art. 59 de notre ordonnance de Metz de 1564, portoit que l'aman, ou notaire rédigerait entièrement, par écrit, la volonté du testateur, & après, *sans divertir à autres actes*, le rapporteroit audit testateur

51.
162. La con-
fection du testa-
ment ne doit
pas être inter-
rompue.

testateur. Le testament annullé par l'arrêt du 22 Février 1638, rapporté par Dufréne & par Le Paige, & dont j'ai parlé n. 29, avoit été confirmé par un codicile. Ce qui n'empêcha pas qu'il ne fut déclaré nul : » parce que, dit Le Paige, de droit les » testamens doivent être faits *uno contextu*. Et, en effet, Ferriere sur l'art. 289, gl. 6, n. 28, indique différens textes du droit romain qui l'exigent ; & ces loix regardées parmi nous comme la raison écrite, doivent être suivies dans nos coutumes quand rien ne s'y oppose.

Le même Ferriere dit cependant *ibid.* que » le testament ne pourroit pas être » contesté, quoique la solemnité de la signature fut interrompue par des actions » qui ne peuvent pas être omises sans intéresser la santé du testateur & des témoins. » Et même qu'il n'y auroit pas nullité, si un testament étoit fait en plusieurs jours, » & vacations pardevant notaires, pourvu que chaque vacation soit signée par le » testateur & les témoins, & que la fin du testament soit revêtue des formalités » requises. D'Abocourt, fol. 289 R^{to}. après avoir observé qu'on peut tester après le soleil couché, avoit dit de même avant Ferriere, » ne fera le testament nul pour » être discontinué par contrainte, & nécessité de maladie, pourvu que ledit testa- » ment se trouve accompli de toutes choses requises & nécessaires. Mais si le testateur, sans aucune raison qui l'y oblige, interrompt la confection de son testament ; si, après l'avoir commencé, il ne veut pas l'achever, & remet volontairement à un autre tems de lui donner son entière perfection, il marque par ce délai qu'il n'a pas encore une volonté bien déterminée, & que les dispositions qu'il a fait écrire ne sont que des vellétés sur lesquelles il veut avoir le tems de réfléchir. Lors même que par le grand nombre & la longueur des dispositions du testateur, son testament ne peut être achevé qu'en plusieurs vacations, ce qui a été écrit dans les premières ne peut pas être regardé comme chose pleinement arrêtée dans son esprit, dès qu'il ne les a pas signées, & ne les a pu faire signer par les notaires & les témoins. Bien plus, nonobstant ces signatures à la fin de chaque séance, tant que le testament n'est point achevé, ce qui est écrit n'est encore que le commencement d'un acte imparfait, un projet de dispositions, plutôt que des dispositions. Ce qui a fait dire à Dumoulin, cité par Ferriere, que *per novum intervallum debent omnia breviter repeti, quasi ex nova actione seu novo integro testamento*. C'est pourquoi je suis d'autant plus étonné que l'arrêt du 18 Mars 1624, ait confirmé le testament dont j'ai parlé, n. 51, que je crois qu'il auroit dû être déclaré nul quand même le testateur qui, après avoir signé, avoit empêché les notaires de signer aussi, les eut envoyé chercher le lendemain, comme il le leur avoit dit, à moins que dans cette seconde vacation il n'eut rapellé l'une après l'autre, & confirmé toutes les dispositions écrites la veille.

Toutes les solemnités que je viens de détailler sont fort simples & si faciles à observer que les notaires ne peuvent y manquer sans une ignorance supine, ou une négligence qu'on peut mettre au nombre de ces fautes graves, *quæ dolo æquiparan-*

TIT. VII.
Observ. 36.

eur. Ce qui a fait dire à Le Paige sur l'art. 94 de la coutume de Bar, » qu'il semble
» que pour une telle faute qui vient de l'impéritie des notaires, il y ait lieu d'adjuger
» contre eux des dommages & intérêts ». On pourroit même dire que cette impé-
ritie n'est pas vraisemblable, & qu'il leur étoit si aisé de s'instruire de ce qu'ils devoient
observer, qu'on pourroit les soupçonner de ne s'en être écartés que par affectation
& de mauvaise foi, dans la vue de favoriser les héritiers intéressés à faire tomber
les dispositions qui les grèvent. Cependant ce crime ne peut pas se présumer, il faut
droit des preuves certaines pour convaincre les notaires de dol & de corruption,
& à moins qu'ils n'aient violé quelques réglemens qui les rendent expressément ga-
rans des suites de leur inexécution, il est certain que la nullité des testamens ne tombe
jamais sur eux, & qu'ils ne sont ni responsables de la validité des testamens, dont
on leur confie la rédaction, ni tenus d'aucuns dommages & intérêts envers ceux
qui souffrent des fautes qu'ils y ont commises. On n'impute qu'aux testateurs de
n'avoir pas choisi des instrumentaires plus éclairés ou plus attentifs.

^{54.}
Les legs pieux
sont nuls à dé-
faut des forma-
lités prescrites.

J'ai déjà dit, n. 42 & suiv. qu'on étoit aujourd'hui désabusé de la fausse maxime
introduite par les gens d'église, que les legs pieux portés par des actes imparfaits de-
voient être exécutés. J'ajouterai seulement ici que, suivant l'art. 78 de l'ordonnance
de 1735, toutes les solemnités qu'elle prescrit doivent être observées, encore que
les dispositions des actes de dernière volonté, de quelque espèce qu'elles soient,
aient la cause pie pour objet. Ce qui n'établit pas une jurisprudence nouvelle, mais
confirme celle qui étoit déjà bien établie, & qui avoit été suivie par l'arrêt du 30
Avril 1731, dont j'ai en ce même endroit rapporté l'espèce.



OBSERVATION IV.

Tit. VII.
Observ. 4e.

De ceux qui peuvent faire fonction d'instrumentaires dans les dispositions testamentaires : & de quelques especes particulieres de Testament aujourd'hui autorisées, ou abrogées.

PLUSIEURS coutumes, dit Ferriere sur l'art. 289 de la coutume de Paris, gl. 2, n. 3, » permettent aux notaires ecclésiastiques de recevoir des testamens, comme » celles de Meaux, art. 39 (1); de Melun, art. 244; d'Estampes, art. 107; de Ver- » mandois, art. 58, & autres «. C'étoit une suite des anciennes usurpations que les juges d'église avoient faites sur la juridiction royale & séculière, principalement en matière testamentaire. Buridan sur l'art. cité de la coutume de Vermandois, demandoit même » si ez coutumes qui n'en disposent pas par exprès, comme les précédentes, les notaires ecclésiastiques pouvoient recevoir les testamens; & répondit qu'il a été jugé qu'oui: car encore que les ordonnances aient toujours défendu aux officiers de la juridiction spirituelle, de prendre connoissance des affaires temporelles & laïques, particulièrement aux notaires ecclésiastiques de recevoir aucuns contrats entre personnes laïques, pour les choses temporelles & profanes. Néanmoins ils avoient si bien fait jusqu'à l'ordonnance de 1539, qui a retranché avec succès les entreprises qu'ils s'étoient acquises en ce royaume, par leur autorité, qu'ils avoient éludé l'effet des précédentes ordonnances, par des distinctions chimériques qu'ils appliquoient avantageusement à l'égard des testamens «. Ricard, des donat. 1re. part. ch. 5, sect. 8, n. 1575, & Ferriere *ubi sup.* n. 1, qui remarquent qu'au mois de Novembre 1530, le parlement de Paris a encore confirmé un testament passé pardevant deux notaires apostoliques; & que Dumoulin, malgré tout son zele pour le rétablissement de la juridiction laïque, avoit approuvé sur l'art. 96 de la coutume de Paris, n. 4, un testament reçu dans cette coutume par deux notaires apostoliques: mais que les arrêts postérieurs à l'ordonnance de 1539, ont jugé ces testamens nuls dans les coutumes qui ne les valdoient pas expressément.

r.
Les notaires
d'église ne peuvent recevoir
des testamens.

(1) Cependant cet art. de la coutume de Meaux ne parle pas des notaires ecclésiastiques. Il attribue seulement la connoissance des comptes de l'exécution des testamens, au roi & à l'évêque par prévention.

TIT. VII.
Oblerv. 42.

Il restoit à décider si depuis cette ordonnance ils pouvoient encore valoir, dans les coutumes qui permettoient formellement de tester pardevant des notaires de cour d'église. Ricard, n. 1577, croyoit l'affirmative certaine, » attendu, disoit-il » que nous admettons qu'ils puissent être faits en présence de personnes pures privées, & pardevant trois ou quatre témoins, si la coutume les autorise. Ferrière trouvoit, au contraire, que la question n'étoit pas sans difficulté; parce que les ordonnances qui dérogent aux coutumes font défenses aux notaires apostoliques de passer *aucuns actes entre personnes laïques sous peine de nullité*. Je ne crois pas que, depuis l'ordonnance de 1735, on puisse douter de la nullité d'un testament qui seroit reçu par des notaires apostoliques. A la vérité elle ne les exclut pas en termes formels; mais on peut dire, en empruntant les expressions de Dumoulin, *ibid.* que, parlant en général des notaires & tabellions, *debet intelligi de notariis secularibus, est enim secularè negotium, & illud secularis cognitionis*. La raison qui portoit Ricard à les regarder comme valables, (savoir qu'on validoit les testamens pardevant personnes privées dans les coutumes qui permettoient de tester dans cette forme), peut aujourd'hui servir à en prouver la nullité: puisqu'à présent, dans ces coutumes mêmes, les testamens pardevant personnes privées n'ont plus lieu, suivant l'édit de 1735; & que les notaires d'église ne peuvent certainement être regardés que comme personnes privées & sans caractère pour recevoir les testamens.

2.
Les notaires royaux & seigneuriaux ne peuvent les recevoir que dans leur ressort.

Les notaires royaux (à l'exception de ceux du châtelet qui ont, je ne fais pour quoi, pouvoir d'instrumenter dans tout le royaume), & les tabellions seigneuriaux ne peuvent recevoir les testamens hors de leur ressort; mais il n'est pas nécessaire que le testateur y soit domicilié: quand même il s'agiroit d'un testament passé pardevant le notaire d'une seigneurie, qui ne peut recevoir les contrats qu'entre ceux qui y résident. La raison de la différence est qu'on peut retarder les contrats, & que les approches de la mort empêchent souvent qu'on ne puisse différer les testamens. Ricard, n. 1578 & 1579, Ferrière, n. 5 & suiv.

3.
Le notaire interdit ne le peut pas.

Le dernier demande si un testament reçu par un notaire interdit seroit valable; & tient l'affirmative contre Charondas, sur le fondement de la loi: *Barbarius Philippus*. Mais cette fameuse loi, qui prouveroit la validité des actes reçus par un homme regardé de tout le monde comme notaire, quoiqu'il n'en eut pas le caractère, ne me paroît point favoriser l'opinion de Ferrière; car un jugement qui interdit un notaire, ne pouvant être ignoré de tous ceux qui ont leur domicile dans son ressort, on ne peut faire usage dans cette espèce du Brocard, *error communis facit jus*. Ceux qui se sont servis de son ministère, supposé même qu'ils ne fussent pas instruits qu'il étoit suspendu, ne pourroient s'excuser que sur leur ignorance personnelle, qui, sur un fait qui ne peut manquer de faire beaucoup de bruit, n'est ni présumable, ni vraisemblable, & qui même en la supposant prouvée, ne seroit qu'une erreur particulière, dont il leur étoit facile de se garantir; & non pas une de ces erreurs universelles, dont la fausseté n'est ni connue, ni même soupçonnée par personne.

L'opinion de Ferriere ne me paroît donc essentielle que dans le seul cas où la nouvelle d'une interdiction récemment prononcée dans un tribunal éloigné, ne seroit pas encore parvenue dans le lieu où le notaire interdit a instrumenté.

Les notaires ne peuvent pas non plus recevoir les dispositions testamentaires dont leurs parens doivent profiter ; Ferriere sur l'art. 292, gl. 2, n. 17, dit qu'un arrêt solennel donné en la chambre de l'édit du parlement de Paris, le 11 Août 1607, défend aux notaires de recevoir mêmes les contrats, dans lesquels leurs cousins-germains, & autres leurs parens plus proches seroient intéressés. Notre parlement a poussé la précaution plus loin ; & par arrêt du 22 Décembre 1756, rendu de l'avis des chambres & semestres, il a fait défenses à tous notaires du ressort de passer aucun acte, soit entre vifs, soit à cause de mort, en faveur de leurs parens (1), au degré des articles de l'ordonnance de 1667, & d'employer pour second notaire, ou témoins, des parens ou alliés des parties (2), au même degré à peine de nullité des contrats (3), & de répondre par les notaires en leur pur & privé nom des dommages & intérêts des parties.

TIT. VI.
Observ. 4^e.

4.
Ils ne peuvent
les recevoir au
profit de leurs
parens.

C'est, ce me semble, avec raison que le parlement de Metz a été ici plus loin que celui de Paris ; car pourquoi admettre pour témoins dans les contrats & dans les testamens, ceux dont les dispositions seroient rejetées dans une enquête, & comment confier la confection de l'acte à celui qui ne doit pas même y être reçu comme témoin ?

Mais par la même raison, la parenté des témoins entr'eux ne fournissant aucun moyen de reproche, le pere & le fils, le beau-pere & le gendre, les deux freres, l'oncle & le neveu, étant admis ensemble dans une enquête, & même dans une information, & foi pleine & entiere, y étant ajoutée à leurs dépositions, il semble que leur témoignage ne devroit pas paroître plus suspect dans un contrat, & on n'apperçoit pas d'abord par quel motif il est défendu à des notaires parens dans ces premiers degrés, d'instrumenter ensemble ; par un autre arrêt de règlement du parlement de Paris, du 22 Mai 1550. Aussi Ferriere qui en fait mention, *ibid.* n. 18, remarque-t-il qu'il ne prononce pas la peine de nullité, & dit qu'il n'y a pas lieu de l'établir ; & Ricard pense de même, Ire. part. ch. 5, sect. 8, n. 1595. On peut cependant dire que la raison pour laquelle on n'a pas voulu confier à un seul notaire la confection des actes, c'est la crainte qu'il ne se laissât gagner & corrompre par quelqu'une des parties qui y ont intérêt ; qu'on n'ajoute foi à ce qu'il rédige par écrit que quand la vérité en est attestée par un au-

(1) Sous le mot parens sont ici compris les alliés dont il est parlé plus bas.

(2) Le notaire peut ignorer la parenté des parties & des témoins, & alors je crois qu'il n'y auroit rien à lui reprocher, & qu'il ne seroit garant de rien.

(3) Sous le mot contrats tous les actes testamentaires sont ici compris.

Tit. VII.
Observ. 4c.

tre notaire, ou par deux témoins; que c'est ce second témoignage ajouté au sien qui le rend croyable en justice, & qui en constitue la force légale. Qu'il importe par conséquent que rien n'atténue la foi de ce second témoignage, & que le notaire, maître de choisir ceux qui certifient qu'il a opéré loyalement, ne doit pas le faire attester par ceux avec lesquels il est si étroitement lié, qu'il lui est aisé de leur faire dire & signer tout ce qu'il juge à propos; enfin qu'il y a entre cette espèce & celle d'une enquête deux différences essentielles; l'une, que ceux qui sont entendus dans une enquête ne se rendent pas témoignage l'un à l'autre; au lieu que le co-notaire ou les témoins d'un acte attestent l'intégrité du notaire qui le reçoit. L'autre, qu'on ne peut produire dans une enquête que ceux qui, par un effet du hasard, ou autrement, ont connoissance du fait qu'il s'agit de prouver, au lieu qu'on peut appeler à un acte solennel, tels témoins qu'on veut, & par conséquent qu'on doit en choisir qui ne puissent être suspects par aucun endroit.

5.
Ils ne peuvent
prendre pour
témoins leurs
clercs ni leurs
domestiques.

Ces réflexions sont puissamment fortifiées par l'art. 42 de l'ordonnance de 1735, par lequel il est défendu à toutes personnes publiques, qui reçoivent les actes de dernière volonté, de prendre pour témoins leurs clercs, serviteurs ou domestiques; car la raison est la même, ou plus forte encore pour leur parens, & la contrevention aux défenses de l'art. 42, emportant nullité suivant l'art. 47, je trouverois bien de la difficulté de valider un testament passé pardevant deux notaires liés entr'eux par une parenté si étroite: & je crois qu'on pourroit l'attaquer avec succès, non-seulement dans le ressort du parlement de Paris, mais aussi dans le nôtre, quoiqu'il n'y ait pas de règlement semblable à celui de 1550. Voyez observ. 5, n°. 9 & suiv.

6.
Origine de l'usage de tester par les curés.

C'est un usage très-ancien, remarqué par Ferriere sur l'art. 289, gl. 3, n°. 1, de faire les testamens pardevant les curés des paroisses. L'autorité que les ministres de l'église s'étoient indument attribuée sur les causes testamentaires, en est la source. Ferriere observe après De Lauriere, que les héritiers contestant souvent les legs faits aux églises & aux pauvres, & le clergé qui profitoit des uns, & qui avoit au moins l'administration des autres, étant intéressé à les faire valoir, quoique destitués des solemnités requises par le droit romain, un concile tenu à Lyon en 567, & un autre tenu à Paris en 615, déclarerent valables, en faveur de ces legs, les testamens non-seulement des clercs, mais aussi des laïcs (1), où ces solemnités auroient été omises: que depuis ces conciles, chacun commença de tester à sa volonté, peu de gens dans ce tems-là mourans sans faire des legs à l'église: que par succession de tems, ces

(1) Hermant, hist. des conciles, tom. 2, pages 90 & 142, dit seulement que le 20. canon du concile de Lyon, & le 100. de celui de Paris validoient les dernières volontés des évêques & autres ecclésiastiques, en faveur de l'église, quand même les formalités demandées par les loix n'y auroient pas été observées: mais il ne parle pas des testamens des laïcs.

lègs devinrent même forcés (1) & soumis à la juridiction ecclésiastique ; ce qui donna lieu au pape Alexandre III d'ordonner, par une décrétale inférée dans la collection de Grégoire IX, qu'il suffiroit à l'avenir, pour la validité des testamens, qu'ils fussent passés pardevant le curé avec deux ou trois témoins.

Voilà comment des fonctions si peu analogues au ministère des curés, leur ont été attribuées. Les peuples reçurent d'autant plus favorablement cette innovation, que ceux qui habitent la campagne, & c'étoit autrefois le séjour de tous les nobles, se trouvoient souvent dans le cas de ne pouvoir se procurer des notaires pardevant qui ils pussent tester. Buridan dit même sur l'art. 58 de la coutume de Vermandois, que *l'autorité du curé a passé sans redite par toute la France, qu'il pouvoit valablement recevoir les testamens, tant en pays coutumier, que de droit écrit ; & il cite Chopin, & l'ancienne coutume de Toulouse, rédigée en 1285.*

C'étoit, à la vérité, l'usage de grand nombre de provinces, même de quelques-unes de celles dont les coutumes n'en parloient pas. Mais dans d'autres il n'avoit pas lieu : & dans quelques-unes, il n'avoit lieu qu'en certains cas ; & l'art. 25 de l'ordonnance de 1735 ne l'ayant conservé que dans les lieux où les coutumes & statuts l'autorisent expressément, il est encore nécessaire de les consulter.

Les curés séculiers & réguliers peuvent donc, suivant cet article de l'ordonnance, recevoir les dispositions à cause de mort dans l'étendue de leurs paroisses, lorsqu'elles sont situées dans les coutumes qui les y autorisent ; comme Paris, art. 289 ; Bretagne, art. 613 ; Orléans, art. 289 ; Berry, tit. 8, art. 16 ; Senlis, art. 173 ; Château-Neuf, art. 112 ; Troyes, art. 97 ; le Maine, art. 292 ; Anjou, art. 276 ; Normandie, art. 412 ; Vitry, art. 102 ; Vermandois, art. 58 ; Bar, art. 94 ; Sedan, art. 123 ; Luxembourg, tit. 10, art. 5 ; St. Mihiel, tit. 4, art. 2, & autres, dont la disposition est aussi indéfinie que celles des coutumes que je viens d'indiquer.

Dans d'autres, le pouvoir des curés est plus restreint. Par exemple, on ne les autorisoit à Metz à recevoir les testamens qu'en tems de peste. D'Abocourt, fol. 288 verso., disoit pourtant en termes, qui d'abord sembloient indéfinis, *testament fait pardevant le curé & échevins d'église, sans aman, peut valoir. Jugement de l'an 1388.* Mais après avoir dit un mot de ceux reçus par les gens de justice, il ajoutoit, *ce sont facultés pour les habitans hors la ville, & en cas de nécessité là où les amans ne peuvent assister. Ce dernier jugement de l'an 1380... ; car quant à ceux qui décèdent dans la ville, & sans danger, même les gens d'église, leurs testamens, par l'ancienne coutume, ont été jugés nuls par jugement de l'an 1347.* L'ordonnance de Metz de 1564 n'admettoit même, pour la rédaction des testamens, que les amans ou les notaires ; & ne faisoit aucune mention des curés, pas même dans l'art. 65, où il s'agissoit des testamens en tems de peste. Bien plus : dans la 1re. édition de la cou-

TIT. VII.
Observ. 4.

7.
Il n'étoit pas
universel.

8.
Il ne l'est pas
encore.

9.
Coutumes où il
a lieu.

10.
Il n'a lieu qu'en
tems de peste à
Metz.

(1) Voy. ci-dessus obs. 3, n. 6.

TIT. VII.
 Serv. 46.

tume de l'an 1613, l'art. 5 du tit. 8, qui règle la forme du testament d'un pestiféré, n'accordoit pas au curé la faculté de le recevoir. Il étoit seulement dit *qu'au village suffira que le pestiféré ait testé pardevant le maire & un échevin de justice, &c.* Ce n'est que dans l'édition de 1677 & dans les suivantes, qu'on trouve, à la fin de cet article, une addition qui n'est appuyée sur aucun des procès-verbaux de correction, mais qui étoit écrite à la main sur la plupart des anciens imprimés; addition par laquelle les testamens reçus par les curés des lieux sont autorisés; mais ce ne sont que ceux des pestiférés, au village seulement, & au défaut des maires & échevins; ce qui approche beaucoup de ce que disoit D'Abocourt. D'où M. D... conclut avec raison *que la peste & le défaut des gens de justice dans un village, sont les seuls cas où, dans notre coutume, il est permis aux curés de recevoir les testamens.* Ce sont donc aussi les seuls où, depuis l'édit de 1735, ils le puissent dans les villages du pays messin; (ils ne le peuvent jamais dans la ville), parce que l'art. 25 de cette loi ne leur accordant caractère pour cette fonction que dans les lieux où les coutumes les y autorisent expressément, il me paroît sans difficulté qu'ils n'ont ce caractère que dans les seuls cas où les coutumes les leur attribuent.

17.
 Et dans l'Evêché.

Ramberviller, art. 7 de son tit. 4, égaloit, quant à la faculté de recevoir les testamens, le curé du lieu au tabellion ou notaire. Mais les rédacteurs de la coutume de l'Evêché n'ont pas parlé des curés dans l'art. 5 du tit. 10, qui concerne ceux qui testent dans les tems ordinaires. Il n'est mention d'eux que dans l'article suivant, qui porte: *Volonté dernière de personne pestiférée déclaré pardevant curé ou autres confesseurs, vaut en legs pieux, sans autre témoignage; hormis pour ce qui les concerne, & vaudra à leur profit; & par-tout s'ils sont suivis d'un ou deux témoins, hors de tous reproches & exceptions.*

Mais M. D... entend cet article des testamens nuncupatifs sans écrit: & en conséquence, il croit la coutume abrogée en ce point par la jurisprudence du parlement de Metz, qui, depuis sa création, a toujours fait observer l'ordonnance de Moulins dans son ressort. Il ajoute cependant que le commencement de cet art. *pourroit être toléré en le restreignant à certains petits legs, qui n'ont que des prières ou aumônes pour objet; mais que la fin a dû le faire rejeter en son entier, à cause de l'abus qu'on pourroit en faire... & que ce seroit retomber dans l'inconvénient des testamens nuncupatifs, qui repugnent si fort à nos mœurs, & la jurisprudence du pays coutumier.*

1°. Il est incontestable que l'art. dont s'agit, pris dans le sens que lui donne M. D..., devroit, comme il le dit, être rejeté *en son entier*; & par conséquent, qu'on ne pourroit en tolérer le commencement même avec la restriction qu'il y met: parce que des dispositions de dernière volonté, non écrites & purement verbales, ne peuvent valoir, pas même en tems de peste, nonobstant les coutumes qui les autorisoient autrefois; que sur ce point, l'ordonnance de Moulins est suivie dans tout le ressort, & doit l'être pour les plus petits legs comme pour les plus considéra-

bles

bles (1) ; car la validité d'une disposition ne dépend pas du prix des choses qui en font l'objet, mais de la forme dans laquelle elle est faite : forme qu'il faut suivre ponctuellement, comme essentielle, à peine de nullité du testament ; l'usage l'ayant introduit ainsi si puissamment, qu'il n'y a exception ni pour maladie de peste, ni pour la faveur des legs pieux. Canon, sur les art. 8. & 9 du tit. II de la coutume de Lorraine, & les auteurs qu'il cite.

2°. Il seroit absurde de valider une disposition même écrite, faite au profit de celui qui l'a reçue, quand même elle seroit attestée par un ou deux témoins ; ce que j'expliquerai dans un moment (2).

Voilà ce qu'on doit regarder comme abrogé dans l'art. dont s'agit. Mais, 3°. rien n'empêche de l'entendre d'un testament nuncupatif écrit ; & si on lui donne ce sens, il ne sera point abrogé, ni par l'observation de l'ordonnance de Moulins dans tout le ressort, ni par l'édit de 1735, puisqu'il permet de tester pardevant les curés, dans les lieux où les coutumes les autorisent à recevoir les testamens. Il leur permet même de les recevoir en tous pays en tems de peste. On peut donc d'autant moins en opposer les dispositions à celle de la coutume de l'Evêché, que cette coutume n'appelle les curés à cette fonction que pour les testamens des pestiférés.

L'art. 8 du tit. II de la coutume de Lorraine a plusieurs dispositions relatives aux testamens reçus par les curés ; 1°. il permet à ceux qui ne peuvent facilement tester pardevant un tabellion de faire écrire & soussigner du curé leur volonté dernière, qui vaut quant aux choses pieuses ; 2°. il excepte ce qui se trouveroit légué au profit du curé, n'étoit qu'il eut témoins vérifiant tel legs lui avoir été fait de la pleine volonté du testateur ; 3°. si la volonté d'une personne pestiférée n'est pas écrite, mais qu'elle soit affirmée par le curé ou vicaire, il veut qu'elle soit valable quant aux choses pieuses ; 4°. il la valide pour le tout, si elle est affirmée par le curé ou vicaire, & un témoin, ou par deux témoins.

Il seroit inutile de répéter ici ce que je viens de dire à propos de la coutume de l'Evêché. On conçoit bien que des quatre dispositions contenues dans cet article de celle de Lorraine, la seconde, en ce qui touche la validité du legs fait au curé qui reçoit le testament, & vérifié par un témoin, & les deux dernières ne peuvent aujourd'hui être suivies. Quant à la première, j'en conclus que, dans les tems ordinaires, ceux qui testent dans les villages où il n'y a point de tabellion peuvent s'adresser au curé, mais seulement pour faire des dispositions pieuses : la coutume ne validant que celles-là, & l'édit de 1735 n'accordant de pouvoir aux curés pour les testamens, qu'autant que les coutumes les autorisent à les recevoir.

(1) Je ne parle que des legs. Pour les petits meubles donnés & traduits de la main à la main, voy. ci-dessus tit. 6, observ. 5, n. 3.

(2) Voy. ci-dessous n. 22.

TIT. VII.
Observ. 4e.

Au surplus, ce n'étoit que des testamens des personnes pestiférées, dont parloient les coutumes de Metz & de l'Evêché. Ainsi pour tester dans cette forme, même par écrit, dans ces deux coutumes, & pour tester sans écrit pardevant le curé dans celle de Lorraine, il ne suffisoit pas autrefois que la peste fut dans le lieu : il falloit que le testateur en fut attaqué : & il falloit encore que le testament fut fait dans un lieu où il n'y eut point de tabellion, si c'étoit en Lorraine, & de gens de justice, si c'étoit dans le pays messin ; car ce n'étoit qu'à leur défaut que les curés avoient caractère dans ces deux provinces. Nous verrons, n° 35, quelles sont à cet égard les dispositions de l'édit, & la regle actuelle.

13.
Les curés reçoivent les testamens dans les villages du Verdunois & du Tulois.

14.
Autres coutumes qui sont à peu près les mêmes.

15.
Coutumes où les vicaires recevoient autrefois les testamens.

La coutume de Verdun, art. 118, & les usages de Toul, art. 58, permettent indéfiniment de tester pardevant le curé, excepté dans les villes de Verdun & de Toul, où il est facile de trouver des notaires. Ainsi, dans les autres lieux du Verdunois & du Tulois, cette forme de tester a lieu, en tout tems & pour toutes sortes de dispositions, d'ailleurs permises. Rien n'approche davantage des coutumes de Poitou, art. 269 ; de Nivernois, ch. 33, art. 13 ; de Sens, art. 68 & autres, qui permettent de tester pardevant les curés, dans les lieux où il n'y a point de notaire résident.

Beaucoup de coutumes donnoient aux vicaires la même capacité qu'aux curés de recevoir les testamens. Paris, art. 289 ; Senlis, art. 173 ; Bretagne, art. 613 ; Orléans, art. 289 ; Normandie, art. 412 ; Berry, tit. 18, art. 16 ; Anjou, art. 276 ; Château-Neuf, art. 112 ; le Maine, art. 292 ; St. Mihiel, tit. 4, art. 2 ; Bar, art. 94 ; Thionville, tit. 10, art. 5 ; Nivernois, chap. 33, art. 13 ; Lorraine, tit. 11, art. 8 ; (ces deux dernières avec les mêmes limitations que pour les curés), & plusieurs autres. Quelques-unes de ces coutumes, & entr'autres, celle de Paris, art. 290, vouloient que les curés leur donnassent des lettres de vicariat, & qu'elles fussent enregistrées au greffe de la juridiction royale ou seigneuriale, avant que les vicaires pussent recevoir aucuns testamens. Mais cela ne s'est jamais exécuté ; & les arrêts confirmoient les testamens reçus par les vicaires notoirement reconnus pour tels, quoiqu'ils n'eussent point de lettres de vicariat. Les curés n'ont même jamais voulu se conformer à cet article de la coutume de Paris, sur lequel on peut voir Ricard, Ferriere, n° 2 & 4, & M. Le Camus, n. 13, auxquels on peut ajouter Buridan sur l'art. 58 de la coutume de Vermandois, & Faber, sur l'art. 8 du tit. 11 de celle de Lorraine.

16.
Cette faculté leur est ôtée.

17.
Elle est accordée aux séculiers qui desservent les cures.

Ferriere trouvoit beaucoup d'inconvéniens à confier cette fonction aux vicaires, parce qu'ils ne sont pas stables, & que la plupart ignorent la forme prescrite par les testamens ; & il souhaitoit qu'on leur en interdît la réception. C'est ce qui a été fait par l'édit de 1735, dont l'art. 25 confirme les testamens passés pardevant les curés séculiers, ou réguliers dans les lieux où les coutumes les autorisent expressément à les recevoir, & accorde dans ces coutumes le même pouvoir aux prêtres séculiers proposés par l'évêque à la déserte des cures pendant qu'ils les desserviront. Mais sans que

les vicaires, ni aucunes autres personnes ecclésiastiques puissent recevoir des testamens ou autres dernières dispositions (1). Ceux qui déservent les cures ne sont gueres plus stables que les vicaires, ni ordinairement plus instruits des formalités à observer dans les testamens (2). Mais toutes les paroisses où il y a des vicaires, ont aussi un curé, à qui les testateurs peuvent, & doivent s'adresser; au lieu que les cures déservies par des prêtres commis par l'évêque, sont ou vacantes, ou possédées par des curés hors d'état de remplir leurs fonctions. D'ailleurs le choix de l'évêque présuppose qu'il connoît les mœurs, & la capacité du prêtre à qui il confie la déserte d'une cure. Ce qu'on ne peut pas dire d'une simple commission de vicaire, qui se donne au sortir du séminaire; & qui n'est gueres qu'une espece d'épreuve des qualités du sujet à qui on l'accorde. Au surplus les déservans avoient déjà, avant la dernière ordonnance, le pouvoir qu'elle leur conserve, & leur confirme. Ferriere sur l'art. 289, gl. 3, n. 9.

Ainsi depuis 1735, hors le tems de peste, on ne peut plus dans aucune coutume tester pardevant les vicaires, & à plus forte raison pardevant les confesseurs.

18.
Et non aux confesseurs.

Mais le même article de l'ordonnance déclare ne rien innover aux réglemens & usages observés dans quelques hopitaux, par rapport à ceux qui peuvent y recevoir les testamens, exception fondée sans doute sur ce que les personnes qui ont été réduites à chercher un asyle dans un hôpital, ne peuvent jamais faire des dispositions assez considérables, pour exiger plus de précautions. M. Le Camus sur l'art. 290, n. 2, fait mention de ce qui s'observe sur ce point à l'hôtel-dieu de Paris. Voy. la note sous le n. 69, de l'obf. 10.

19.
Mais l'usage des hôpitaux est confirmé.

Les anciens usages faisant partie de mon plan, je remarquerai qu'avant la révocation de l'édit de Nantes, les ministres de la R. P. R. pouvoient, suivant l'art. 123 de la coutume de Sedan, y recevoir les testamens, mais que cela n'avoit pas lieu ailleurs; parce que, dit Saligny sur l'art. 102; de Vitry, *Vbo. curé*: » dans les » autres coutumes un ministre est personne privée ». Voyez aussi Ferriere, *ubi sup.* n. 8.

20.
On testoit autrefois pardevant les ministres à Sedan.

Les curés & les déservans sont autorisés, non pas à recevoir les testamens de leurs paroissiens, mais les testamens dans leurs paroisses. Ces actes sont réels quant à la forme. Ainsi une personne malade, ou autrement detenue dans une paroisse qui n'est pas la sienne, feroit un testament nul, si elle appelloit son curé pour le recevoir; & au contraire si un homme logé pour quelques jours dans une paroisse qui lui seroit étrangère, testoit pardevant le curé de cette paroisse, son testament seroit bon,

21.
Les curés ne reçoivent les testamens que dans leurs paroisses.

(1) Voy. ci-après n. 35, l'exception pour le tems de peste.

(2) Les rituels de quelques diocèses en contiennent des formules.

TIT. VII.
Observ. 4e.

& valable. M. Le Camus sur le titre des testamens, n°. 15, Ferriere *ubi sup.* n°. 2, 4, & 5.

22.
Ils peuvent recevoir les legs faits à leurs églises.

Les testamens reçus par les curés ne peuvent contenir aucune disposition à leur profit personnel. On valide cependant les legs faits au profit de l'église paroissiale, par un testament reçu par le curé, *quoiqu'il doive jouir des fruits du legs en qualité de curé.* Ferriere sur l'art. 292, gl. n. 14, & Buridan sur l'art. 58 de Vermandois. Cela est admis dans tous les tribunaux. Mais cette jurisprudence est-elle sans inconvéniens ?

23.
Ils doivent déposer chez un notaire les actes par eux reçus.

Les curés & les déservans ne peuvent délivrer des expéditions des testamens par eux reçus. Ils sont tenus de les déposer chez un notaire immédiatement après la mort des testateurs, s'ils ne l'ont pas fait auparavant. C'est même au notaire à les publier. Voy. obs. 8, n. 2 & suiv. ce qui s'observoit déjà avant la dernière ordonnance dont l'art. 26 ajoute seulement qu'ils doivent faire ce dépôt chez le notaire, ou tabellion du lieu, & s'il n'y en a point, chez le plus prochain notaire royal du bailliage où la paroisse est située, au lieu qu'ils avoient auparavant plus de liberté sur le choix du depositaire.

24.
Coutumes où l'on peut tester pardevant les officiers de justice ou municipaux.

Outre les notaires & les curés, l'art. 24 du même édit met au nombre des personnes, pardevant lesquelles on peut tester, les officiers de justice, y compris les greffiers, & les officiers municipaux; mais seulement dans les pays où les coutumes & usages le permettent. La coutume de Vermandois est de ce nombre. L'art. 58 valide le testament reçu *du maire, bailly, prévôt de la justice ordinaire du lieu ou du greffier de ladite justice, & de l'un d'eux en présence de deux témoins*: sur quoi Buridan dit *que la loi municipale présume qu'il ne se peut commettre de fraude en tel acte, où le juge intervient; attendu que lui-même en doit exempter ses justiciables, & punir ceux qui la commettent.* Cette raison ne s'applique pas trop bien aux greffiers, mais ils sont revêtus d'un caractère public, aussi bien que les autres officiers nommés dans l'art. 24, & c'est en vertu de ce caractère qui suppose une exacte probité, que la réception des testamens leur est attribuée.

25.
Coutumes où un seul d'entre eux suffit.

Ces mots, & *l'un d'eux* marquent assez que dans cette coutume il n'est pas nécessaire que les testamens soient faits pardevant le corps entier de la justice. Un seul des officiers qui la composent suffit, même le greffier; ce qui me paroît pouvoir être appliqué à la coutume de Luxembourg, qui dans l'art. 5 du tit. 10, permet de tester *pardevant les juges, ou pardevant un notaire, clerk-juré, curé, &c.*, car si le clerk-juré, par où j'entends le greffier, peut opérer seul, & sans les autres officiers de la justice, à plus forte raison l'un des juges le peut aussi, sans les autres membres de la justice, quoique la coutume ait parlé au pluriel, *les juges.*

26.
Il en faut deux à Metz.

Mais la coutume de Metz, art. 4, du tit. 8, porte *testamens... rédigés par écrit, en présence des maires & gens de justice des villages, ou du maire & un échevin & quatre témoins... sont aussi valables.* Je crois donc que dans le pays messin un seul

officier de la justice du lieu ne suffit pas , & qu'il en faut deux ; non plus avec quatre , mais avec deux témoins depuis l'édit de 1735 ; car si nonobstant la coutume , ce nombre de quatre témoins n'est plus requis dans les testamens reçus par les notaires , il me semble qu'on ne peut pas non plus l'exiger dans les testamens reçus par les officiers que la loi substitue aux notaires pour cette fonction.

Mais quoique Ancillon sur cet article , V^{bo.} *des maires & gens de justice* , semble exiger que les dispositions testamentaires soient faites pardevant la justice du lieu en corps ; & qu'avant lui D'Abocourt eut déjà dit fol. 288 , V^{to.} , qu'un testament fait pardevant une justice en plaid bannal , (ce qui supposeroit la présence de tous les officiers en corps) , peut valoir sans amans ; la coutume est si claire qu'il n'est pas douteux qu'on peut tester pardevant deux officiers de justice seulement.

Mais faut-il que ce soit ceux qu'elle nomme ; le maire & un échevin ? je ne crois pas qu'on pourroit regarder comme nul un testament reçu par deux officiers de justice quels qu'ils soient , ou par un seul & par le greffier. L'intention de la coutume me paroît être que l'aman ou notaire soit remplacé par deux membres de la justice du lieu , mais sans en exclure aucun. Si elle a nommé le maire & un échevin , je crois que c'est démonstrative , & non pas limitative. En sorte qu'elle n'a pas prétendu exclure les autres officiers. On en conviendra , je crois , pour le lieutenant de maire , & si on l'admet , je ne vois pas comment on pourroit rejeter le greffier , à qui même cette fonction semble mieux convenir qu'aux autres officiers.

On pourroit même penser que dans ces mots de la coutume , le maire & un échevin , la conjonctive & n'a que le sens de la disjonctive ou. L'art. 63 de l'ordonnance de Metz publiée le 20 Décembre 1564 , que j'ai tant de fois citée , énonçoit que de tous tems , les maires & justices des bourgs & villages du pays messin ont accoutumé de recevoir les testamens ; cette loi statuoit qu'étant ainsi passés , ils seroient bons & valables ; pourvu qu'avec ledit maire ou son lieutenant il y eut quatre témoins appelés , & présens ; en sorte qu'un seul officier de justice sembloit suffire avec les témoins. Le plus sûr est cependant d'en appeler deux ; parce que la coutume rédigée postérieurement paroît l'exiger. Mais je crois que l'un d'eux peut être le greffier.

C'est même ordinairement celui qui est le moins inhabile à cette fonction ; car les gens de justice de nos villages » sont pour l'ordinaire , dit Ancillon , *ibid.* , gens » qui n'ont aucune connoissance des affaires , & qui ne savent ni lire ni écrire « : ainsi , continue-t-il , » c'est le greffier seul qui est le maître de l'acte « : c'est pourquoy il conseille d'appeler plutôt un notaire ; & de ne pas attendre à l'extrémité de sa vie pour disposer de ses biens. Le conseil est très-sage ; mais ce n'est qu'un conseil , & les testamens ne sont pas moins valables pardevant les gens de justice , que pardevant les notaires , dans les coutumes qui mettent les premiers au nombre des instrumentaires de ces actes.

TIT. VII.
Observ. 4c.

Cependant, quoique deux notaires fussent, sans témoins, un testament reçu, soit par deux officiers de justice, soit même par le corps entier de la justice, dont tous membres paroîtroient avoir reçu le testament comme tels, seroit nul, à mon avis, dans le pays messin, s'il étoit passé sans témoins (1). Il y a des coutumes où l'un des officiers de justice, ou municipaux, écrivant le testament, semble faire fonction d'instrumentaire, & les autres de témoins. Celle de Cambrai, par exemple, permet tit. 13, art. 3, de tester pardevant le mayeur & deux échevins du lieu, mais la nôtre n'attribue au maire, & à l'échevin conjointement, ni même au corps entier de la justice, opérant tout entier comme tel, que le caractère d'instrumentaire, & la même faculté qu'elle donne à un aman, ou notaire. Elle me paroît donc avec ceux là, comme avec ceux-ci, exiger les témoins. On lit dans l'addition au n. 1356 de la première partie du traité des donat. par Ricard, ch. 5, sect. 3, que « la présence du juge & du greffier ne peut pas suppléer au défaut du nombre des témoins, ainsi qu'il a été jugé au parlement d'Aix &c ».

27.
Testament militaire chez les Romains.

Chez les Romains, les testamens militaires n'avoient aucune forme particulière. « Ils se pouvoient faire sans solemnités, la seule déclaration de la volonté d'un soldat passoit pour testament.. On considéroit que les soldats sont présumés ignorer les lois; & n'avoir pas le tems d'aller consulter des jurisconsultes, pour l'observation des formalités.. Mais ce privilege cessoit, lorsque les soldats étoient hors de l'armée; parce que pour lors pouvant faire des testamens revêtus des solemnités requises, la cause du privilege cessant, le privilege devoit aussi cesser ». C'est ce que dit Ferrière sur le tit. 14 de la coutume de Paris, §. 2, n. 9. Cependant Ricard qui, *des donat. 1, part. ch. 5*, fait à peu près les mêmes remarques au commencement de la sect. 5, dit, n. 1349, « que la difficulté est grande de savoir si les soldats pouvoient tester militairement en quelque tems que ce fut ». Il rapporte les différentes opinions, & dit au n. suiv. que la sienne est que dès que, « les gens de guerre *in expeditione erant*, ils avoient droit de faire testamens militaires; mais non pas lorsqu'ils étoient *extra castra*, & dans les villes ».

Tous deux observent encore, Ferrière, n. 9, & Ricard, n. 1448, que ces testamens subsistoient, tant que les testateurs restoient dans le service, & un an après qu'ils avoient été congédiés. Voilà sommairement quels étoient les usages des Romains. Voyons les nôtres.

28.
Autrefois incon-
nu en France.
29.
Y est admis de-
puis long-tems.

Tout le monde convient que les testamens militaires n'étoient pas autrefois admis dans le royaume. Je n'en ai remarqué aucun vestige dans les capitulaires. Mais il y a long-tems qu'ils ont été reçus en France, suivant Ricard, *ibid.* sect. 10, & Fer-

(2) Mais s'il n'y avoit que deux officiers de justice dénommés comme recevant le testament, rien n'empêcheroit d'en dénommer deux autres comme témoins : fonction à laquelle ils sont aussi propres que tous autres.

rière aussi, *ibid.* §. 8, n^o. 11, sans néanmoins qu'il fut possible de fixer une forme réglée qu'on y dût observer ; » car, disoit l'auteur des loix civiles, tit. des testamens, » sect. 3, note sur le n^o. 15, de laquelle j'emprunte cette remarque, nous n'avons » point sur cela de regles qui déterminent quelle doit être la forme des testamens » militaires ; & les regles du droit romain... sont si indéfinies, qu'on peut dire que » notre usage ne les recevoit pas indistinctement «. C'est sur quoi il s'excuse en finissant cette note, de s'être expliqué » en termes généraux, sans marquer précisément quelles doivent être les formalités des testamens militaires, qu'on n'a pas » dû fixer, dit-il, parce qu'il n'y auroit qu'une loi qui pût le faire ; ce qui fait sou- » haiter qu'il y fut pourvu «.

Cependant la coutume de Lorraine, la seule que je connoisse qui parle du testamens militaire, dit dans l'art. 9 du tit 11, *testament fait à la guerre, s'il est soussigné du testateur, ou si autrement il conste suffisamment de sa volonté, vaut, nonobstant qu'autre formalité plus exacte ne s'y trouve observée.* On pourroit conclure de-là, 1^o. que ce testament ne pouvoit être fait qu'à la guerre ; c'est-à-dire, à l'armée, ou dans une place assiégée, ou menacée d'un siege, ou au moins exposée à être insultée par l'ennemi ; 2^o. qu'il suffisoit, pour le faire valoir, qu'il fut signé du testateur ; 3^o. que quoiqu'il ne fut pas signé de lui, il n'exigeoit pas l'exacte observation des solemnités intrinsèques prescrites pour les autres testamens ; 4^o. qu'il falloit cependant que la volonté du testateur fut constatée par des preuves suffisantes.

Mais quelles étoient ces preuves suffisantes, sans lesquelles il ne pouvoit rien opérer ? La coutume de Lorraine ne fournissoit sur un point si essentiel ni aucunes regles déterminées, ni mêmes aucunes conjectures assez bien fondées pour suppléer au défaut d'une regle tracée par la loi. Celle désirée par Domat n'étoit donc pas moins nécessaire dans la coutume de Lorraine que par-tout ailleurs.

On a l'obligation de cette loi à M. le chancelier D'Aguesseau. L'édit de 1735, qui est son ouvrage, règle la forme du testament militaire dans l'art. 27, suivant lequel il peut être fait ; 1^o. en présence de deux notaires ou tabellions, ou d'un notaire ou tabellion, & de deux témoins ; 2^o. en présence de deux des officiers qui y sont nommés ; savoir, les major & officier d'un rang supérieur, les prévôts des camps & armées, leurs lieutenans ou greffiers, & les commissaires des guerres, ou de l'un d'eux avec deux témoins ; 3^o. en présence d'un aumônier des troupes ou des hôpitaux, avec deux témoins, mais seulement lorsque le testateur est malade ou blessé : par-où il paroît que les majors & autres officiers, & pareillement les aumôniers, dans le cas de maladie ou de blessure, sont subrogés aux notaires & tabellions pour faire la fonction d'instrumentaires dans les testamens militaires.

Tous ceux qui ne sont pas olographes, ou dans la forme ci-dessus, sont déclarés nuls par l'art. 29. Je crois donc que ce qui est prescrit par l'art. 27 est de rigueur, & qu'on doit en suivre les termes à la lettre : en sorte que s'il n'y a qu'un tabellion, la présence d'un major ou d'un autre officier ne suffit pas, non plus que

TIT. VII.
Observ. 46.

30.
La forme n'en étoit pas réglée avant 1735.

31.
Quelle est au-
jourd'hui cette
forme ?

Suite, 32.

TIT. VII.
Observ. 4e.

celle d'un aumônier, même dans le cas de maladie ou de blessure, & qu'il faut deux témoins : & que de même, s'il n'y avoit qu'un officier & un aumônier, le testament ne seroit pas valable, quand même il auroit été fait par un testateur malade ou blessé.

Suite 33.

L'art. 28 a quatre dispositions : la première veut que le testament soit signé par le testateur, s'il fait *ou* (1) peut signer.

La seconde, que les actes soient signés par celui ou ceux qui les recevront.

La troisième, que les témoins signent aussi, ou s'ils déclarent ne le pouvoir faire, qu'il en soit fait mention.

La quatrième, qu'on appelle des témoins qui sachent & puissent signer, lorsque le testateur ne saura ou ne pourra le faire.

Toutes ces dispositions sont trop claires pour avoir besoin d'être expliquées.

34.
Quels sont ceux
qui peuvent tes-
ter militaire-
ment ?

Il en est de même de l'art. 30, qui marque les cas où on peut tester militairement ; savoir, quand on est actuellement en expédition militaire ; en quartier ou en garnison hors le royaume, ou prisonnier chez les ennemis ; sans que ceux qui sont en quartier ou en garnison dans le royaume puissent jouir du même avantage, si ce n'est qu'ils soient dans une place assiégée, ou dans une citadelle, ou autre lieu dont les portes soient fermées, & la communication interrompue à cause de la guerre : & de l'art. 31, qui étend le privilège accordé aux militaires pour la forme de tester, à tous ceux qui, sans être militaires, se trouvent à la suite des armées, ou chez les ennemis, à cause de leurs emplois, fonctions, ou service à rendre non-seulement aux armées, mais même aux officiers particuliers.

35.
Combiendurent
ces testamens ?

Mais l'art. 32 peut donner lieu à un doute considérable. Il porte que *les testamens... mentionnés dans l'article précédent, demeureront nuls six mois après que celui qui les aura faits sera revenu dans un lieu où il puisse avoir la liberté de tester dans la forme ordinaire, si ce n'est qu'ils fussent faits dans les formes qui sont requises de droit commun dans le lieu où ils ont été faits.* Or, l'article précédent ne parle que des testamens de ceux qui, sans être officiers ni engagés dans les troupes, se trouvent à la suite des armées, ou chez les ennemis, pour quelque cause qui a rapport à la guerre. On peut donc demander si les testamens des vrais militaires sont nuls six mois après leur retour dans un lieu où ils ont été à portée de tester plus solennellement ; ou s'ils durent tant qu'ils sont au service, & un an après qu'ils l'ont quitté, suivant la règle du droit romain, que j'ai fait remarquer n°. 26 ; ou même s'ils ne subsistent pas tant qu'ils ne sont pas révoqués, comme les autres testamens.

Je laisserai à de plus habiles que moi la résolution décisive de cette question. Si on s'attache littéralement aux termes de l'art. 32 de l'édit, on ne l'appliquera qu'aux testamens mentionnés dans l'article précédent, qui sont ceux des personnes, lesquelles

(1) Le mot *ou*, ordinairement disjonctif, ne l'est pas ici, & vaut le conjonctif &.

sans être militaires, suivent les troupes *in expeditione*. Ainsi on fera valoir les testamens des vrais militaires, même après le terme de six mois écoulés depuis leur retour dans un lieu où ils pouvoient facilement tester à l'ordinaire. Cependant je ne sais si, en donnant cette interprétation à l'édit, on pourroit en conclure que les testamens militaires des officiers & des soldats, qui ont quitté le service depuis plus d'un an, sont valables tant qu'ils ne sont pas révoqués; car il me semble qu'avant cette dernière ordonnance on se conformoit sur ce point aux loix romaines. Les auteurs que j'ai cités me paroissent insinuer qu'on n'avoit égard à ces testamens qu'autant que les testateurs avoient continué de servir, & un an après leur retraite: & je ne vois rien dans l'édit d'assez précis pour qu'on puisse assurer que l'intention du législateur a été d'en prolonger plus long-tems la durée.

J'ajoute que je ne crois pas que la permission de tester militairement soit, parmi nous, un privilege attaché à la profession des armes. La vraie raison qui l'a fait accorder, c'est la difficulté qu'on auroit presque toujours dans les camps, dans les places assiégées, en prison, chez les ennemis, &c., de trouver des notaires & des témoins qui fussent signés. C'est pourquoi la liberté de tester militairement n'est pas bornée aux vrais militaires, mais accordée à tous ceux qui suivent les troupes, ou qui sont attachés aux officiers. Or dès qu'elle n'est pas une prérogative de la profession des armes, par quel motif seroit-on valoir les testamens des militaires plus long-tems que ceux des autres personnes qui peuvent tester militairement?

J'ai déjà dit quelque chose des testamens faits en tems de peste. Il reste à observer, 1°. que suivant l'art. 33 de l'ordonnance de 1735, ils peuvent être reçus en tous pays par deux notaires ou tabellions, ou par deux officiers de justice royale, seigneuriale ou municipale, jusqu'aux greffiers inclusivement, ou par une des personnes ci-dessus nommées, avec deux témoins, ou enfin par le curé ou le desservant, ou le vicaire, ou un autre prêtre, même régulier, chargé d'administrer les sacremens aux malades, aussi avec deux témoins. L'édit ne permet pas de tester sans témoins pardevant un des officiers, avec un des ecclésiastiques. Je crois donc qu'un testament fait dans l'une ou l'autre de ces dernières formes, ne seroit pas valable si, avec l'officier & un ecclésiastique, ou avec les deux ecclésiastiques, il n'y avoit encore un autre témoin.

36.
Forme des testamens en tems de peste.

2°. Que suivant l'art. 34, le testament doit être signé par celui qui le reçoit: qu'il doit l'être aussi par le testateur & les témoins, s'ils savent & peuvent signer; & que s'ils déclarent ne le savoir, ou ne le pouvoir faire, il doit en être fait mention: enfin, que si le testateur ne sait ou ne peut pas signer, il ne peut être appelé que des témoins qui le sachent & le puissent. C'est la disposition de l'art. 28, qui concerne les testamens militaires, & auquel l'art. 34 renvoie pour ceux faits en tems de peste.

3°. Je dis *en tems de peste*; car les solemnités ordinaires dont les coutumes de Metz, de l'Evêché & de Lorraine ne dispensoient que les testamens des personnes

TIT. VII.
Observ. 4e.

attaquées de la peste, peuvent aujourd'hui, suivant l'art. 36 de l'édit, être impunément omises par-tout, & dans ces trois coutumes comme dans toutes les autres, dans les testamens de ceux qui se trouvent dans les lieux infectés, encore qu'ils ne soient pas actuellement malades; pourvu que la forme de l'édit y soit observée.

37.
Combien durent
ces testamens.

4°. Suivant l'art. 37, les testamens faits dans cette forme demeurent nuls six mois après que le commerce est rétabli dans le lieu où ils ont été faits, ou que le testateur est passé dans un lieu où le commerce n'est point interdit (1). Avant cette loi, les auteurs étoient partagés. Ancillon, sur l'art. 5 du tit. 8 de la coutume de Metz, en indique quelques-uns qui tenoient que si le testateur ne décédoit pas de la peste, dont il étoit attaqué en testant, son testament, quoiqu'il ne fut pas revêtu des formalités prescrites pour les testamens solennels, demeurait dans toute sa force, après le tems de la contagion passé, & produisoit tout son effet: & Faber avoit embrassé cette opinion sur l'art. 8 du tit. 11 de la coutume de Lorraine. Ancillon, après avoir ensuite rapporté le sentiment contraire d'un ancien jurisconsulte, qui soutenoit que le testateur ayant eu le tems & la liberté de faire un testament solennel, celui qu'il avoit fait n'étant pas dans la forme requise dans les tems ordinaires, deviendrait nul, ajoute qu'il estime que cette dernière opinion pourroit être suivie en certains cas; par exemple, si un malade a déclaré ne pouvoir signer à cause de sa foiblesse, & que guéri de sa maladie, il vive encore long-tems sans confirmer ce testament non signé. Cette décision me paroît très-hazardée; car un pareil testament, s'il est revêtu d'ailleurs de toutes les formalités requises & ordinaires, aura, malgré le défaut de signature du testateur, le caractère & la forme d'un testament solennel; sans quoi il faudroit dire que ceux qui, par quelque raison que ce soit, ne sont pas en état de signer, ne peuvent tester solennellement; ce qui est évidemment faux. Or, si un testament non signé du testateur, ne laisse pas d'être solennel, il doit, comme tout autre, subsister & valoir, tant qu'il n'est pas révoqué; & ce n'est que parce que les testamens militaires, ou permis en tems de peste, ne sont pas solennels, qu'ils deviennent nuls après le tems marqué par l'édit.

38.
Si un testament
que le testateur
n'a pu signer à
cause de sa ma-
ladie, dure
après sa conva-
lescence.

39.
Formalités dont
les testamens
militaires & en
tems de peste
ne sont pas dis-
pensés.

Au reste, ce seroit une erreur de penser que les formalités intrinsèques des dispositions testamentaires par où, j'entends celles qui sont nécessaires, pour assurer que l'acte ne contient rien qui ne soit émané de la volonté libre du testateur, comme la dictée du testament telle que je l'ai expliqué n. 29 & suiv. La lecture de l'acte en sa présence, & celle des témoins, & l'approbation finale qu'il en fait après avoir entendu cette lecture, ne sont pas nécessaires pour la validité des testamens mili-

(1) Si le testament fait en tems de contagion étoit revêtu de toutes les solennités requises dans un autre tems, la raison dicte qu'il seroit valable comme tout autre jusqu'à révocation.

raires, & de ceux faits en tems de peste. Les testamens des militaires sont confirmés, dit Ricard, ire. part., ch. 5, sect. 10, n. 1632 : *quoiqu'ils soient moins solennels qu'il n'est requis par les coutumes des lieux où ils sont passés, pourvu que les formes qui y ont été observées soient suffisantes pour faire foi de leur volonté avec quelque sorte de certitude.* Or si le testament n'est pas dicté par le testateur, peut-on raisonnablement assurer avec quelque certitude, qu'il est son ouvrage ? Ne peut-il pas, au contraire, être entièrement l'ouvrage du rédacteur ? Supposez même que le testateur lui ait expliqué ses intentions, ne peut-il pas les avoir mal comprises ? Est-il impossible que sans qu'il s'y soit trompé, il se soit laissé gagner & corrompre, & qu'il ait à dessein, & de mauvaise foi, donné aux dispositions un sens tout différent de celui du testateur, & même supprimé celles qu'il lui a dictées, pour en écrire d'autres ? Il en seroit le maître s'il étoit dispensé de donner au testateur lecture de ce qu'il a écrit. On ne peut donc avoir quelque certitude que ce qui est écrit est conforme à la volonté du défunt, s'il n'en a entendu la lecture, & s'il n'a déclaré qu'il l'approuvoit. C'est à ces solennités essentielles pour la preuve de la volonté, que j'applique principalement ce que dit Canon que j'ai cité ci-dessus n. 10, que la maladie de peste n'en dispense pas ; & je suis entièrement de l'avis de M. D... qui sur l'art 5 du tit. 8 de la coutume de Metz, dit que » ces sortes de testamens » faits en tems de peste doivent être ainsi que tous les autres, écrits en présence du » testateur, à lui lus clairement & intelligiblement, & contenir à la fin, que Payant » ainsi oui, & entendu, il a déclaré sa volonté être telle. Sans néanmoins qu'il soit nécessaire de se servir précisément de ces expressions. M. Harvier, M. Oly & moi avons été consultés au mois de Juin 1769, sur la validité du testament de M. Durand, major du régiment de la Marine, fait dans l'isle de Corse, la veille de sa mort, arrivée au mois de Décembre 1768. Et nous avons pensé que ce testament reçu par un carme, aumônier de ce régiment, en présence de quatre témoins, étoit nul ; parce qu'il n'étoit pas dit que lecture en avoit été donnée au testateur ; ni par conséquent qu'après l'avoir entendu lire, il l'avoit approuvé comme contenant ses dernières volontés. M. Boucher d'Argis, célèbre avocat du parlement de Paris, a depuis pensé comme nous. Mais *sub judice lis est* (1).

Les testateurs ont très-souvent intérêt que leurs dispositions ne soient connues de personne jusqu'après leur mort. Par cette raison les loix romaines permettent à ceux qui savent lire, d'écrire, ou faire écrire leurs volontés dernières, de les présenter closes au notaire, & aux témoins ; de leur déclarer que ce paquet contient leur testament, de le signer en leur présence sur le dos ou l'enveloppe, s'ils savent signer, sinon d'en faire mention, & de le faire en l'un & l'autre cas signer par le notaire

26.
Les testamens mystiques sont admis dans le droit écrit.

(1) L'union qui regne dans cette famille a empêché les intéressés d'attaquer le testament.

TIT. VII.
Observ. 40.

& par les témoins. C'est ce qu'on appelle un testament mystique. Cette forme de tester est la seule qui puisse conserver le secret des dispositions, dans les lieux où celles qui sont olographes ne sont pas autorisées; & elle s'est toujours conservée dans les pays de droit écrit. Mais l'usage n'en étant pas nécessaire dans les pays coutumiers, elle ne s'y est pas beaucoup étendue.

47.
Coutumes où
ils sont reçus.

Cependant la coutume de Berry, tit. 18, art. 9 & 10, permet à celui qui veut faire un testament secret, & qui l'a fait écrire par un autre, de le signer; & s'il ne peut écrire, de le faire signer par un notaire, ou tabellion, en son nom, de le clore & sceller, de déclarer en présence d'un notaire, ou tabellion, & de trois témoins, que ce qui est écrit en ce papier ainsi clos est son testament, & de le faire soussigner par le notaire, ou les témoins.

Par la coutume de l'Evêché, tit. 10, art. 5, *testament est réputé solennel... si le testateur l'ayant écrit & signé, le fait aussi signer au blanc, ou au dos par deux témoins; s'il l'a fait écrire, & l'a signé avec attestation de trois témoins, s'il le met clos & fermé, non signé ex mains d'un tabellion pour en présence de deux témoins le signer & attester sur le dos.* Voilà diverses manières de tester, qui, au nombre des témoins près, ressemblent beaucoup aux testamens mystiques du droit écrit.

Le cardinal de Lorraine qui avoit fait compiler par un de ses officiers la prétendue coutume de Gorze, étoit en même tems administrateur du temporel de l'Evêché de Metz, & abbé de Gorze. C'est pour cette raison que cette fautive coutume avoit adopté plusieurs des singularités de celle de l'Evêché de Metz. Elle portoit, entr'autres, tit. 12, art. 29 & suiv. *testament est aussi valable, si le testateur le met fermé, clos ou cacheté, quoique non signé, ex mains d'un notaire & tabellion, pour, en présence de deux témoins capables, le signer au blanc, ou dos d'ice-lui.*

L'art. 6 du tit. 10 de la coutume de Luxembourg validoit aussi les dispositions de dernière volonté délivrées closes & fermées aux personnes ayant caractère pour les recevoir; moyennant que le testateur eut déclaré que c'étoit sa dernière volonté, en présence de deux témoins, & qu'il eut été dressé un acte de cette déclaration dans la forme requise pour les testamens.

Enfin, l'art. 7 du tit. 11 de la coutume de Lorraine validoit les testamens non écrits de la main du testateur, mais signés de lui ou cachetés, avec deux témoins qui l'eussent vû signer ou cacheter.

42.
Ils n'ont plus
lieu dans aucu-
nes.

Mais un testament secret, qui ne seroit pas entièrement écrit de la main du testateur, signé de lui & daté, ne pourroit plus aujourd'hui valoir, & seroit regardé comme nul, non-seulement dans la terre de Gorze, dont la prétendue coutume a été prescrite, mais encore dans les lieux régis par la coutume de l'Evêché, & par celles de Luxembourg & de Lorraine, qui sont du ressort du parlement de Metz, quoique

fait suivant quelques-unes des formes autorisées par ces coutumes. L'art. 4 de l'ordonnance des testamens porte, à la vérité, que *l'usage des testamens... mystiques ou secrets continuera d'avoir lieu dans les pays de droit écrit, & autres où lesdites formes de tester sont autorisées par les coutumes ou statuts.* Mais le législateur n'a entendu parler que des coutumes ou statuts qui ont adopté pour les testamens mystiques la forme prescrite par la loi romaine. Cela est évident, 1°. par l'art. 22, qui porte que, *dans tous les pays où les formalités établies par le droit écrit pour les dispositions de dernière volonté, ne sont pas autorisées par les loix, statuts & coutumes, il n'y aura à l'avenir que deux formes qui puissent avoir lieu pour lesdites dispositions; savoir, celle des testamens olographes, & celle des testamens écrits par une personne publique, sous la dictée du testateur, &c.* D'où il suit qu'on ne peut tester que de l'une ou de l'autre de ces deux manières, dans les coutumes de l'Evêché, de Lorraine & de Luxembourg; puisqu'elles n'ont pas conservé les formalités établies par le droit écrit, pour la confection des testamens; 2°. par l'art. 9 & suiv. qui prescrivent à ceux qui veulent faire un testament mystique, d'observer toutes les solennités du droit écrit, bien différentes de celles dont se contentent ces trois coutumes; notamment pour le nombre des témoins, sans qu'on puisse dire que l'art. 13 s'en relâche pour les lieux, ou les statuts & coutumes, se contentent d'un moindre nombre; puisque ce n'est que pour les lieux régis par le droit écrit, & que cet art. 13 ne concerne pas les pays coutumiers.

A plus forte raison, nous ne validerions pas un testament dans la forme de l'art. 6 du tit. 11 de la coutume de Lorraine, qui permettoit aux gentilshommes de tester, en présence de trois ou quatre gentilshommes, ses parens, ou amis, pourvu que l'acte fut signé d'eux, ou scellé de leurs scéaux.

Il en faut dire autant de toutes les autres formes, souvent très-singulières, qui étoient autrefois approuvées par nos coutumes, dans lesquelles c'est aujourd'hui une règle sans exception, qu'il n'y a plus de testament valable s'il n'est olographe, ou reçu par une personne publique, avec toutes les formalités que j'ai rappellées dans l'observation précédente. Il n'y a du moins d'exception que pour les testamens militaires, & ceux faits en tems de peste.

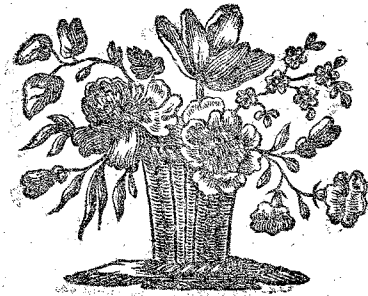
La plus exacte observation de toutes les solennités ne pourroit même aujourd'hui faire valoir les testamens mutuels, ou faits conjointement, soit par mari & femme, ou par d'autres personnes, dont l'usage est abrogé dans tout le royaume par l'art. 77 de l'édit de 1733. Cette loi nouvelle est sans doute fondée sur de bonnes raisons; peut-être sur ce que ces testamens mutuels semblent l'effet de la captation; puisque l'un ne teste au profit de l'autre, qu'en faisant réciproquement tester cet autre en sa faveur. Mais comme cet inconvénient ne se rencontre pas moins dans les donations mutuelles à cause de mort, à l'égard desquelles l'édit n'innove rien, que dans les testamens mutuels, qui jusques-là avoient été admis par-tout, & que

43.
Ni ceux faits par des gentilshommes, suivant la coutume de Lorraine, ou dans quelque autre forme autrefois autorisée.

44.
Ni les testamens mutuels.

TIT. VII.
Observ. 46.

d'ailleurs le préambule de l'édit annonçoit, que l'intention du législateur étoit de rendre la jurisprudence uniforme, dans tous les tribunaux, sans faire un changement réel aux loix, que les peuples avoient observées jusqu'alors : il me paroît qu'il seroit aussi téméraire de vouloir deviner les motifs du changement très-réel que cet article a fait à l'usage uniforme de tout le royaume, que difficile de les découvrir, & de les assigner avec quelque certitude.



OBSERVATION V.

TIT. VII.
Observ. 5c.*De ceux qui peuvent servir de Témoins dans les Testamens.*

LE droit romain admettoit pour témoins dans les testamens tous ceux, qui ayant atteint l'âge de puberté, pouvoient eux-mêmes faire testament. La coutume de Paris, art. 289; celle de Normandie, art. 412; celle de Metz, tit. 8, art. 3; & autres exigent que ces témoins soient âgés de 20 ans. Plusieurs autres ne fixent pas l'âge des témoins testamentaires, telles sont celles de Vermandois, de Bar & de Lorraine. Buridan sur l'art. 58 de la 1re.; Le Paige sur l'art. 94 de la seconde, & Faber sur l'art. 8 du tit. 11 de la troisieme, n. 1487, veulent que ces témoins soient âgés de 20 ans; parce que c'est l'âge qu'elles requièrent pour pouvoir tester (1). D'où il suivroit que dans les coutumes qui n'en parlent pas, & où l'on peut tester à 14 ans, tous ceux qui sont au dessus de la puberté peuvent servir de témoins dans les testamens. Mais l'ordonnance de 1735 n'a pas approuvé cette conséquence: & l'art. 39, établissant sur ce point une parfaite uniformité dans tous les pays coutumiers y fixent l'âge des témoins testamentaires, à 20 ans accomplis; à la différence des pays de droit écrit, dans lesquels il suffit qu'ils aient l'âge où il est permis de tester dans lesdits pays. En conséquence l'art. 119 de la coutume de Verdun réformée en 1743, & même l'art. 63 des usages de Toul rédigés en 1742, fixent l'âge des témoins des actes de dernière volonté à 20 ans accomplis.

Suivant les mêmes articles des coutumes de Paris & de Verdun, ces témoins doivent être mâles. On ne peut appeler des femmes à la confection des testamens; parce que le droit commun les exclut de toutes fonctions civiles. L'art. 6 du tit. 12 de la coutume de Lorraine, porte en général, *femmes, en ... actes publics, reçus par tabellions, ou personnes publiques, ne doivent être appelées, ni admises pour témoins.* D'où Faber sur l'art. 8 du tit. 11, n. 1487, conclut avec raison que les femmes ne sont reçues pour témoins en testamens. On peut tirer par-tout la même conséquence du même principe; car celui de la coutume de Lorraine, qui dans tous actes publics, rejette le témoignage des femmes, est suivi universellement: & si on en excepte les actes de baptême, ou les marraines servent de témoins, il n'y en a aucuns, où on admette nulle part les femmes pour témoins. On ne reçoit pas même leur té-

1.
A quel âge on peut être témoin dans les testamens.

2.
Ces témoins doivent être mâles.

(1) Voy. Observ. 9, n. 25.

TIT. VII.
Observ. 5e.

moignage dans les informations de vie & de mœurs qui se font pour la réception des officiers, ou bénéficiers, ni dans celles de *commodo & incommodo*, & autres semblables : non plus que leurs avis, (à l'exception des meres, & des aïeules), dans les assemblées de famille, pour les actes de tutelle, & de curatelle, les interdictions, les autorisations aux tuteurs, &c.

Je suis donc surpris que Ricard, 1re. part. ch. 5, sect. 8, n. 1556, en observant que la disposition de la coutume de Paris, qui veut que les témoins testamentaires soient mâles, est conforme au droit civil, fasse grande difficulté d'exclure les femmes de ce témoignage, dans les coutumes qui n'en disposent pas. S'il eut fait réflexion à tout ce que je viens de remarquer, il n'auroit pas dit que régulièrement nous les reconnoissons capables de servir de témoins dans les autres affaires. Il auroit vu, au contraire, que, puisque nous ne recevons leur témoignage dans presque aucuns des actes publics, il n'est pas singulier qu'aucune coutume ne les admette à faire fonction de témoins dans les testamens, & qu'on ne les y ait jamais reçues dans celles mêmes qui n'en parlent pas. Voy. Le Paige sur l'art. 94, de celle de Bar, & Ferriere sur l'art. 289 de celle de Paris, gl. 4, n. 11 & suiv. Ainsi la disposition de l'art. 40 de l'ordonnance des testamens, qui veut que les témoins de ces actes soient mâles, n'a fait que confirmer une jurisprudence déjà universellement établie ; & je crois qu'on ne peut excepter de la disposition de cette loi, ni les testamens militaires, ni ceux faits en tems de peste ; parce que si le législateur eut voulu les excepter, il l'auroit exprimé.

3.
Même dans les testamens militaires, ou faits en tems de peste.

Je le crois d'autant plus que sur une autre qualité, que le même article de l'ordonnance exige dans les témoins testamentaires, savoir qu'ils soient regnicoles ; il y a une exception marquée pour le testament militaire, dans lequel les étrangers non notés d'infamie peuvent servir de témoins.

4.
Ils doivent être regnicoles. Exceptions.

La coutume de Verdun, art. 119, exige aussi que les témoins testamentaires soient regnicoles. Mais je crois que ce n'est que parce que sa rédaction est postérieure à l'édit ; car avant cette loi, je ne connois aucune autorité, quelle qu'elle soit, par laquelle on auroit pu prouver la nécessité d'être regnicoles pour pouvoir servir de témoins dans un testament fait en pays coutumier (1) ; je ne fais même si ce terme *regnicole* doit être entendu en rigueur, & si on pourroit regarder une disposition testamentaire comme nulle, par la seule raison qu'elle auroit été passée en présence d'un, & même de deux témoins habitués dans le royaume, mais nés en pays étrangers, & non naturalisés. J'inclinerois beaucoup à penser que l'édit n'a eu dessein de réprover que l'affectation de choisir sans nécessité pour témoins d'un testament des étrangers passans par hasard dans le lieu, & qui n'y sont pas connus ; car sur quoi

(1) Par la loi romaine les témoins des testamens devoient être citoyens romains. L. 27, cod. des testam.

pourroit-on suspecter dans un testament le témoignage de ceux qui sont devenus vrais sujets du roi, par leur établissement en France, qui y sont connus, qui y jouissent d'un état entier, & d'une réputation sans tache, & qui seroient admis pour témoins dans un contrat, & dans tout autre acte public ? D'ailleurs, le testateur & l'instrumentaire sont-ils obligés de s'informer si un homme domicilié depuis long-tems dans le royaume y est né, ou s'il s'est fait naturaliser ? & supposé qu'ils aient ignoré que cet homme étoit étranger, sera-ce une raison pour annuler le testament, dans lequel il aura servi de témoin ? (1) Malgré ces réflexions, je conseille pourtant à ceux qui testent, d'éviter la difficulté en choisissant pour témoins des personnes à qui on ne puisse contester la qualité de vrais regnicoles.

Ce n'est que pour les étrangers appelés pour témoins dans un testament militaire, que l'édit de 1735 exige formellement qu'ils ne soient pas notés d'infamie. A l'égard de tous les autres, l'art. 40 paroît se contenter qu'ils soient capables des effets civils. Voici encore une exception copiée par la coutume de Verdun, art. 119, qui peut-être n'a pas été assez pesée par les rédacteurs de l'édit, & de cette coutume ; car combien d'hommes tombés dans l'infamie, ou dont le témoignage seroit très-justement suspect, qui sont cependant capables des effets civils ? J'oseroi dire que notre coutume de Metz, art. 3 du tit. 8 ; celle de Paris, art. 289 ; celle de Vermandois, art. 58, &c., se sont beaucoup mieux expliquées. La première exige en général que les témoins testamentaires soient *capables* ; c'est-à-dire, *gens de biens & dignes de foi*, comme parle l'art. 613 de la coutume de Bretagne, ou *sans reproches, & hors de toutes objections valables*, comme le porte l'art. 8 du tit. 11 de la coutume de Lorraine ; & c'est aussi le sens des coutumes de Paris & de Vermandois, qui demandent que les témoins des testamens soient *IDOINES ET SUFFISANS*, » deux » mots qui, dit M. Le Camus, sur l'art. cité, n°. 12, paroissent obscurs, mais qui » me semblent fort énergiques, parce qu'ils laissent (& il en est de même du mot » capables), la liberté au juge de voir s'ils sont suffisans pour faire preuve, & pour » porter témoignage.«

Au reste, je crois que l'arbitrage du juge n'est pas ici bien étendu, & qu'il a des regles certaines dont il ne doit pas s'écarter. Je regarde comme la première ce que dit Ricard, 1re. part., ch. 5, sect. 3, n. 1353, que » quant à la qualité des témoins » testamentaires, on peut avancer pour une proposition générale, que tous ceux qui » ne sont pas expressément exclus par les loix, peuvent servir de témoins dans les » testamens.« Mais je ne crois pas que le §. *testes, inst. de testam. ordin.* fasse une énumération si complète des personnes qui ont été rejetées, & dont le témoignage n'est pas reçu en cette occasion, qu'il n'y en ait point d'autres à ajouter, suivant

Tit. VII.
Observ. 5e.

5.
Non-seulement
non notés d'in-
famie.

6.
Mais irrépro-
chables.

(1) Voy. sous le nombre dernier de cette observation ce qui est dit des incapacités inconnues.

TIT. VII.
Observ. 5c.

ce paragraphe, nous ne recevons pas pour témoins ceux qui sont réputés *improbi & intestabiles*, comme les infâmes, les usuriers, les faulxaires & autres. Mais ce ne sont que ceux qui sont déclarés tels par jugement. Ferriere, sur l'art. cité, gl. 4, n°. 4. On doit dire la même chose de tous ceux qui ont effuyé quelque condamnation flétrissante : & cet auteur observe que la loi rejette dans les testamens le témoignage de celui qui *lege Julia repetendarum damnatus est*, par cette raison qui s'applique à toute autre condamnation déshonorante, que ce témoignage ne seroit pas reçu en jugement.

Ainsi je regarde comme une seconde regle générale que tous ceux dont les dépositions seroient rejeitées, s'ils étoient entendus dans une enquête, & même ceux dont les dispositions ne pourroient être lues qu'à telles fins que de raison, ne sont pas des témoins idoines & suffisans dans les testamens.

Comment donc Ferriere semble-t-il mettre en question à la fin du n°. 6, si le banni à tems durant son ban, peut être témoin dans un testament ? Non seulement durant son ban, mais encore après, on rejetteroit son témoignage, s'il étoit produit dans une preuve ordinaire, civile ou criminelle. A plus forte raison, la note d'infamie qui lui a été imprimée, que le tems ne peut effacer, & qui empêche qu'on ne puisse le regarder comme homme de bien, & digne de foi, le rend toute sa vie incapable de faire dans un testament une fonction qui exige une réputation intacte.

7. Sains d'esprit. Les furieux & les insensés ne sont pas aussi capables de servir de témoins dans les testamens, *id. ibid.* n°. 5, qui ajoute, contre l'opinion de Faber, sur l'art. 8 du tit. II, n°. 1502, que ceux qui ne sont interdits que pour cause de prodigalité, y sont admis ; ce que je crois vrai non-seulement par la raison qu'il en donne, que la loi ne les en a pas exclus ; mais principalement parce que la prodigalité, quand elle est seule, est plutôt une foiblesse du cœur, qu'un dérangement de l'esprit ; & que celui qui manque de jugement dans la conduite de ses propres affaires, n'est pas pour cela incapable de rendre un compte exact & fidele d'un fait qui s'est passé sous ses yeux ; enfin, parce qu'il me semble, qu'à moins d'une disposition précise de la loi, on ne peut exclure de la fonction de témoin dans un acte de dernière volonté que celui dont la déposition seroit rejeitée dans une enquête où je ne crois pas qu'un prodigue, qui d'ailleurs auroit l'esprit sain, pourroit être valablement reproché. Bonier, sur l'art. 1 du tit. 23 de l'ordonnance de 1667, ne met pas l'interdiction, mais seulement la folie, au nombre des reproches de droit.

8. Non réguliers. Il y avoit sans doute d'assez fortes raisons pour ne pas attribuer aux ministres des autels, par rapport aux testamens, des fonctions qui n'appartenoient naturellement qu'aux notaires & autres officiers laïcs. Mais il n'y en avoit, ce me semble, aucune pour ne pas les admettre, comme simples témoins, à la rédaction des actes publics. Aussi les ecclésiastiques séculiers y ont toujours été admis par-tout. Or, s'ils sont capables de cette fonction, pourquoi a-t-on regardé les réguliers comme en étant incapables ? Je n'ai rien à répondre à cette question, si ce n'est, *non omnium quæ*

à *majoribus constituta sunt ratio reddi potest.* L. 20, ff. de legib.; car dire que les religieux sont comparés aux esclaves, ou en termes moins impropres, qu'ils ne sont pas citoyens, c'est, à mon avis, une vraie cavillation. Le sens dans lequel ceux qui ont renoncé au monde ne sont pas regardés comme citoyens, ne rend pas leur témoignage suspect; leur état, Ricard en convient, doit même faire » présumer en eux » plus de probité que dans le commun des hommes; de sorte qu'il me semble qu'il » seroit avantageux d'avoir leur témoignage dans les actes de conséquence. « Et s'il ajoute qu'une sage politique ne veut pas qu'ils participent aux fonctions civiles; & que si on les reçoit à déposer dans les autres affaires, » ce ne doit être que dans le cas » de nécessité, à faute d'autres témoins, pour donner ouverture à la vérité, par » quelque voie que ce puisse être «; on peut répondre que les fonctions civiles dont, en saine politique, on doit exclure les réguliers, ne sont que celles qui dépendent d'un ministère public; que leur état ne leur interdit que les occupations journalières & assidues, qui demandent un tems considérable, & qui les détourneraient des exercices de leur profession; qu'on leur laisse notoirement remplir toutes les autres fonctions des citoyens en jugement, & extraordinairement (1); & en particulier, qu'on admet sans difficulté leurs dépositions, non pas seulement, quoi qu'en dise Ricard, par nécessité, & à défaut d'autres témoins, mais indistinctement & dans toutes sortes de cas, sans exception.

Aussi les parlemens de droit écrit ne faisoient aucune difficulté de confirmer les testamens dans lesquels les religieux avoient servi de témoins. Mais le parlement de Paris les avoit déclaré nuls par plusieurs arrêts. Voy. Ricard, 1re. part., ch. 5, sect. 8, n. 1597 & suiv.; & Ferrière, sur l'art. 289, gl. 4, n^o. 7 & suiv.

L'autorité très-respectable de ce premier tribunal du royaume avoit subjugué quelques auteurs qui regardoient cette nullité comme un principe. Le Paige, sur l'art. 94 de la coutume de Bar; Faber, sur l'art. 8 du tit. 11 de la coutume de Lorraine, n. 1502, &c. Ceux qui, sous M. le chancelier D'Aguesseau, ont travaillé à la rédaction de l'édit de 1735, étoient tous, ainsi que ce chef de la justice, imbus de la jurisprudence du parlement de Paris; & ils l'ont étendue dans les autres parlemens par l'art. 41, qui statue que *les réguliers, novices ou profès, de quelque ordre que ce soit, ne pourront être témoins dans aucun acte de dernière volonté*; non pas qu'ils aient regardé leur foi comme suspecte; puisqu'en leur interdisant la fonction de témoins, ils leur ont confié, par la fin du même article, & par les art. 25, 27 & 33, la fonction, sans comparaison plus importante, d'instrumentaires dans les testamens passés dans les tems ordinaires, lorsqu'ils sont curés; dans les testamens militaires, lorsqu'ils sont aumôniers des troupes ou des hôpitaux; & en tems de peste, lorsqu'ils

(1) A Metz & ailleurs ils font partie des assemblées des trois ordres, où ils délibèrent sur les affaires publiques.

TIT. VII.
Observ. 5e.

sont vicaires, ou seulement chargés d'administrer les sacremens aux malades; mais parce que voulant établir par-tout une regle uniforme sur cette qualité des témoins testamentaires, ils ont choisi celle qu'on observoit dans la capitale & dans plus de la moitié des provinces du royaume. Ils le pouvoient; parce qu'il s'agissoit d'une de ces loix arbitraires, qui sont non-seulement d'une exécution nécessaire, mais toujours justes dès qu'elles sont édictées; mais dont le contraire n'auroit pas été moins juste, s'il avoit plû au législateur de l'ordonner.

9.
Ni clercs ou domestiques de l'instrumentaire.

J'ai déjà remarqué sous le n°. 4 de l'observation précédente que, suivant l'art. 42 du même édit, dont la disposition est répétée dans l'art. 119 de la coutume de Verdun, les clercs, serviteurs ou domestiques de l'instrumentaire des actes de dernière volonté ne peuvent y être appelés pour témoins; & j'ai dit au même endroit que le pere & le fils, le beau-pere & le gendre, les deux freres, l'oncle & le neveu, ne pouvoient pas faire ensemble fonctions d'instrumentaires dans aucuns actes, contrat ou testament. Mais les parens ou alliés dans ces premiers-degrés de celui qui reçoit un acte testamentaire, peuvent-ils y servir de témoins? L'édit de 1735 n'en parle pas, & je ne connois aucun réglemant formel qui le défende; mais la même raison qui fonde la disposition par laquelle l'ordonnance exclut de la fonction de témoins dans les testamens, les clercs & les domestiques de l'instrumentaire, doit aussi en faire exclure ses parens, au moins dans les degrés ci-dessus: *ubi eadem ratio, ubi idem jus*; & je n'excepterois pas même les testamens militaires, ni ceux faits en tems de peste; parce que tout ce qui est prescrit pour la certitude & le complément de la preuve de la volonté des testateurs, est aussi essentiel dans ces testamens que dans les autres, à moins d'une loi précise qui les en dispense.

10.
Quid de ses parens?

11.
Ni institués.

12.
Ni légataires.

» Quoique ce soit une maxime générale de droit qu'une personne ne peut pas servir de témoins dans son intérêt; *nullus idoneus testis in re sua intelligitur. L. 10, ff. testib.; & l. 9, cod. eod.* Néanmoins, les Romains cherchoient tellement à faire par tous moyens valoir les testamens, que » la loi souffre que les légataires, » les fideicommissaires, & ceux qui sont nommés pour tuteurs dans un testament... » y puissent aussi servir de témoins, n'en ayant excepté que les héritiers institués » par le testament ». Ricard, 1re. part., ch. 5, sect. 3, n. 1354. Ferriere en rend cette raison sur l'art. 289, gl. 4, n°. 17, que toute la force du testament consistoit dans l'institution d'héritier; & que si elle tomboit, soit parce qu'elle étoit nulle, ou parce que l'institué ne vouloit ou ne-pouvoit pas recueillir la succession, toutes les autres dispositions tomboient pareillement; en sorte que la question de la validité du testament paroissoit ne pouvoir s'agiter qu'entre l'héritier du sang, & celui qui étoit institué, entre lesquels le témoignage des légataires pouvoit être reçu: que le premier n'ayant rien à prétendre si l'institution subsistoit, ni les légataires si elle ne subsistoit pas, les legs ne pouvoient jamais l'intéresser: & que le second auroit eu mauvaise grace de les contester à ceux, par le témoignage desquels il avoit acquis tout son droit. Mais il me semble que ces réflexions, loin de diminuer la

suspicion du témoignage des légataires , prouvent la nécessité de le rejeter ; car s'ils ne pouvoient rien prétendre qu'autant que l'institution seroit valable , ils étoient évidemment intéressés à la faire subsister. C'étoit donc précisément parce que leur droit dépendoit de celui de l'institué , qu'en portant témoignage en sa faveur , ils le portoient pour eux-mêmes , que chacun d'eux étoit *testis in re sua*.

Aussi la distinction que faisoient les loix romaines entre les héritiers institués qui ne pouvoient être témoins dans les testamens , & les légataires qui pouvoient l'être , n'a pas été reçue en pays coutumier. *Aucun ne pourra servir de témoin au même testament où il sera légataire* , dit la coutume de Bar , art. 96. Ce qui est conforme aux art. 289 de la coutume de Paris ; 3 du tit. 8 de celle de Metz ; 58 , de Vermandois ; 21 , de St. Quentin ; 55 , d'Amiens ; 244 , de Melun ; 84 , de Chaumont ; 289 , de Rheims ; 102 , de Vitry ; 153 , de Mantes ; 97 , de Troyes , & de quantité d'autres , suivies dans celles qui ne le disent pas expressément. C'est pourquoi Faber sur ces mots de l'art. 8 , du tit. 11 de la coutume de Lorraine , *témoins sans reproches & hors de toutes objections valables* , n. 1487 , met au nombre des objections qu'on » peut bien » faire au témoin d'être héritier ou légataire ; tellement qu'il ne peut être témoin à » cause qu'il déposeroit à son profit «.

Mais Ricard , *1re. part. chap. 3 , sect. 1 , n. 529* , dit que » les légataires & les » fideicommissaires sont toujours demeurés dans leur ancienne liberté de pouvoir » servir de témoins dans les testamens qui contiennent des dispositions en leur » faveur. En sorte que ce qu'il ajoute , *n. 538 & suivans* , que nous nous sommes rendus plus exacts que les Romains à empêcher les surprises qui peuvent » être faites dans les testamens ... & nous avons voulu qu'ils fussent faits en présence de personnes qui n'aient aucun intérêt de les faire subsister « , me paroît ne pouvoir , dans l'intention de cet auteur , s'appliquer qu'aux provinces régies par nos coutumes , qu'il cite en preuve : d'autant plus que , quoiqu'il s'appuie aussi sur l'ordonnance d'Orléans , il dit que les coutumes qui ne souffrent pas que les témoins puissent être légataires dans les testamens » , étant fondées sur les principes » de la raison , & sur l'ancien usage de la France , il croit que la disposition en doit » être suivie dans les autres coutumes qui n'ont rien décidé «.

Il me semble donc que l'art. 42 de l'édit de 1735 , qui porte : *les héritiers institués , ou substitués ne pourront être témoins en aucun cas ; & à l'égard des légataires universels ou particuliers , ils ne pourront l'être que pour l'acte de suscription du testament mystique* , dans les pays où cette forme de tester est reçue , ne contient rien qui ne fut déjà observé dans le pays coutumier ; mais que cette loi est nouvelle pour les pays de droit écrit ; 1°. en ce qu'elle rejette pour témoins de tous les actes testamentaires les fideicommissaires ; 2°. en ce qu'elle n'admet les légataires que pour l'acte de suscription : & c'est encore leur accorder beaucoup ; parce que toute la preuve de la volonté du testateur , dans le testament mystique , qui peut être écrit d'une main étrangère , consiste dans l'acte de suscription. Mais l'ordonnance

TIT. VII.
Observ. 5e.

suppose que dans cette forme de tester, les témoins assurent simplement que le paquet cacheté a été présenté, & ce qu'il contenoit approuvé par le testateur, sans qu'ils en fussent les dispositions; & qu'ainsi les légataires n'attestant pas qu'il leur a été fait tels, ou tels legs, ne sont pas censés porter témoignage pour leur intérêt, ni dans leur propre cause. Mais cette supposition est-elle toujours bien réelle? & la conséquence qu'on en tire n'est-elle pas un peu trop subtile?

13.
Nileurs parens.

Quoi qu'il en soit; non-seulement les héritiers institués & les légataires, mais leurs parens, ou alliés ne peuvent faire en aucun cas la fonction de témoins dans la rédaction des testamens publics. Ceux qui donnent aux préjugés la même autorité, & souvent plus d'autorité qu'à la loi, seront peut-être surpris de cette proposition, & la regarderont comme une erreur; car on trouve dans le journal du palais un arrêt du mois de Juillet 1673, qui a confirmé un testament, par lequel la sœur d'un des témoins étoit instituée héritière. Ferriere qui en fait mention sur l'art. 292 de la coutume de Paris, gl. 2, n. 19, semble même le donner comme une règle générale; puisqu'il n'y ajoute pas la moindre réflexion: & même sur l'art. 289, gl. 4, n. 26, il dit » qu'à l'égard du notaire & des témoins, il n'y a point d'ordonnance qui défende de léguer à leurs parens: que Duplessis dit qu'il y a difficulté quand » le legs est fait à leurs descendans..., & que pour lui il estimoit qu'il y auroit lieu » de prononcer la nullité du legs, & non celle du testament «.

Mais d'abord il me semble qu'il n'y a pas de distinction à faire entre la ligne directe & la collatérale, puisque les liens du sang rendent, dans celle-ci comme dans celle-là, le témoin reprochable & sa foi suspecte. Comme les testamens sont » les actes les plus exposés aux surprises & aux faussetés... nous desirons, dit Ricard, » 1re. part. ch. 5, sect. 8, n. 1591 & suiv. que les témoins qui y sont employés, pour » faire foi d'un testament, soient sans reproche, & exempts de tout soupçon, & » ainsi nous en excluons premièrement, en général, tous ceux qui ne peuvent pas » être témoins en jugement, y ayant beaucoup plus de raison de ne les pas admettre dans les testamens que dans les témoignages qui se rendent pardevant le juge, » attendu que le testament ne tire sa preuve que de lui-même, au lieu qu'il se rend » contre toujours quelques présomptions qui peuvent servir à former la décision du » juge. D'où il conclut non-seulement que les légataires ne pouvoient pas servir » de témoins dans les testamens... mais même que leurs proches parens ne peuvent » pas aussi être employés, comme témoins, par cette raison que je crois sans réplique, qu'ils ne pourroient pas déposer en leur faveur en jugement «.

N'y auroit-il pas, en effet, bien de l'absurdité de suspecter & de rejeter dans une enquête, ne fût-il question que d'un objet très-mince, ou d'une somme très-légère, le témoignage d'un parent, & de l'admettre comme au dessus de tous soupçons, dans un testament, où il s'agiroit de l'universalité d'une succession ou d'un legs considérable, & même d'un legs modique? Nos coutumes veulent que les témoins des testamens soient capables, idoines; suffisans, sans reproches, & hors de toutes ob-

jections valables. Voy. ci-dessus, n. 6. Or, la suspicion du parent, le reproche contre son témoignage sont incontestablement les mêmes dans un testament que dans une enquête : & s'il y avoit quelque différence, elle ne consisteroit qu'en ce que le parent est plus croyable dans une enquête, où il s'engage à dire la vérité, par la religion du serment, que dans un acte testamentaire, où il n'est pas retenu par le même frein : & encore en ce que dans une enquête, on n'a pas le choix des témoins, & qu'on est forcé de se servir de ceux à qui le hasard, ou les circonstances ont donné connoissance du fait ; au lieu que les testateurs ayant la liberté de prendre, pour témoins de leurs dernières volontés, qui bon leur semble, il ne peut y avoir ni raison, ni prétexte pour y admettre des témoignages suspects : on peut même dire que l'affectation de choisir des témoins dévoués à ceux au profit de qui on teste, fait présumer que ce n'est pas le testateur qui les a appelés, mais les légataires qui les lui ont donné : ce qui forme un indice de suggestion.

Je n'ignore pas que, suivant les loix romaines, on ne regardoit comme un témoignage domestique & suspect que celui des personnes qui étoient sous une même puissance ; & que Ricard en conclut, 1re. part. ch. 5, sect. 3, n. 1356, que « lorsqu' » que le pere est décédé, ou que le frere n'est plus sous la puissance de leur pere » commun, il peut être témoin dans le testament où son frere est institué. Ce qu'il confirme par l'arrêt du mois de Juillet 1673. Mais seroit-il aisé de concilier ce que dit ici cet auteur, avec l'autre texte que je viens de rapporter d'après lui : si on ne tenoit pas qu'ici il n'a voulu parler que des loix romaines (1), & que là il ne parle que de notre droit françois qui sur ce point me paroît conforme aux lumieres de la droite raison ; car enfin peut-on regarder l'affranchissement de la puissance paternelle, qui ne relâche nullement les liens du sang, & n'affoiblit pas l'affection qui en est la suite ordinaire, comme faisant cesser la suspicion, fondée sur la plus étroite union que la nature puisse mettre entre les hommes ? Peut-on même tirer de l'arrêt de 1673 une preuve qu'on adopte dans notre jurisprudence, & même dans celle des pays de droit écrit, cette singularité du droit romain ? Je n'insisterai pas sur deux particularités qui se rencontroient dans l'espece ; l'une que le testament argué de nullité avoit été exécuté pendant plusieurs années, & même approuvé par la plus grande partie des neveux du testateur, qui avoient reçus les legs à eux faits ; l'autre que Jacquemette Coinde, femme de Jacques Maître, & son héritière instituée, n'avoit pas la pleine propriété des biens compris dans l'institution, & n'en étoit gratifiée qu'à la charge de n'en pouvoir disposer qu'au profit de l'un des parens du testateur, dont il lui laissoit le choix ; & qu'elle avoit même restitué par anticipation, à Claude Maître, frere de son mari : d'où on concluoit que si François

(1) L'arrêt de 1673 a été rendu dans le Lyonnais pays de droit écrit.

TIT. VII.
Observ. 5e.

Coinde, son frere, avoit été l'un des témoins du testament, son témoignage ne pouvoit être suspect; parce qu'il n'étoit point fait directement en faveur de sa sœur, mais du frere du testateur, à l'égard duquel ce témoin, disoit-on, *est extranea persona*; donc par conséquent il ne peut attendre *neque lucrum neque damnum*, qui est le cas auquel *conjunctæ personæ in testimonium non possunt adhiberi*. Ces considérations ont pu influencer sur l'arrêt: mais j'avoue que ce n'étoient que des considérations. L'approbation du testament ne pouvoit nuire qu'à une partie de ceux qui l'attaquoient, les droits des autres étoient entiers. Jacquemette Coinde, quoique grévée de substitution, n'étoit pas moins héritière instituée. Elle avoit d'ailleurs un legs en pleine propriété. Ainsi c'étoit directement en sa faveur que portoit le témoignage de François Coinde son frere: & par conséquent la question me paroîtroit jugée *in terminis* pour nos provinces de droit écrit, sans autre moyen tranchant qui empêche qu'on ne puisse en tirer cette conséquence. Il y avoit cette circonstance que le testament étoit soutenu par la clause codicillaire; & qu'il restoit six témoins sans le frere, plus qu'il n'en falloit, par conséquent, pour faire valoir le testament comme un codicile, pour lequel cinq témoins suffisoient.

Je crois donc, comme je l'ai déjà dit n. 6, que tous ceux dont les dépositions seroient rejetées s'ils étoient entendus dans une enquête, & même ceux dont les dépositions ne pourroient être lues qu'à telles fins que de raison, ne peuvent servir de témoins dans les testamens. La raison sur laquelle Ricard se fonde pour exclure de cette fonction les proches parens des légataires; savoir, qu'ils ne pourroient pas déposer en leur faveur en jugement, devoit lui faire étendre cette exclusion à tous les cas, & à tous les degrés de parenté & d'alliance, qui rendent les témoins reprochables, suivant l'ordonnance de 1667. Cependant, d'un côté il admet non-seulement les parens de ceux à qui il n'a été fait que des legs de peu de conséquence, mais ces légataires mêmes pour témoins idoines du testament; d'un autre côté, il ne porte l'incapacité de remplir cette fonction résultante de la parenté avec les héritiers ou les légataires, que jusqu'au degré de cousin-germain. J'oseroi dire qu'il me semble que le savant Ricard ne s'écarte ici que malgré lui, & le moins qu'il peut des décisions du droit romain, qu'il avoit si fort approfondies. Mais puisque nous ne les suivons qu'autant qu'elles sont conformes à la raison, n'est-ce pas porter trop loin le respect qui leur est dû, que d'admettre (ce que la raison condamne) pour témoins dans les testamens ceux dont les dépositions seroient rejetées en jugement? Et puisqu'en jugement ni le peu de valeur de l'objet, ni l'éloignement de la parenté, ou de l'alliance qui n'iroit pas au-delà du quatrième degré, n'empêcheroient pas de rejeter les témoins, peut-on, sans se contredire, les regarder, par l'un ou l'autre de ces motifs, comme à l'abri du reproche, & au dessus du soupçon dans les testamens? On est forcé d'avouer qu'il faut que les témoins soient capables, idoines, suffisans. Comment le nier puisque nos coutumes l'exigent? Un témoin peut-il être regardé comme tel, lorsqu'il est reprochable suivant l'ordonnance?

nance ? Quelques coutumes , comme Melun , art. 244 , demandent des témoins n'ayant intérêt. D'autres , comme Rheims , art. 289 , & Mantes , art. 153 , joignent ces deux expressions , *non légataires , & n'ayant intérêt* ; & la seconde ajoute sans doute à la première. On peut donc avoir intérêt , sans être légataire. Or , quoi de plus naturel que de s'intéresser vivement aux actes qui sont avantageux à ses parens ? C'est pourquoi il me semble que c'est avec bien de la raison que Buridan sur l'art. 58 de la coutume de Vermandois , tient qu'on ne pouvoit plus dire que les témoins n'ont aucun intérêt au testament , *si il contenoit quelque legs fait à aucun de leurs parens*. Ce qui , quoiqu'il parle indistinctement , ne peut être entendu que des parens au degré de l'ordonnance (1). Faber sur l'art. 8 du tit. 11 de la coutume de Lorraine , n. 1485 , tient de même que les témoins d'un testament nuncupatif ne sont pas sans reproches , comme cette coutume l'exige lorsqu'ils sont parens du légataire. Ce qu'il limite avec raison aux parens *répellables en matière civile*.

Enfin Ricard n'admet les parens des héritiers , ou légataires plus éloignés que les cousins-germains , pour témoins dans les testamens , que sur le fondement de l'arrêt du 11 Août 1607 , dont j'ai parlé observ. 4 , n. 3 , & par lequel le parlement de Paris n'a étendu que jusqu'aux cousins-germains la défense faite aux notaires de recevoir les contrats , où leurs parens seroient intéressés ; prohibition qui comprend aussi les témoins. Ainsi quoi qu'on puisse penser dans le ressort du parlement de Paris , celui de Metz ayant , comme je l'ai observé *ibid.* porté la précaution plus loin par son arrêt du 22 Décembre 1756 , & compris dans la défense tous les parens & alliés , tant des notaires que des témoins , aux degrés de l'ordonnance de 1667 : il est certain que chez nous on déclareroit nul un testament où les témoins nécessaires se trouveroient parens jusqu'au 4e. degré des héritiers institués , ou des légataires universels , ou particuliers.

Je ne crois pas même que le peu de valeur du legs fait au parent du témoin pourroit faire douter de la nullité ; parce que , comme je l'ai dit n. 10 de l'observation précédente. La validité d'une déposition ne dépend pas du plus ou du moins de valeur des choses données , mais de l'exacte observation de la forme prescrite.

Je pense encore que la peine de nullité , formellement prononcée par l'arrêt de 1756 , ne se bornoit pas au legs fait au parent du témoin , mais qu'elle tomberoit sur l'acte entier , parce qu'il ne seroit plus attesté par le nombre requis de témoins

(1) Il rejette même les parens du testateur : ce qui me paroît sans fondement. Si ces témoins n'étoient parens , ni des héritiers , ni des légataires. D'Abocourt disoit , fol. 286 rto. *serviteurs , domestiques peuvent être témoins en testament de leur maître , par mise & jugement de l'an 1455*. Ce que je crois vrai , pourvu qu'il n'y ait aucune disposition , ni à leur profit , ni au profit des parens du testateur , demeurant avec lui , & dont ils puissent être regardés comme domestiques.

TIT. VII.
Observ. 3e.

sans reproches. Ferriere sur l'art. 292, gl. 2, n. 20, le décide ainsi dans le cas du legs fait au témoin lui-même. Il dit que » la coutume ordonne que les témoins se-
» ront idoines, & non légataires. D'où il s'ensuit que ceux qui se trouvent légataires
» sont incapables de l'être. Ainsi on les doit considérer comme s'ils n'avoient pas été
» priés de servir de témoins. Ainsi par défaut de solemnité le testament est nul ». Le parent du légataire n'étant pas moins reprochable que le légataire lui-même. Ferriere me paroît réfuter ici ce qu'il dit ailleurs, & que j'ai rapporté il n'y a qu'un instant; car le témoin n'étant idoine, ni lorsqu'il est légataire, ni lorsqu'il est parent du légataire, le testament dans les deux cas pêche par le même défaut de solemnité, & par conséquent ne doit pas moins être regardé comme nul dans un cas que dans l'autre.

Ils doivent savoir & pouvoir signer.

15.
Et entendre la langue dans laquelle le testament est rédigé.

Les art. 44 & 45 de l'ordonnance de 1735, veulent que les témoins testamentaires sachent & puissent signer. C'est une loi nouvelle, & très-sage, mais comme j'en ai parlé, obs. 3, n. 48, je n'en répéterai rien ici.

C'étoit, sans doute, pour assurer simplement qu'un défunt avoit testé. C'étoit surtout pour connoître avec certitude que le testament contenoit ses véritables & dernières volontés, que les Romains exigeoient sept témoins dans les testamens, & cinq dans les codiciles. Cependant ils étoient si portés à faire valoir les dispositions des mourans, que » la loi 20, §. ult. ff. de testam. décide qu'il n'est pas même nécessaire que les témoins entendent la langue avec laquelle le testament se trouve » rédigé; & que c'est assez qu'ils conçoivent le sujet pour lequel ils sont employés ». Ricard dont je copie ici les termes, 1re. part. ch. 5, sect. 3, n. 1358, n'ajoute rien en cet endroit, qui marque ni qu'il désapprouve cet usage, ni qu'il ne seroit pas suivi parmi nous. Mais, ch. 5, sect. 8, n. 1604 & suiv. il observe que cette loi n'auroit pu, même chez les Romains, valider un testament nuncupatif, & qu'elle ne s'appliquoit qu'à ceux que les testateurs avoient entièrement écrits, ou fait écrire, avant de les présenter aux témoins. Quand un testateur déclare de vive voix ses volontés, comment les témoins qui n'entendent pas la langue dont il se sert, pourroient-ils attester les dispositions par lui faites? Si bien, continue Ricard » que nos coutumes ayant désiré pour la perfection des testamens qu'ils soient dictés, & nommés par les testateurs, & à eux lûs... en présence des témoins... les témoins sont les contrôleurs de tout ce qui se passe en cette affaire...; & ainsi je ne fais pas de doute qu'il ne soit nécessaire pour la solemnité de nos testamens, que les témoins qui y sont employés, entendent la langue dans laquelle ils sont faits ».

Ferriere sur l'art. 289, gl. 4, n. 10, après avoir remarqué la disposition singulière de la l. 20, ff. de testam. dit aussi qu'elle » ne seroit pas observée en France, & particulièrement dans la France coutumière où les témoins sont appelés, *probationis causâ, non solemnitatis* ». Cela me paroît sans difficulté: & je crois que dans les lieux du ressort, où le peuple ne parle communément que la langue al-

emande, un testament rédigé en François par un instrumentaire qui auroit l'usage des deux langues, seroit nul, si les témoins n'entendoient pas la langue françoise, quand même le testateur la parleroit : & que la nullité ne seroit pas couverte par l'interprétation du testament, que l'instrumentaire diroit avoir fait faire par un interprète, en idiome allemand, en présence des témoins ; car alors tout dépendroit de la fidélité, ou de l'infidélité de l'interprétation, & les témoins n'ayant pas l'usage des deux langues, ne pourroient garantir la bonne foi, ni l'exaetitude de l'interprète. Il faut donc en ce cas rédiger le testament dans la langue allemande, usitée par le testateur, & par les témoins : sans qu'on puisse objecter les ordonnances qui veulent que les actes publics soient rédigés en François ; parce qu'elles ne s'appliquent pas aux testamens, qui peuvent être faits en quelque langue que ce soit L. 21, *cod. des testam.* citée par Ricard, 1^{re} part. ch. 5, sect. 7, n. 1568, où il parle des testamens qui se font parmi nous.

Je ne vois pas même qu'il y ait, sur la nécessité que les témoins entendent la langue dans laquelle le testament est rédigé, plus de doute pour le pays de droit écrit que pour les provinces coutumieres ; car quand on supposeroit ce que Ferriere semble insinuer, qu'en pays de droit écrit, les témoins sont plutôt appellés *solemnitatis quam probationis causâ*, quelle conséquence pourroit-on en tirer, si, comme on ne peut en douter, la solemnité n'est introduite que pour rendre la preuve certaine : & si la présence des témoins n'est requise, comme Ferriere semble en convenir, que pour qu'ils attestent que les dispositions portées au testament, ont été dictées pardevant eux ? Des témoins qui n'entendent pas la langue dont le testateur se sert, ne peuvent pas même assurer qu'il ait eu dessein de faire un testament. Par cette raison je ne crois pas que, même par la simple suscription du testament mystique, dans les pays de droit écrit, où l'édit de 1735 en a conservé l'usage, on puisse appeler des témoins à qui l'idiome dont le testateur fait usage soit inconnu. L'art. 48 de cette loi veut que les instrumentaires, & les témoins qui auroient signé les testamens, ou les actes de suscription des testamens mystiques, sans avoir vu le testateur, & sans l'avoir entendu prononcer ses dispositions, ou les lui avoir vu présenter lors de la suscription, soient poursuivis extraordinairement, & condamnés les personnes publiques à la peine de mort, & les témoins à telles peines afflictives, ou infâmantes qu'il appartiendra. On pourroit être tenté de conclure de là, que dans les testamens mystiques, on n'exige des témoins, rien autre chose, si-non qu'ils les aient vu présenter par le testateur, lors de la suscription ; & qu'ainsi il n'est pas nécessaire qu'ils entendent sa langue : mais par l'art. 9 du même édit, le testateur en présentant l'écrit, & son enveloppe aux témoins, doit déclarer que le contenu est son testament : formalité qui seroit ridicule s'il leur parloit un langage qu'ils n'entendroient pas.

» Le droit romain requiert pour solemnité que les témoins soient requis, & priés
» par le testateur, mais nos coutumes ne le requierent pas ». Ferriere, *ubi sup.* n. 16,

61
Peines infligées aux témoins qui signent les testamens sans y avoir été présents.

17.
Il n'est pas requis qu'ils soient priés.

L'art. 10 du tit. 18 de la coutume de Berry, parlant des testamens mystiques, portoit pourtant que le testateur, *APPELLÉ un notaire... & trois témoins*, déclarera en leur présence, que ce qui est écrit en la feuille de papier... closé & signée, est son testament... & *REQUÉRERA* ledit notaire & témoins vouloir souscrire au dessous. Et dans l'art. suiv. où il s'agit du testament nuncupatif, il est encore dit que le testateur... pourra faire *APPELLER un notaire & trois témoins*. L'art. 5 du tit. 10 de la coutume de Thionville dit aussi que les dispositions de dernière volonté doivent être rédigées par écrit en présence de deux témoins à ce appellés. Mais dès que les témoins ont assisté à la confection d'un acte, il est bien certain qu'ils y ont été appellés : dès qu'ils l'ont signé, on ne peut douter qu'ils ont été requis de le faire. Ainsi ces coutumes ne demandent rien de plus que celles qui veulent simplement que le testament soit passé en présence des témoins, & qu'ils le signent. Les unes ne prescrivent pas plus que les autres la formalité de la prière que le testateur devoit faire aux témoins selon les loix romaines ; & jamais cette observance qui étoit très-frivole ; puisqu'elle ne pouvoit rien ajouter à la force de la preuve ; ni augmenter la foi des témoins, n'a été nécessaire en pays coutumier, notamment dans le ressort. Le testateur peut sans doute appeler pour témoins qui bon lui semble. Mais s'il n'en fait pas lui-même le choix, ceux dont le rédacteur se fait assister, pourvu qu'ils soient d'ailleurs capables de cette fonction, suffisent pour la validité de l'acte. C'est l'esprit de l'arrêt de règlement du parlement de Metz, du 17 Décembre 1761, qui ordonne qu'à l'avenir il ne pourra être appelé pour témoins que ceux qui seront indiqués par le testateur, si non, & au cas que le choix en seroit fait par ceux qui recevront lesdits testamens, dont ils seront tenus de faire mention, ils ne pourront prendre que des gens bien famés, non suspects, & de la qualité requise par l'édit du mois d'Août 1735, à peine contre lesdits rédacteurs de demeurer civilement garans des dommages, & intérêts des parties intéressées.

Il faut même remarquer que cet arrêt ne prononce pas peine de nullité, au cas que le testateur n'indiquant pas les témoins, ils aient été choisis par l'instrumentaire, sans qu'il en ait fait mention ; & que cette peine ne se supplée pas. Ce règlement ne peut donc servir qu'à prouver que le testateur est le maître d'indiquer ceux en présence duquel il veut tester, (ce qui sûrement n'étoit pas douteux), mais que s'il ne les indique pas, le rédacteur peut les choisir : & par conséquent il n'est pas nécessaire qu'ils aient été priés & requis par le testateur. Aussi cette vaine formalité du droit romain est-elle abolie par la disposition formelle de l'art. 6 de l'édit de 1735,

L'arrêt du 22 Mai 1550, par lequel le parlement de Paris a fait défense aux notaires d'instrumenter ensemble, lorsqu'ils sont liés dans les premiers degrés de parenté ; c'est-à-dire le pere avec son fils, le beau-pere avec son gendre, le frere avec son frere, l'oncle avec son neveu, n'a pas empêché Ferrière sur l'art. 289, gl. 4, n. 15, ni Ricard, part. 1, ch. 5, sect. 3, n. 1356, de décider que les témoins se peu-

18.
Si les témoins
peuvent être
parens entre
eux.

vent prendre d'une même maison , comme le pere & les enfans , ou les freres , même ceux qui sont encore sous la puissance paternelle ; & j'avoue qu'il me semble que cela devoit être ainsi. Mais le doute très-considérable que peut faire naître l'art. 42 de l'édit de 1735 , sur la parenté du notaire & des témoins , dont j'ai parlé ; obs. 4 , n. 3 , peut s'étendre à la parenté des témoins entr'eux ; car la raison est la même dans les deux cas ; & je conseillerois aux testateurs d'éviter de choisir des témoins liés entr'eux par le sang , au moins dans les premiers degrés.

Les mêmes auteurs disent , *ibid.* Ferriere , n. 24 & 25 , & Ricard , n. 1357 , 1^o. que la capacité des témoins se considère seulement eu égard au tems que le testament est fait. Ce qui me paroît sans difficulté.

2^o. Que l'incapacité d'un des témoins n'annulleroit pas le testament , si elle étoit inconnue , parce que *error communis facit jus*. Ce que j'aurois beaucoup de peine à admettre , du moins indistinctement & en toute sorte de cas. Par exemple , *Sempronius* a épousé *Domitilla* en secret , & ce mariage n'est connu de personne. *Titius* fait son testament en présence de deux témoins , dont l'un est *Sempronius* ; & il nomme *Domitilla* sa légataire universelle. Dira-t-on que ce testament est valable , & qu'un mari , parce qu'il ne passe pas pour l'être , peut être témoin dans un testament où sa femme est instituée ? Je ne pense pas que personne le prétende. Mais il y a des cas où l'incapacité inconnue ne paroîtroit pas pouvoir faire annuler le testament : comme si un des témoins passoit publiquement pour séculier , & en portoit l'habit , quoiqu'il eut fait dans une province éloignée les trois vœux de religion. J'ai parlé ailleurs d'un témoin qui seroit habitué depuis long-tems dans le royaume , mais cependant aubain par sa naissance en pays étrangers , & le défaut de lettres de naturalité ; & j'ai pensé qu'il paroîtroit bien difficile de regarder comme nul le testament à la rédaction duquel il auroit été appelé. En un mot , je crois que dans le cas où les dispositions testamentaires seroient arguées par l'incapacité ignorée des témoins , la décision dépendroit des circonstances , & du genre de l'incapacité reprochée aux témoins. Je pense que , comme le dit Ricard , *l'erreur commune fait suppléer les qualités qui leur peuvent actuellement manquer* : mais aussi qu'elle ne peut effacer les qualités qu'ils ont actuellement , lorsqu'étant de nature à empêcher que leur témoignage ne puisse *facere fidem rei gestæ* , elles les rendent absolument incapables de la fonction de témoins.

Tir. VII.
Observ. 5e.

79.
En tout tems
les témoins
doivent être
capables.

OBSERVATION VI.

Des Testamens Olographes.

TIT. VII.
Observ. 6e.

1.
Les actes pri-
vés ne font foi
qu'après la re-
connoissance.

2.
Incertitude de
la vérification
par experts.

3.
Les Romains
exigeoient des
témoins pour
les testamens
olographes.

DANS les conventions, & dans les autres cas ordinaires, tout acte, même privé, est censé l'ouvrage de celui qui a parlé lorsqu'il l'a signé (1), & à plus forte raison, lorsqu'il l'a entièrement écrit de sa main. Mais cela n'a lieu que pour les écritures & les signatures reconnues par les parties intéressées, ou vérifiées judiciairement en cas de dénégation.

Cette vérification se fait par des experts atramentaires, dont l'art est conjectural & très-fautif; & qui ne se déterminent que par la comparaison de l'écriture ou de la signature déniée avec d'autres écritures & signatures, avérées de la même personne: comparaison qui ne peut donner que des lumières très-foibles, tant parce que la position de l'écrivain, la plume, le papier, &c. peuvent faire paroître les écritures de la même personne fort différentes l'une de l'autre, que parce qu'on a vu dans tous les tems des fauffaires imiter parfaitement l'écriture d'autrui (2); en sorte que ni quelque différence, ni la plus exacte ressemblance dans toutes les lettres d'une signature, ou même d'un corps entier d'écriture, avec d'autres signatures ou d'autres écrits, soient ou ne soient pas de la même main.

C'est sans doute par cette raison que les Romains exigeoient que les testamens,

(1) Les billets causés pour valeur & argent, autres que ceux des banquiers, négocians, artisans, laboureurs, vigneron, &c. sont annullés par la déclaration du 22 Septembre 1733: si outre la signature, la somme n'y est pas reconnue par une approbation écrite en toutes lettres de la main du débiteur. Voy. cette loi.

(2) Pendant la disette occasionnée par l'hiver de 1709, on distribuoit aux pauvres de la ville de Metz du pain sur des cartes signées d'un conseiller du parlement, d'un conseiller du bailliage, & d'un échevin de ville, pour chaque paroisse. Un ancien maître d'école de village fabriqua dix ou douze fausses cartes où les signatures de ces trois magistrats étoient si bien contrefaites, qu'eux-mêmes s'y méprirent pendant plusieurs jours, & qu'on eut bien de la peine de les distinguer des véritables. Pendant que la connoissance des étapes étoit attribuée aux bureaux des finances, on a trouvé dans le bureau du directeur ses commis qui s'amusoient à contrefaire les signatures des trésoriers de France de Metz, & qui réussissoient à les imiter toutes parfaitement. Ce n'étoit, disoient-ils, qu'un jeu. Mais à quelles tentations ce dangereux talent n'exposoit-il pas des jeunes gens de cet étage.

quobique olographes ; c'est-à-dire , entièrement écrits de la main du testateur , fussent attestés par le même nombre de témoins , que ceux qu'il avoit fait écrire d'une main étrangere. Ferriere, *sur l'art. 189, gl. 1, n. 1*, & Ricard, *1re. part., ch. 5, sect. 5, n. 1484*, remarquent que les empereurs Théodose & Valentinien avoient voulu les en dispenser : *si holographá manu testamenta condantur, testes non sunt necessarii* : mais que cette constitution n'a point été observée ; & que Justinien n'en a pas fait mention dans le corps de droit. C'est ainsi qu'il faut entendre ce que dit Lafons sur l'art. 58 de la coutume de Vermandois, n. 1, que Justinien a suivi la constitution de Valentinien, mais en y ajoutant la nécessité des témoins.

Ferriere, *ibid. n. 2*. Ricard aussi *ibid. n. 1489*. M. D... *sur les quatre premiers art. du tit. 8 de la coutume de Metz, & sur les art. 5 & 6 du tit. 10 de celle de l'Evêché*, M. Le Camus, *sur le tit. 14 de la coutume de Paris*, regardent la preuve de la volonté du défunt résultante d'un testament olographe, comme la meilleure & la plus assurée ; & cette forme de tester comme écartant toute surprise & tout soupçon de suggestion, & de force ou de contrainte. Mais toute commune que soit cette opinion, est-elle bien fondée ? Ancillon ne le croyoit pas. Après avoir relevé sur l'art. 2 du tit. 8 de notre coutume l'incertitude & les inconvéniens de la vérification d'écriture, qu'occasionne quelquefois le défaut de témoins dans les testamens olographes, & en avoir donné pour exemple celui qu'on prétendoit avoir été fait par une femme au profit de son mari, & dont la signature parut aux experts avoir de la conformité avec celles des actes représentés, mais sans qu'ils pussent rien dire du corps de l'écriture, d'autant qu'on ne leur avoit point mis en main d'écriture de la défunte (1), testament qui fut néanmoins déclaré valable, sur cette seule circonstance qu'il commençoit par le nom & le surnom de la testatrice, dont les lettres ressembloient à celles de la signature au bas du testament : après, disois-je, ces premières réflexions, Ancillon pense qu'il seroit à propos que le testament olographe fut endossé d'un acte de reconnaissance authentique fait à la réquisition du testateur, sur-tout celui d'une femme au profit de son mari : & qu'il seroit même encore plus expédient de ne valider les testamens des femmes mariées que lorsqu'ils seroient passés pardevant une personne publique, en présence de témoins. *Autrement*, dit-il, *c'est vouloir abandonner la disposition de tous les biens d'une femme à la volonté & à la discrétion de son mari, au préjudice de ses enfans & de ses parens...* ; étant chose évidente qu'une femme qui est en la puissance & sous l'autorité de son mari, peut être induite avec trop de facilité de transcrire de sa main un testament que le mari aura fait dresser comme il le desire. Cela est évident en effet : & si on y réfléchit bien, on trouvera qu'il est plus facile à ceux qui cherchent à capter un testament en leur

TIT. VII.
Observ. 6e.

4.
Si cette forme
de tester est la
plus sûre.

(1) Le mari disoit qu'il n'en existoit point : & souvent en effet il n'en existe point de biens authentiques ; non-seulement des femmes, mais même de la plupart des hommes.

faveur, de le faire écrire tel qu'ils le veulent, dans le secret du tête-à-tête, & dans l'intérieur d'un cabinet, où ils peuvent être présens à sa rédaction, le minuter, & même le dicter; ou s'il a été fait sans eux, se le faire représenter pour examiner s'il est conforme à ce qu'ils exigent, qu'il ne leur est aisé de suggérer à un testateur des dispositions qu'il soit obligé d'expliquer de sa propre bouche, hors de leur présence, à une personne publique & à des témoins désintéressés, & qu'il a par conséquent toute liberté de peser mûrement avec eux, de modifier & de restreindre, soit de lui-même ou sur les réflexions qu'ils peuvent lui faire faire, comme il le juge à propos, & même de supprimer entièrement, si elles ne sont pas conformes à ses véritables intentions, sans craindre d'indisposer contre lui ceux qui les lui demandent; à qui le secret du testament ne peut être révélé par l'instrumentaire & les témoins (1).

Il s'en faut beaucoup que je regarde les testamens olographes comme plus à l'abri des suggestions & de la contrainte que les testamens publics. Tout ce qui me paroît vrai dans l'opinion commune, c'est que, quoiqu'il soit presque toujours très-difficile de prouver qu'un testament solennel a été suggéré, il l'est encore plus d'avoir la preuve de la suggestion d'un testament olographe. Mais, 1^o. ces réflexions ne se bornent pas aux dispositions qu'une femme peut faire au profit de son mari; elles ne conviennent pas moins à celles d'un mari au profit de sa femme, qui, quoique la loi la mette sous son autorité, le tient souvent sous la sienne: ou plutôt elles s'appliquent en général à tous ceux qui ont eu le secret d'acquérir un certain empire sur l'esprit d'un testateur. On a vu récemment un prêtre faire, par un testament olographe, au profit d'une fille qui, après être entrée chez lui en qualité d'écureuse, étoit devenue sa gouvernante, des dispositions si excessives, qu'elles auroient déshonoré la mémoire de cet ecclésiastique, si la pureté de ses mœurs n'eut pas été au dessus de tout soupçon; & si peu raisonnables, qu'elles ont paru emporter par elles-mêmes la preuve de la suggestion; & que sans autre circonstance que leur excès & la faveur des héritiers du sang, elles n'ont pu se soutenir en justice, & ont été modérées par une sentence dont il n'y a point eu d'appel, à ce que les services ren-

(1) Cependant Ancillon n'a pas été bien constant dans l'opinion que les testamens olographes étoient plus exposés à la suggestion que les testamens solennels. Sur l'art. 17 du tit. 8, Vbo. *Les premiers sont tenus*, &c. où il parle assez au long des clauses dérogoratoires (aujourd'hui reprouvées: voy. ci-après l'obl. 22, n. 7) qu'il dit être inconnues dans notre coutume, il estime qu'en de certains cas on pourroit y avoir égard: sur-tout si elles étoient contenues dans un testament olographe fait par une personne entièrement libre, où, dit-il, elle doit avoir plus d'effet que dans un testament public, passé par-devant notaire & témoins, qui est sujet à divers artifices pratiqués par les personnes intéressées. Cela est encore vrai. Mais que conclure de-là? sinon qu'il n'y a aucune manière de tester qui soit à l'abri de la suggestion, & de l'avidité d'un adroit hérédiptere,

du testateur par la légataire universelle, pouvoient raisonnablement mériter.

2°. Le danger de la suggestion n'étant pas borné aux testamens olographes, s'il pouvoit frapper à certain point, ce ne seroit pas seulement contre cette forme de tester qu'il faudroit prendre des précautions; il faudroit les étendre aux testamens faits pardevant personnes publiques, ou plutôt il faudroit ou supprimer, ou resserrer dans des bornes très-étroites le pouvoir de tester: ce qui dans bien des cas seroit aussi dangereux qu'injuste. Les loix ne peuvent obvier à tous les inconvéniens; il y en a qu'elles prévoient, mais auxquels elles ne pourroient remédier efficacement, sans en faire naître de plus grands.

Tels sont ceux qui résulteront toujours des testamens, quelque forme qu'on leur prescrive; parce que la plupart des hommes ne sont ni assez raisonnables, pour faire taire, en testant, le caprice & les passions, ni assez fermes pour ne céder jamais à des impulsions étrangères, & ne faire que des dispositions équitables. Ainsi, quoique malgré l'opinion commune, je ne croie pas qu'il y ait moins lieu de craindre les fraudes & les suggestions dans les testamens olographes, que dans les autres, ni que les premiers soient entièrement à l'abri des suppositions & des faussetés; parce qu'il y a des faussaires si adroits, qu'ils contrefont assez bien l'écriture d'un autre pour que lui-même s'y méprenne. (Voy. la note 6, sous le n. 2, ci-dessus): cette maniere de tester n'en est pas moins justement admise par nos loix.

Elle a lieu sur-tout en pays coutumier, suivant la disposition formelle des coutumes de Paris, art. 289; de Metz, art. 2 du tit. 8, qui est tiré de l'art. 58 de l'ordonnance de la même ville de 1564; de Vermandois, art. 58; de St Mihiel, art. 2 du tit. 4; de Sedan, art. 123; de Bar, art. 94; de Lorraine, art. 7 du tit. 11; de Vitry, art. 102; de Normandie, art. 413; de Poitou, art. 268; de Senlis, art. 73; de Bayonne, tit. 11, art. 4; de Sens, art. 68; d'Amiens, art. 55; de Montargis, ch. 13, art. 4; de Nivernois, chap. 33, art. 13; de Berry, tit. 18, art. 14; de Tours, art. 322; de Chartres, art. 90; de Melun, art. 244; de Montfort, art. 86; de Château-Neuf, art. 112; d'Orléans, art. 289; de Dreux, art. 80; d'Auxerre, art. 226; & de tant d'autres que cette énumération déjà peut-être trop longue, ne finiroit pas si je les indiquois toutes.

Les arrêts ont même jugé que les testamens olographes étoient valables dans les coutumes qui n'en parlent pas. Ferrière sur l'art. 289, gl. 1, n. 4, qui fait mention de celui du 30 Avril 1625, dont Ricard, part. 1, ch. 5, sect. 5, n. 1491, conclut en plus forts termes: que les testamens olographes ont lieu dans les coutumes » qui ne sont pas directement contraires, & qui ne les rejettent pas expressément », quoiqu'elles semblent les exclure tacitement. Il s'agissoit dans cet arrêt » de la coutume d'Angoulême en laquelle combien que, par l'art. 112, il soit dit qu'AVANT QU'UN » TESTAMENT SOIT RÉPUTÉ VALABLE, IL FAUT QU'IL SOIT ÉCRIT ET SIGNÉ » EN PRÉSENCE DE DEUX TÉMOINS. Il n'a point laissé d'être jugé, qu'un testament

3.
Elle a lieu,
sur-tout dans
les pays cou-
tumiers.

6.
Même dans
les coutumes
qui n'en par-
lent pas.

TIT. VII.
Observ. 6e.

» olographe, sans aucuns témoins, y étoit valable : la cour jugeant par cet arrêt
 » que la coutume parlant d'un testament écrit & signé en présence de deux té-
 » moins, n'avoit point compris les testamens purement olographes ; ils y devoient
 » avoir lieu suivant notre droit commun, qui les reçoit en ce royaume, dans toutes
 » les provinces qui se gouvernent par coutumes a.

7.
A Thionville
ils valaient,
même avant
l'ordonnance
de 1735.

Cette jurisprudence étoit suivie au parlement de Metz, même avant l'édit de 1735 ;
 l'art. 6 du tit. 10 de la coutume de Thionville valoit les dispositions de der-
 niere volonté qui étoient *délivrées, closes & fermées aux juges, notaires, &c.*
moyennant que le testateur déclarât que c'étoit sa dernière volonté, en présence de deux
témoins, & que de ladite déclaration il fut tenu notice par les juges & autres. Le
 sieur de L'Espéroux, gouverneur de Thionville, avoit fait un testament olographe,
 qu'il avoit déposé chez un notaire, en observant tout ce qui est prescrit par cet ar-
 ticle, mais qui cependant s'étoit trouvé au fond d'une armoire servant de garde-robe
 au testateur, sain & entier, & non décacheté.

Ce testament fut attaqué par le sieur de Vignacour, curateur des sieurs de L'Es-
 péroux, petits-fils du testateur, qui disoit que les testamens olographes n'étoient pas
 reçus à Thionville, dont la coutume en ce point comme en beaucoup d'autres,
 étoit conforme au droit romain : & que le sieur de L'Espéroux ayant retiré son
 testament du dépôt où il l'avoit mis, il avoit détruit la forme dans laquelle il
 avoit voulu tester, & étoit censé avoir eu dessein de le révoquer. Le sieur de Cer-
 tany, aussi son petit-fils, procédant sous l'autorité du sieur Bock, son curateur, en
 soutenoit au contraire la validité ; & il fut jugé valable par une sentence arbitrale
 rendue par feu MM. Ruland & Vanier, & par moi. Sur l'appel je dis pour le
 sieur de Certany que l'art. 6 du tit. 10 de la coutume de Thionville autorisoit le
 testament mystique qui pouvoit n'être pas écrit de la main du testateur, mais qu'il
 ne rejettoit pas le testament olographe ; que si l'acte de dépôt du testament du sieur
 de L'Espéroux ne subsistait plus, il ne pouvoit valoir comme mystique, il valoit
 comme olographe ; que, soit que le testateur l'eût retiré, soit, comme il étoit plus
 vraisemblable, que les héritiers du notaire décédé le lui eussent renvoyé, il ne
 paroïssoit, par aucun endroit, qu'il eut eu dessein de le révoquer, puisqu'il l'avoit
 conservé sans même le décacheter ; qu'il est sage & prudent de déposer son testa-
 ment olographe, dans la crainte que, pendant la dernière maladie, ou après la mort
 du testateur, il ne tombe entre les mains de ceux qui ont intérêt de le supprimer ;
 mais que ce dépôt n'étant pas nécessaire pour les testamens entièrement écrits de
 la main du testateur, on n'en détruit nullement la solemnité, lorsqu'on les en retire ;
 en sorte qu'ils conservent toute leur force ; que Taisand, sur l'art. 4 du tit. 7 de la
 coutume de Bourgogne, note 14, dit qu'on a douté si un testament est valable,
 quoiqu'il ait été retiré des mains du notaire, & qu'il ait été chiffonné, & trouvé
 parmi des papiers de rebuts, sous une chaise ; & rapporte un arrêt du 19 Décem-
 bre 1665, qui dans ces circonstances confirma le testament du sieur Gévalois ; que

8.
Ils ne sont pas
détruits pour
avoir été reti-
rés du dépôt.

9.
Et trouvé ez
mains de l'hé-
ritier.

peu importe où le testament se soit trouvé, pourvu qu'il soit dans une forme qui le rende valable; ainsi jugé par arrêt du 14 Avril 1662, rendu au profit de Dlle. Gabrielle de St. Aubin, qui confirma le testament de Charles Duval, son fils, quoiqu'il se fût saisi de la minute qui s'étoit trouvé entre les mains de sa mere, après son décès; & par un autre arrêt rendu sur un testament mutuel, fait par le sieur Languet, receveur de Viteaux, & la Dlle. son épouse, dont la minute étoit entre les mains du testateur. *Taisand, ibid. n. 15.* Sur ces moyens j'obtins, le 12 Septembre 1730, arrêt pour le sieur de Certany, qui confirma le testament de son aïeul, & jugea que dans la coutume de Thionville, les testamens olographes étoient valables, quoique non revêtus des formalités que cette coutume prescrivait pour les testamens mystiques.

TIT. VII.
Observ. 6e.

Ce qui fut encore jugé, quelque tems après, par un autre arrêt rendu sur procès par écrit, au rapport de M. Gouffaud, pere du dernier mort.

L'art. 5 du tit. 10 de la coutume de l'Evêché portoit aussi: *testament est réputé solennel... si le testateur l'ayant écrit & signé, le fait aussi signer au blanc, ou au dos par deux témoins...: s'il le met clos & fermé non signé, et mains d'un tabellion, pour, en présence de deux témoins, le signer & attester sur le dos.* Voilà comme je l'ai déjà remarqué, *obs. 4, n. 40* des especes de testamens mystiques; & quoique M. D... dise que cette coutume ne parle point du testament olographe, il me semble qu'elle le désignoit bien précisément par ces mots, *si le testateur l'ayant écrit & signé.* On auroit donc pu conclure de sa disposition qu'elle ne réputoit valable un testament olographe que quand le testateur l'avoit fait signer au blanc, ou au dos par deux témoins. Mais l'usage étoit contraire, & comme le dit avec raison M. D... les testamens olographes avoient été introduits dans l'Evêché d'autant plus aisément qu'ils étoient reçus dans tous les pays coutumiers.

10.
Ils étoient aussi
admis dans
l'Evêché.

Ils avoient même été reçus dans plusieurs provinces régies par le droit écrit, & le parlement de Paris les avoit admis par d'anciens arrêts pour celles de son ressort. La grand'chambre s'écarta de cette jurisprudence; & par un arrêt prononcé en robes rouges, la veille de la Notre-Dame de Septembre 1626, elle annulla un testament olographe fait au pays de Forez. La cinquieme des enquêtes protesta contre cet arrêt, prétendant qu'étant contraire aux précédens, il n'avoit pas dû être prononcé en robes rouges. Mais dans la suite cette chambre a elle-même suivi l'arrêt de 1626.

11.
Et dans quel-
ques pays de
droit écrit.

L'ordonnance de 1629 eût rendu l'usage des testamens olographes universel dans tout le royaume, si elle eût été observée. Mais le parlement de Paris & ceux des pays de droit écrit ne jugerent pas à propos de s'y conformer. Il y avoit pourtant quelques provinces, comme la Haute-Auvergne, où cette forme de tester étoit admise. Voyez sur tout ce détail, Ferriere sur l'art. 289, gl. 1, n^o. 3, 17 & 18; Ricard, 1re. part., chap. 5, sect. 5, n. 1487 & suiv.; & M. D... sur l'article cité de la coutume de l'Evêché. Les deux derniers observent que, par un arrêt de notre

12.
Notamment à
Toul.

Tit. VII.
Objet. 6e.

parlement, rendu au mois de Juillet 1654 (1), rapporté aussi par Ancillon, pag. 484 de son recueil d'arrêts, il a été jugé que les testamens olographes étoient valables à Toul.

13.
Usage actuel.

L'ordonnance de 1735 n'a pas fait revivre en plein celle de 1629. Louis XIII avoit voulu introduire dans tout le royaume l'usage des testamens olographes : l'art. 19 de l'édit de Louis XV porte seulement qu'il continuera d'avoir lieu dans les pays & dans les cas où ils étoient déjà admis. Ainsi, dans la plupart des provinces de droit écrit, on ne peut encore aujourd'hui tester dans cette forme : ce qui est confirmé par l'art. 12, où l'on voit que dans ces provinces, il ne suffit pas à celui qui ne peut parler d'écrire entièrement son testament, de le dater & de le signer de sa main ; & qu'il faut encore qu'il le présente au notaire & aux témoins ; qu'au haut de l'acte de suscription, il écrive en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament ; & qu'ensuite le notaire écrive l'acte de suscription, & y fasse mention que le testateur a écrit ces mots en sa présence, & celle des témoins : en un mot, que la forme du testament olographe ne suffit pas, si celle du testament mystique n'y est ajoutée : disposition qui ne peut cependant s'entendre que des testamens faits dans les pays où les testamens purement olographes ne sont pas d'usage.

14.
Les testamens olographes ont lieu dans toutes les coutumes.

Car la forme des testamens olographes est la première des manières de tester que l'art. 22 autorise pour tous les pays où les loix, statuts & coutumes ne prescrivent pas les formalités établies par le droit écrit pour les dispositions testamentaires. Ainsi, quand avant 1735, il n'auroit pas été bien certain que les testamens purement olographes étoient admis à Thionville & à Toul, ils y auroient été autorisés par cette dernière ordonnance. Mais c'est moins en vertu de cette loi que de l'ancien usage, prouvé lors de l'arrêt de 1654, par une enquête par turbes, que l'art. 56 des usages locaux de Toul les valide. Il en est de même de la nouvelle coutume de Verdun, dont l'art. 117 les admet tacitement, & l'art. 120 en règle la forme ; puisqu'ils étoient expressément autorisés par l'art. 3 du tit. 3 de l'ancienne coutume de Ste. Croix.

15.
Et de tous tems à Verdun.

16.
Formalités du testament olographe.

17.
18. Qu'il soit en entier de la main du testateur, & signé de lui

18.
Quand est-il annulé par des mots d'une autre main ?

Il n'y a que trois choses nécessaires pour la perfection & la validité du testament olographe. La première, qu'il soit entièrement écrit & signé de la main du testateur. C'est la disposition de toutes les coutumes & de l'art. 20 de l'édit de 1735. » S'il » y avoit, dit. M. Le Camus, sur le tit. des testamens, n^o. 7, un ou quelques » mots qui fussent écrits d'une autre main, il est nul ; parce qu'il ne seroit pas écrit » entièrement de la main du testateur. Mais il ajoute : pourvu qu'il y ait preuve » que ce soit du consentement du testateur qu'on les ait écrits : autrement il dépen- » droit d'un tiers, par une voie indirecte, de faire annuler un testament, en écri-

(1) Ancillon le date du 2, Ricard du 7, & M. D... du 16 de ce mois. Voy. mes extraits du recueil d'Ancillon, pag. 14, n. 17.

« avant un mot par entre ligne ». Cette dernière réflexion est très-forte. Mais comment peut-il apparoir ou y avoir preuve que les apostilles ou les interlignes ont été écrites du consentement du testateur par un tiers ? Je pense que si le testament a été cacheté & déposé par le testateur entre les mains d'un notaire ou d'un ami, comme la prudence le conseille; qu'il soit représenté clos & fermé, & qu'il contienne des mots écrits d'une main étrangère, non-seulement dans le corps de l'acte, mais même en marge ou entre les lignes, il doit, sans difficulté, être déclaré nul. Je le crois encore nul, si c'est dans le corps de l'acte qu'il se trouve des mots qui ne soient pas de la main du testateur, quand même il seroit trouvé tout ouvert lors de son décès. Mais dans ce dernier cas, si les mots d'une main étrangère sont en marge ou entre les lignes, ou même dans un espace resté blanc au bout d'une ligne, cela ne suffiroit pas, à mon sens, pour en prononcer la nullité; à moins qu'on ne connoisse l'écriture de celui qui auroit ainsi apostillé le testament, & qu'il ne soit ou intéressé à le faire valoir, ou décédé avant le testateur, sans cela la présomption qui milite toujours en faveur des actes, doit être que les mots ajoutés d'une main étrangère y ont été mis frauduleusement & à l'insu du testateur, pour faire tomber les dispositions.

Ainsi le testament de Marguerite Scille, apostillé à la marge d'une main étrangère, ayant été par elle remis dans cet état entre les mains d'un notaire, pour en faire un testament solennel, je crois l'arrêt du 4 Septembre 1677, qui l'a déclaré nul, très-régulier & très-juste. Cependant Ferrière, sur l'art. 289, ne l'approuve pas; parce que les apostilles ajoutoient seulement quelques mots oubliés par la testatrice, ou n'avoient été misés que pour corriger l'expression, sans rien changer aux dispositions. Mais les mots oubliés & suppléés d'une main étrangère, & les expressions corrigées faisoient partie du contexte du testament. Il n'étoit donc plus entièrement écrit de la main de la testatrice: ni par conséquent dans la forme prescrite par nos coutumes, qui ne se bornent pas à exiger que tout ce qu'il y a d'essentiel dans un testament olographe soit de la main du testateur, mais qui veulent qu'il l'écrive entièrement: en sorte que les mots les plus indifférens, écrits par un autre, en détruisent la forme caractéristique. Moins cette forme est compliquée, plus il est naturel d'exiger qu'elle soit littéralement remplie. D'ailleurs, il ne s'agit pas ici d'une observance vaine & sans objet. La faveur des dispositions olographes provient surtout de ce que, plus que toutes autres, elles paroissent provenir du propre mouvement du testateur, qui encore qu'il puisse prendre conseil avant d'en commencer la rédaction, est censé les avoir écrites dans le secret, & sans que sa libre volonté ait été gênée par la présence d'aucun témoin: présomption détruite par la moindre addition qu'il a laissé faire d'une main étrangère. Aussi Auzanet, cité par Ferrière lui-même, dit-il que ce qui est écrit d'une main étrangère annule le testament pour le tout, suivant un arrêt rendu au mois de Mars 1640: & s'il en remarque un autre contraire du 8 Mars 1622, c'est que, dans l'espece de celui-ci, » les héritiers conteste

TIT. VII.
Observ. 6e.

19.
Pourquoi il est
favorisé.

TIT. VII.
Observ. 6e.

» toient un legs fait *ad pias causas* « : & qu'alors on croyoit encore les legs pieux dûs *ex testamento imperfecto*.

20.
Les ratures ne détruisent que ce qui est raturé.

Quant aux ratures, j'adopte l'avis de Ferriere *ibid.*, que » les testateurs peuvent » ôter & raturer ce qui leur plaît dans leurs testamens : que les ratures font connoître » que le testateur a changé de volonté à l'égard des choses qui se trouvent raturées, » mais non à l'égard des autres dispositions : que la coutume n'ordonne point que » le testateur déclare qu'il approuve les ratures : qu'il n'y a d'ailleurs aucune raison » qui puisse faire déclarer nul un testament en conséquence de quelques ratures qui » s'y trouveroient, qu'on présume avoir été faites par le testateur : enfin que, quand » même il seroit incertain que ce fût le testateur qui les auroit faites, il seroit plus » à propos de déclarer le testament valable pour tout ce qui ne se trouveroit pas » raturé, que de le déclarer nul, en conséquence des ratures «. Voy. aussi Ricard des donat., part. 3, n^o. 137; & Faber, sur l'art. 14 du tit. 11 de la coutume de Lorraine, n. 1433, & sur l'art. 5 du même tit., n. 1560.

Par ces motifs, M. Rœderer & moi, consultés par le sieur Tronville sur un testament olographe, fait par le sieur Volcringer, maire de Thionville, son beau-pere, dans lequel il se trouvoit des ratures non approuvées, & même des mots ajoutés, mais de la main du testateur, nous avons estimé, qu'à l'exception des dispositions raturées, toutes les autres étoient valables, & que ce testament devoit être exécuté, & non un testament public précédent, dont celui-ci contenoit une révocation expresse.

21.
1^o. Il doit être daté.

La seconde condition requise pour la validité du testament olographe, c'est qu'il soit daté. Notre coutume de Metz l'exige; *art. 2 du tit. 8*. Ricard, *1re. part., ch. 5, sect. 7, n. 1556 & suiv.*, & Buridan, *sur l'art. 58 de la coutume de Vermandois*, croyoient la date aussi nécessaire dans les testamens olographes que dans ceux qui étoient passés pardevant personnes publiques : tant parce que si l'on ignoroit le tems auquel le testament a été fait, on ne pourroit souvent connoître si le testateur étoit alors en âge de pouvoir tester, ou s'il n'y avoit pas quelqu'autre empêchement en sa personne; que parce qu'on peut tester plusieurs fois, & que le testament postérieur annullant le précédent, il faut qu'il paroisse évidemment quel est celui qui contient la dernière volonté du testateur. Mais comme la plupart de nos coutumes, en autorisant les testamens olographes, ne prescrivoient pas de les dater, il y avoit des auteurs qui, en reconnoissant la nécessité de la date pour la validité des testamens publics, croyoient que les olographes pouvoient subsister sans date, sur-tout lorsqu'il n'y en avoit qu'un. Je l'ai déjà remarqué, *observ. 3, n^o. 42 & suiv.*: & je n'ajouterai rien à ce que j'ai dit, sinon que tout doute est dissipé sur ce point par l'art. 20 de l'édit de 1735. Il y a même un cas où, selon l'art. suivant, la date du testament olographe doit être authentiquement constatée; parce que sans cela il seroit impossible de vérifier si le testateur avoit la capacité nécessaire pour tester au moment qu'il l'a fait. Cet art. 21 veut que ceux ou celles qui auront fait des dispo-

sitions olographes, & qui ensuite voudront faire les vœux solennels de religion, soient tenus, avant l'émission de ces vœux, de reconnoître pardevant notaires les actes de dernières volontés qu'ils auront faits : faute de quoi leurs dispositions demeureront nulles & sans effet.

La date doit contenir le jour, le mois & l'année : *coutume de Metz, art. 2 du tit. 8.* Voy. les arrêts des 30 Avril 1731, & 18 Mars 1769 : même observ. 3, n^o. 44.

Mais doit-on aussi exprimer le lieu où le testament a été fait ? C'est l'avis de Ricard, 1re. part., ch. 5, sect. 7, n. 1560 ; parce que la validité des dispositions olographes dépend de savoir si les loix qui s'observent dans le lieu où on a testé permettent de le faire dans cette forme. C'est aussi le sentiment de M. D., qui dit que la mention du lieu est d'autant plus nécessaire dans les testamens olographes, qu'il y a plusieurs endroits où ils ne sont pas admis ; & qui ajoute même que la fin de l'art. 2 du tit. 8 de notre coutume de Metz l'exige au moins implicitement, en disant qu'ils sont valables, tant dans la ville de Metz que pays messin.

Malgré l'autorité d'Auzannet, qui pense aussi que le lieu doit être exprimé à peine de nullité, & dont Ferrière rapporte le sentiment sur l'art. 289, gl. 1, n^o. 8 ; ce dernier, après avoir dit que le contraire a été jugé par arrêt, ajoute » que ce seroit » introduire des formalités qui ne sont pas requises pour cette espèce de testament ». En effet, aucune coutume que je sache, ne prescrit celle-ci ; & l'on conviendra, je crois, que la nôtre qui veut que le testament soit daté du jour, mois & an, n'auroit pas oublié le lieu, si elle avoit eu dessein d'en rendre l'expression nécessaire ; & que pour faire sortir, de ce qu'elle valide les testamens olographes, tant dans la ville que dans le pays, la conséquence qu'elle veut que, dans ces actes, il soit fait mention du lieu où ils ont été passés, il faut donner un sens bien forcé aux termes dans lesquels cette disposition est conçue.

L'art. 20 de l'édit de 1735 exige simplement que les testamens olographes soient datés. D'où on ne peut tirer la nécessité d'y exprimer dans quel lieu ils ont été faits ; car pourroit-on prétendre que, sans cette expression, un acte n'est pas daté, lorsqu'on y trouve l'an, le mois, & le jour de sa rédaction ?

On peut donc dire, ce me semble, que toutes les loix sont muettes sur l'obligation de marquer dans un testament olographe le lieu où il a été écrit. La raison l'impose-t-elle cette obligation ? J'avoue qu'elle peut suppléer au silence de la loi. Mais pourquoi veut-on que le lieu soit exprimé ? C'est uniquement parce qu'il y a des pays où les testamens olographes ne sont pas admis. Si donc on peut soupçonner le testateur de s'être trouvé ou habituellement, ou occasionnellement dans un de ces pays lorsqu'il a écrit ses dernières volontés, & qu'il n'ait pas détruit ce soupçon en déclarant où il étoit lorsqu'il a testé, qu'on en tire un moyen contre son testament, à la bonne heure. Celui qui veut disposer, doit prévoir & prévenir tout ce qui pourroit donner lieu d'attaquer ses dispositions. Mais s'il est de toute certitude que le

TIT. VII.
Observ. 6^a.

22.
Du jour, du
mois, de l'an-
née.

23.
Quid du lieu ?

TIT. VII.
Observ. 6e.

testateur, domicilié dans une de nos coutumes, ne s'est pas éloigné de chez lui au tems marqué par le testament, & que, par conséquent, il soit impossible que ce testament n'ait pas été fait dans un lieu où cette forme de tester soit reçue, le défaut d'expression du lieu ne donne plus aucun prétexte de douter si le testateur pouvoit la choisir : & cette omission ne peut vitièr le testament.

Les formalités prescrites par les loix doivent être exactement remplies : & le testament doit porter avec lui la preuve de l'observation de tout ce qu'elles ordonnent pour sa validité. Ainsi le jour, le mois & l'année de sa confection doivent y être exprimés. Mais on ne peut exiger des formalités que les loix ne prescrivent pas, quand elles n'ajouteroient rien à la force de la preuve, suffisamment acquise d'ailleurs de la volonté du testateur, & de la liberté qu'il avoit de tester comme il a fait. Il est contre la raison, aussi bien que contre l'équité, de chercher à anéantir les dispositions des mourans par des objections qui n'attaquent ni leur certitude, ni leur substance, ni leur forme légale. Or quand il est pleinement assuré qu'au moment que le testament a été écrit de la main du testateur, il étoit impossible qu'il fut dans aucunes des provinces où les testamens olographes ne sont pas admis, l'expression du lieu où il étoit ne feroit d'aucune conséquence pour la preuve du pouvoir qu'il avoit de tester dans cette forme. Est-ce un vice d'omettre une expression dont ni la loi ni le raisonnement n'établissent la nécessité (1) ?

Enfin on ne peut argumenter du testament public, où la date du lieu est nécessaire au testament olographe. Un tabellion ne peut recevoir les testamens que dans le territoire du seigneur qu'il l'a établi ; un notaire que dans sa juridiction où il est immatriculé ; un curé que dans sa paroisse, &c. & il leur faut si peu de tems pour sortir de leurs districts respectifs, qu'on ne pourroit presque jamais être assuré qu'ils y étoient, lorsqu'ils ont instrumèté, si le lieu n'étoit marqué dans les actes qu'ils reçoivent, mais les pays où les testamens olographes sont admis, ne sont pas pour la plupart, limitrophes, ni entremêlés de même avec ceux qui sont rejettés. Ainsi, s'il y avoit quelque nécessité d'y exprimer le lieu où l'on teste, ce seroit tout au plus pour les testateurs assez voisins de ces dernières provinces, pour qu'on pût les soupçonner d'y avoir rédigé leurs testamens.

Par toutes ces raisons MM. Roederer, Pacquin, & moi avons estimé, par consultation du 20 Décembre 1761, qu'on ne pouvoit arguer de nullité le testament olographe de Blaise Colin, daté du 3 Février même année, sans aucune mention de lieu ; parce qu'il étoit certain dans le fait, qu'à cette date il y avoit 13 mois, que

(1) Aussi le testament de la Dlle. de Pavant de Thefy dont je parlerai n. 25, a-t-il été confirmé par arrêt du parlement de Paris, quoique le lieu où la testatrice l'avoit écrit n'y fut pas marqué.

Blaise Colin s'étoit établi à Metz : que depuis il n'avoit fait aucun voyage : qu'au paravant il avoit toujours vécu dans la province, & que dans toute sa vie, il n'avoit pas approché, même une seule fois, des provinces où les testamens olographes ne sont pas en usage. En sorte que l'expression du lieu n'auroit rien ajouté à la certitude physique qu'il avoit pu tester dans cette forme. Le bailliage de Metz avoit, environ deux ans au paravant, confirmé le testament olographe de la veuve de Me. Augustin Vignon, procureur au même siege, qui n'avoit pas fait mention du lieu où elle avoit testé, & sur consultation il n'y avoit pas eu d'appel de la sentence.

La 3^e. condition que je crois nécessaire dans les actes de dernière volonté écrits de la main du testateur; c'est qu'il paroisse par ses expressions, qu'il les a écrits dans l'intention de tester actuellement. Ferriere, sur Paris, art. 289, gl. 1, n. 7, ne se contente pas de dire que » la forme de testament y doit être observée, autrement il seroit réputé pour une écriture privée; il ajoute qu'il faut que ce mot, » *testament*, y soit exprimé, comme il a été jugé par arrêt du 13 Janvier 1560. Faber, sur l'art. 7 du tit. 11 de la coutume de Lorraine, dit aussi » qu'il faut que » cet écrit soit fait en forme de testament, pour être tel réputé; & en donne pour preuve le même arrêt, pour lequel il dit » qu'un papier contenant ces mots, » *après ma mort, je veux que Jean ait mes biens, sans faire mention de testament*, » fut déclaré nul. Buridan n'est pas moins sévère sur l'art. 58 de la coutume de Vermandois : » il faut aussi, dit-il, que le testateur fasse mention qu'il fait telle » écriture pour son testament : autrement elle ne serviroit que de mémoire seulement. Sur quoi il cite aussi un arrêt que je crois être le même que le précédent, quoiqu'il le date du 13 Janvier 1600.

Voilà un exemple de l'habitude qu'ont presque tous les auteurs d'ériger en maxime générale tout ce qu'ils trouvent, ou qu'ils imaginent avoir été jugé par un arrêt : quoiqu'il y en ait très-peu qui ne soient fondés sur quelque particularité de l'espece.

Je ne doute pas, & je viens de le dire, que pour qu'un écrit puisse être regardé pour un testament, il faut qu'il paroisse par les expressions de celui qui l'a écrit, qu'il la fait dans l'intention de disposer de ses biens; & qu'il a cru, & voulu *actuellement* tester. Mais cette intention peut paroître, sans qu'il ait employé le mot de *testament*. Ferriere s'est assez mal expliqué, lorsqu'il a dit qu'à défaut de cette expression, l'ouvrage du défunt seroit réputé pour une écriture privée. Une disposition olographe peut-elle être autre chose qu'une écriture privée? Le mot *testament* peut-il en faire une écriture authentique? D'ailleurs qu'est-ce qu'avoir l'essence d'un testament? N'est-ce pas contenir la volonté dernière & actuelle de celui qui teste; une institution d'héritier, un legs universel, ou des dispositions particulières du tout ou de partie de ce qu'on délaissera en mourant? Tout cela s'appelle testa-

TIT. VII.
Observ. 6c.

ment en pays coutumier. Voy. obs. ire. n. 21 & suiv. Il y a bien de la différence entre le projet de disposer, & l'intention de disposer actuellement. Ainsi, qu'un écrit dont l'auteur paroîtroit avoir eu tout autre dessein que celui de faire un testament, comme seroit, par exemple, un mémoire à consulter, une lettre écrite à un ami, &c. ne pourroit être réputé testament, quand même il diroit, que son intention est de laisser sa succession à une personne qu'il nommeroit : parce que de pareils écrits ne marqueroient que l'intention de disposer dans la suite, au profit de la personne désignée, & ne formeroient pas une disposition actuelle en sa faveur. Par exemple, celui qui écrit, *je veux que Jean ait mes biens après ma mort, & pour cela je souhaite savoir par quel acte je puis les lui assurer, ou dans quels termes je puis disposer en sa faveur*, ne teste pas actuellement, & ne croit pas tester. Il marque seulement qu'il en a le dessein, & s'il meurt sans avoir exécuté son projet, Jean n'a aucun droit à sa succession. Mais qu'un écrit qui porte, *après ma mort, je veux que Jean ait mes biens*, sans aucune addition qui annonce que l'auteur de cet écrit ne vouloit pas, & ne croyoit pas disposer actuellement; que dis-je, un tel écrit, ne soit pas un testament olographe, s'il est entièrement de la main de celui qui parle, signé & daté: que même il n'ait pas toute la forme d'un testament olographe, qu'il ne puisse rien opérer si le mot de testament ne s'y rencontre pas; c'est, ce me semble, ce qui n'est pas probable. *Omne verbum significans legitimum sensum legare, vel fidei-committere volentis, utile, atque validum est. L. 2, cod. commun. de legat.* & la raison dicte que cette regle ne convient pas moins à l'institution d'héritier qu'aux legs & aux fideicommiss, non-seulement dans nos coutumes, où toute disposition de dernière volonté est appelée testament, mais même dans les pays de droit écrit; car, suivant les loix romaines, un acte n'est pas testament, parce qu'il est qualifié tel, mais parce qu'il contient une institution d'héritier: & cette institution n'étoit pas attachée à certains mots qu'il falloit employer plutôt que d'autres. A plus forte raison dans notre droit François qui a secoué le joug des formules si fréquentes dans le droit romain, toute phrase qui exprime clairement la volonté de laisser ses biens à quelqu'un, suffit pour les lui assurer, si ces biens sont disponibles, & que le défunt en ait consommé la disposition. Or la disposition pouvoit-elle être plus clairement, plus complètement, & plus énergiquement exprimée que par ces mots, *après ma mort je veux que Jean ait mes biens*, si rien n'en changeoit le sens naturel? Il faut donc pour l'honneur de l'arrêt de 1560, supposer qu'il y avoit dans l'espece quelque circonstance qui démonstroît que celui qui les avoit écrits n'avoit prétendu qu'annoncer le dessein qu'il avoit de faire un testament, au profit de celui qu'il avoit nommé, & n'avoit pas voulu, ni cru tester actuellement en sa faveur.

Ferriere s'est même ouvertement contredit ou rétracté; car immédiatement après ce que je viens de transcrire, il parle du testament de la Dlle. de Pavant de Thesi,

fait par une lettre missive, écrite au lieutenant particulier de Rhétel, qu'elle n'avoit pas qualifiée de testament, & où elle disoit tout au contraire, qu'elle espéroit en faire un, dans lequel elle nommeroit un exécuteur. Cependant parce qu'elle ajoutoit; *mais s'il arrivoit que je n'en eusse pas le tems, je vous supplie de vous mettre en possession de ce qui est porté sur cette lettre, & d'en disposer, après les prieres dites, en faveur, partie de l'hôpital de Rhétel, partie aux pauvres honteux*; il a été jugé que ces mots suffisoient pour former une disposition actuelle, & par conséquent un vrai testament. Le pere de la testatrice qui en contestoit la validité, soutenoit que cette disposition » n'étoit point un testament, parce qu'elle n'en avoit point la forme, » & qu'il n'étoit point fait mention que sa fille avoit voulu tester, & que ce fut » son testament. D'ailleurs il prétendoit que le lieu où la lettre missive avoit été » écrite, devoit y être marqué sur peine de nullité. Les dispositions de la Dlle. de Pavant n'en ont pas moins été confirmées par un arrêt qui paroît à Ferriere conforme à la coutume de Paris; » car, ajoute-t-il, elle requiert seulement, pour rendre valable le testament olographe, qu'il soit écrit & signé du testateur. Elle ne » requiert point que ce terme *testament*, y soit exprimé; que le testateur déclare qu'il » veut faire son testament; il le fait assez connoître par les dispositions qui y sont » contenues... Ce ne sont pas les termes qu'il faut considérer; mais la volonté du » testateur. Il importe peu avec quels termes il la déclare, pourvu qu'on n'en puisse » pas douter; au moins dans les actes qui ne sont pas solennels, tels qu'est le testament olographe. Voilà, ce me semble, une réfutation aussi complète que solide de ce que Ferriere donnoit comme un principe au n. précédent. C'est ainsi que les arrêts arrachent le oui, ou le non, à ceux qui, contre l'intention des juges qui les rendent, transforment des décisions particulieres, & que les circonstances différentes dans chaque espece, sont nécessairement varier en maximes générales. M. Le Camus qui sur le titre des testamens, n. 8, regarde comme essentiel, que le testateur exprime que c'est son testament qu'il veut faire, détruit aussi lui-même sa proposition en ajoutant que cela est requis *ad melius esse*; mais sans que le testament olographe soit moins valable, si le testateur ne la pas fait.

Observons cependant que, s'il n'est pas nécessaire que le testateur donne lui-même à son écrit la qualification de testament, il faut qu'elle puisse lui convenir, & même qu'il n'y en ait pas une autre qui lui convienne nécessairement, & plus naturellement. Ainsi quoique la lettre missive de la Dlle. de Pavant contint des dispositions actuelles, on ne pourroit plus tester aujourd'hui dans cette forme; parce que l'art. 3 de l'édit de 1735, veut que les dispositions qui seroient faites par lettres missives soient regardées comme nulles, & de nul effet.

Bien de gens se figurent qu'il faut que les testamens commencent par un préambule de piété: & ceux qui en dressent des formules, ont coutume d'y en interer, qui même sont assez souvent très-longes; ce qui gêne les femmes, & ceux qui ne sont

TIT. VII.
Observ. Co.

26.

Il faut que la qualité de testament convienne à l'acte.

27.

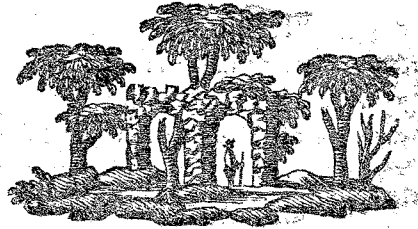
On ne peut plus tester par lettres missives.

28.

Le préambule de piété n'est pas de l'essence des testamens.

TIT. VII.
Observ. 6e.

pas dans l'habitude d'écrire long-tems de suite. Il est sans doute très-convenable d'adresser ses prières à Dieu, en commençant une action aussi importante ; mais la nécessité de coucher par écrit ces mêmes prières, ou d'en faire mention en tête des testamens, est une erreur populaire : & cette pratique n'est fondée sur aucune loi.



OBSERVATION VII.

*Des Codicilles.*TIT. VII.
Observ. 7e.

UN des principaux objets que je me suis proposé, on a dû s'en appercevoir par tout, a été de rectifier ce qui m'a paru de moins exact dans les auteurs, & surtout dans ceux des pays qui peuvent embarrasser les commençans, & même les induire en erreur. Il n'est pas, par exemple, bien aisé d'entendre ce que Faber a prétendu dire sur l'art. 1 du tit. 10 de la coutume de Lorraine V^{bo}. *codicilles*, n. 1283. » Selon aucuns, tous testamens aux pays coutumiers ne sont que codicilles, » tant parce que l'institution d'héritier n'y est pas observée, que pour autant qu'on » n'y dispose pas universellement des biens . . . Mais je n'en suis pas d'accord avec » eux; car il me semble que les formes requises par la loi du pays . . . sont de même effet & valeur que les formes & solemnités du droit civil; & partant elles » doivent être appellées aussi-tôt testament que dernières volontés, & dernières » volontés que codicilles: de sorte que par la prononciation de l'un, l'autre soit » entendu, &c. «. Aucun de ceux qui disent qu'en pays coutumiers les testamens ne sont que des codicilles, n'a prétendu faire entendre que dans l'usage on n'y donnoit pas, ni même qu'on y donnoit mal à propos le nom de testament aux actes de dernières volontés. Ces auteurs ont seulement voulu marquer la différence qu'il y a entre les testamens de presque tous les pays coutumiers & ceux des pays de droit écrit, quant à la substance des dispositions qu'ils contiennent: & comme en droit, ce qui constitue essentiellement le testament, c'est l'institution d'héritier qui ne peut, au contraire, se trouver dans un codicille. Si on prend les mots testament, ou codicille dans le sens des loix romaines, il s'ensuivra que dans toutes les coutumes qui rejettent l'institution d'héritier, soit qu'elle n'y produise aucun effet, comme à Vitry, voy. observ. 1, n. 15, soit qu'elle n'y fasse que des légataires universels, & non des héritiers, comme à Paris, à Sedan, à Bar, à Verdun, &c. Voy. n. 17, *ibid.* & dans les coutumes qui n'en parlent pas, & où elle se convertit aussi en legs universel, comme en Vermandois, en Lorraine, à St. Mihiel, &c. voy. *ibid.* encore n. 24. Il sera très-vrai que les testamens ne sont que des codicilles. On peut d'autant moins contredire les auteurs qui le remarquent que c'est la suite du texte des coutumes qui portent comme celle de Bar, art. 94, qu'il n'y a différence entre testament & codicille, ou qui n'admettant point l'institution, n'établissent, comme celle de Lorraine, tit. II, art. 21, la conformité entre les testamens & les co-

Y.
En quel sens
les testamens
ne sont que
des codicilles
en pays coutu-
miers.

TIT. VII.
Observ. 7c.

dicilles, que pour les solemnités; car, malgré cette restriction apparente, la conformité des testamens & des codicilles y consiste, comme dans les autres coutumes, en ce qu'on ne peut pas plus y faire un véritable héritier par un premier acte de dernière volonté, qui est ordinairement celui auquel on donne le nom de testament, ou dans tout autre acte auquel on attribue cette qualification, que dans ceux qu'on y ajoute, & qu'on ne nomme que codicilles: & encore en ce que par ceux-ci on peut disposer avec la même plénitude que par ceux-là, de tous ses biens disponibles. Il n'y a donc dans ces coutumes aucune différence dans la substance & l'effet de ces actes; mais seulement dans la dénomination qu'on leur donne.

M. D... sur les art. 5 & 6 de la coutume de l'Evêché observe que » la coutume de Lorraine fait marcher de pair les testamens & les codicilles: au lieu que » celle de l'Evêché ne parle que des testamens, & ne fait aucune mention des codicilles. Il est néanmoins vrai de dire, continue-t-il, que dans l'une & l'autre de » ces coutumes ils font la même chose, & que l'on peut disposer par un codicille » des mêmes biens dont on peut disposer par un testament. « Cela est exact. Je crois pourtant qu'on peut dans la coutume de l'Evêché se choisir un véritable héritier. Voy. l'obs. 1, n. 23, & que par conséquent il y a dans cette coutume des testamens proprement dits: au lieu qu'il ne peut y en avoir dans la coutume de Lorraine, où l'institution n'est qu'un legs universel.

Saligny, sur l'art. 101 de la coutume de Vitry, prétend qu'il y a bien de la différence entre les testamens & les codicilles. » Car, dit-il, nous observons encore » ici (à Vitry) ce qui est dit en droit: *unus & idem decedere non potest cum duobus testamentis: potest autem cum duobus, aut pluribus codicillis validis, nisi sibi con-* » *tradican* ». Mais que prouve cette réflexion? Rien autre chose, sinon que quand il y a plusieurs actes de dernière volonté qui peuvent subsister ensemble, on ne donne le nom de testament qu'à un seul, & c'est pour l'ordinaire au premier, quelquefois, & assez rarement au principal de ces actes; & qu'on nomme tous les autres codicilles. Ce qui n'empêche pas que de quelque manière qu'on les qualifie, tous ne doivent être, à Vitry comme ailleurs, revêtus des mêmes formalités, & ne puissent y produire les mêmes effets: en sorte que dans cette coutume ils ne diffèrent ni quant à la forme, ni quant à la substance.

Mais cette maxime, qu'en pays coutumier les testamens ne sont que des codicilles, doit 1°. être entendue sagement. On tient communément que les testamens, » dans la France coutumière, ne sont proprement que des codicilles, en ce qu'ils » ne sont point capables de contenir l'institution d'héritier, sans laquelle il n'y a » point de testament. Ce qui est sans doute si on le compare avec les testamens du » droit romain. *Ferriere sur le tit. des testamens, §. 9, n. 20*: néanmoins avoit déjà dit cet auteur dans le préambule de ses observations sur ce tit. n. 5, » on ne » laisse pas, en pays coutumier, de donner le nom de testament aux dispositions » à cause de mort qui ne contiendroient que des legs particuliers. « Ainsi à plus

2.
A quels actes
on donne le
nom de codi-
cille.

forte raison on peut nommer testament les dernières volontés qui contiennent des legs universels.

On distingue donc dans toutes les coutumes sans exception, les actes de dernière volonté en testamens & codicilles : & dans la manière ordinaire de parler, on appelle testament la première & la principale des dispositions subsistantes du testateur, & codicilles toutes celles qui peuvent subsister avec celle-là, & qui sans la révoquer en entier, y ajoutent, en retranchent, ou en expliquent quelques points particuliers. Cette disposition est ordinairement la première aussi bien que la principale de celles qui n'ont pas été révoquées. Il n'est cependant pas impossible que par un 1er. acte, un testateur ne dispose que de quelques-uns de ses biens meubles, ou immeubles, ou de quelques sommes désignées, & que par un acte postérieur il dispose de la rémanence, ou de l'universalité de sa succession. En ce cas, ce sera ce dernier acte qui sera regardé comme testament, & le premier ne pourra être nommé que codicille, & vaudra pourvu qu'il ne soit pas révoqué expressément, ou tacitement par le testament postérieur. Mais quand il ne se trouve d'un défunt qu'une seule disposition, on la nomme testament, quoiqu'elle ne contienne que des legs particuliers; que s'il s'en trouve plusieurs, sans que dans aucunes la rémanence, ou l'universalité de la succession soit destinée à personne, le nom de testament reste à la première; & les postérieures sont censées en être les codicilles. Voyez le texte de Ricard que je cite, obs. 22, n. 12. Il n'y a donc aucune coutume où l'on emploie indifféremment les mots de testament & de codicille, ni où ils soient regardés comme entièrement synonymes, suivant que l'a remarqué Ferrière au premier des deux endroits que je viens d'indiquer. » Auzannet dit que c'est une erreur bien grossière de dire qu'en » pays coutumiers les testamens sont de simples codicilles à cause qu'ils ne sont pas » revêtus de toutes les solemnités & conditions prescrites par le droit romain. . . . » Nos coutumes ont établi d'autres formes & conditions, lesquelles ayant été observées, les dispositions doivent être exécutées comme des testamens valables & légitimes « Voilà la pensée de Faber que j'ai rapportée ci-devant n. 1; mais mieux rendue.

2°. Tout cela n'empêche cependant pas qu'on ne dise communément & dans un sens très-vrai, que dans presque tous les pays coutumiers les testamens sont de purs codicilles, parce qu'en termes de droit, un testament est un acte par lequel on se choisit un héritier; & que presque toutes nos coutumes ne laissent pas aux testateurs le pouvoir de s'en choisir un, & n'en accordent la qualité qu'à ceux à qui elle est destinée par la loi, & déferée par le sang. De-là il est aisé de conclure que la maxime si souvent répétée par nos auteurs que les testamens des pays coutumiers ne sont que des codicilles, doit être bornée à celles de nos coutumes où l'institution d'héritier est entièrement nulle, & à celles où elle n'a d'autres effets que celui d'un legs universel : & par conséquent qu'elle est fautive, & de nul usage, singulièrement dans la coutume de Metz, qui permet si expressément de se choisir un héritier testa-

3.
On fait de
vrais testamens
à Metz.

mentaire, & qui le préfère au légitime non institué, quant aux biens disponibles (1).

C'est, comme je l'ai déjà dit, observ. 1, n. 19 (2), pour n'avoir pas fait cette réflexion qui cependant se présentoit d'elle-même, & pour avoir voulu appliquer à notre coutume une règle, vraie dans presque toutes les autres, mais incompatible avec ses dispositions, que l'art. 6 du tit. 8 a si fort embarrassé nos deux commentateurs. Il porte : *Il n'y a aucune différence entre les testamens & les codicilles, pour ce qui concerne les formalités : ains seulement en la substance des dispositions. Par codicille le testateur peut augmenter, ou diminuer la substance de la disposition testamentaire : mais il ne peut par icelui ôter, ou donner toute une succession.* Ancillon censure cet art. : tant à la fin de l'explication qu'il en donne, que sur l'art. 1 du même tit. dont les termes sont : *Institution d'héritier n'est nécessaire pour faire valoir un testament.* Il prétend que ces deux dispositions ne peuvent s'accorder ; » parce » que l'art. 1 ayant ôté la différence essentielle d'entre les testamens & les codicil- » les, qui est l'institution d'héritier, il n'y peut plus avoir de différence entre un » testament & un codicille ; en sorte que l'art. 6 comme superflu, & contraire au » premier doit être retranché. « A quoi il ajoute qu'il n'y a » que la dénomination » qui met de la différence entre ces deux termes dans cette coutume ; dans laquelle » à toute rigueur il n'y auroit d'autre précaution à prendre, pour donner à un co- » dicille toute la force d'un testament, que de ne le point qualifier codicille en le » faisant «.

M. D... ordinairement aussi soigneux de justifier notre coutume qu'Ancillon de la critiquer, n'a pas osé entreprendre de concilier entièrement les deux articles : *tout acte de dernière volonté où il n'y a pas d'héritier institué ne passant*, dit-il sur l'art. 6, *que pour codicille*, il ne comprend plus comment notre coutume reconnoît pour un testament valable un acte où il n'y a point d'institution d'héritier. Ainsi pour sauver cette espèce de contrariété, il croit qu'il faut supposer un testateur qui ayant nommé un héritier, ou un légataire universel, qui est *loco heredis*, par un premier acte de dernière volonté, qu'il qualifie de testament, en fait un second, qu'il ne qualifie que de codicille, & dans lequel cependant il ôte la qualité d'héritier, ou de légataire universel à celui à qui il l'avoit donnée, & dispose au profit d'un autre de la remanence de sa succession. » Nous tenons, dit-il, dans cette » espèce que le testateur a pu augmenter ou diminuer, par simple codicille, les dis- » positions particulières de son testament, & même ôter... le quart, le tiers, la » moitié, ou telle autre part de sa succession, qu'il a jugé à propos à celui qu'il en » avoit gratifié « ; mais qu'il n'a pu le priver de toute sa succession. » Tel est, ajou-

(1) Il y a d'autres coutumes, mais en petit nombre qui admettent aussi les héritiers testamentaires. Voy. obs. 1, n. 16, 18, 23, 26.

(2) Voy. aussi le nombre 6 de cette observ. & l'obs. 21, n. 12.

» te-t-il, constamment à Metz le sens de notre art. 6. D'où il conclut qu'il est bon
 » que celui qui veut ôter sa succession à celui à qui il l'avoit donné par un testa-
 » ment, prenne la précaution de ne le faire que par un acte à qui il donne la dé-
 » nomination de testament, & non de codicille... Voilà, selon lui, le seul moyen
 » qu'il y ait dans notre coutume pour éviter la rigueur & la singularité de l'art. 6 «
 Ces idées me paroissent avoir été suggérées à M. D... par Ancillon; car outre
 qu'elles sont très-conformes aux siennes, le premier dit encore comme le second,
 que les testamens & les codicilles ne diffèrent que de nom, & de la manière dont
 » un testateur exprime sa volonté «. Mais Ancillon n'a pas dissimulé que, pour
 n'admettre entre ces deux dispositions d'autre différence que celle-là, il faudroit re-
 trancher l'art. 6 comme superflu, ou plutôt comme erroné. Et comment M. D...
 n'a-t-il pas senti que dans le système d'Ancillon qu'il adopte, il n'étoit pas possible
 de laisser subsister un article, qui porte en termes si précis que les testamens & les
 codicilles diffèrent quant à la substance?

Est-il donc permis de rejeter ainsi ce que l'on trouve écrit dans une coutume?
 En rayer une seule disposition, ce n'est plus l'interpréter, c'est la détruire. Ce n'est
 pas cependant le seul, ni peut-être le plus grand défaut de la manière dont la cou-
 tume de Metz est ici expliquée par ces deux commentateurs. Ils en attachent tous
 l'effet au nom que le testateur donne à sa disposition. Ils veulent que la coutume
 annule ou valide l'acte, non pas suivant sa nature ni relativement à l'effet réel, que
 le testateur vouloit qu'il produisît; mais suivant l'expression qu'il a employée, & la
 qualification qu'il a donnée à l'écrit qui contient ses dernières volontés. Ce que je
 ne crois pas qu'un jurisconsulte puisse admettre.

Les deux articles de notre coutume, que ces deux commentateurs ont regardé com-
 me contradictoires, se concilient très-parfaitement & très-facilement. Les actes par
 lesquels on dispose de l'universalité ou d'une quotité de sa succession, sont des tes-
 tamens. Ceux qui ne contiennent que des dispositions particulières sont des codicilles.
 Mais on peut faire une disposition universelle, ou en instituant un héritier, ou sans
 faire aucune institution formelle. Un legs universel équipolle à l'institution & le rem-
 place, parce que le légataire universel est *loco hæredis*. Les testamens sont donc dis-
 tingués à Metz des codicilles par la substance des dispositions, mais non par les for-
 malités qui sont les mêmes pour les unes & pour les autres. Rien de plus clair ni
 de plus simple que cette explication de notre coutume. Voyons si elle ne renferme
 pas tout le sens de ses dispositions.

A Metz, il y a deux sortes d'héritiers: les uns sont appelés testamentaires, qui
 dépendent de la seule volonté du défunt, exprimée par son testament: les autres sont
 nommés communément droits, hoirs, ou héritiers légitimes, qui, comme plus proches
 & habiles, succèdent au défunt intestat; art. 1 du tit. II. L'héritier testamentaire est
 préféré au légitime institué, en ce dont le testateur a pu disposer; art. 2 du même tit.
 Il est donc incontestable, 1^o, que la qualité d'héritier peut, conformément au droit

4.
La distinction
des testamens
& des codicil-
les dépend de
la substance
des actes, &
non de la qua-
lification qu'on
leur donne.

5.
Les testamens
sont les actes
par lesquels on
dispose de l'u-
niversalité ou
d'une quotité
de sa succes-
sion.

TIT. VII.
Observ. 7e.

romain, & contrairement au droit coutumier, être donnée à Metz par un testament.

Mais quoique chez nous on puisse faire une *institution d'héritier*, cependant, 2^o. elle n'est pas nécessaire pour faire valoir un testament, suivant l'art. 1 du tit. 8, qui, en ce point, est contraire au droit civil.

Qu'est-ce donc qui distingue nos testamens de nos codicilles ? Je ne comprends pas comment Ancillon & M. D... ont pu se figurer que c'étoit le nom que le testateur ou l'instrumentaire leur donnoit : en sorte que la même disposition étoit valable ou nulle, suivant la qualification donnée à l'acte qui la contenoit. Je le répète, cette idée ne sera jamais avouée par un vrai jurisconsulte.

On ne peut pas non plus les distinguer par la forme. *Il n'y a aucune différence entre les testamens & codicilles pour ce qui concerne les formalités, ains seulement en la substance des dispositions : en sorte que par le codicille, le testateur peut augmenter ou diminuer la substance de la disposition testamentaire ; mais il ne peut par icelui ôter ou donner toute une succession.* Art. 6 du tit. 8, dont le commencement est contraire, & la fin conforme aux loix romaines.

Nos testamens & nos codicilles ont donc une différence plus réelle que la simple dénomination. C'est par la substance des dispositions qu'on les distingue. Ainsi, 3^o. à Metz, un acte de dernière volonté qui comprend ou toute la remanence de la succession du testateur, distraction faite des tréfonds, ou une quotité telle qu'elle soit de cette remanence ; (car toute disposition *per modum quotæ*, est universelle & sujette aux mêmes loix que celle de la totalité) est un vrai testament ; un testament proprement dit, & qui a la substance qui le rend tel ; sans qu'il importe qu'il contienne ou une institution formelle d'héritier, ou quelque autre disposition qui comprenne l'universalité ou une certaine partie de l'universalité des biens disponibles du testateur. Au contraire, tout acte qui ne contient que des dispositions particulières, quoique dans l'usage vulgaire on le nomme aussi testament, lorsqu'il n'y en a point de véritable, & que s'il y a d'autres actes également bornés à des donations de choses spécifiques ou singulières, il les précède, n'est substantiellement qu'un codicille.

Cette troisième conséquence qui sort si manifestement du principe, que c'est la substance des dispositions qui différencie les testamens des codicilles, principes clairement exprimés dans la première partie de l'art. 6, ne permet plus de se méprendre sur le vrai sens de la seconde. On ne peut, par un codicille, *ôter ou donner toute une succession*, sans doute ; parce que la disposition universelle d'une succession ne peut être un codicille, attendu qu'elle a toute la substance d'un testament. Voilà tout ce que les rédacteurs de notre coutume ont voulu dire. Je conviens qu'ils pouvoient & qu'ils devoient s'expliquer plus clairement. Mais quelque mauvaise que soit la rédaction de la fin de l'art. 6, il faut l'entendre dans un sens raisonnable : & celui que je rejette est absurde.

Il y a toute apparence que c'est D'Abocourt à qui on doit imputer la manière

obscure dans laquelle la fin de cet article est conçue. Il disoit, fol. 303 r^{to}. : » Pre-
 » mièrement, comme le codicille n'importe institution d'héritier aussi par codicille,
 » une succession & hérédité qui importe chose universelle & généralité de biens,
 » & droits du testateur, ne peut être donnée, ôtée, révoquée ou transférée, ni un
 » testament pareillement. Il ajoute, *ibid.* v^{so}., codicilles doivent être rédigés par
 » écrit en la même forme qu'il a été dit ci-dessus des testamens. « Ce praticien
 ne vouloit pas dire sans doute ce que personne n'a jamais pu penser, que par un
 acte qui du côté des formalités ne différoit en rien des testamens ; & qui d'ailleurs
 en avoit toute la substance, mais auquel on donnoit le nom de codicille, on ne pou-
 voit pas révoquer un acte entièrement semblable, soit quant à la forme, soit quant
 à la substance, auquel on avoit donné le nom de testament. D'ailleurs D'Abocourt,
 en donnant pour motif de sa décision que le codicille n'importe institution d'héritier,
 & en tirant de-là cette conséquence, qu'on ne pouvoit faire, par un simple codicille,
 une disposition qui importe chose universelle, & généralité de biens & droits du tes-
 tateur, donnoit suffisamment à entendre que tout acte par lequel on dispoit de l'uni-
 versalité de ses biens disponibles, ne devoit plus être regardé comme un simple co-
 dicille. Or, en distinguant les codicilles des testamens quant à la substance seulement,
 & en ajoutant que par un codicille on ne pouvoit faire de disposition universelle, les
 rédacteurs de notre coutume ont visiblement copié D'Abocourt. On ne peut donc
 raisonnablement les soupçonner non plus que lui, d'avoir eu l'intention ridicule d'é-
 tablir qu'un acte fait par un homme capable de tester, où il n'auroit disposé que
 de ses biens disponibles, qui auroit *toute la substance* d'un testament, & où *toutes*
les formalités nécessaires pour le faire valoir comme tel, auroient été observées, de-
 meureroit cependant nul, si, par ignorance, par inattention ou autrement, on lui avoit
 donné le nom de codicille. C'est à cela néanmoins que se réduit la doctrine des deux
 interpretes de notre coutume ; puisque non-seulement ils valident cet acte, pourvu
 que le testateur ait pris la précaution de ne pas le qualifier codicille en le faisant, mais
 que, suivant eux, c'est le seul moyen qu'il y ait dans notre coutume pour en éviter la
 prétendue rigueur.

Mais quelque évidente que soit la méprise ou la mauvaise rédaction de la fin de
 l'art. 6 & le sens apparent qu'il présente au premier aspect, ont fait tomber M. An-
 cillon, elle est en quelque sorte excusable ; parce que la coutume paroissoit ainsi in-
 terprétée par un arrêt du 30 Janvier 1685, dont cependant il ne dit rien dans ses
 observations sur la coutume, mais qu'il rapporte dans son recueil d'arrêts, pag. 374.
 Il s'agissoit d'un acte qualifié codicille, par lequel un pere étoit à l'une de ses filles,
 dont la fortune étoit dérangée, la portion héréditaire (1) qu'il lui avoit destinée par

(1) Cette portion n'étoit qu'un huitieme, parce que le testateur avoit huit enfans. Ainsi dans

Tit. VII.
Objerv. 7c.

Un acte précédent qualifié testament, & la réduisoit au simple usufruit de cette portion dont il léguoit la propriété à l'enfant de sa fille : disposition sage, & qui néanmoins fut déclarée nulle, tant au bailliage, qu'au parlement, à la poursuite des créanciers de cette femme. Voyez mes extraits du recueil d'Ancillon, pag. 94. n^o. 125.

Malgré cet arrêt, qui n'a pas été suivi, l'usage n'a jamais été à Metz de faire dépendre la validité des actes de dernière volonté de la dénonciation qui leur étoit donnée par le testateur ou l'instrumentaire ; & la question mieux examinée a été si formellement décidée, qu'elle ne peut plus souffrir la moindre difficulté.

Je parle de l'arrêt du 6 Juillet 1764, dont je crois devoir rapporter exactement l'espece & les circonstances. M. Etienne François, prévôt de la collégiale de St. Thiebault, seigneur en partie de Jussy, avoit fait sur quatre feuilles séparées un grand nombre de dispositions olographes, toutes datées du même jour, 5 Mai 1760. Cette date se trouvoit même non-seulement à la fin de chacune de ces feuilles, mais répétée dans toutes différentes fois ; parce qu'après avoir fait quelques dispositions qu'apparemment le testateur avoit eu plus à cœur que les autres, il avoit jugé à propos de dater & de signer. Cependant il n'y avoit gueres d'apparence ni même de possibilité que toutes eussent été par lui écrites en un même jour. Les parties intéressées convenoient même que, malgré cette uniformité de date, les dispositions de M. François avoient été faites en différens tems. Elles étoient même d'accord sur l'ordre dans lequel on devoit ranger les quatre feuilles, ordre différent que celui que le notaire leur avoit donné dans l'acte de publication.

Celle qui constamment avoit été écrite la première, avoit été au commencement, au milieu, & à la fin qualifiée testament par le testateur : & c'étoit la seule à laquelle il eut donné ce nom, n'ayant qualifié les trois autres que de codicilles. Celle-là ne contenoit ni institution d'héritier, ni disposition de la remanence.

La seconde commençoit par un legs à Mme. de Champel, épouse de M. le procureur-général de Metz, d'un contrat de 1500 liv., dûes au testateur par la Dlle. de Maillard. Le remboursement en ayant été fait depuis, M. François avoit écrit à la marge qu'au lieu de ce contrat, il donnoit à Mme. la procureuse-générale 2000 liv. à lui dûes par M. Hollande de Colmy. La même feuille contenoit différens legs : deux, entr'autres, à Dlle. Marie Conciance ; & il portoit que le testateur vouloit

le système de M. D... il auroit fallu confirmer la disposition, même en regardant l'acte comme un codicille, puisque ce magistrat dit que par un simple codicille, un testateur ne peut pas disposer de toute sa succession ; mais qu'il en peut ôter le quart, la moitié, ou telle autre part qu'il juge à propos : comme si la disposition d'une quotité quelconque n'étoit pas la disposition d'une universalité. Ce que j'observe, parce que cette erreur suffiroit seule pour rendre son système insoutenable.

que ses testamens & codicilles qui se trouveroient cachetés & non cachetés fussent exécutés, ne les ayant pas, disoit-il, achevés ; & après avoir daté & signé, il ordonnoit que ce dont il n'auroit pas disposé seroit partagé entre le chapitre de St. Thiébault, Mine. la procureuse-générale, M. Ruland, conseiller au parlement ; M. Audry, doyen de St. Thiébault, les religieuses de la Visitation, les bénédictins de St. Simphorien, les célestins, les augustins, & les religieuses Madelaines de Metz. Après cette disposition, il avoit de nouveau daté & signé.

La troisieme feuille contenoit d'abord le legs à Mme. la procureuse-générale des 2000 liv. dûes par M. de Colmy, par un contrat du 24 Juin 1760, & par conséquent postérieur à la date du 5 Mai même année, donnée à cette feuille comme à toutes les autres. Ensuite elle expliquoit, fixoit & modifioit la plupart des legs faits dans les écrits précédens.

La quatrieme ajoutoit un nouveau legs à la Dlle. Conciance, & répétoit la disposition de la remanence conforme à la précédente, excepté qu'il n'y étoit plus fait mention des bénédictins de St. Simphorien.

M. François avoit encore fait, le 16 Octobre 1762, un autre codicille pardevant notaires, au commencement & à la fin duquel il avoit approuvé & confirmé les testamens & codicilles, qu'il avoit ci-devant faits ; déclaré qu'il n'y vouloit faire d'autres changemens que ceux nommément énoncés, & ordonné qu'au surplus ils fussent exécutés de point & point.

Il mourut au mois de Novembre suivant ; & le 21 Décembre, M. le procureur-général, aux droits de Mme. son épouse, & M. Ruland, auxquels M. Audry, après avoir paru balancer quelque tems à cause de l'intérêt de son chapitre, se réunit dans la suite, firent assigner à la cour les six communautés que le testateur avoit données pour collégataires universels, ou pour cohéritiers, pour voir déclarer nulles toutes les dispositions universelles ou particulieres, faites à leur profit, comme réprouvées par la déclaration de 1739, & l'édit de 1749 concernant les acquisitions des gens de main-morte.

Sur cette demande, les bénédictins, les célestins, les augustins, & les religieuses de la Visitation & de la Madeleine se déportèrent, par actes des 18 & 27 Janvier 1763, des dispositions faites à leur profit. Le chapitre de St. Thiébault en reconnut aussi la nullité, quant à l'immobilier de la succession & aux rentes constituées sur particuliers ; mais il prétendit qu'elle étoit valable quant au mobilier : idée mal réfléchie, parce qu'il n'en restoit point, & qu'il étoit absorbé par les dettes, les charges & les legs particuliers.

Il y avoit encore d'autres objets de contestation, dont je ne parlerai pas, parce qu'ils n'avoient aucun rapport à l'interprétation de notre coutume de Metz, qui m'a engagé de rapporter cet arrêt.

Les choses en étoient là lorsque la dame Dumoulin, veuve du sieur la Jeunesse,

Tit. VII.
Observ. 7e.

& la dame Dumoulin, sa sœur, seules héritières présomptives de M. François, me firent consulter par un praticien allié de la première, qui prétendoit que l'acte qualifié testament par le testateur, ne contenant aucune disposition de la rémanence, & cette disposition ne se trouvant que dans deux actes qu'il n'avoit qualifié que de codicilles, la nullité en étoit prononcée par l'art. 6 du tit. 8 de la coutume. Je répondis que ce n'étoit pas la dénomination, mais la substance des actes qui en déterminoit la nature : que l'acte qualifié testament ne contenant que des dispositions particulières n'étoit substantiellement qu'un codicille ; qu'au contraire les deux autres contenant le legs universel, étoient de vrais testamens, malgré la qualification de codicilles que M. François leur avoit donnée : & que par conséquent ce legs étoit valable, & ôtoit aux dames Dumoulin tout droit à la succession.

Un avis si contraire à l'opinion de M. D... ne fut pas du goût du praticien qui s'intéressoit pour les dames Dumoulin. L'autorité de ce magistrat leur procura un défenseur ; & le 13 Mai 1763, elles donnerent requête d'intervention par laquelle elles demanderent que la rémanence leur fut adjugée, conclusion qu'elles fondoient uniquement sur la prétendue nullité d'une disposition universelle faite par des actes, qui, suivant elles, n'étoient que des codicilles.

D'un autre côté, la Dlle. Conciance forma demande en délivrance des legs qui lui étoient faits. Les dames Dumoulin déclarerent s'en rapporter à la prudence de la cour, qui, contradictoirement, avec elles, adjugea à la Dlle. Conciance tous les legs à elle faits, l'un desquels n'étoit porté, comme on l'a vu, que par la dernière des quatre feuilles.

Enfin, le 31 Mai 1763, intervint arrêt qui donna acte du déport des bénédictins & des autres religieux & religieuses ; en conséquence déclara les legs à eux faits nuls, & caducs, reçut l'intervention des dames Dumoulin, sur laquelle, ainsi que sur le surplus de la demande principale, les parties furent appointées.

Je ne parlerai pas des moyens employés par le chapitre de St. Thiebault, pour faire valoir sa prétention sur un mobilier qui n'existoit pas. Je dirai seulement qu'au moyen que les dames Dumoulin avoient tiré de la coutume, dans leur requête d'intervention, elles en ajouterent un autre dans leurs écritures. Il consistoit à dire que la seconde & la quatrième feuilles qui contenoient la disposition de la rémanence, étoient nulles, ainsi que la troisième, par le défaut de véritable date, parce que celle du 5 Mai 1760, qui leur avoit été donnée à toutes, étoit manifestement fautive ; puisque dans la seconde, & dans la troisième il étoit fait mention du contrat sur le sieur de Colmy qui n'avoit été passé que le 24 Juin suivant : & que la quatrième feuille étoit sûrement la dernière de toutes : ce qui étoit même avoué par M. le procureur-général, & par M. Ruland.

Entre autres réponses données par ces magistrats à ce moyen, ils disoient que M. François, qui, en faisant ses premières dispositions s'étoit proposé d'en faire d'autres, ce qu'il avoit effectué, & qui vouloit les faire valoir toutes ensemble, n'étant pas jurisconsulte, avoit crainit que cette multiplicité d'actes, s'ils étoient de dates différentes, ne fit rejeter, & annuler les premiers: que c'étoit par cette raison qu'il leur avoit donné à tous la même date, & que par son second écrit il avoit ordonné que ses testamens & codicilles du 5 Mai 1760, qui se trouveroient cachetés, & non cachetés seroient exécutés ne les ayant pas achevés. Ce qui vouloit dire qu'il n'avoit pas encore fait dans les actes par lui écrits ledit jour, 5 Mai 1760, toutes les dispositions qu'il avoit dessein, & qu'il se réservoit de faire par des actes auxquels il donneroit la même date, pour que tous ensemble parussent n'en former qu'un seul. Cette allégation étoit très-vraisemblable, mais ne détruisoit pas pleinement la conséquence tirée de la fausseté de la date des dernières feuilles.

C'est pourquoi ils ajoutoient que, suivant l'art. 2 du tit. 8 de la coutume, & l'art. 20 de l'ordonnance de 1735, toutes dispositions olographes devoient avoir une date, mais qu'il n'étoit pas nécessaire qu'elles fussent datées du jour précis, où elles avoient été faites; l'erreur ou même le caprice du testateur dans la date ne pouvant faire douter de sa volonté: au lieu que le défaut de toute date faisoit présumer, qu'il n'avoit pas voulu consommer son testament le jour même qu'il l'avoit écrit, & qu'il avoit remis à un autre tems à le finir, & à lui donner sa perfection.

Cette réponse me paroît insoutenable, lorsque les loix exigent une date, c'est pour qu'on puisse connoître en quel tems l'acte a été fait. Une fausse date le cache, loin de le montrer, le but de la loi ne peut donc être rempli que par une date vraie. Un acte faussement daté est plus à réprover qu'un acte sans date. Mais M. de Champel, & M. Ruland avoient de meilleures réponses à faire en la forme & au fond.

Dans la forme, 1^o. les dames Dumoulin avoient consenti à la délivrance des legs portés par les actes dont il s'agissoit au profit de la Dlle. Conciance; & elle avoit été contradictoirement avec elles ordonnée par un arrêt, qui avoit par conséquent jugé de leur consentement ces actes valables, & inattaquables. 2^o. Elles les arguoient de faux, mais ne formoient point d'inscription. Or le faux ne peut se prouver que par cette voie, quoiqu'après l'inscription formée on convertisse quelquefois les moyens de faux, en moyens de nullité.

Au fond il étoit parlé dans le 3^e. écrit du contrat du 24 Juin 1760, par conséquent il étoit postérieur au 5 Mai même année, date qu'on lui avoit donnée, & à plus forte raison le quatrième qui étoit reconnu pour le dernier de tous. Mais le second contenoit comme le quatrième la disposition de la remanence: & dans le corps de ce second acte, il n'étoit parlé que du contrat dû par la Dlle. de Maillard. Il avoit

TIT. VI.
Observ. 7^e.

6.
Si le testateur
peut donner
une fausse date
à son testament.

donc été écrit tandis que ce contrat subsistait encore. C'étoit seulement par une note à la marge, que le testateur y avoit substitué le contrat sur le fleur de Colmy. Ainsi, quoique cette note n'eût pu être ajoutée que postérieurement au 24 Juin, il étoit apparent que l'acte même avoit été écrit auparavant, & rien ne prouvoit le faux de la date du 5 Mai, que M. François lui avoit donnée.

La validité, ou la nullité de la disposition universelle, ou du legs de la rémanence, dépendoit donc uniquement du moyen auquel les dames Dumoulin s'étoient bornées dans leur requête d'intervention; savoir, que M. François n'ayant voulu dans ses trois derniers écrits, faire que des codicilles, & ne leur ayant pas donné d'autre qualification, il n'avoit pu par iceux disposer de l'universalité de sa succession, suivant le texte précis de l'art. 6 du tit. 8 de la coutume qu'elles appuyoient de l'autorité de M. D... dont j'ai ci-dessus rapporté les termes. Elles auroient pu y ajouter celle d'Ancillon, mais elles n'en connoissoient pas le manuscrit.

M. de Champel & M. Ruland répondoient que le véritable sens de l'art. cité, étoit qu'il y a testament, & non codicille, par-tout où il y a une disposition universelle; & qu'on ne doit regarder comme codicilles que les actes qui ne contiennent que des legs particuliers (1); que la substance de la disposition en détermine la nature; & que c'est une règle certaine que la dénomination donnée à un acte, par le testateur, ne peut pas décider de la qualité de cet acte, si les dispositions qu'il contient, répugnent à la qualification qu'on lui a donnée. Ce qu'ils prouvoient par l'autorité de Furgole, *traité des testam. tom. 1, ch. 2, sect. 7, n. 5 & 6*, & bien plus puissamment par celle de la l. 14, *cod. de testam. non codicillum, sed testamentum, aviam vestram facere voluisse, institutio, & exheredatio probant evidenter*. Ils demandoient aux intervenantes si un acte qui ne feroit qu'anéantir, ou diminuer l'effet d'une disposition universelle, sans toucher à la substance ne feroit pas un simple codicille, quand même il auroit été dénommé testament par le testateur: & l'affirmative étant certaine, ils en concluoient que les dénominations donnée par le testateur à ses dispositions contrairement à leur substance, n'influoient pas sur la nature, ni conséquemment sur la validité de ces dispositions. Ils ajoutoient enfin qu'interpréter autrement la coutume, ce seroit la mettre en contradiction avec elle-même. Sur quoi je n'insisterai pas ici, pour ne pas répéter ce que j'ai dit, obs. ire.

(1) Cela n'est exactement vrai, & les légataires universels en convenoient, qu'en prenant le mot de testament dans le sens du droit romain, ou quand il y a un autre acte contenant une disposition universelle: s'il n'y en a point, notre coutume elle-même nomme testament un acte dans lequel le testateur ne s'est pas choisi d'héritier, puisqu'elle dit qu'institution d'héritier n'est nécessaire pour faire valoir un testament. Voy. pourtant ce que j'ai dit dans cette observ. n. 2 & 4.

n. 19 , & ci-dessus n. 3 , à propos de l'embarras où se font jettés nos deux commentateurs pour lui avoir donné un autre sens.

Sur ces moyens respectifs est intervenu , le 6 Juillet 1764 , arrêt qui , sans s'arrêter à l'intervention & demande des dames Dumoulin dont il les a débouté , a déclaré le chapitre de St. Thiebault déchu de l'institution d'héritier portée à son profit par les dispositions testamentaires de M. François , & a adjugé toute la rémanence de sa succession , à Madame la procureuse - générale , à M. Ruland & à M. Audry.

Cet arrêt proscrie donc nettement l'interprétation que M. Ancillon & M. D... , trop prévenus des principes du droit coutumier général , donnent à notre coutume de Metz , & met en principe que tout acte qui contient une disposition universelle , est chez nous un vrai testament , & vaut comme tel , quoique qualifié codicile.

Il est même indifférent que cette disposition soit exprimée dans des termes qui indiquent une institution formelle d'héritier , ou qui n'emportent qu'un legs universel ; car à Metz , tout légataire universel est considéré comme héritier testamentaire & institué. Cet usage , quoique contraire à celui des pays coutumiers , n'a cependant rien qui répugne aux principes. On voit même quelque chose qui en approche dans l'ordonnance des testaments du mois d'Août 1735 , suivant l'art. 69 de cette loi , si celui qui a son domicile en pays de droit écrit , teste dans un pays où ce droit n'est pas observé , & que son testament ne contienne qu'un ou plusieurs legs universels , sans institution d'héritier ; ils valent comme institution dans les pays de droit écrit ; & dans ce cas , ceux au profit desquels ces dispositions universelles sont faites , ont , suivant l'art. 73 , les mêmes avantages , & sont sujets aux mêmes loix que les héritiers institués. J'ai déjà dit quelque chose de cette prérogative de nos légataires universels , obs. 1 , n^o 22 , & j'en parlerai plus au long n. 12 , obs. 21.

TIT. VII.
Observ. 7e.

7.
Le legs universel équipolle à Metz à l'institution d'héritier.

OBSERVATION VIII.

TIT. VII.
Observ. 8e.

Du Dépôt, de la Publication, & de la Transmission des Dispositions testamentaires.

1.
Nécessité du
dépôt & de la
publication des
testamens.

LES testamens n'ont aucun effet au préjudice d'un tiers, s'ils n'ont été mis en arche d'aman & publiés. C'est la première partie de l'art. 15 du tit. 8 de la coutume de Metz (1), dans laquelle, à ces mots, *en arche d'aman*, il faut substituer ceux-ci, *au protocole d'un notaire*. Avant même la suppression des amans, le dépôt des testamens pouvoit se faire chez un notaire; & il ne peut plus se faire ailleurs depuis qu'il n'y a plus d'amans.

2.
Quels testa-
mens doivent
être déposés.

Les testamens qui doivent être déposés sont non-seulement les olographes, mais aussi les militaires : ceux qui sont faits en tems de peste, ceux qui sont passés par-devant les curés, & en général, tous ceux qui n'ont pas été reçus par un officier public. J'ai déjà observé, observ. 4, n°. 22, que l'art. 26 de l'ordonnance de 1735 prescrit aux curés & à ceux qui desservent les cures, de déposer chez le notaire ou tabellion du lieu, & s'il n'y en a point, chez le plus prochain notaire royal, dans l'étendue du bailliage dans lequel la paroisse est située, les actes de dernières volontés qu'ils auront reçus incontinent après la mort du testateur, s'ils ne l'ont fait auparavant; & leur défend d'en délivrer aucune expédition à peine de nullité desdites expéditions, & des dommages & intérêts des notaires ou tabellions, & des parties qui pourroient en prétendre. La raison est la même pour les administrateurs & chapelains des hôpitaux, les majors & les officiers d'un rang supérieur, les prévôts des camps & armées, les aumôniers des troupes, les vicaires & les autres prêtres chargés, en tems de contagion, d'administrer les sacremens aux malades. La conservation des actes de dernière volonté ne peut être assurée que dans un dépôt public : & comme les instrumentaires que je viens de nommer n'en ont point, quoiqu'il ne soit pas parlé d'eux dans l'art. 26 de l'édit de 1735, ils ne doivent pas moins se conformer à sa disposition : à la réserve cependant que je ne crois pas que le dépôt

(1) L'art. 91 de l'ordonnance de Metz du 2 Décembre 1564, défendoit de passer des testamens, codicilles, ou autres dispositions de dernière volonté qu'ils ne soient mis en arche d'aman, & d'agir en vertu d'iceux que la bullette n'en eut été payée. Cette dernière partie étoit purement burlesque, & faite pour l'intérêt de la ferme de la ville, qu'on nomme la bullette.

d'un testament militaire, reçu hors du royaume, doit être fait chez un notaire étranger, quoique le plus prochain. Je pense que celui qui l'a rédigé, doit ou l'envoyer par une voie sûre à un notaire de la province où le testateur avoit son domicile, s'il ne peut pas l'y apporter lui-même; ou le déposer chez un notaire de la première ville, par laquelle il rentre dans le royaume. Quant au testament fait en tems de peste, je crois qu'on en peut différer le dépôt jusqu'à ce que le danger soit cessé, & le commerce rétabli.

Mais les testamens que les officiers de justice ou municipaux peuvent recevoir dans certains pays, suivant l'art. 24 de l'édit, ne doivent pas être remis entre les mains d'un notaire; parce que ces officiers ont des greffes où ils peuvent être conservés aussi sûrement que dans un protocole. Cela est sans difficulté pour les testamens & codicilles, que l'art. 4 du tit. 8 de la coutume de Metz autorise les maires & gens de justices des villages de recevoir; puisque cet article oblige *lesdits gens de justice d'en garder les minutes.*

En est-il de même de ceux que les officiers de justice royale, seigneuriale ou municipale, n'ont pas de caractère pour recevoir dans les tems ordinaires, mais qu'ils reçoivent en tems de peste, suivant l'art. 33 de l'édit? Je crois qu'oui; parce que dans toutes ces justices, il y a un greffier qui, étant revêtu d'un caractère public, peut en demeurer dépositaire, & en délivrer des expéditions; & que les minutes ne sont pas moins en sûreté entre ses mains, que dans celles d'un notaire. Mais lui seul peut en être le gardien; & par conséquent si ce n'est pas lui qui les a rédigés, l'officier qui les a reçus doit les lui remettre.

Si c'est le testateur lui-même qui remet son testament olographe, soit dans une enveloppe cachetée, soit tout ouvert, ez mains d'un notaire, notre usage ordinaire n'est pas de dresser un acte de ce dépôt: si ce n'est dans la coutume de Thionville, où par un reste de l'ancien usage qui y autorisoit les testamens mystiques, on fait encore quelquefois un acte de dépôt, lorsque le testateur remet ses dernières volontés closes & fermées entre les mains d'un notaire. Cet acte ne peut nuire nulle part, mais il n'est pas plus utile dans le Luxembourg qu'ailleurs; parce que depuis l'ordonnance de 1735, le dépôt & la reconnoissance d'un testament clos & fermé n'empêche pas qu'il ne soit nul dans le Luxembourg françois comme ailleurs, s'il n'est entièrement écrit de la main du testateur; & que dans cette province comme dans tout le pays coutumier, les testamens olographes étoient reçus sans acte de dépôt, même avant cette ordonnance. Voyez observ. 6, n°. 14.

Il est même assez rare qu'on dresse un acte de dépôt, lorsque c'est un tiers qui remet entre les mains du notaire un testament trouvé après la mort du testateur, ou dans sa maison, ou entre les mains d'une personne de confiance. Je crois cependant qu'il seroit à propos de dresser un acte de dépôt; parce qu'il y a des cas où il n'est pas indifférent de savoir chez qui le testament s'est trouvé, & par qui il a été remis

TIT. VII.
Observ. 8e.

Où, & quand
ils doivent l'être.

4.
Comment se
fait le dépôt.

au notaire. Il est néanmoins bien évident que l'omission de cette précaution ne peut, par elle-même, porter aucune atteinte à la validité des dispositions.

Ancillon, sur ces mots de notre art. 15, *n'ont aucun effet au préjudice d'un tiers*, dit » qu'on ne peut pas faire de préjudice à un tiers par un testament, sinon en » disposant par icelui des biens dont il n'est pas permis de disposer par la coutume ». Ce n'est pas de ce préjudice, il en convient, dont notre coutume veut parler; puisque le testament déposé chez un notaire, & par lui publié, ne porte pas plus de préjudice à ceux qui ont droit de revendiquer les biens non disponibles du testateur, que s'il n'y avoit eu ni dépôt, ni publication du testament. » Il faut donc, continue-t-il, entendre ce préjudice aux droits d'un tiers, d'un testament qui contient » droit quelque substitution fidéicommissaire, laquelle, par l'événement, pourroit » faire préjudice à des créanciers légitimes, qui auroient prêté leurs deniers à un » héritier institué... La substitution portée par le testament leur étoit inconnue... Mais je ne crois pas qu'ici les rédacteurs de notre coutume aient eu en vue ceux qui contractent avec un héritier testamentaire, grévé de substitution. Une institution d'héritier, ou toute autre disposition, portée par un testament qui n'a été ni déposée chez un notaire, ni publiée, sont aussi inconnues aux créanciers de celui qui est institué, ou autrement gratifié par ce testament ignoré, que la substitution dont il est grévé. Ce ne sont donc pas des biens qu'ils ne savent pas lui avoir été donnés qui les déterminent à contracter avec lui: & s'il est de principe qu'ils acquièrent hypothèque sur ses biens, quoique grévés d'une substitution fidéicommissaire, lorsqu'elle n'a pas été publiée, conformément aux ordonnances, cette règle n'a aucun rapport à l'art. 15 du tit. 8 de la coutume de Metz, où il s'agit d'un testament, & non pas d'une substitution; d'un acte qui n'a pas été publié par un notaire, & non pas d'un fidéicommissaire, dont la publication n'a pas été faite à l'audience du bailliage par le greffier.

Effet de la publication diffé-
rée à l'égard
d'un tiers.

Quel est donc le sens de notre coutume? C'est, 1^o. qu'un testament qui n'a pas été mis dans un dépôt public, reste dans la classe des écritures purement privées, qui ne nuisent jamais à des tiers. C'est, 2^o. qu'un testament qui n'a pas été publié, est un acte ignoré, qui jusqu'à ce qu'il ait été mis au jour par la publication, ne peut nuire ni aux héritiers légitimes, pourvu qu'ils soient en bonne foi, ni à ceux qui ont traité avec les héritiers aussi de bonne foi, & pour choses tellement consommées, qu'elles ne puissent plus être remises en leur entier.

Mais comme on peut, quoi qu'en dise Ancillon, faire préjudice à un tiers; savoir, à son héritier naturel, par un testament qui ne comprend que des biens disponibles, il faut, ce me semble, distinguer les immeubles d'une succession des meubles qui en font partie; car si des tiers voyant un héritier présomptif en possession des immeubles de gagiere de son parent décédé ne lui avoient prêté leur argent que dans la persuasion qu'ils acquiéroient une hypothèque sur ces immeubles, il n'en seroit pas mieux fondé à prétendre qu'un testament qui n'auroit été publié qu'après le

contrat d'emprunt, ne doit produire aucun effet à leur préjudice, & ne peut pas leur ôter la sûreté qu'ils ont cru voir dans les immeubles possédés par leur débiteur. Il en seroit de ce cas comme de tous ceux où le débiteur est évincé des biens dont il n'étoit pas légitimement propriétaire. Ces biens ne répondent plus des sommes qu'il peut devoir : & ici l'héritier présomptif d'un défunt qui a testé n'ayant jamais eu la propriété des gagieres de sa succession, il est évident qu'elles n'ont pu être par lui hypothéquées à ses créanciers. Par la même raison, ceux qui auroient acquis de lui ces immeubles, en seroient évincés par l'héritier institué, en vertu du testament qui l'en rendroit propriétaire, quoique ce testament n'eut été publié, ni même déposé qu'après leur acquisition.

Mais il en seroit autrement des choses mobilières. Si, par exemple, le plus proche parent d'un défunt appelé à sa succession par la coutume, mais exclus par un testament non déposé, ni publié, vendoit les meubles, les bleds, les vins, &c., délaissés par son parent : s'il touchoit les sommes dûes au défunt, les loyers & les canons dûs par les débiteurs & les fermiers de la succession, l'héritier testamentaire faisant ensuite publier le testament, ne pourroit rien revendiquer, les meubles vendus, quoiqu'encore existans, au moins sans en rendre le prix aux acheteurs ; ni les choses mobilières consommées, ni exiger des débiteurs, locataires ou fermiers de la succession, les sommes dont ils seroient libérés. Tous se défendroient avec succès par la première disposition de notre art. 15. Je crois même que, pour être à l'abri de toute recherche, il suffiroit qu'ils eussent été personnellement en bonne foi ; & que quand même l'héritier présomptif auroit eu quelque connoissance du testament, on ne pourroit en tirer contre eux nul avantage.

Mais dans ce dernier cas, le retard du dépôt & de la publication du testament, qui étoit connu par l'héritier du sang, le seroit condamner à indemniser les légataires universels, ou les héritiers testamentaires de tout ce qu'il auroit pu faire dans l'intervalle à leur préjudice : au lieu que s'il avoit eu aussi peu de connoissance du testament que ceux qui ont contracté avec lui, il ne seroit plus tenu d'aucuns dommages & intérêts envers l'héritier testamentaire, & qu'il en seroit quitte pour rendre à ce dernier ce qu'il auroit reçu de bonne foi.

Il est dit à la fin de l'article que j'explique que les testamens *ne laisseront... d'être valables entre les héritiers ou légataires du testateur, encore que la publication en ait été différée pour quelque tems, par l'ignorance, malice ou négligence des héritiers d'icelui ou de partie d'iceux.* Le retard de la publication n'empêche donc pas ceux qui ont des droits acquis par le testament de les exercer dans toute leur plénitude contre l'héritier du sang ; c'est-à-dire, que les héritiers testamentaires, les légataires universels ou particuliers faisant, en quelque tems que ce soit, publier le testament, doivent, sans difficulté, obtenir le fonds de tout ce dont le testateur les a gratifiés.

Quant aux fruits, ou aux intérêts, les légataires particuliers ne peuvent en prétendre avant la publication du testament ; & ils restent à l'héritier, soit qu'il les ait perçus

TIT. VII.
Observ. 8e.

6.
A l'égard de
l'héritier du
sang.

7.
Différence
pour les fruits
entre les légat-
aires particu-
liers & l'insti-
tué.

Ter. VII.
Observ. 8e.

ou touchés, ou non; parce que ces légataires ne sont pas saisis, art. 16 du même titre; & qu'ils n'y ont droit que du jour de la demande en délivrance. Au contraire, si l'héritier du sang, avant la publication du testament, a perçu quelques fruits, canons, ou loyers provenans des biens de gagiere, ou quelques rentes, ou intérêts des sommes dûes à la succession, il est encore sans difficulté qu'il doit les rendre à l'héritier testamentaire préféré par l'art. 2 du tit. II, au légitime non institué en ce dont le testateur a pu disposer; & par conséquent saisi, & au légataire universel, qui chez nous, c'est-à-dire à Metz, a autant de droit que l'institué. Voy. ci-après obs. 21, n. 22.

8.
Quelles sont les suites des différentes causes du retard de la publication.

Mais quoique l'art. 15 du tit 8, conglobe les différentes causes qui peuvent occasionner le retard de la publication d'un testament; savoir l'ignorance, la malice, ou la négligence des héritiers, l'équité dicte qu'il faut les distinguer. Si la publication n'a été différée que parce que le testament n'étoit pas connu, l'héritier du sang ne doit pas, à la vérité, profiter du retard, mais il ne doit pas non plus en être puni. Ainsi il suffit qu'il rende ce qu'il a reçu, & l'institué ou légataire universel, ne peuvent lui demander aucun endemnité de ce qu'il a fait de bonne foi avant la publication.

Mais si, connoissant qu'il y a un testament, l'héritier présomptif a affecté de ne pas le faire publier pour jouir, en attendant, des choses dont il étoit privé, par la volonté du testateur, & dont l'institué ou légataire universel étoient saisis, par la règle, *le mort saisit le vif*, qui dans notre coutume opère en leur faveur, quant aux biens disponibles, c'est une fraude qui doit être réprimée par les dommages & intérêts, auxquels il est juste de le condamner, envers ceux auxquels le retard de la publication affectée de sa part, dans des vues d'intérêts, a porté préjudice.

Enfin s'il n'y a eu que de la négligence de faire publier un testament, que toutes les parties intéresséesavoient exister, l'institué & les légataires ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes, & n'ont rien à demander, ou pour dire mieux, à reprocher à l'héritier du sang, qui n'a pas cherché à les priver induement des droits qu'ils ont eux-mêmes négligé de mettre au jour.

9.
L'institué & le légataire universel ne sont saisis qu'en vertu de la publication du testament, mais ils le sont du jour du décès.

Je viens de dire que la règle, *le mort saisit le vif*, a lieu dans notre coutume en faveur de l'héritier testamentaire, & du légataire universel. On conçoit cependant bien que cette saisine ne peut être par eux prétendue qu'en vertu d'un testament publié, & dont l'écriture, & la signature soient reconnus, s'il est olographe. Mais après la publication & la reconnoissance, leur saisine remonte au jour du décès du testateur. C'est ainsi qu'on doit entendre ce que dit Ancillon sur l'art. 1 du tit. II, où il distingue » les testamens solennels & les olographes, quant aux premiers, » comme ils sont passés pardevant personnes publiques, après que la lecture en a » été faite en présence des proches parens du défunt testateur, & qu'il y en a un

» acte au pied de son testament, comme il se pratique (1), il semble que cela suffit
 » à l'héritier institué, pour lui donner le droit de se dire saisi des biens du défunt.
 » Mais à l'égard des testamens olographes, si les... héritiers légitimes refusent d'en
 » reconnoître l'écriture, & la signature, il faut se pourvoir en justice pour ladite
 » reconnoissance, auparavant laquelle l'héritier institué ne peut s'immiscer dans la
 » succession. Mais après la vérification de l'écriture & signature, le testament olo-
 » graphe doit avoir le même effet que le solennel. On ne doit pas conclure de ces
 » termes de l'auteur, qu'il croit que la saisine de l'héritier institué ne remonte pas plus
 » haut que le jour de la publication du testament solennel, & de la reconnoissance
 » du testament olographe. Il paroît par tout ce qui suit, que ce n'est pas là sa pen-
 » sée, & qu'il tient que » l'étranger de la famille, institué héritier, ne se peut dire
 » saisi des biens du défunt dans cette coutume, ce qui est autorisé par l'usage: que
 » cependant il faut qu'il paroisse d'un testament en bonne forme revêtu de toutes
 » les formalités requises par la coutume, à l'égard des testamens solennels passés
 » pardevant personnes publiques; & que quant aux testamens olographes, si l'écri-
 » ture & la signature n'en sont pas reconnues par l'héritier légitime, ils doivent
 » être vérifiés: mais que la publication, & s'il y échet, la vérification étant faite,
 » les coutumes... qui, comme la nôtre, reçoivent l'institution d'héritier par testament,
 » donnent à cet héritier le même avantage qu'au légitime, qui est d'être saisi des
 » biens de la succession, sans aucune appréhension de fait. En sorte que la condi-
 » tion de l'institué étant la même que celle de l'héritier naturel, la publication ou
 » la reconnoissance & la vérification, ont un effet rétroactif qui remonte au jour du dé-
 » cès du testateur. Ce qui me paroît d'autant plus incontestable, que si cela n'étoit
 » pas, ce ne seroit plus le mort qui saisiroit le vif dans le cas d'une succession testamen-
 » taire, mais la publication, ou la reconnoissance du testament.

Ferrière sur le tit. 14 de la coutume de Paris, §. 4, n. 10 & suiv. veut qu'on dis-
 » tingue l'ouverture, & la publication du testament. Il nous apprend qu'au châtelet » s'il
 » est clos, & cacheté, le juge en doit faire la description, avec celui qui en est char-
 » gé, & les personnes qui se présentent: & après avoir observé toutes les formali-
 » tés, il ordonne qu'il sera déposé entre les mains d'un notaire, qui s'en charge,
 » pour le garder, & en délivrer des expéditions. Notre usage est plus simple,
 » & chez nous la publication des testamens ne s'est jamais faite en présence du
 » juge.

Dans les anciens tems » l'aman se trouvoit au convoi funebre du testateur, & au
 » retour, il s'arrêtoit au devant de la porte de la maison du défunt, & disoit qu'il
 » alloit faire lecture de son testament, ceux qui avoient été du convoi s'arrêtoient

TIT. VII.
 Observ. 8c.

10.
 Comment on
 en publioit au-
 trefois à Metz.

(1) L'acte de publication, qui doit être en papier timbré, ne se met plus aujourd'hui au pied du testament, qui lorsqu'il est olographe, est presque toujours en papier simple.

TIT. VII.
Observ. 8e.

« aussi, comme bon leur sembloit, avec les plus proches parens du défunt. En la pré-
 » sence de tous, l'aman faisoit lecture du testament : & ensuite on rédigeoit un acte,
 » au pied du même parchemin (1), qui devoit être gardé en son arche ; & c'est ce
 » qu'on appelloit dans l'usage du pays publier un testament ; ce qui a été observé jus-
 » qu'à l'établissement du bailliage de Metz en 1641 «. Ancillon sur le tit. 8 de notre
 coutume ; il répète la même chose sur l'art. 15 V^{bo}. & *publié*, où il dit encore « que
 » les testamens étoient lus hautement, en rue, sur la porte de la maison mortuaire . . .
 » afin que les dispositions des testamens fussent rendues notoires « (2). D'Abocourt,
 fol. 289, recommandoit aux amans de tenir les testamens secrets » jusqu'à ce qu'à
 » l'enterrement du testateur, ou jour des seconds services & obsèques, la lecture
 » s'en fassé publiquement, au devant de l'huis de la maison, ou domicile du testateur « :
 & non pas dans l'intérieur de cette maison, comme M. D... le donne à entendre sur cet
 art. 15.

VI.
Usage actuel.

Aujourd'hui la publication se fait en chambre close, le plus souvent dans la mai-
 son du défunt, & au jour du dernier service : quelquefois plus tard, & dans une
 autre maison, même en l'étude du notaire. Si le testament est clos & cacheté, il
 n'est pas rare qu'immédiatement après la mort du testateur, les parens les plus pro-
 ches requièrent le notaire de l'apporter, & qu'après qu'ils en ont reconnu le ca-
 chet, & l'ont trouvé sain & entier, ils le prient de l'ouvrir, ce qu'il fait, & exa-
 mine seul s'il y a quelque chose d'ordonné pour les obsèques & funérailles ; après
 quoi il le remet dans la même enveloppe, qu'il recachete du cachet que les parens
 lui fournissent.

Lorsqu'il s'agit de le publier, le notaire commence de même par faire reconnoi-
 tre le cachet, ou du testateur, s'il n'a pas encore été ouvert, ou de celui dont on s'est
 servi pour le recacher. Il en donne ensuite lecture, en fait reconnoître l'écriture,

(1) Voy. ci-dessus l'observ. 3, art. 7.

(2) On croyoit autrefois que les testamens ne pouvoient être trop notoirement connus. Chez
 les anciens François l'instrumentaire les monroit à l'évêque, au comte, au juge, & même au
 peuple dès qu'ils étoient rédigés. Même obs. 3, n. 4 & 5. Aujourd'hui nos notaires après la
 mort des testateurs, se croient obligés d'en refuser la communication à tous ceux qui n'y sont
 pas dénommés : & ils en usent de même indistinctement pour tous autres actes par eux reçus,
 sans réfléchir que ces actes n'emportent hypothèque que parce qu'ils sont censés n'être ignorés de
 personne ; usage qui mériteroit d'être proscriit par un règlement : & qui non-seulement est l'effet
 de leur ignorance, mais qui ne provient originairement que de l'envie de s'attirer pratique, en
 marquant du zèle pour les parties qui les emploient, & en les aidant à tromper ceux qui ne
 contracteroient pas postérieurement avec elles, s'ils connoissoient leurs engagements antérieurs. Il
 y a quelques actes, mais en très-petit nombre, qui ne peuvent intéresser que les contractans.
 Il est quelquefois du devoir des notaires de tenir ceux-là secrets, mais il est de l'intérêt public
 qu'on connoisse les autres.

& la signature, si les parens l'avouent, on retient les direz de ceux qui refusent de la reconnoître, reçoit les déclarations de ceux qui acceptent les testamens, les protestations de ceux qui le contestent, & les réquisitions de ceux qui demandent le teins de l'ordonnance pour délibérer, fait signer le testament, & son enveloppe par les parties présentes, ou déclare qu'elles l'ont refusé; les paraphe lui-même; & dresse de tout cela un procès-verbal qu'il leur fait signer, où dans lequel il fait mention qu'elles ont refusé de signer.)

Si le testament est solemnel, le procès-verbal est bien plus court; il ne contient que la lecture donnée aux personnes présentes & intéressées par le notaire, & leurs déclarations.

Dans l'un & dans l'autre cas, le ministère du juge n'intervient jamais chez nous: à moins qu'avant de procéder à l'ouverture, & à la publication du testament, il n'ait été saisi d'une contestation sur laquelle il ait été ordonné que cette ouverture se feroit pardevant lui. Rien ne doit nous engager à changer notre usage pour nous conformer à celui du châtelet: encore moins à celui des pays de droit écrit, où, ainsi que dans la Franche-Comté, l'ouverture & la publication des testamens se font en justice, avec beaucoup de solemnités. Par l'art. 79 de l'ordonnance de 1735, le roi déclare n'avoir entendu y comprendre *ce qui regarde l'ouverture, l'enregistrement, & la publication des testamens, surquoi il ne sera rien innové... aux dispositions des loix ou usages qui sont observés à cet égard.*

Le notaire entre les mains duquel les testamens ont été déposés, soit par le testateur, ou par les curés, & autres qui les ont reçus, ou à qui ils ont été confiés, doit en faire avertir les héritiers présomptifs, & autres qu'il peut présumer y avoir intérêt; mais il attend pour les publier, qu'il en soit requis.

12.
Les notaires ne font la publication que quand ils en sont requis.

Sur quoi on peut demander, 1^o. si les héritiers présomptifs sont obligés de faire publier le testament de leur auteur? Je distingue: ou il est clos & fermé, ou il est ouvert. Au premier cas, tous ceux qui ont quelque raison de croire qu'il contient quelque disposition à leur profit, peuvent requérir les héritiers de le faire ouvrir & publier, & ceux-ci ne peuvent le refuser suivant les loix 1^{re}. & 2^e. ff. *testam. quemadm. aperi*; desquelles il résulte même, que sans s'adresser aux héritiers, on peut forcer les notaires qui en sont les gardiens, d'en donner & la communication & des copies. *Omnibus quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel describere, facultatem facturum se prætor pollicetur.* Ce qui est très-juste, parce que *tabularum testamenti instrumentum, non est unius hominis (hoc est heredis), sed universorum quibus quid illic adscriptum est.* Si même les héritiers n'en sont requis par personne, & que comme il arrive ordinairement, ils ignorent le contenu d'un testament clos & cacheté, l'honneur & la conscience les oblige de le faire ouvrir; parce qu'il peut y avoir des legs pieux, ou particuliers, qu'ils ne peuvent sans injustice se dispenser d'acquitter.

13.
Quand les héritiers ?

TIT. VII.
 Observ. 8e.

Mais si le testament est ouvert, ou si, quoiqu'il soit fermé, ils sont certains de ce qu'il contient, ce qui n'est pas sans exemple, ni même bien rare; & que les dispositions ne regardent qu'eux, ou qu'ils désintéressent les tiers qu'elles regardent, rien ne les oblige, lorsqu'ils n'en sont pas requis, d'en faire faire la publication, dont les frais sont toujours considérables à cause des droits de contrôle & d'insinuation; & même s'ils y étoient forcés par la réquisition d'un tiers, qui imagineroit qu'il doit y avoir des dispositions en sa faveur, & que le testament ouvert, & par conséquent publié, (car chez nous un testament clos n'est jamais ouvert, qu'il ne soit au même instant publié), il ne se trouvât aucune disposition au profit de celui qui en auroit requis l'ouverture; je pense que les héritiers seroient incontestablement fondés à faire supporter les frais de cette inutile publication à celui qui l'auroit mal-à-propos rendue nécessaire.

14.
 Les contrôleurs ne peuvent l'exiger.

Mais en aucun cas, les préposés à la recette des droits du roi ne sont recevables à forcer les héritiers d'un défunt de faire publier son testament, & d'en payer les droits. Ceux au profit desquels un testateur peut avoir disposé sont, sans contredit, les maîtres de renoncer au bénéfice de ses dispositions, dont, en ce cas, il n'est dû aucun droit de contrôle, d'insinuation, ni autre. Or, ils sont censés y renoncer dès qu'ils consentent que le testament ne soit pas publié. La question a été agitée plus d'une fois à l'intendance de Metz, & singulièrement à propos du testament de M. Maugin, ancien procureur-fiscal de la terre de Gorze. Il y avoit cette particularité dans l'espece, que les enfans du sieur Maugin ayant trouvé dans ses papiers un testament clos & cacheté, ils l'avoient déposé chez un notaire de Gorze, & avoient fait dresser un acte de ce dépôt, mais sans requérir l'ouverture du testament. Le dépôt étoit une précaution qu'ils avoient cru devoir prendre, parce que les dispositions de ce testament, qu'ils connoissoient tous parfaitement, tendoient principalement à prévenir les contestations que les avantages faits à l'un d'eux auroient pu occasionner. Mais ayant bientôt pris des arrangemens amiables, ils avoient regardé le testament comme désormais inutile, & ne l'avoient fait ni ouvrir, ni publier. Le directeur des fermes voulut les y forcer. Ils me consulterent: & malgré quelques décisions que le directeur prétendoit avoir obtenues en cas pareil à l'intendance, contre des héritiers qui, apparemment, n'avoient pas su se défendre, & la circonstance du dépôt fait par ceux du sieur Maugin, les moyens que je leur suggérois réussirent, & cet employé, aussi entreprenant qu'avide, n'osa insister à sa demande, sur laquelle cependant il n'a pas été statué, comme il arrive presque toujours quand les fermiers ont tort; parce que celui qu'ils vexent se croit trop heureux d'en être quitte pour les frais qu'ils lui ont occasionnés, & ne poursuit plus dès qu'ils le laissent tranquille.

2°. Si les institués ou les légataires décèdent sans avoir fait publier les dispositions faites en leur faveur, en transmettent-ils le bénéfice à leurs héritiers, & ceux-ci peuvent-ils en demander la publication & l'exécution? Avant de résoudre cette ques-

tion, c'est un préliminaire d'observer qu'en legs ou donation testamentaire, représentation du donataire n'a lieu, & faut qu'il survive le testateur pour faire passer à ses héritiers l'effet de la donation, s'il n'est dit par le testament qu'elle est faite pour le donataire & les siens. Cette disposition de l'art. 13 du tit. 8 de notre coutume de Metz est conforme à ce que disoit D'Abocourt, fol. 287 v^o., qui en cite un jugement de l'an 1434, & dont les termes sont, *représentation quelle elle soit n'a lieu.* Ce qui sembleroit n'admettre aucune exception à la règle, conglober les institutions & les legs, & les dispositions faites au profit des enfans ou petits-enfans du testateur, comme celle faite en faveur d'un collatéral ou d'un étranger. M. D... ne les distingue pas non plus, & décide en général que » si le légataire ou tout autre, au profit duquel il y a legs ou donation par un testament, meurt avant le testateur, il est » constant, dans notre coutume comme par-tout ailleurs, que la donation devient » caduque, & n'est pas transmissible à ses héritiers, à moins qu'elle ne soit faite » aux termes du présent art. 13 pour le donataire & les siens.

Ce magistrat a raison de dire que cette règle, tracée dans notre coutume, a lieu par-tout ailleurs. Elle est de droit commun; & Ricard qu'il cite dit d'abord, *part. 2, ch. 1, sect. 6, n. 56.*, avec la même généralité, que » si le légataire décède au- » paravant le testateur, le legs, quoique pur & simple & en propriété, ne laisse pas » de demeurer caduc & sans effet. Mais après avoir décidé qu'au contraire, pourvu que le légataire survive, il transfère le legs à ses héritiers encore qu'il décède au- » paravant l'ouverture du testament, & la demande en délivrance de legs, aussi bien dans notre usage que par la disposition du droit romain (1). Il remarque qu'il ne suffisoit pas, suivant ce droit, à l'institué (à la différence du légataire) de survivre au testateur, pour transmettre à ses héritiers une succession qu'il n'avoit pas expressément acceptée: » si ce n'est en faveur des enfans & des petits-enfans du testateur... » Mais que pour ce qui est de notre usage, tant à l'égard des pays coutumiers, que » des provinces de droit écrit, il n'y a aucune différence à faire à ce sujet entre » les institutions & les legs; au moyen de notre règle du droit françois, *le mort saisit le vif*; que les parlemens de droit écrit observent aussi bien pour les suc- » cessions testamentaires que pour celles *ab intestat*.

J'ajouterai que la transmission accordée en faveur de la ligne directe a lieu, non-seulement lorsque le donataire qui étoit du nombre des descendans du testateur, meurt après lui avant d'avoir accepté la disposition, mais encore que » si le legs est » fait au fils du testateur, & qu'il vienne à décéder avant son pere, laissant des » enfans petits fils du testateur, ils seront en droit de demander le legs fait à leur » pere; comme dit Ancillon, sur l'art. 13 du tit. 8; V^{bo}. *qu'il survive*, qui ajoute

TIT. VII.
Observ. 8^e.
15.
Donation testamen-
taire est
caduque si le
donataire
meurt avant
le testateur.

16.
Mais elle se
transmet si le
donataire sur-
vit, quoique
après la publi-
cation.

17.
En droit, l'inf-
titué ne trans-
mettoit qu'a-
près l'accepta-
tion.

18.
Ses dans tou-
te la France.

19.
La donation
d'un ascendant
se transmet
dans tous les
cas aux enfans
du légataire.

(1) Il y a eu des variations sur ce point dans le droit romain dont, pour abrégér, je ne dirai rien, parce qu'on peut aisément s'en instruire dans Ricard, *ibid.*

que cela doit être entendu au sens de la loi unique, *cod. de his qui ante apert. tab. testam. hered. transm.*, qui parle nommément avant l'ouverture du testament.

Il est donc d'abord incontestable que, quoique le testament d'un pere au profit de ses enfans ou petits-enfans, n'ait été publié, ni ouvert avant leur décès, & qui plus est, quoique l'un ou plusieurs de ses enfans, ou petits-enfans du testateur, par lui institués héritiers ou gratifiés de quelques legs, soient morts avant lui, laissant eux-mêmes des enfans, ceux-ci recueillent le bénéfice de l'institution ou des legs : mais non pas les collatéraux des institués ou légataires.

Il n'est pas moins certain que des collatéraux ou des étrangers, institués héritiers ou gratifiés de legs, venant à mourir avant le testateur, leurs héritiers, quels qu'ils soient, ne peuvent profiter ni de l'institution, ni des legs. La différence vient de ce qu'un pere est censé, en testant, avoir voulu pourvoir au sort de sa famille, & avoir eu pour les enfans de son fils ; au lieu que les dons qu'un testateur fait à un collatéral ou à un étranger, sont censés ne lui être suggérés que par l'affection qu'il a pour ce donataire personnellement.

Quant aux autres questions qui peuvent faire difficulté sur la transmission des dispositions faites au profit des collatéraux ou des étrangers qui sont décédés après le testateur, mais avant la publication du testament, voyons d'abord plus exactement quelles étoient les regles du droit romain sur cette matiere. Je les puiserai dans Domat, tom. 1, part. 2, liv. 3, dans le préambule de la section 10. Il y dit que tous héritiers testamentaires, autres que les enfans, ne transmettoient pas leurs droits à leurs héritiers, s'ils mourroient avant d'avoir su que la succession leur étoit échue, ou avant que de l'avoir recueillie : que cette regle étoit si étroitement observée, que ce fut par grace que l'empereur Antonin excepta le cas d'une absence pour une affaire publique : qu'il y avoit une autre exception en faveur des institués qui mourroient pendant le délai que la loi leur accordoit pour délibérer : qu'il semble assez étrange que, par cette jurisprudence, l'héritier qui a connu son droit, & qui l'a négligé, transmette à ses héritiers la succession (1) que le défunt lui a destinée ; & que si ce même héritier avoit ignoré son droit, il n'eût rien transmis : que la condition des légataires étoit plus avantageuse que celle des héritiers : que leur droit leur étoit acquis au moment de la mort du testateur, si le legs étoit pur & simple, ou de l'accomplissement de la condition, s'il étoit conditionnel (2) : & que le légataire

(1) Mais est-il bien certain qu'il la transmettoit, quand il décédoit après le tems accordé pour délibérer. *Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis.* Loi un. §. 5. *cod. de caduc. toll.*

(2) Un legs fait par une testatrice à sa niece, lorsqu'elle se marieroit, ou qu'elle auroit atteint 25 ans, lequel legs lui seroit délivré audit tems, a été jugé pur & simple, & non conditionnel, quoique dilatoire, & conséquemment adjugé aux héritiers de la légataire morte après la

venant à mourir après l'un ou l'autre de ces événemens sans avoir su qu'il étoit légataire, il transmettoit son droit à son héritier.

TIT. VII.
Observ. 82.

» Il semble, continue Domat, que l'équité naturelle ni la raison ne rendent pas plus mauvaise la condition de l'héritier, que celle du légataire. Il auroit été juste de la rendre égale pour ce qui regarde la transmission; & que la règle qui l'auroit ainsi ordonné, se trouvant fondée sur ces principes assez naturels, auroit été plus utile que les diverses subtilités qu'on voit en cette matière, de même qu'en plusieurs autres dans le droit romain.

Je serois fort tenté de partir de cette dernière réflexion. Les dispositions du droit romain ne sont suivies parmi nous qu'autant qu'elles sont conformes à la raison & à l'équité. Ni l'une ni l'autre ne nous suggèrent de distinguer ici les légataires des héritiers institués; beaucoup moins encore de refuser le droit de transmission à l'héritier à qui on ne peut pas reprocher de n'avoir pas appréhendé une succession qu'il ignoroit lui être déferée, tandis qu'on l'accorde à celui qui, connoissant le testament, a négligé de le faire valoir. Laisant donc à l'écart les subtilités & les distinctions du droit écrit, je crois que, sur-tout dans nos coutumes, l'héritier institué par un testament dont il n'a aucune connoissance, qui décède après le testateur, transmet tous ses droits à ses héritiers, quoique le testament qui les lui donne n'ait pas été publié. Cela me paroît même sans difficulté dans le pays messin, l'évêché de Metz, le Luxembourg & le Tolois, où l'institution d'héritier étant admise, l'héritier testamentaire est saisi, comme celui du sang, sans même qu'il le sache, par l'effet de la règle, *le mort saisit le vif*. C'est, comme nous l'avons vu ci-dessus n°. 18, la décision de Ricard.

Il y a encore moins de difficulté pour le légataire; soit universel, soit particulier; puisqu'encore que ce dernier ne soit pas saisi, on ne peut pas lui faire la même objection qu'à l'héritier, ni argumenter contre lui des dispositions du droit écrit, qui rendent en ce cas ses droits transmissibles.

Je pense même comme Ancillon, sur l'art. 16 du tit. 8, Vbo. *en demande*, &c. que » tandis que le légataire n'a point ou n'a pu avoir connoissance du testament qui » contient le legs qui lui est fait, la prescription ne court point contre la demande » qu'il en peut faire.

20.
Un legs ignoré
ne se prescrit
pas.

Si le testament est connu de l'institué & du légataire, & qu'ils décèdent pendant le délai accordé pour délibérer, nous venons de voir que la transmission a lieu par le droit romain; à plus forte raison elle a lieu aussi dans nos coutumes.

testatrice, mais avant l'âge de 25 ans, & sans avoir été mariée: par arrêt du 10 Juin 1666. Voy. Ancillon sur l'art. 13 du tit. 8. Vbo. *le donataire*; & mes extraits de son rec. d'arrêts, pag. 32, n. 50.

TIT. VII.
Observ. 36.

Mais s'ils survivent quelque tems après ce délai, & qu'ayant connoissance des dispositions faites en leur faveur, ils négligent de faire publier le testament qui les contient & de les accepter, (ce qui arrive souvent au survivant de deux conjoints, que les enfans du prédécédé laissent tranquilles), il me semble bien difficile d'en accorder la transmission à leurs héritiers, non-seulement parce qu'ils sont morts sans avoir été saisis de rien : puisque le légataire particulier ne l'est pas, & que l'héritier testamentaire, & le légataire universel ne le sont qu'autant que le testament a été publié; mais encore parce qu'en laissant dans l'oubli les dispositions dont ils étoient instruits, ils sont censés y avoir tacitement renoncé : & que comme on n'auroit pas pu, au moyen de leur silence, leur en faire supporter les charges, il ne seroit pas juste qu'ils en recueillissent le bénéfice. C'est donc le cas de dire avec la loi que j'ai citée dans la pag. 644, note 1 sous le nombre précédent, *hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti non patimur.*

3°. Un testateur peut-il ordonner que son testament ne sera ouvert qu'après un certain tems ? Cette question s'est présentée après le décès de Madame la présidente d'Hauconcourt. Elle avoit fait un testament à l'ordinaire, qui fut ouvert & publié. Mais quelques jours après, il s'en trouva un autre, sur l'enveloppe duquel elle avoit écrit, qu'elle défendoit qu'on l'ouvrît du vivant de son mari. Son fils attaqua cette disposition bizarre.

Je dis pour lui que le droit écrit permettoit à un pere, qui laissoit un fils impubere, auquel il substituoit pupillairement de clore séparément la partie de son testament, qui contenoit cette substitution pupillaire, & de défendre de l'ouvrir du vivant de son fils, *ne filius suus periculo insidiarum subiaceat*, §. 3, *inst. de pupil. subst.* que dans le même esprit la loi 3, *cod. quemadm. testam. aperi.* vouloit que le testament fut ouvert à la réquisition de l'héritier, *præter partem quam aperiri defunctus vetuit* : que même si le testateur avoit fait une substitution pupillaire par un acte séparé de son testament, encore qu'il n'eût pas expressément défendu de l'ouvrir, le prêteur ne le permettoit qu'en connoissance de cause. Mais que c'étoit le seul cas où il étoit possible de différer la publication des dispositions testamentaires faites par une personne décédée : que la raison de différence entre ce cas, & tous les autres, étoit qu'une substitution pupillaire étoit proprement le testament d'un enfant, fait non par lui, puisqu'il n'étoit pas en âge de tester, mais pour lui, par son pere; qu'il étoit naturel de ne l'ouvrir qu'au décès de celui dont il régloit la succession : que ne pouvant avoir aucune exécution, tant qu'il vivoit, il n'y avoit nul inconvénient d'en différer l'ouverture; la succession du pere ne restant pas dans l'intervalle, *in pendent*, puisque l'impubere la recueilloit comme son héritier.

Mais que dans tout autre cas, si la disposition d'un testateur restoit close, on ne pourroit plus savoir à qui sa succession est destinée : on ne connoitroit plus son héritier; & les biens par lui délaissés resteroient sans maître : que cependant la

propriété ne doit jamais rester en suspens , *dominum non potest esse in pendentii* : que par cette raison , quoiqu'on puisse instituer un héritier sous condition , il n'est pas possible d'ordonner qu'il ne prendra la succession qu'après un certain tems , *veluti si post quinquennium quam moriar* , §. 9 , *inst. de hered.* ; que quand même une pareille disposition se trouve dans un testament , elle est censée non écrite , & que l'héritier succède à l'instant , & à l'ordinaire , *hereditas , ex die , vel ad diem non recte datur , sed visio temporis sublato manet institutio*. L. 34 , *ff. de hered. instit.* dont Godefroy rend cette raison que l'on ne peut mourir *intestatus* , dans un tems , & *testatus* dans un autre : que la possession de l'héritier doit être jointe immédiatement , & sans intervalle à celle du défunt , *possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem*. L. 30 , *ff. ex quib. caus. major.* que Mme. d'Hauconcourt ayant fait deux testamens , l'un devoit être tenu pour révoqué par l'autre , suivant le droit commun , & l'art. 17 du tit. 8 de la coutume de Metz : que si on respectoit la défense qu'elle avoit fait d'en ouvrir un , tant que son mari vivroit on ignorerait jusqu'à sa mort , quel est celui qui doit subsister : que par conséquent aucun de ses enfans ne pourroit savoir ce qui lui appartient dans les biens de leur mere : qu'ils pourroient même mourir avant M. le président d'Hauconcourt , & sans avoir jamais connu aucunes de leurs propriétés , &c. Sur ces moyens le bailliage de Metz , sans s'arrêter à la défense de la testatrice , ordonna l'ouverture & la publication du testament ; ce qui fut exécuté.



TIT. VII.
Observ. 9e.

OBSERVATION IX.

De ceux qui peuvent tester.

PAR le droit romain , pour avoir la faculté de tester , il falloit être citoyen. Voy. Ricard , 1re. part. , ch. 3 , sect. 4 , n. 202 ; & c'est une maxime constante dans ce royaume que les aubains , ou étrangers ne peuvent , sous quelque prétexte que ce soit , disposer par testament des biens qu'ils y possèdent , que jusqu'à la concurrence de 5 sols , sans permission du roi : pas même en faveur de la cause pie , *id.* n. 209 & *suiv.* Cela est vrai dans tous les cas où la succession de l'étranger est dévolue au roi , à titre d'aubaine. Mais si l'aubain a des enfans nés dans le royaume , & y demeurans , qui fassent cesser l'intérêt du roi , & qui aient droit de succéder à leur pere , comme l'établit Bacquet , 4e. part. du droit d'aubaine , ch. 32 , je crois qu'alors l'étranger peut tester. Puisqu'il le peut lorsque le roi le lui permet , il est évident que son incapacité n'est pas absolue , mais relative aux droits du roi (1) : & par conséquent que si par l'existence d'un , ou de plusieurs enfans nés dans le royaume , les droits du roi sont effacés , ces mêmes enfans , qui d'ailleurs ne seroient pas recevables à exciper des droits du roi , n'ont plus rien à opposer au testament de leur pere , l'intérêt du roi cessant , l'ordre naturel des successions est tellement rétabli , que les enfans qui ne sont pas nés dans le royaume , dès qu'il y en a qui y sont nés , succèdent avec eux à leur pere commun étranger non naturalité. Bacquet , *ibid.* ch. 31 , n. 6.

Cela me paroît d'autant plus certain que le droit d'aubaine , quoi qu'en disent quelqu'uns de nos auteurs , n'est rien moins que favorable. Il blesse la loi naturelle , & le droit des gens ; il a quelque chose d'inhumain , & de si contraire à la douceur de nos mœurs , qu'on ne doit pas s'étonner si le monarque qui nous gouverne , & à qui nous donnons si souvent & si justement le titre du meilleur des rois , s'est si facilement porté à l'abolir , à l'égard de tous nos voisins , dont les souverains offroient de ne pas l'exercer chez eux contre les François. On peut dire , en effet , que quoiqu'il eut originairement lieu en France , indistinctement contre tous les étrangers , il n'a jamais pu paroître juste qu'à titre de représailles , & con-

(1) Au moins quant à la faculté de disposer. Car quant à la successibilité , je la crois absolue. Voy. tom. 3 , tit. 8 , obs. 2 , n. 19.

tre les sujets des princes qui l'avoient établi chez eux. Voy. tom. 3, tit. 8, observ. 2, n^o. 20.

TIT. VII.
Observ. 9e.

Celui à qui Faber a prêté son nom, dit sur l'art. 1 du tit. 11 de la coutume de Lorraine, n. 1251, ne l'avoit pas vu observer dans cette souveraineté : & en effet, il n'y étoit pas encore connu du tems de cet auteur. Les princes germains ayant enlevé le royaume de Lorraine à la postérité de Charlemagne, le duché de ce nom a été regardé comme faisant partie de l'empire d'Allemagne, & n'a été reconnu par l'empereur, les électeurs, princes & états de l'empire, *pro libero, & non incorporabili ducatu, superioritate, & principatu*, que par la transaction de Nuremberg, du 26 Août 1542. Voy. les arrêts choisis de la cour de Lorraine imprimés en 1717, pag. 338 & suiv.

5.
Il n'avoit pas
autrefois lieu
en Lorraine.

Or, en Allemagne il n'a jamais été fait mention du droit d'aubaine : quoique dans les derniers tems, quelques-uns des princes de l'empire aient fait difficulté d'admettre à succéder dans leurs états, les sujets des souverains qui n'admettoient pas les leurs à succéder chez eux. A leur exemple, le duc Léopold avoit introduit en Lorraine le droit d'aubaine, non pas indéfiniment, mais seulement contre ceux dont les souverains l'exerçoient eux-mêmes (1), & depuis que la Lorraine est réunie à la couronne, il est hors de doute qu'il faut dans cette province, comme dans tout le reste du royaume, être, ou regnicole, ou exempt du droit d'aubaine, ou avoir des enfans nés en France pour pouvoir tester.

Le droit de bâtardise ne produit pas la même interdiction de tester, que celui d'aubaine : & il est constant que tous les bâtards indistinctement peuvent disposer de leurs biens par testament. Voy. Ricard, 1re. part. ch. 3, sect. 8, n. 466, & Ferrière sur l'art. 292, gl. 1, n. 62 (2). Ce que le dernier dit *ibid.* n. 65, que le condamné à mort est incapable de faire testament, doit être entendu de tous ceux contre lesquels il a été prononcé des condamnations qui emportent la mort civile. Voyez Ricard, *ibid.* sect. 4, n. 230 & suiv. & Faber aussi *ibidem*, n. 1249 & suiv.

6.
Les bâtards
peuvent tester.

7.
La mort civile
rend intestable.

Du principe que chez les Romains, il n'y avoit que les citoyens qui pussent tester, ils concluoient, que tandis qu'un prisonnier de guerre étoit esclave chez les ennemis, il étoit incapable de tester ; jusques-là que son testament fait pendant sa captivité ne valoit pas, même après son retour. Ricard, *ibid.* n. 224, qui trop attaché aux dispositions du droit écrit prétend, n. 229, que notre jurisprudence s'y

8.
Les prisonniers
de guerre peu-
vent tester.

(1) Les évêchois n'y étoient pas sujets à cause des anciens concordats, ce qui a été confirmé en 1701, ni tous les François depuis 1702. Voy. le recueil des édits enregistrés au parlement de Metz & de Lorraine.

(2) La coutume de Luxembourg, tit. 13, art. 3, ôte la faculté de tester aux bâtards nés *ex damnato coitu*. C'est une très-grande singularité.

Tit. VII.
Observ. 9e.

étant confirmée, on n'exécute pas dans le royaume les testamens des François faits dans les terres des ennemis, avec lesquels nous sommes en guerre. J'avoue qu'indépendamment de l'arrêt rapporté en cet endroit par l'auteur des nouvelles remarques sur le traité des donat, arrêt qui a validé le testament fait chez les ennemis par un prisonnier de guerre; j'aurois eu beaucoup de peine à goûter cette opinion de Ricard; tant parce qu'il me paroîtroit bien injuste de priver des droits de cité les défenseurs de l'état qui ont le malheur de tomber entre les mains des ennemis; que parce que chez toutes les nations chrétiennes, les prisonniers de guerre ne tombent plus dans l'esclavage. Mais depuis que l'art. 30 de l'édit de 1735, a mis les prisonniers chez les ennemis, au nombre de ceux qui peuvent faire des testamens militaires, on ne peut douter qu'ils ne conservent le droit de tester.

9.
Si, & de quoi
les serfs de
main morte
peuvent tester.

La condition de nos mainmortables est bien différente de celles des anciens esclaves. Cependant plusieurs de nos coutumes semblent leur refuser entièrement le droit de tester. *Toutes personnes franches*, dit l'art. 60 de la coutume de Vermandois, *peuvent disposer par testament*. Les art. 100 & 108 de la coutume de Vitry; l'art. 98 de la coutume de Bar; l'art. 17 de la coutume de Noyon; l'art. 20 de celle de St. Quentin, &c., ne font de même mention que des personnes franches. La coutume de l'Evêché, tit. 10, art. 1; celle de Lorraine, tit. 11, art. 1, tant aux anciennes qu'aux nouvelles & autres, n'accordent le pouvoir de tester qu'aux *personnes qui sont en leur puissance*: sur quoi Faber, n. 1245, donne pour règle générale que « les serfs, comme sont aujourd'hui nos mainmortes, ne peuvent tester » que jusqu'à cinq fois vieux, s'il n'y a transaction ou prescription au contraire. Ce que Buridan, sur l'art. 60 de la coutume de Vermandois, dit avec raison, « ref- » sentir encore quelque chose de l'esclavage & servitude personnelle ancienne, qui » est à présent abolie ».

Mais comme cette interdiction n'a pour objet que l'intérêt du seigneur, il faut, 1^o. la borner, conformément à l'art. 103 de la coutume de Vitry, à *ce quichet en morte main*; en sorte que le mainmortable peut tester de tout ce qui, par son décès, n'échoit pas à son seigneur; 2^o. la limiter encore au seul cas de l'échûte: en sorte que quand elle n'arrive qu'à défaut d'enfans, le mainmortable qui en a, peut tester entr'eux, même des biens de mainmorte: excepté dans la coutume de Luxembourg, qui, par l'art. 3 du tit. 2, ne laisse aux détenteurs des biens de servile condition, *d'autre disposition sinon qu'ils peuvent, avec permission & consentement du seigneur, marier chez eux un de leurs enfans, soit fils ou fille, qui plus agréé audit seigneur, & le peuvent faire leur successeur ex dits biens*. Voyez au surplus ce que j'ai dit, tom. 1, pag. 106 & suiv.

10.
Le mariage
n'ôte pas la
quantié de per-
sonne franche.

Le Paige donne une interprétation bien singulière aux mots, *personnes franches*, de l'art. 98 de la coutume de Bar. « Franche, dit-il, qui n'est ni sous la puissance d'autrui, ni autrement engagée, soit par le mariage, ou autre lien de droit: en

» sorte que le mari ne peut pas disposer par testament de tous les meubles & acquêts, » mais seulement de la moitié d'iceux «. Il ne le peut pas sans doute, lorsqu'ils sont communs entre lui & sa femme, comme le réglent presque toutes les coutumes, & en particulier, les art. 76 & 78 de celle de Bar; mais c'est parce que la femme est propriétaire pour moitié de ce qui dépend de la communauté; que le mari ne peut disposer en mourant que de l'autre moitié; & non pas parce qu'en se mariant il a perdu la qualité de personne franche. Ce qu'on ne pourroit imaginer sans ridicule. Tout au contraire, cette coutume porte, art. 75, que *l'homme & la femme sont... à leurs droits quand ils sont mariés, quelque âge qu'ils aient*; & nous allons même voir que le mariage, loin d'ôter la faculté de tester, la donne dans quelques coutumes.

J'ai déjà touché quelque chose des dispositions des coutumes de Lorraine & de l'Evêché, touchant ceux qui ont le pouvoir de disposer par testament. Les termes de celle-ci sont: *toutes personnes... étant en leur puissance & usans de leurs droits*; & ceux de celles-là: *toutes personnes qui sont en leur puissance, hors la tutelle & la curatelle d'autrui, usans de leurs droits*. L'art. 292 de la coutume de Paris porte: *toutes personnes... âgées & usans de leurs droits*. Et l'art. 7 du tit. 8 de la coutume de Metz, *toutes personnes âgées de 20 ans, mariées ou jouissans de leurs droits*. Plusieurs autres coutumes ont des dispositions à peu près semblables. Sur quoi on demande, 1^o. si les enfans de famille qui sont sous la puissance de leur pere, peuvent tester? J'ai examiné cette question, tom. 1, pag. 168 & suiv.: & je persiste à ce que j'y ai dit, que la disposition du droit romain qui, comme Ramberviller l'a remarqué sur son tit. 4, étoit au fils de famille toute capacité de tester, même du consentement de son pere, n'est pas suivie en pays coutumier, & que les termes, *usans de leurs droits*, ou autres employés par nos coutumes, montrent » que les » testateurs doivent avoir une volonté entiere & absolue qui ne dépende point de » personne; mais qu'ils n'ont point au fils de famille, qui est en puissance de pere » & de mere la faculté de tester «. A quoi Ferriere, sur l'art. 292, gl. 1, n^o. 22, ajoute après Tronçon, » que cela ne reçoit aucune difficulté «.

Quant aux choses dont le fils de famille peut disposer, j'en parlerai dans l'observation suivante.

2^o. On demande si les mineurs qui sont sous la puissance d'un tuteur peuvent tester? Je n'en fais encore aucun doute; pourvu qu'ils aient atteint l'âge auquel la coutume de leur domicile permet de disposer par testament; ce dont je parlerai dans un moment: & je crois que l'avis contraire de M. Le Camus sur l'art. 292 de la coutume de Paris, n^o. 10, n'est pas soutenable, même dans cette coutume: par la raison qu'elle accorde le pouvoir de tester indéfiniment à tous ceux qui ont atteint l'âge qu'elle fixe: & que d'ailleurs, dès que par l'art. 276 elle annule les dispositions testamentaires des mineurs au profit de leurs tuteurs, &c., il s'ensuit qu'elle

TIT. VII.
Observ. 9^e.

11.
Coutumes qui, pour tester, exigent qu'on soit usant de ses droits.

12.
Si les enfans de famille peuvent tester.

13.
Explication des termes *usans de leurs droits*.

14.
Mineurs en tutelle peuvent tester.

TIT. VII.
Observ. 96.

autorise celles qui sont au profit des personnes capables. Dans le ressort, nous ne faisons pas le moindre doute sur cette question.

15.
Et ceux qui
sont en curatel-
le.

3°. On doit, à plus forte raison, en dire autant des mineurs émancipés, & auxquels il est d'usage d'établir un curateur; car comme ce n'est qu'un curateur aux causes, » il faut, comme le remarque M. Le Camus lui-même, *ibid.* n°. 11, bien prendre garde de ne pas trop étendre le mot de curatelle, qui ne doit être appliqué qu'aux interdits: ou plutôt il résulte de tout ce que je viens de dire, que ces mots, *étant en leur puissance, usant & jouissant de leurs droits*, n'opèrent rien dans la plupart des coutumes, où ils n'ont été insérés que faute de réflexion, & par inadvertence, comme Ferrière le dit de celle de Paris, à la fin du n°. que je viens de citer.

16.
Coutumes où
la femme ne
peut tester sans
autorisation.

17.
Elle le peut
suivant le droit
commun.

Je dis dans la plupart des coutumes, & non dans toutes: parce qu'il y en a quelques-unes où l'un des effets de la puissance maritale est que la femme ne peut tester sans y être autorisée par son mari ou par son contrat de mariage (1). J'en ai fait la remarque, tom. 1, pag. 200, & j'y ai dit que ces coutumes sont exorbitantes du droit commun du royaume, suivant lequel la femme, quoique sous la puissance de son mari, n'en a pas moins la faculté de tester. *Femme mariée*, dit la coutume de Thionville, tit. 10, art. 7, *peut tester de ses biens, & faire donation à cause de mort, sans l'autorité de son mari*. La coutume du Perche, art. 131, a la même disposition; & dans les coutumes qui n'en parlent point, comme celle de Paris & autres, » on ne doute point que les femmes ne puissent tester, sans être autorisées; parce que c'est le droit commun de la France, Ferrière, sur l'art. 292, gl. 1. A la fin du n°. 39, il venoit d'établir, ce que je crois sans difficulté, que la disposition des coutumes qui requièrent l'autorisation, est un statut personnel; en sorte que la femme domiciliée dans une coutume qui lui permet de tester sans autorisation, n'en a pas besoin pour disposer de ses biens situés dans une coutume qui le requiert. Au surplus, par les coutumes de Lorraine, de Metz, & de l'Evêché singulièrement, voy. mes observations, tom. 1, pag. 201 & suiv.

18.
Age requis par
le droit romain
pour tester.

19.
Grande variété
des coutumes
sur ce point.

Personne n'ignore que dans le droit romain l'âge requis pour tester étoit fixé » à la puberté. Ainsi les mâles à 14 ans, & les filles à 12 ans accomplis, pouvoient » faire leurs testamens, & disposer.. de tous leurs biens sans distinction, dit M. D... sur l'art. 7 du tit. 8 de la coutume de Metz. Beaucoup de nos coutumes se sont en ce point écartées du droit civil. Mais il s'en faut bien qu'elles n'aient réglé l'âge de

(1) Comme celle de Lorraine, tit. 1, art. 21; de Bar, art. 103; de Normandie, art. 417. La 1re. art. 2 du tit. 11 aux Nouvelles, permet cependant à la femme n'ayant enfant de mariage précédent de disposer au profit de son mari de sa part des meubles & acquêts faits constant son mariage: & comme c'est une exception de la règle générale, elle ajoute, & pour ce faire est autorisée par la coutume.

tester d'une manière uniforme. Celle de Bayonne, *tit. 11, art. 1*, le fixe pour les mâles à 14 ans, & pour les femelles à 13 ans accomplis. Celle de la Petite-Pierre, *fol. 39*, à 16 ans pour les deux sexes; si le prince pour de bonnes raisons ne permet de tester après 14 ans. Celle d'Angoumois, *art. 119*, aussi pour les deux sexes à 17 ans; celle de Poitou accorde, *art. 276*, la même capacité au fils de famille à 17 ans, & à la fille à 15 ans; celle de Normandie, *art. 414 & 415*, autorise les mâles de tester à 20 ans, & les filles à 16; la plupart, comme Melun, *art. 247*; le Grand Perche, *art. 131*; Vermandois, *art. 59*; Amiens, *art. 56*; Cambray, *tit. 13, art. 5*; Estampes, *art. 102*; St. Quentin, *art. 20*; Auxerre, *art. 225*; Sedan, *art. 114*; Toul, *art. 62*; & autres fixent l'âge de tester à 20 ans pour les mâles, & à 18 ans pour les femelles: & c'est aussi la disposition de l'art. 116 de la nouvelle coutume de Verdun, contraire à l'art. 8 du tit. 3 de l'ancienne coutume de Ste. Croix, qui le fixoit à 18 ans pour les mâles, & à 16 pour les femelles; enfin plusieurs coutumes exigent pour les deux sexes 20 ans accomplis. Je ne citerai que celles de Paris, *art. 293*; de Calais, *art. 86*; de Bar, *art. 94*; & d'Orléans, *art. 293*.

Au reste, quoique la capacité de tester dont il s'agit ici, soit accordée par ces coutumes, à l'âge que je viens de marquer, ce n'est dans la plupart que pour les meubles & acquêts; & à l'égard des propres, & même dans quelques-unes de tous les immeubles, elles la reculent plus tard. Ainsi, par les coutumes de Paris, *art. 293*; d'Estampes, *art. 103*; du Perche, *art. 131*; de Cambray, *tit. 16 art. 5*; de Calais, *art. 86*; d'Orléans, *art. 293* &c. on ne peut disposer des propres qu'à l'âge de 25 ans. C'est aussi la disposition des coutumes de Melun, *art. 247*; de Mantes, *art. 155*; & de Vermandois, *art. 59*. Mais elles exceptent ceux qui n'ont point de meubles, ni d'acquêts, à qui elles permettent de tester de la portion disponibles de leurs propres, au même âge auquel on teste des meubles. Les deux dernières de ces coutumes exceptent aussi les personnes mariées; à Verdun, *art. 116*; & à Toul, *art. 62*, on ne peut tester ni des immeubles, ni des contrats de constitution qu'à 25 ans. La coutume de Poitou fixe l'âge de tester des immeubles à 20 ans pour les mâles, & à 18 pour les filles, quoique, comme je l'ai dit, elle permette de disposer plutôt de ses meubles. A Sedan, la disposition du naissant est reculée à 20 ans pour les filles, qui à 18 peuvent tester de leurs meubles & acquêts &c. &c.

Je ne fais si l'âge requis pour tester étoit bien déterminé à Metz, avant la rédaction de la coutume. D'Abocourt qui travailloit à la préparer, & proposoit les questions qu'il croyoit à propos, que les rédacteurs décidassent, disoit *fol. 285, Rto.* « La personne étant en mainbournie, peut ordonner prendre somme d'argent, par testament sur son héritage, pour aumônes & choses pieuses, moyennant qu'elles soient suffisamment âgées, mais faut savoir comment cet âge suffisant devra être limité: si, suivant les ordonnances, à savoir, le mâle à 20 ans, la fille à 18; ou sui-

20.
Souvent l'âge requis est différent, selon les biens dont on dispose.

21.
Quel étoit autrefois l'âge requis à Metz?

TIT. VII.
OBSERV. 22.

» vant le droit écrit, de *testater* aux mâles à 14 ans, & la fille à 12 ans; car le » jugement n'en fait mention «.

Mais d'un côté, puisque ce jugement qu'il dit être de 1331, avoit été rendu sur le testament d'une personne *étant en mainbournie*, c'est-à-dire en tutelle, il avoit décidé que les mâles pouvoient tester avant l'âge de 20 ans, & les filles avant l'âge de 18 ans, puisque la pleine majorité & la fin de la tutelle étoient alors fixées à cet âge. Voyez mes obs. pag 192 de ce volum. D'un autre côté si ce testament ne disposoit que *pour aumônes & choses pieuses*, il pouvoit n'avoir eu pour motifs, que l'extrême faveur qu'on accordoit alors à ces dispositions, & ne rien préjuger pour celles d'une autre especé. Ce que je crois d'autant plus vrai, qu'il s'agissoit d'une somme d'argent ordonnée par le testateur être prise *sur son héritage*, ce qui semble désigner un bien de tréfonds, tant parce qu'en 1331, les gagieres étoient fort rares, que parce que les mots *héritages, immeubles & tréfonds* étoient synonymes. Voy. mes obs. tom. 1, pag. 233; or les majeurs ne pouvant disposer de leurs tréfonds par testament, le jugement de 1331 qui en validoit la disposition faite en minorité, paroît n'avoir eu pour fondement que la faveur de la cause pie, à laquelle le clergé étoit parvenu à ne laisser aucune borne. Je prouverai même ci-après, obs. 10, n. 51, qu'on pouvoit autrefois donner par testament, pour aumônes & choses pieuses, une somme à prendre sur les tréfonds.

22.
Il est fixé au-
jourd'hui à 20
ans.

23.
Sans distinction
de sexe ni d'é-
tat.

Quoi qu'il en soit, aujourd'hui la faculté de tester n'est accordée par l'art. 7 du tit. 8 de notre coutume qu'aux personnes âgées de 20 ans, mariées, & jouissans de leurs droits. J'ai peine à croire que dans l'idée des rédacteurs de notre coutume, cet art. ne fut pas relatif à l'art. 4 du tit. 1, suivant lequel la puissance paternelle, & la tutelle finissoient lorsque les enfans étoient *mariés, émancipés par justice, pourvus d'état ou grade honorable*; ou qu'ils avoient, *les mâles 20 ans complets, & les filles 18*; en sorte que par toutes ces voies & par chacune d'elles, ils devenoient jouissans de leurs droits. Cependant la coutume fixant l'âge de tester à 20 ans sans distinction de sexe, il est certain d'abord qu'à Metz les femmes ni les filles ne peuvent tester à 18 ans, & en second lieu que » ni le mariage, ni l'émancipation par justice, ni l'état ou grade ne doivent & ne peuvent pas suppléer au défaut de l'âge de » 20 ans requis pour faire testament «. Ancillon qui le dit ainsi sur cet art. 7 du tit. 8, Vbo. *âgé*, a raison d'ajouter que, quoique ceux qui sont parvenus à l'âge de la première puberté, puissent se marier, il ne s'ensuit pas qu'à cet âge, ils » aient le jugement assez ferme & assez mûr pour disposer sagement de leurs biens «. Voyez aussi M. D... sur cet article, où il est très-fondé à invoquer l'usage; parce qu'il est certain & notoire, & qu'il resserre très-à-propos les inconvéniens qu'il y auroit de s'en départir.

24.
Coutumes où
le mariage don-
ne la capacité
de tester.

Cependant différentes coutumes l'ont fait, *toutefois*, dit l'art. 59 de celle de Vermandois, *où lesdits mâles & femelles seroient mariés auparavant ledit âge de 20 ans ou 18 ans, pourront tester... tout ainsi comme s'ils avoient atteint ledit âge*, même

disposition dans les usages de Toul, art. 62 ; & dans la coutume de Verdun, art. 116, qui en ce point s'est conformée à l'art. 8 du tit. 3 de l'ancienne coutume de Ste. Croix. » Le mariage, dit LaFons, fut celui de la coutume de Vermandois, n. 6, » est argument de maturité & industrie pour suppléer aucunement ce qui défaut » de l'âge « ; mais cette réflexion est-elle bien juste ? N'est-elle pas même journalièrement démentie par l'expérience ? Ces coutumes n'en doivent pas moins être observées dans leur ressort, parce que la fixation de l'âge pour tester est chose purement arbitraire : & qu'il y a des raisons pour l'accorder avant 20 ans, & sur-tout aux personnes mariées. Mais on ne peut tirer des coutumes qui ont eu égard à ces raisons aucun argument contre l'usage, peut-être plus prudent, qu'on suit dans celle de Metz, ou les raisons contraires ont paru prépondérer antes.

» Dans les coutumes qui ne limitent point l'âge auquel on peut tester, Ricard » sur l'art. 293 de celle de Paris, remarquoit qu'il avoit été jugé qu'il faut suivre la » disposition de droit ; savoir 12 ans pour les femelles, & 14 pour les mâles «. Il en indi que huit arrêts, *traité des donations, part. 1, chap. 3, sect. 3 n. 182*, & soutient *au n. suivant* » qu'ils sont dans les règles, & conformes à l'intention de nos coutumes dans les tems qu'elles ont été redigées. De sorte que la cour, pour se tenir » dans les maximes n'a pu juger autrement ; mais, ajoute-t-il, ma pensée est qu'il se- » roit fort à propos de faire un règlement général, pour établir dans ces coutumes » qui sont demeurées dans le silence, le tems de disposer par testament en un âge » plus avancé : d'autant que l'expérience nous enseigne, qu'un enfant de 14 ans a » bien peu de maturité pour ... se faire des héritiers, au lieu de ceux que le sang & » la coutume lui avoit destinés ». Ferrière sur l'art. 293, n. 9, rapporte aussi huit arrêts qui dans les coutumes muettes ont validé les testaments faits par des mineurs de 20 ans au-dessus de l'âge de puberté : cinq de ces arrêts & peut-être six sont les mêmes que ceux dont parle Ricard, les autres sont différens.

Mais Ferrière en rapporte aussi cinq autres qui ont jugé que, dans les coutumes qui ne fixent pas l'âge de tester, il falloit suivre la coutume de Paris : & il dit que c'est la dernière jurisprudence. Ancillon, à l'endroit cité, se fondant sur un de ces derniers arrêts, qui est celui du 5 Avril 1672, dit aussi que le parlement de Paris s'est départi de son ancienne jurisprudence, & a jugé dans les derniers tems que, dans les coutumes muettes sur l'âge de tester, il faut suivre la disposition de la coutume de Paris.

Il me paroît beaucoup plus vrai que depuis que cette cour (contre les arrêts par elle rendus les 7 Janvier 1581, 10 Avril 1600, 31 Juillet 1601, 28 Février 1615, 24 Mai 1632, & autres, qui tous avoient jugé que, dans les coutumes qui ne fixent point l'âge de tester, il falloit se conformer au droit écrit) a paru douter du principe, elle n'a eu pendant assez long-tems qu'une jurisprudence vacillante & incertaine. On en conviendra si on combine les dates des arrêts postérieurs. Le premier de ceux qui ont donné la préférence à la coutume de Paris est du 5 Juillet 1636,

TIT. VII.
Observ. 9^e.

25.
Quel âge est
réquis dans les
coutumes qui
ne le fixent
pas.

TIT. VII.
Observ. 2e.

& celui du 11 Janvier 1641 est revenu à l'ancienne jurisprudence. Elle a été de nouveau abandonnée par celui du 23 Août 1652 ; puis reprise par celui du 19 Juin 1670. On cite pour l'opinion qui veut qu'on étende la coutume de Paris dans les coutumes muettes, les arrêts des 23 Septembre 1671, & 5 Avril 1622. Mais celui du 6 Septembre 1673 a encore jugé qu'il falloit suivre le droit écrit : avec cette particularité remarquable qu'il s'agissoit d'un testament fait à Paris, mais par une jeune Dlle. domiciliée en Auvergne, dont la coutume ne régle point l'âge pour tester. Depuis cet arrêt, où le parlement de Paris a encore suivi son ancienne jurisprudence, Ferriere ne cite que celui du 31 Janvier 1702, rendu dans la coutume de Senlis où il s'en soit départi. Il auroit pu cependant en ajouter un autre de l'année précédente pour la coutume de Chartres. Mais après tant de variations, un ou deux arrêts ne suffisoient pas, ce me semble, pour autoriser Ferriere à dire que le parlement de Paris avoit voulu établir pour principe certain que, dans les coutumes qui ne définissent point l'âge auquel on peut tester, on ne doit point suivre le droit romain comme autrefois ; mais qu'on doit suivre à présent la disposition de la coutume de Paris. Après avoir quitté & repris trois fois son ancienne jurisprudence, étoit-il bien assuré que le parlement de Paris ne la reprendroit pas une quatrième ? Ancillon la croyoit fixée par l'arrêt de 1672, & celui de 1673 a prouvé qu'il se trompoit.

M. l'avocat-général Le Nain ne croyoit pas du moins qu'elle s'étendit indistinctement à toutes les coutumes qui ne parlent pas de l'âge requis pour tester. » On a, » disoit-il, distingué dans ce dernier tems les coutumes particulieres qui avoient entièrement l'esprit du droit romain ; comme la coutume d'Auvergne, dont une partie se gouverne même uniquement par le droit romain, & l'autre par la coutume qui ne forme que quelques usages particuliers, ou exceptions au droit romain... Dans ces coutumes, on a jugé conformément au droit romain. Mais dans toutes les autres qui sont du droit coutumier, on a décidé, ou suivant les coutumes voisines, parce qu'elles ont plus de rapport avec l'esprit de la province, ou d'après celle de Paris : non pas qu'elle doive avoir lieu par tout le royaume ; parce qu'il est constant que Paris, quoique la capitale, n'a point donné ses loix à tout le royaume ; mais parce que la sagesse & la capacité des rédacteurs doit nous déterminer en sa faveur, pour nous montrer quel est l'esprit général du droit coutumier. Voy. le 5e. tom. de la nouvelle édition du journal des audiences, liv. 7, ch. 26, pag. 168.

Cette question n'entroit pas directement dans la cause. Il s'agissoit d'un testament passé dans la coutume de Blois, qui ne détermine ni l'âge auquel on peut tester, ni celui que doivent avoir les témoins testamentaires. Ce testament étoit attaqué par différens moyens, l'un desquels étoit le défaut de l'âge, non de la testatrice, mais d'un des témoins qui n'étoit âgé que de 17 ans. M. Le Nain ne parloit donc de l'âge que doivent avoir les testateurs que parce que les auteurs insinuent, comme je l'ai remarqué,

remarqué, observ. 5, n^o. 1, que cet âge détermine dans chaque province celui que doivent avoir les témoins des testamens. » On ne trouvera, disoit ce magistrat, aucune loi qui ait jamais distingué l'âge de tester ou l'âge des témoins... L'un & l'autre ont toujours marché d'un pas égal... Toutes les coutumes qui disposent de l'un & de l'autre marquent un âge égal : & en supposant que l'un est la conséquence nécessaire de l'autre, (ce que l'édit de 1735 n'a pas admis, comme je l'ai observé, *ibid.*), on pourroit regarder l'arrêt rendu sur les réquisitions de M. Le Nain, le 2 Juillet 1708, comme ayant fixé la jurisprudence du parlement de Paris pour tester dans les coutumes muettes ; puisqu'il » fait défenses à tous notaires, tant du bailliage de Blois qu'autres, de se servir, dans les contrats, actes & testamens qu'ils recevront, » de témoins qui soient... au dessous de l'âge de 20 ans accomplis : règlement dont la publication est ordonnée. Mais quoiqu'il exceptât les testamens de ceux qui seroient précédemment décédés, les inconvéniens qu'il entraînoit engagèrent le parlement d'en rendre un autre le 25 Avril 1709, qui ordonna que les défenses de se servir de témoins au dessous de 20 ans n'auroient » pas lieu dans les provinces ré- gies par le droit écrit, ni dans celles qui se régient par le droit coutumier, & dans » lesquelles il est permis de disposer par testament avant l'âge de 20 ans accomplis : & qui valida même les testamens faits avant la publication du règlement de 1708, quoique les testateurs fussent encore vivans dans le tems qu'elle avoit été faite : exception qui montre bien que ce règlement étoit contraire à l'usage.

On peut donc dire que si Ricard souhaitoit un règlement général qui fixât le tems de disposer par testament à un âge plus avancé & plus mûr que celui de la puberté, dans les coutumes qui gardent le silence sur ce point, ce règlement n'est point intervenu, même pour le ressort du parlement de Paris ; ou du moins que ceux qu'il a rendus n'ont rien statué de bien net, ni de bien formel à cet égard. Nous venons d'ailleurs d'entendre avouer à cet auteur que l'ancienne jurisprudence du parlement de Paris étoit, sans difficulté, conforme aux regles & à l'intention de nos coutumes, dans le tems qu'elles ont été rédigées, & que, pour se tenir dans les maximes, on ne pouvoit que confirmer les testamens faits au dessus de l'âge de puberté dans les coutumes qui ne déterminoient rien sur l'âge requis pour tester. C'est donc à quoi nous devons nous conformer dans le ressort ; car, 1^o. dans une question problématique, est-il permis de s'écarter des regles, & violer les maximes ? Or, s'il y a des raisons pour ne pas accorder de trop bonne heure la faculté de tester, il y en a d'autres pour ne pas la refuser à ceux qui ont atteint la puberté. On ne doit pas, dit encore Ricard, *ibid.* n. 177, » envier à ceux qui meurent en ce jeune âge » cette consolation de disposer de leurs biens, & d'en récompenser ceux qui ont » bien mérité d'eux.. Pour une chose si favorable, il n'est requis que l'usage de la » raison ; & si-tôt que nous pouvons discerner ceux qui nous veulent du bien d'avec » nos ennemis, nous devons avoir le pouvoir de reconnoître les premiers par nos » bienfaits. Aussi nos loix permettant à cet âge de délibérer de l'action la plus im-

» portante de la vie, qui est le mariage, ce seroit sans apparence que l'on nous jugeroit incapables de tester «.

2°. Quand ce seroit aujourd'hui une regle générale au parlement de Paris d'annuler tous les testamens faits avant l'âge de 20 ans accomplis, ce que je ne crois pas véritable, cette détermination du premier tribunal du royaume n'auroit force de loi que dans son ressort. Je conviens que ce seroit dans le nôtre une autorité infiniment respectable. Mais en ne considérant ces arrêts que comme des préjugés, je ne vois pas pourquoi l'autorité des derniers auroit plus de poids que celle des précédens. Ainsi, outre l'excessive prévention des Parisiens pour leur coutume (à laquelle ils attribuent dans toute la France une autorité que M. Le Nain convient qu'elle n'a pas, & que les autres parlemens lui refusent), a pu influer sur les arrêts qui ont jugé qu'il falloit s'y conformer pour l'âge de tester dans les coutumes qui ne le régloit pas; si on les compare à ceux qui ont jugé au contraire qu'on devoit y suivre le droit romain, on trouvera que ceux-ci sont en bien plus grand nombre que les autres. L'autorité de quelques préjugés du parlement de Paris peut donc d'autant moins paroître, hors de son ressort, un motif déterminant, qu'elle est contrebalancée par d'autres préjugés tout contraires, émanés du même tribunal & plus nombreux.

Il me paroît donc plus que douteux, quoi qu'en ait dit Ancillon, qu'on jugeroit à Metz qu'il faut, dans les coutumes qui n'en disposent pas, régler l'âge de tester suivant la coutume de Paris, & non pas suivant le droit romain, à moins que, comme dans deux de nos coutumes du ressort, il n'ait été reculé jusqu'à 20 ans par une conséquence résultante de quelqu'autre disposition; & confirmée par un usage certain.

26.
Dans la coutume de Lorraine.

L'une de ces coutumes est celle de Lorraine. Elle ne fixe pas en termes précis l'âge auquel on peut tester; mais elle n'en accorde la faculté, art. I du tit. II aux anciennes & aux nouvelles, qu'aux *personnes qui sont en leur puissance, hors la tutelle... d'autrui*. Or, par l'art. 12 du tit. 4, la majorité, & par conséquent la fin de la tutelle est fixée à 20 ans. D'où l'on a conclu que l'esprit de cette coutume étoit qu'on ne pût tester avant cet âge. » Partant, dit l'anonyme qui l'a commenté, *note B, sur l'art. 1 du tit. 11*, ces pupilles & mineurs ne peuvent faire testament, » encore que de droit le mâle pût tester à 14 ans, les femelles à 12 parfaits & accomplis «. Canon, au commencement de son annotation sur le même article, dit, dans le même sens: » la permission de tester... octroyée par cet article à ceux » qui sont en leur puissance..., induit que ceux qui ne sont pas de cette qualité, » n'en ont le pouvoir «. Et Faber, n°. 1242, après avoir observé la disposition du droit civil, ajoute: » mais par cette coutume n'étant cette faculté donnée qu'aux » personnes hors la puissance d'autrui, & n'étant les pupilles hors de cette puissance » qu'à 20 ans, on doit juger tous pupilles étant sous la charge de tuteurs & curateurs incapables de tester «.

Mais peut-on encore aujourd'hui tester à 20 ans dans la coutume de Lorraine? Le duc Léopold a reculé la majorité jusqu'à 25 ans, par l'édit du 8 Mars 1723.

Ainsi on ne sort plus en Lorraine à 20 ans de la puissance d'autrui. Mais cet édit, qui d'un côté ne faisoit pas loi dans les lieux du ressort, qui, quoique régis par la coutume de Lorraine, n'étoient plus sous la domination de ce prince, ne pouvoit d'un autre côté s'appliquer à l'âge requis pour tester, que Léopold n'avoit eu aucune intention de changer : & il est demeuré, même dans ses états, fixé à 20 ans, suivant l'esprit originaire de la coutume.

L'autre coutume du ressort, on ne peut tester qu'au même âge, quoiqu'elle ne le porte pas formellement, est celle de l'Evêché. Ramberviller, au commencement de son tit. 4, fait mention d'une ordonnance du mois de Janvier 1566, avant Pâques, du cardinal de Lorraine, administrateur du temporel de l'Evêché de Metz (1), par laquelle ce prélat avoit fixé pour les mâles la majorité à 20 ans, & la puberté à 17; & pour les femelles, la majorité à 18, & la puberté à 15 ans. Ramberviller, relativement à ce statut (c'est le nom qu'il lui donne) demande si c'est la puberté ou la majorité qui, dans l'Evêché, donne le pouvoir de tester ? Et après avoir proposé quelques raisons pour & contre, il conclut que » sans attendre l'âge de 20 ans, » l'homme qui, dans ce pays, a atteint le dernier jour de l'an 17e. de son âge, & » la femme le dernier du 15e., n'étant en puissance de pere, peuvent valablement » faire testament «.

Mais l'ordonnance du cardinal de Lorraine est tombée depuis très-long-tems dans le plus profond oubli. On n'y a eu aucun égard lors de la rédaction de la coutume de l'Evêché : & ceux qui y ont travaillé avec Ramberviller ne se sont pas arrêtés à son opinion. La liberté de tester n'a été accordée par l'art. 1 du tit. 10 qu'aux personnes étant en leur puissance, & usant de leurs droits : disposition qui, rapprochée de celle de l'art. 15 du tit. 1, jeunes fils & jeunes filles, âgées de 20 ans, sont en leur puissance, & de celle de l'art. 13 du tit. 4, fils & filles à marier demeurent en tutelle & curatelle jusqu'à l'âge de 20 ans, a fait conclure que l'âge requis étoit celui de 20 ans pour les deux sexes. On en a d'autant plus facilement tiré cette conséquence, qu'elle rendoit la coutume de l'Evêché conforme aux deux coutumes voisines, avec lesquelles elle a le plus d'affinité ; celle de Metz & celle de Lorraine.

M. D... qui, sur les trois premiers articles du tit. 10 de la coutume de l'Evêché, atteste que tel est son esprit, semble penser qu'on peut aussi le confirmer par la disposition de la coutume de Paris (2). Mais je ne crois pas qu'en ce point, non plus qu'en aucun autre, la coutume de Paris ait eu aucune influence sur les usages de

TIT. VII.
Observ. 9e.

27.
Dans celle de
l'Evêché.

(1) Malgré la révolution de 1552, le cardinal jouissoit encore dans cet évêché des droits régaliens, pour ne pas dire de presque tous les droits de la souveraineté.

(2) » L'âge pour tester n'est point, dit-il, déterminé par le présent art. 1. Mais soit que l'on recourre à la coutume de Paris, ou à celle de Metz qui est la plus voisine, on ne peut douter que cet âge ne soit fixé à 20 ans accomplis «.

TIT. VII.
Observ. 9^e.

L'Evêché, ni du reste du ressort. Quand ils y sont conformes, elle peut servir à montrer qu'ils ne répugnent pas au droit commun. Mais ce n'est gueres par ses dispositions qu'on peut remplacer celles qui manquent à nos coutumes. Voy. ce que j'ai dit, tom. 1, pag. 45.

28.
Dans celle de
Luxembourg.

Mais si dans quelques-unes de celles des coutumes de Lorraine & de l'Evêché, qui ne fixoient pas en termes formels l'âge requis pour tester, on a cru trouver des preuves que leur esprit étoit de le reculer jusqu'à 20 ans, & si l'usage a confirmé cette opinion, je ne crois pas qu'il en soit de même dans celles des autres coutumes du ressort, qui ont aussi gardé le silence sur ce point. Je ne fais même aucun doute que, dès qu'on est parvenu à l'âge de la première puberté, on ne soit, dans la coutume de Luxembourg, capable de disposer par testament suivant le droit romain, qui fait la loi dans cette coutume, sur tous les points qu'elle n'a pas contrairement décidés, & auquel elle renvoie en différens endroits; & singulièrement à l'art. 1 du tit. 10; qui accorde la faculté de tester à tous ceux à qui elle n'est pas interdite par le droit écrit. Le parlement de Paris lui-même le jugeroit ainsi, s'il adopte la distinction de M. Le Nain (1) entre les coutumes qui ont entièrement l'esprit du droit romain, & celles qui sont du droit coutumier.

29.
Dans celle de
St. Mihiel.

Ce que j'ai dit, n. 25, me fait croire que notre parlement jugeroit aussi que pour l'âge de tester, on doit dans la coutume de St. Mihiel se conformer au droit romain. On penseroit peut-être différemment à Nanci, où j'ai entendu soutenir que la coutume de Lorraine étoit la loi générale de tous les états, autrefois gouvernés par les ducs de Lorraine (2); en sorte que la coutume de St. Mihiel ne doit être considérée

(1) Voy. ci-dessus n. 25. Je ne fais cependant si ce magistrat n'a pas imaginé cette distinction pour excuser l'étonnante contrariété des arrêts du parlement de Paris.

(2) Ce que je vais dire pouvoit être la matière d'une observation qui auroit été mieux placée dans le titre préliminaire par lequel j'ai commencé cet ouvrage, qu'elle ne le sera ici. J'y profiterai cependant de l'occasion de réparer cette omission puisqu'elle se présente.

Tout le monde fait que le duché de Lorraine & celui de Bar ont formé, pendant très-long-temps deux états séparés, & possédés par deux maisons différentes. Leur histoire est trop connue, & il est trop facile à ceux qui l'ignorent de s'en instruire pour m'y arrêter. Je dirai seulement que Robert, comte de Bar, épousa en 1368, Marie de France, fille du roi Jean. Quelques-uns disent qu'en faveur de ce mariage le roi érigea le comté de Bar en duché. Robert & Marie eurent plusieurs enfans; entre autres, Louis, cardinal de Bar, & Yolande, femme de Jean, roi d'Arragon. Le cardinal, après la mort de ses frères, fut reconnu duc de Bar. Mais ce duché lui fut contesté par la reine d'Arragon, sa sœur aînée: Il le donna, en 1419, à René d'Anjou, petit-fils de cette reine, qui, l'année suivante, épousa Isabelle, duchesse de Lorraine. Par ce mariage les duchés de Lorraine & de Bar se trouverent réunis dans la maison d'Anjou, & y restèrent malgré les prétentions de celle de Vandemont, branche cadette de la maison de Lorraine qui descendoit du duc Jean, aïeul d'Isabelle. Mais, en 1474, ils échurent à Yolande d'Anjou.

qu'e comme une coutume locale , & conséquemment que dans tous les cas qu'elle n'a pas prévus & décidés, celle de Lorraine avoit à St. Mihiel autant d'autorité qu'à Nancy , & dans les Vôges, ou le bailliage d'Allemagne, & devoit y être suivie comme municipale ; car il n'est pas douteux que les coutumes générales ont force de loi municipale dans toute l'étendue de leur district , même dans les parties de ce district , où on

qui avoit épousé Ferry de Lorraine , comte de Vaudemont : ce qui réunit dans la maison de Lorraine le duché de ce nom, & y fit passer celui de Bar.

Mais la réunion de ces deux souverainetés n'a jamais mis l'une dans la dépendance de l'autre , & chacune d'elles a conservé ses loix & ses usages.

Le duché de Bar est divisé en deux parties. Le Barrois mouvant , dont Bar est la capitale , & qui , comme ancien fief du comté de Champagne , ou de la couronne ressortit au parlement de Paris , & le Barrois non mouvant , dont la ville de St. Mihiel doit être regardée comme la capitale , & dans lequel autrefois , & long-tems après la réunion des deux duchés de Lorraine & de Bar, dans la même main , la justice étoit administrée par une cour souveraine établie à St. Mihiel. Louis XIII que les infidélités du duc Charles IV avoient forcé de s'emparer des états de ce prince , la supprima par édit du mois d'Octobre 1635 , & en attribua la juridiction au conseil de Nancy ; mais bientôt ce conseil fut supprimé lui-même par des lettres-patentes du même roi , du 13 Juillet 1637 , qui ajoutèrent tout son ressort à celui du parlement de Metz. Ce n'a été que sous le regne du duc Léopold , rentré dans ses états par le traité de Riswick qu'il a été rétabli à Nancy une cour souveraine , dont la juridiction a été étendue sur le Barrois non mouvant. Mais l'attribution faite à ce tribunal du Barrois non mouvant , ne pouvoit pas plus ôter à la coutume par laquelle il est régi l'autorité d'une coutume principale & municipale , que l'attribution faite au parlement de Metz des prévôtés de Thionville, Montmédy , & autres , & de celle de Marville , ne pouvoit influer sur les coutumes de Luxembourg & de Vermandois qui régissent ces prévôtés.

Sur quoi donc se fonderoit-on pour prétendre que la coutume du Barrois non mouvant , ou de St. Mihiel , n'est qu'une coutume locale de celle de Lorraine ? Seroit-ce sur ce que celle-ci est intitulée *Coutume générale* , non-seulement dans les imprimés , mais aussi dans les édités des ducs de Lorraine ? Il est évident que cette épithete générale ne lui a été donnée que parce qu'elle étoit commune aux trois grands bailliages qui comprenoient toute la Lorraine : & l'intitulé même prouve qu'elle n'a pas été rédigée pour servir de loi au bailliage de St. Mihiel , dont il n'est pas fait mention , au lieu que les termes du titre sont : *Coutumes générales du duché de Lorraine pour les bailliages de Nancy , Vôges & Allemagne.*

Seroit-ce parce qu'on a travaillé à la réduction de ces coutumes , à leur examen , & à la modification , ou interprétation de quelques articles d'icelles , pendant la tenue des états généraux , tant de la Lorraine que du Barrois , des 1er Mars 1594 , 12 Septembre même année , & 15 Mars 1599 ? Cela est vrai. Il est même dit qu'à la première de ces assemblées étoient pour le tiers état les députés des villes des duchés de Lorraine & de Bar. Mais dans l'ordonnance du duc Charles III , du 17 Mars 1594 , il est dit qu'ayant convoqué les états généraux de ses pays , *les états des bailliages de Nancy , Vôges & Allemagne* lui ont remontré qu'ils effimoient être de besoin d'établir des coutumes nouvelles , pour le soulagement & bien public des états dejdits bailliages. Il les

TIT. VII.
 Observ. 9e.

est une coutume locale, qui déroge à la vérité à la générale. Mais seulement pour les points qu'elle a réglé différemment : en sorte que pour tous ceux dont elle ne parle pas, on ne connoît dans les lieux particuliers d'autres loix que la coutume générale.

Mais le parlement de Metz n'a jamais admis cette imagination de quelques magis-

homologue, & veut que dorénavant, comme générales en chacun desdits bailliages elles soient suivies. Dans l'édit du 16 Septembre même année, il est à la vérité parlé des ecclésiastiques & vassaux de Lorraine & Barrois assemblés en corps d'état le 12 du même mois : mais il est ajouté : *Notamment des bailliages de Nanci, Vôges & Allemagne*, parce que les dispositions de cette loi les concernoient seuls, & que si trois articles des coutumes de Lorraine paroïssent avoir besoin de modification, c'étoit parce que l'un étoit contraire à l'usage du bailliage d'Allemagne, & qu'on craignoit qu'on ne donnât trop d'étendue aux deux autres, en tous lesdits bailliages. L'ordonnance du 1er. Juin 1595, où il est dit que les états ont mis la dernière main au recueil des coutumes générales, & qui en ordonne la publication & l'enregistrement, ensemble, des styles des procédures, n'est adressée qu'aux baillis de Nanci, Vôges & Allemagne, & à chacun d'eux. Les lettres-patentes du 21 Mars 1599, touchant l'interprétation de quelques articles des coutumes de Lorraine, & du recueil des formalités à observer pour l'instruction des procédures, sont données sur les remontrances de ceux du duché de Lorraine & bailliage de Nanci, Vôges & Allemagne, l'exécution n'en est mandée qu'aux officiers de ces trois sieges : & la taxe même des honoraires & vacations du 1er. Août 1618, est limitée à ces trois bailliages.

Tout confirme donc que la coutume de Lorraine est limitée comme le titre le porte, au duché de ce nom, & n'a nulle autorité dans aucunes des parties de celui de Bar. Lorsqu'on l'a rédigée on n'a pas eu la moindre pensée de la donner pour loi, ni à tous les états qui se trouvoient sous la domination du souverain de la Lorraine en général, ni au bailliage de St. Mihiel en particulier. La coutume de ce dernier bailliage, ou du Barrois non mouvant avoit été rédigée par écrit pour la première fois, en vertu des lettres-patentes du duc Charles III, du 13 Août 1571, adressées au bailli de St. Mihiel près de 23 ans avant qu'il fut question de rédiger celle de Lorraine. La même coutume de St. Mihiel en vertu de nouveaux mandemens du même duc, des 13 Août 1596, & 22 Octobre 1597, a été en 1598, revue, examinée, & mise dans l'état où elle est aujourd'hui ; confirmée ensuite, & homologuée par des lettres-patentes du même duc du 12 Novembre, adressées au bailli de St. Mihiel, avec un style & règlement de procédures différent de celui qui avoit été donné aux bailliages de Lorraine, par des lettres-patentes qui non-seulement veulent que tout ce qui est desdites coutumes que du style & règlement de ladite justice soit dorénavant suivi, observé & entretenu, tant par les juges dudit bailliage, prévôtés, châtellenies, & tous autres lieux généralement y ressortissans que parties : comme loix, statuts & ordonnances, inviolables, notoires, connues & approuvées, & bien & dûment constituées : mais, ce qui ne permet plus d'élever le moindre doute sur la municipalité & l'indépendance de la coutume de St. Mihiel, ajoutent les défenses & inhibitions les plus formelles, à tous avocats, procureurs, ou autres, d'alléguer, poser, articuler, ni faire écrire dorénavant & pour l'avenir, soit en jugement, ou dehors, autres coutumes & style que ce qui est écrit par lesdits articles : & à tous officiers tant du bailliage que des prévôtés, & justice de souffrir qu'il en soit allégué d'autres.

irats, & de quelques jurifconsultes Lorrains. La coutume de Lorraine n'est pas plus municipale dans le Barrois, que celle de St. Mihiel en Lorraine. Elles sont indépendantes l'une de l'autre; & toutes deux ont une égale autorité, chacune dans son territoire. C'est de quoi on n'a jamais douté en France, & ce qu'on n'a eu aucun prétexte de contredire à Nancy.

Les Lorrains qui presque toujours, & sur-tout sous le regne de Léopold, ont affecté d'imiter les usages & la jurisprudence de France, n'avoient pas la même raison pour attribuer à la coutume de leur capitale la prérogative que le parlement de Paris a voulu attribuer dans toute la France coutumière à la coutume de la capitale du royaume. Les Parisiens se fondent sur ce que la rédaction & la réformation de leur coutume ont été l'ouvrage des plus grands magistrats & des plus savans jurifconsultes. Si donc nonobstant cet avantage, tous les autres parlemens n'ont jamais reconnu à la coutume de Paris aucune autorité légale; dans les autres coutumes du royaume, s'ils ont eu raison de ne lui en accorder aucune, parce que les lumières de ceux qui y ont travaillé n'empêchent pas que leurs missions & leurs décisions n'aient été bornées à cette seule coutume; ce seroit beaucoup plus mal-à-propos qu'on invoqueroit dans la coutume St. Mihiel les regles adoptées dans celle de Lorraine, puisque ceux qui ont compilé celle-ci, n'avoient pas plus de savoir ni de célébrité que ceux qui ont rédigé l'autre.

Il ne suffit pas pour pouvoir tester d'avoir atteint l'âge auquel la loi municipale suppose la raison assez formée pour être capable d'un acte si important; il faut encore qu'elle ne soit pas altérée, quand même nos coutumes ne l'auroient pas décidé, il n'en seroit pas moins évident que le pouvoir de tester ne peut être confié qu'aux personnes saines & d'entendement. Mais la plupart le portent expressément. Metz, tit. 8 art. 7; Paris, art. 292; Vermandois, art. 60; Lorraine, tit. 11, art. 1, aux anciennes & aux nouvelles; l'Evêché, tit. 10, art. 1, &c. On rejette donc les testamens des furieux, des intentés, des imbécilles, & de ceux qui sont en démence. S'il y a une interdiction prononcée contre eux, elle suffit pour annuler les dispositions qu'ils ont faites postérieurement, mais s'ils n'ont pas été interdits, ou qu'ils aient testé quelque tems avant les poursuites commencées, pour parvenir à l'interdiction, l'opinion commune fondée sur les arrêts, est qu'il faut prouver que le testateur avoit l'esprit aliéné, avant, lors & depuis le testament, preuve très-difficile, & que j'ai vu échouer plus d'une fois; car comment trouver des témoins qui puissent déposer que dans l'instant compris de la confection du testament le testateur n'étoit pas *mentis compos*? La Dlle. Le Page avoit réduit à la légitime son fils unique, qui, à la vérité, avoit eu dans sa jeunesse une assez mauvaise conduite, & elle avoit nommé le sieur Dumoulin, son neveu, son légataire universel. Le fils prouva complètement que sa mere donnoit journellement des marques d'une démence absolue, dans les tems antérieurs & postérieurs & les plus voisins du testament. Le légataire universel fit entendre quelques témoins qui dirent avoir entendu faire à cette femme des raisonnemens

TIT. VII.
Oblerv. 9e.

30.
Pour tester,
il faut avoir
l'esprit sain.

31.
Quelle preuve
est requise si le
testateur n'a
pas été inter-
dit.

TIT. VII.
 Observ. 92.

senés. On en conclut qu'elle avoit des intervalles lucides : & le testament fut confirmé. Cette jurisprudence est-elle bien fondée ; le testament d'une mere qui préfère son neveu à son fils, & en général tous les testamens qui dérangent l'ordre naturel des successions, sont-ils assez favorables pour qu'on doive présumer qu'un testateur, qui avoit habituellement l'esprit altéré, a testé dans un moment où il jouissoit de toute sa raison ; à moins que le contraire ne soit prouvé ? J'avoue que, lorsque le testament est l'ouvrage d'une personne dont l'entendement paroïssoit fréquemment troublé, je trouverois plus juste de charger ceux qui veulent profiter de ses dispositions, de prouver qu'elle les a faites dans un tems où elle avoit l'esprit sain.

32.
 Si les prodigues peuvent tester.

M. D... sur les trois premiers art. du tit. 10 de la coutume de l'Evêché met au nombre de ceux qui ne peuvent tester, *les prodigues qui sont interdits, & mis en curatelle*. Il faut faire attention à ces derniers mots ; car on peut être dissipateur sans avoir l'esprit troublé : le prodigue n'est privé de la faculté de disposer par testament qu'après qu'il est intervenu contre lui une sentence d'interdiction ; & les dispositions à cause de mort qu'il peut avoir faites précédemment sont valables. C'est ce que disent Ferriere sur l'art. 292, gl. 1, n. 12 & suiv. : M. Le Camus, *ibid.* qui fait remonter l'incapacité au jour de la requête présentée pour parvenir à l'interdiction ; Faber sur l'art. 1 du tit. 11, n. 1261, & même D'Abocourt, fol. 285, R^{to}. qui ne met au nombre de ceux qui sont incapables de tester que ceux qui sont *déclarés prodigues*. Il y a donc cette différence entre les faits de prodigalité, & ceux de démence, qu'on peut pour moyens de nullité d'un testament articuler, & être admis à prouver ceux-ci, & non pas les autres.

33.
 Les ecclésiastiques peuvent tester même des fruits de leurs bénéfices, & de ce qui en provient.

Prêtres séculiers de même que laïcs, sont capables de pouvoir faire testament. Coutume de Lorraine, tit. 11, art. 2 ; Faber sur cet art. n. 87, & les jurisconsultes qu'il cite font voir qu'on a douté s'ils pouvoient tester des fruits de leurs bénéfices & des biens qui proviennent de ce qu'ils en ont épargné. A ne consulter que la pureté de la morale chrétienne, des canons, & de la discipline primitive de l'église, tout ce qui excède l'honnête entretien du bénéficiaire appartient aux pauvres, & ce qu'il accumule des revenus de son bénéfice est une espece de vol qu'il leur fait ; c'est sans doute ce qui a fait penser à Canon que les ecclésiastiques ne peuvent pas en tester, si le pape ne leur en a concédé la permission. Comme si le pape pouvoit, ou attribuer la propriété du bien des pauvres, à ceux qui n'en sont que les administrateurs, ou régler ce qui peut ou ne peut pas être l'objet d'une disposition testamentaire. Mais quoiqu'on connût autrefois bien peu les bornes de la puissance pontificale, comment Canon n'a-t-il pas vu que son opinion étoit proscrite par le texte de la coutume. Celle de Sens, art. 79, porte aussi : *l'homme d'église peut disposer de ses biens ainsi que l'homme lay ; j'ajoit que lesdits biens lui soient obvenus de ses bénéfices, ou d'ailleurs.* (Voy. aussi la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 10), & cela a lieu dans toute la France, & dans tous les autres pays catholiques sans aucuns

gens doutes. Ce qui provient non-seulement de ce que l'ancienne discipline sur la destination des biens d'églises est depuis long-tems énervée, & le droit des pauvres sur ces biens, presque entièrement oublié; mais encore de ce qu'il étoit juste de laisser aux ecclésiastiques séculiers le droit de disposer par testament de leurs biens patrimoniaux, & de ceux qu'ils avoient acquis par leur industrie, qu'il eut été presque toujours impossible de distinguer des épargnes par eux faites, aux dépens des pauvres, des revenus de leurs bénéfices, leurs obligations sont toujours les mêmes du côté de la conscience. Mais c'est à elle seule à les remplir.

Mais les religieux qui, comme je l'ai dit ci-dev. tit. 6, obs. 2, n. 2, ne peuvent donner entre vifs, peuvent encore moins donner par testament; le vœu de pauvreté les a dépouillés de toute propriété; & quoique contre la pureté de la discipline, il y ait des ordres où un religieux peut avoir licitement une espèce de pécule, dont il est le maître indépendant pendant sa vie, & dont on souffre même qu'il dispose de son vivant par une donation suivie de délivrance: cependant il ne peut pas en disposer par testament, même avec l'autorité & le consentement de son supérieur, ni avec dispense du pape. Voy. Ricard, 1^{re} part. ch. 3, sect. 5, n. 343 & suiv.

Ce n'est au surplus que le lien, qui engage à perpétuité le religieux, & ne lui permet plus de sortir de l'ordre où il est entré, qui le rend incapable de tester. Ainsi il est libre aux novices de disposer par testament, mais il faut que leurs testaments aient une date authentique, qui assure qu'ils les ont faits avant l'émission de leurs vœux. Ainsi si leurs dispositions sont olographes, elles doivent être reconnues par-devant notaires avant leur profession: si non elles demeurent nulles & sans effets. Voy. obs. 6, n. 21 & suiv.

Par une suite de ce principe, que c'est la perpétuité de l'engagement du religieux, qui le rend incapable de tester, on ne comprend pas dans l'interdiction les prêtres de la congrégation de St. Lazare, ni de celle de l'Oratoire, parce que n'étant pas engagés par des vœux solennels, ils peuvent sortir de leur maison, & rentrer dans le monde.

Par la raison contraire on y comprend les prêtres de la doctrine chrétienne, dont la congrégation étoit originairement séculière, mais qui ont demandé au pape & obtenu la régularité, & qui s'obligent par les vœux solennels de religion. Ferrière sur l'art. 317 de la coutume de Paris, n^o. 27, & M. Le Camus, *ibid.* n^o. 2.

On y comprenoit aussi les jésuites, sans doute parce que, par une singularité qui leur étoit propre, quoique la société ne fut pas liée envers eux, & qu'ils pussent être congédiés par le général, ils étoient liés envers la société qu'ils ne pouvoient quitter sans la permission du général; l'intérêt des familles empêchoit même qu'on ne les admît à recueillir les successions qui leur étoient échues avant leur sortie, ou qui pouvoient leur échoir depuis qu'ils avoient quitté la société. Sur quoi néan-

Tit. VII.
Oblerv. 90.

34.
Les réguliers
ne peuvent tes-
ter.

35.
Les novices la
peuvent.

36.
Les prêtres
des congréga-
tions de St.
Lazare & de
l'Oratoire le
peuvent aussi.

37.
Et non ceux
de la doctrine
chrétienne.

38.
Les jésuites ne
le pouvoient
pas, à moins
qu'ils n'eussent
été congédiés.

TIT. VII.
Observ. 9^e.

moins il y avoit quelque diversité de jurisprudence entre les parlemens qui ayant enregistré la déclaration du 15 Juillet 1715, jugeoient ceux qui avoient quitté la société avant l'âge de 33 ans accomplis, & ceux qui ne l'avoient quitté qu'après ledit âge, incapables de toutes successions échues & à échoir, & les parlemens où cette loi n'avoit pas été envoyée, ni enregistrée, qui tantôt les jugeoient insusceptibles dès qu'ils avoient prononcé les premiers vœux, qu'ils font après le noviciat, & tantôt qu'ils ne l'étoient qu'après avoir fait leurs premiers vœux.

39.
Pourquoi les
jésuites peu-
vent tester
sans pouvoir
succéder.

Mais les jésuites congédiés étoient capables de posséder des bénéfices. Ferriere *ibid.* n. 21, & par une conséquence presque nécessaire, ils n'étoient pas incapables d'acquérir & de laisser des héritiers légitimes, & testamentaires, *id.* n^o. 23.

Tel est l'état des ex-jésuites en France depuis la dissolution de la société, quoiqu'on ait annulé leurs vœux, malgré eux, il n'est pas injuste de les priver de toutes successibilités, parce que l'émission de ces vœux & le tems pendant lequel ils faisoient ne pouvoir rester dans la société sans devenir insuccessibles, emportoit de leur part l'intention formelle de renoncer à toutes successions échues & à échoir : renonciation de laquelle on n'auroit pu les relever, sans porter le trouble dans leurs familles, & en déranger la fortune. Mais cela n'empêche pas que n'étant plus réguliers, ils ne soient rentrés dans le droit de posséder propriétairement les biens qu'ils peuvent acquérir par d'autres voies, & dans celui d'en disposer par testament.

40.
Si les hermites
peuvent tester.

Ferriere dit à peu près la même chose des hermites, à l'égard desquels il me paroît plus sûr de consulter Ricard, des donat. part. 1^{re}. ch. 3, sect. 5, n. 329 & suiv.

41.
Comment, &
de quoi les
chevaliers de
Malthe peu-
vent tester.

En parlant des donations entre vifs, j'ai dit, tit. 6, obs. 2, n. 20, qu'elles étoient interdites aux chevaliers de Malthe, & permises aux religieux promus à l'épiscopat, & aux abbesses, & chanoinesses séculières. Il en est de même des donations testamentaires. Buridan qui dit sur l'art. 60 de Vermandois, que les chevaliers de Malthe sont à raison de leurs vœux, dans la même prohibition de tester, que les autres religieux, tient qu'elle a lieu, *ores qu'ils eussent dispense du supérieur de leur ordre*. Mais Ricard, *ubi supra*, n. 346, & Ferriere aussi, *ubi supra*, n. 61, disent qu'on leur a permis de tester d'une portion modérée de leur pécule, avec la licence du grand maître & du chapitre général de leur ordre : ce que ces auteurs prouvent par un arrêt du 28 Janvier 1604, & par plusieurs autorités, & même par les statuts de l'ordre. Cette condescendance me paroît même nécessaire, parce que ces chevaliers, quoique réguliers par état, liés par des vœux & incapables de recueillir aucunes successions entre vifs ou testamentaires, vivant néanmoins dans le monde, & comme les séculiers, seroient exposés à manquer des secours dont tous les hommes ont besoin, sur-tout dans un âge avancé, si ceux qui les leur rendent n'en pouvoient espérer aucune récompense. Mais c'est du grand maître & du chapitre de l'ordre qu'ils doivent

obtenir la permission de tester suivant les statuts ; & je ne crois pas non plus que Faber sur l'art. I du tit. II de la coutume de Lorraine, n. 1248, que le pape puisse la leur accorder.

Quant aux chanoines, & à leurs abbeffes, tout au contraire des chevaliers de Malthe, leur état est aujourd'hui purement féculier (1), puisqu'elles ne font plus de vœux, qu'elles peuvent se marier, & qu'elles font admises aux fuccellions *ab intestat* de leurs parens, & aux fuccellions testamentaires auxquelles elles font appellées. Mais leur vie est à certains égards, si-non moins modaine, au moins un peu plus approchante de la vie régulière, que celle des chevaliers de Malthe, puisqu'elles habitent toutes dans une même enceinte, ont une église où elles récitent journellement & publiquement l'office divin, & ont dans leur abbefle, & même dans la doyenne des fupérieures qui font censées avoir l'œil sur leur conduite : je ne crois pas cependant qu'on puisse fonder sur ces trois circonftances la néceffité de demander la permission de tester; les abbeffes à leur chapitre, & les chanoines à leurs abbeffes. Cette obligation qui leur est impofée par les statuts de la plupart de ces chapitres, me paroît provenir de l'ufage qui attribue leurs fuccellions mobilières à l'abbaye, à peu près comme la cotte morte des religieux; & je crois que l'un & l'autre font des reffes de l'ancien état de ces maifons, qui toutes fans exception étoient de vrais monafteres habités par des religieufes voilées & liées par des vœux (2).

TIT. VII.
Obferv. 9^e.

42.
Et les abbeffes
& chanoines.
les.

(1) Il y a des religieufes qui parce qu'elles ne font pas cloîtrées fe difent chanoines régulières, & qui font des vœux. On entend bien que ce n'est pas d'elles dont je parle ici.

(2) Je n'ai trouvé cependant aucune preuve que les religieufes des anciennes abbayes de St. Pierre & de Ste. Marie de Metz, aujourd'hui réunies & confondues dans le nouveau chapitre de St. Louis, aient jamais été cloîtrées. On ne s'est, je crois, jamais conformé dans ces deux maifons, ni peut-être dans toutes celles qu'on regarde aujourd'hui comme des chapitres féculiers, à la décrétale *periculofo de statut. relig. in 6^o*. ni aux réglemens du concile de Trente sur la clôture des religieufes, non plus qu'à ceux du même concile, & à l'ordonnance de Blois, sur l'âge de 16 ans néceffaire pour l'émission des vœux. J'ai vu des bulles de coadjutorerie pour l'abbaye de St. Pierre du commencement du 16^e. fiécle, qui portoient que celle que l'abbefle avoit choisie pour coadjutrice étoit âgée de 13 ans, & religieufe profefle du monaftere de Remiremont depuis 4 ans.

C'est parce qu'on a regardé comme nulles ces professions faites dans l'enfance, qu'on n'a plus confidéré les dames de ces abbayes comme religieufes. Les chapitres de Lorraine fe font fécularifés l'un après l'autre, & avant ceux de Metz. Quant à ceux-ci, la dame de Cuffigny ayant obtenu en 1638, un récrit de cour de Rome, pour être relevée des vœux qu'elle avoit faits à l'abbaye de St. Pierre, elle ne put prouver ce qu'elle avoit expofé au pape, qu'elle ne les avoit faits que par contrainte & par violence. Mais fon défendeur ayant découvert qu'elle les avoit prononcés avant l'âge de 16 ans, il fournit qu'ils étoient nuls; & abandonnant fon récrit, qu'il dit avoir été mal à propos demandé, il obtint une fentence de l'official de Metz, qui

TIT. VII.
Oblerv. 9e.

Mais aujourd'hui qu'elles sont en possession d'un état purement séculier, & qu'elles héritent de leurs parens, il me semble qu'on devroit rendre leur succession mobilière à leurs familles. Lorsqu'elles meurent intestates, & les dispenser de demander la permission de tester, à plus forte raison je pense comme Faber, n. 1246 & suiv. que cette permission ne peut leur être refusée, lorsqu'elles la demandent, & qu'il suffit qu'elles l'aient obtenue une seule fois, sans qu'on puisse les obliger, ni de la faire renouveler tous les ans, ni d'en obtenir une nouvelle toutes les fois qu'elles veulent changer leurs dispositions. Voy. le même Faber n. 1021.

43.
Le religieux
devenu évêque
peut tester.

A l'égard du religieux devenu évêque, il a la liberté de disposer... par testament des biens qu'il a épargnés du revenu de ses bénéfices; parce que n'y ayant que ses parens qui lui succèdent, comme je l'ai dit, tit. 6, obl. 2, n. 21, qui ayant intérêt de contester la disposition qu'il peut faire, il est certain qu'ils seroient non-recevables à l'entreprendre; vu que, considérant l'évêque sous la qualité de religieux, ils deviendroient eux-mêmes incapables de lui succéder. Ce sont les termes de Ricard, *ibid.* n. 324, copiés par Ferriere, aussi *ibid.* n. 60.

44.
Quelles infirmités corporelles empêchent de tester.

Les infirmités corporelles ne privent du pouvoir de tester que quand elles ôtent la raison, & pendant le tems qu'elles en suspendent l'usage; ou quand elles empêchent absolument ceux qui en sont affligés de faire connoître avec certitude leur volonté. Pourvu qu'ils puissent comprendre ce qu'ils font, & faire entendre ce qu'ils veulent, quoiqu'avec toutes les difficultés imaginables, je ne fais point de doute que leurs dispositions ne fussent bonnes, parce que la loi ne les déclare incapables qu'en tant qu'ils se rencontrent dans l'impossibilité de satisfaire aux formes qu'elle a introduites (1), & non point par aucune indignité qui soit en eux... Il suffit que

sans faire mention du rescrit, renvoya au siecle la dame de Cuffigny. De-là toutes les autres religieuses de cette abbaye & de celle de Ste. Marie conclurent que leurs vœux faits avant cet âge entre les mains de l'abbesse, & presque sans solemnités, n'étoient pas moins nuls que ceux de cette dame, & qu'elles ne devoient plus en faire que pour le tems qu'elles resteroient dans la maison. Dans la suite elles n'en firent plus du tout. Elles conserverent l'année de probation, mais sous le nom de stage: changerent pour elles-mêmes le nom de religieuses en celui de chanoinesses, & contracterent des mariages qui d'abord déplurent beaucoup à leurs familles, mais que cependant les parties intéressées ne crurent pas pouvoir attaquer, parce que celles qui se marioient, ou avoient fait leurs vœux avant 16 ans, on ne les avoit fait que comme je viens de dire, pour avant de tems qu'elles voudroient conserver leur état, ou même n'en avoient point fait du tout.

(1) Presque toujours la caducité de la vieillesse, & souvent les restes de certaines maladies affoiblissent plus ou moins l'esprit. Un testateur dans cet état fait des dispositions toutes opposées à celles qu'il auroit faites, tandis que sa raison étoit dans toute sa force. Devroit-on y avoir égard? Les testamens sont des actes si importans que le pouvoir de tester sembleroit ne devoir être accordé qu'à ceux qui conservent toute la vigueur de leur esprit. Cependant on les com-

» celui qui est incommodé de la vue, de la langue & de l'ouïe, puisse faire enten-
 » dre ce qu'il veut ordonner, quoique difficilement, à l'effet de pouvoir valable-
 » ment disposer de ses biens... Mais j'estime qu'il est absolument nécessaire qu'il
 » puisse faire concevoir son intention par une voie indubitable, qui se restreint à la
 » parole & à l'écriture; les signes, les gestes & tous les autres moyens par lesquels
 » nous pouvons nous expliquer étant trop incertains pour servir de fondement à une
 » disposition importante. C'est le précis de la doctrine de Ricard, 1^{re} part.,
 ch. 3, sect. 2, depuis le nombre 128, jusqu'au nombre 139; & le principe admis
 par-tout, tant en pays de droit écrit qu'en pays coutumier, qui me paroît avoir
 été bien résumé en peu de mots par l'art. 1^{er} du tit. 11 de la coutume de Lorraine
 aux anciennes & aux nouvelles. *Toutes personnes... en état de pouvoir, par parole
 distinctement, ou par écrit, déclarer ou témoigner leur conception & volonté, peuvent
 faire testament.*

Ainsi les infirmités corporelles n'ôtent le pouvoir de tester que dans la forme
 qu'elles empêchent le testateur de remplir; & ne lui interdisent pas la faculté de dis-
 poser dans une autre forme légale, pourvu qu'il puisse observer tout ce que cette
 forme exige. Celui qui a su écrire, mais qui a perdu la vue, hors d'état de faire
 des dispositions olographes, ne peut donc pas non plus faire un testament mystique,
 même dans les pays où cette forme est admise; parce que ne pouvant lire ce qu'un
 tiers auroit écrit, il seroit facile de glisser dans cet écrit des dispositions toutes dif-
 férentes de celles que le testateur auroit intention de faire. C'est pourquoi l'art. 1^{er}
 de l'ordonnance de 1735 interdit le testament mystique à ceux qui ne savent ou ne
 peuvent pas lire.

45.
Comment les
aveugles peu-
vent tester.

Mais la l. 8, *cod. de his qui testam. fac. poss.*, citée par Ricard, 1^{re} part., ch. 5,
 sect. 4, n. 1470, & par Ferrière, sur l'art. 292, gl. 1, n. 21, autorise les aveugles
 à faire un testament nuncupatif écrit, en y ajoutant un 8^e. témoin, & la formalité
 de la lecture du testament au testateur; qui, suivant l'opinion la plus commune,
 n'étoit pas requise par le droit écrit dans cette forme de tester, hors pour les aveu-
 gles; mais qui, dans celles de nos provinces que ce droit régit encore, doit être
 observée sans distinction dans tous les testamens nuncupatifs, suivant les art. 5 &
 23 de l'édit de 1735.

La même loi a conservé les témoins surnuméraires dans les testamens des aveu-

gles, pourvu que le testateur n'ait pas entièrement perdu la raison, parce que tant qu'il en fait
 encore usage, il n'est pas possible de déterminer à quel degré il faut qu'elle soit affoiblie pour
 ne pouvoir plus disposer de ce qu'il laissera en mourant. Il en est comme des esprits très-bor-
 nés, auxquels il seroit très-expédient d'ôter la faculté de tester. Mais comment fixer le degré de
 lumieres nécessaires pour en jouir? Voy. au surplus ce que j'ai dit ci-devant des dispositions
 faites *in extremis*.

TIT. VII.
 Observ. 9e.

gles, par l'art. 7. Mais cette disposition ne concerne que les pays de droit écrit. Il n'est plus parlé de ce témoin ajouté au nombre ordinaire dans les art. 2^o & suiv., qui régulent la forme des testamens pour les pays coutumiers; & ce que Faber disoit de la coutume de Lorraine, sur l'art. 1 du tit. 11, n. 1256, qu'elle » a autre » solennité, & qu'il y suffit que l'aveugle teste, selon la forme ordinaire & » requise par la coutume «; est vrai généralement dans tous les pays coutumiers: en observant néanmoins que cette forme ordinaire n'y est plus réglée par les dispositions de chaque coutume, mais par cette ordonnance de 1735.

46.
 Les sourds &
 muets de nais-
 sance ne peu-
 vent tester.

» Les sourds & muets de naissance ne peuvent tester, parce qu'ils ne peuvent faire » connoître leur volonté, ni par écrit ni autrement. Ferriere, *ibid.*; Faber aussi *ibid.* n. 1255; Buridan, *sur l'art. 60 de Vermandois*, & Ricard, *Ire. part., ch. 3, sect. 2, n. 131*, qui ajoute cette raison, qu'il est impossible qu'ils » aient connoissance » des loix, & qu'ils soient suffisamment instruits dans la vie civile, pour être capables de la disposition de leurs biens. Cela est presque toujours vrai; mais il peut y avoir des exceptions. Quelques personnes sourdes & muettes de naissance entendent tout ce qu'on leur dit, par la seule inspection du mouvement des levres de ceux qui leur parlent; pourvu qu'ils articulent distinctement; & non-seulement elles répondent fort juste, mais font comprendre leurs réponses par des signes si expressifs, que ceux qui ont quelques liaisons habituelles avec elles, ne s'y méprennent jamais. Tout le monde connoît la veuve d'un gentilhomme de cette province, à qui il n'eût pas été permis ni possible de conférer le sacrement de mariage, si on n'eût pas été bien certain qu'elle comprenoit la nature & les obligations de ce lien sacré; & qu'elle y donnoit son consentement. Non-seulement elle les a remplies ces obligations, mais elle a gouverné avec autant de sagesse, que si elle n'eût pas été privée du sens de l'ouïe & de l'usage de la langue, son ménage, sa famille & son domestique. Tout cela, j'en conviens, ne suffisoit pas cependant pour la mettre en état de tester; parce qu'après tout elle ne pouvoit faire connoître sa volonté que par signes, & que, quoiqu'ils aient paru suffire pour prouver avec certitude que cette volonté étoit de se marier, il étoit difficile qu'ils pussent exprimer avec la même certitude les dispositions détaillées d'un testament. Mais encore un pas de plus, & cette dame auroit pu apprendre à lire & à écrire. Ce pas, on prétend qu'il a été franchi, & même au-delà. Ce qu'on publie depuis quelques années d'un homme qui a l'art d'apprendre à parler à ceux qui ne sont muets que parce qu'ils sont nés sourds, paroît trop bien attesté pour ne pas y ajouter foi: & s'il est vrai qu'il fasse prononcer distinctement à ces sourds des phrases dont, à la vérité, ils n'entendent pas le son, mais dont ils comprennent le sens; qu'il leur enseigne à lire & à écrire; que par ce moyen, ils puissent acquérir les connoissances dont les autres hommes font usage dans la société, converser avec eux; en un mot, devenir capables de gouverner leurs biens, je ne crois pas qu'on puisse leur contester le droit d'en disposer.

en mourant. Le motif de la prohibition ne subsistant pas à leur égard, il me paroîtroit injuste & déraisonnable de les y comprendre.

Celui qui n'est que muet sans être sourd, & qui fait écrire, peut faire un testament purement olographe dans les pays où cette forme de tester est reçue; & un testament mystique dans les autres, pourvu qu'il soit entièrement écrit, daté & signé de sa main, qu'il le présente au notaire & aux témoins, & qu'au haut de l'acte de suscription, il écrive en leur présence que le papier qu'il présente est son testament; de quoi il doit être fait mention: art. 12 de l'édit de 1735.

Celui qui est devenu sourd par accident, peut, non-seulement faire un testament olographe ou mystique, selon que la loi de son domicile admet l'un ou l'autre, mais aussi dicter son testament à une personne publique. Il est vrai que s'il n'entend point du tout, inutilement l'instrumentaire lui en donneroit lecture, mais pourvu qu'il sache lire, il peut remplir, plus qu'équipollement, le motif de cette formalité, en prenant lui-même lecture de ce que l'instrumentaire a écrit; & je crois qu'on ne douteroit pas de la validité de ses dispositions, s'il étoit énoncé dans l'acte qu'il en a pris lecture, & ensuite a déclaré qu'il contenoit ses volontés. On pourroit confirmer ce dernier point par un argument à sens contraire, tiré de l'art. II de l'édit de 1735 (qui interdit le testament mystique à ceux qui ne savent ou ne peuvent pas lire); & en général, tout ce que je viens de dire des sourds & des muets, par les auteurs que j'ai cités. Voy. Ferrière, Faber & Buridan, *ubi sup.*, & Ricard, *ch. 5, sect. 4, n. 1471.*

Le premier dit encore au même endroit, n. 63, que la capacité du testateur est requise au tems du testament, & au tems de son décès; que s'il étoit incapable de tester au tems de son testament, il est nul, quoique lors de son décès il se soit trouvé capable; & que si, au contraire, il étoit capable lorsqu'il a testé, & qu'il soit devenu incapable depuis, le testament est encore nul: ce qui s'entend, ajoute-t-il, d'une incapacité qui le prive des effets civils, & non d'une incapacité de fait, comme une maladie d'esprit ou de corps. Je ne fais si ces deux prétendues maximes sont sûres dans toute leur généralité. Sur la première, j'avoue qu'ordinairement la capacité est requise au tems du testament, & que si le testateur ne l'a pas alors, ses dispositions sont nulles, quoiqu'il l'acquière avant de mourir. Par exemple, un testament fait avant l'âge requis pour tester, ne pourroit être exécuté, quoique le testateur ne fut décédé qu'après avoir atteint cet âge: ce ne seroit pas même assez que, parvenu à l'âge de tester, il eût confirmé en général par un codicille le testament par lui fait auparavant. Il faut dans ce cas tester de nouveau.

Mais le testament d'un étranger naturalisé seroit-il déclaré nul, s'il étoit d'une date antérieure à l'obtention, ou à l'enregistrement de ses lettres de naturalité? J'ai peine à croire que l'intérêt du roi ayant cessé, l'effet du droit d'aubaine puisse encore subsister: & que les parens du testateur soient recevables à opposer à ses dis-

TIT. VII.
Observ. 9e.

47.
Comment le muet qui n'est pas sourd peut tester.

48.
Comment le peut celui qui est devenu sourd par accident.

49.
En quel tems la capacité du testateur est requise.

positions une incapacité effacée; & qui, si elle ne l'avoit pas été, les auroit exclus de la succession.

Sur la seconde regle de Ferriere il n'est pas douteux que, si après la confection du testament, le testateur essuie quelque condamnation qui le prive des effets civils, ces dispositions demeurent nulles & sans effet. Mais n'y a-t-il que cette espece d'incapacité survenue après le testament qui puisse l'annuller? Ferriere, n. 66, prétend qu'un testament fait à l'âge de 14 ans par une personne domiciliée dans une province, où il est permis de tester à cet âge, sera valable, quoiqu'il ait transféré son domicile dans une coutume où on ne peut tester qu'à 20 ans, & qu'il y soit décédé; » parce que, dit-il, l'incapacité contractée par le testateur avant son décès, ne vient pas de son fait ni par un changement d'état fondé sur un délit », sans relever que quand le testateur se choisit un nouveau domicile, comme si un habitant de Thionville se marie à Metz, & s'y établit, ce changement est certainement de son fait, je demande s'il n'y a que l'incapacité provenant d'un délit qui annulle le testament, lorsqu'elle survient après la confection? Si, par exemple, dans une coutume où la main-morte se contracte par prise de meix; c'est-à-dire, par l'habitation dans une seigneurie main-mortable, le testament d'un homme qui étoit libre lorsqu'il a testé, mais qui est mort serf, pourroit-il valoir? La négative ne me paroît pas douteuse. Ainsi dans l'espece proposée par Ferriere, je crois qu'il faut distinguer si le testateur n'est mort qu'après avoir atteint l'âge de 20 ans, tout prétexte manque pour attaquer son testament. Il étoit capable de tester dans les deux tems, mais s'il est mort avant que sa 20e. année fut accomplie, comment valider le testament fait par un homme dont la personne étoit soumise, & dont la succession doit être réglée relativement à une coutume qui lui refusoit tout pouvoir de tester? Ferriere dit lui-même, sur l'art. 293, n. 12, que touchant les testamens il y a trois sortes de coutumes à observer; celle du lieu où l'on teste, pour la formalité de l'acte, celle des lieux où les biens sont assis pour la disponibilité; & celle du domicile pour la capacité. Il est vrai qu'il n'explique pas s'il entend parler du domicile au tems du testament, ou au tems de la mort. Mais en matiere de succession, je ne crois pas qu'on considere jamais le domicile que le défunt a eu autrefois, & qu'il a quitté avant sa mort. On ne s'attache, ce me semble, qu'à celui qu'il avoit en mourant.

OBSERVATION X.

Tit. VII.
Observ. 100.

Des Choses dont on peut disposer par Testament, & de l'effet que peuvent produire les dispositions qui ont pour objet des biens non disponibles.

LES biens de toute espece, meubles & immeubles, acquis ou échus de succession corporels & incorporels, tomboient chez les Romains dans la disposition testamentaire. *DISPONAT ITAQUE UNUSQUISQUE SUPER SUIS, ut dignum est, ET SIT LEX EJUS VOLUNTAS. Sicut & antiquissima nobis lex, & prima penè reipublicæ Romanorum disponens ait (dicimus autem duodecim tabularum), secundum antiquam & patriam linguam ita dicens: UTI LEGASSIT QUISQUE DE SUA RE (1), ITA JUS ESTO. Nullo valente citrà ejus voluntatem ne si sacram impetret formam, ne si quid piane aliud omnium aliquid aliter disponere in rebus alienis, nov. 22, cap. 2.* Les testamens faisoient des héritiers, c'est-à-dire des successeurs universels de tous les biens & de tous les droits des défunts sans autre exception que celle des biens, & des droits dont le testateur avoit gratifié quelque autre que son héritier; en sorte que tout testament renfermoit nécessairement la disposition de tous les biens du testateur, ou au profit de ceux qu'il avoit institués, ou en faveur de quelques autres personnes, jusques-là que si le testateur ayant partagé ses biens entre les héritiers qu'il avoit institués, les portions qu'il en avoit fait n'absorboient pas entièrement la succession; ce qui restoit n'appartenoit pas à celui qui y auroit été appelé *ab intestat*, mais aux héritiers institués selon leurs portions héréditaires. *Pater familias distribuere hereditatem in tot partes potest, quot voluerit, sed solemnis assis distributio in duodecim nuncias fit; denique si minus distribuit, potestate juris in hoc resolvitur, ut puta si*

1.
Par le droit romain tous les biens sont disponibles.

2.
L'héritier qui y est institué pour partie, prend tout ce dont il n'a pas été disposé.

(1) Tous les termes de cette nouvelle semblent déterminer qu'un testateur ne peut disposer que *super suis, de sua re*, & nullement *in rebus alienis*. Cependant il est certain en droit que si un testateur lègue ce qui appartient à son héritier, & même en plusieurs cas, ce qui appartient à un tiers, le legs est valable. Voy. Domat, tom. 1, art. 2, liv. 3, tit. 2, sect. 3, n. 3 & suiv. Je ne dirai rien des questions que peuvent faire naître ces dispositions du bien d'autrui; parce que lors même qu'elles se présentent dans nos coutumes, on ne peut pas les décider par les principes du droit coutumier, qui n'en a aucuns qui s'y rapportent; mais par ceux de l'équité & du droit romain, considéré comme la raison écrite.

TIT. VII.
Obsev. 102.

duos heredes ex quadrante scripserit ; nam hereditas ejus residua accedit ; ut ex semissibus videantur scripti , sed si alter ex quadrante , alter ex semisse heredes scripti sunt qui accedit quadrans , pro partibus hereditatis iis adersit. L. 13 , §. 1 , 2 , & 3 , ff. de hered. instit.

Les héritiers du sang non institués ne concouroient donc jamais avec les héritiers testamentaires : & une même succession ne pouvoit être déferée , partie *ab intestat* , & partie par testament. Tout cela a encore lieu dans les provinces régies par le droit écrit.

Mais il n'en est pas ainsi dans les pays coutumiers ; nous avons vu , *obf. 1 , n. 14* & suiv. qu'il n'y a qu'un petit nombre de nos coutumes qui admettent les institutions d'héritiers ; que dans presque toutes , les testateurs ne peuvent faire que des légataires universels ; qu'il y en a très-peu où il puisse y avoir d'autres héritiers que ceux à qui la nature & la loi déferent cette qualité , (à l'exception de ceux à qui elle est donnée par leurs contrats de mariage) & encore moins qui n'affectent pas certaines especes de biens aux héritiers légitimes , en excluant ces biens , du moins pour une forte partie , de la disposition testamentaire.

3.
Idem dans le
Luxembourg.

4.
Et dans le Tou-
lois.

Il paroît même par l'art. 1. du tit. 10. de la coutume de Luxembourg , que quelque autorité que le droit romain ait conservée dans cette province , on y révoquoit autrefois en doute , s'il étoit permis de tester de tous les biens , nommément des fiefs. Mais l'usage général ayant paru prouvé ; il a été statué par cet article , *qu'un chacun cela n'est défendu de droit écrit , pourra tester de ses biens , meubles & immeubles , féodaux , ou bourgeois , nuls exceptés* , & par l'art. 60 des usages locaux de Toul , il est de même *permis de disposer , par testament de la totalité de ses propres , de même que de ses autres biens.*

Ainsi dans le Luxembourg & dans le pays Tulois , aucuns biens ne sont exceptés de la disposition testamentaire : & l'esprit des loix municipales de ces deux provinces , étant qu'on s'y conforme au droit romain , en tout ce qu'elles n'ont pas contrairement réglé , non-seulement l'héritier testamentaire y doit recueillir tout ce qu'il a plu au testateur de lui donner expressément ; mais encore comme nul ne peut y mourir *partim testatus , & partim intestatus* , la portion de l'hérédité qui ne seroit pas comprise dans l'institution , & dont le défunt n'auroit pas disposé , n'appartiendroit pas à l'héritier du sang , qui dans ce cas ne pourroit pas succéder *ab intestat* , mais à l'héritier institué. C'est le sens de l'art. 61 des usages de Toul , suivant lequel *celui qui est institué seul héritier , quant aux propres paternels ou maternels seulement , ou pour quelques autres biens particuliers que ce soit , prend la totalité de la succession à titre universel.* Et je ne vois aucune raison de douter , qu'il ne doive en être de même dans le Luxembourg.

3.
Le légataire
universel n'a
que ce qui lui
est légué.

Mais il faut prendre garde que je parle de l'héritier institué ; car si le défunt n'avoit fait qu'un legs universel qui vaudroit sans difficulté dans le Luxembourg , & que j'ai estimé , *obf. 1 , n. 27* , pouvoir subsister même à Toul à la faveur de la clause

codicillaire, je ne crois pas que ce legs universel étant borné ou à une certaine qualité, ou à une certaine espece de biens, le légataire pourroit prétendre les autres biens, ou les autres portions de la succession dont il n'auroit pas été disposé. La raison de la différence me paroît être que, faute d'institution, il n'y a point de testament proprement dit; que, par conséquent, le parent le plus proche succède alors *ab intestat*; & qu'étant seul héritier, il recueille ce dont le testateur n'a pas disposé.

Les descendans, les ascendans, & en un seul cas les freres & sœurs sont les seuls en faveur desquels le droit écrit met des bornes à la liberté de tester, en leur accordant le droit de légitime dont nous parlerons dans les observations 13 & 16.

Car le pouvoir des testateurs n'est pas restreint par les quartes falcidiennes & trebellianiques; c'est au contraire en faveur de ceux qui testent, & pour procurer l'exécution des testamens, qu'elles ont été introduites. Un testateur peut estimer ses biens au-dessus de leur valeur. Il peut se croire plus riche qu'il ne l'est en effet, soit par des prétentions que des tiers ont contre lui, & qu'il ignore, ou autrement. Il peut avoir le sot orgueil de donner une haute idée de sa fortune par les dispositions de son testament. Il arrive donc quelquefois que le grand nombre ou la force des legs réduiroit le bénéfice de l'institution à rien, ou à si peu de chose, que l'institué aimeroit mieux y renoncer, que de se charger d'acquitter entièrement les legs. C'est le motif de la réduction, qui, du nom de son auteur, a été appelée falcidie. Elle consiste dans le quart des biens de la succession que l'héritier peut retenir, quoique les trois autres quarts ne fussent pas pour acquitter les legs, qui par ce moyen souffrent un retranchement proportionnel.

L'héritier grévé de substitution pouvoit aussi trouver peu, ou point d'avantage à accepter une succession qu'il devoit restituer toute entière, pour l'empêcher, dans ce cas, comme dans le précédent d'y renoncer, (ce qui dans les principes du droit romain auroit annullé le testament en entier), on a introduit en sa faveur la trebellianique, qui lui laisse comme la falcidie un quart de la succession. *senatus sensit, ut ei qui rogatus est hereditatem, restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ea, lege falcidiâ, ex legatis retinere conceditur, §. 5, inst. de fideihered.*

A la vérité s'il n'y a point de testament, & que les legs & les fidéicommis ne soient faits que par un codicille, l'héritier légitime a droit de falcidie & de trebellianique, l. 18, ff. *ad leg. falcid.* Mais on ne peut pas conclure de là que ces réserves lui assurent une partie de la succession; encore moins qu'elles limitent le pouvoir des testateurs; puisque, soit qu'ils nomment un héritier étranger, ou qu'ils en laissent la qualité à celui à qui la loi la destine, ils peuvent prohiber la falcidie & la trebellianique. *Nov. 1, cap. 2, §. ult.*

Je n'en dirai pas davantage de ces deux quartes, dont l'usage ne s'est conservé que

TIT. VII.
Observ. 100.

6.
Le droit de légitime borne celui de tester.

7.
Et non les quartes falcidiennes & trebellianiques.

TIT. VII.
Observ. 10e.

dans les provinces régies nuement par le droit écrit ; & qui par cette raison nous intéressent très-peu.

8.
Pourquoi les coutumes ont mis des bornes au pouvoir de tester.

Presque toutes nos coutumes ont fait plus d'attention à l'intérêt des héritiers du sang , & ont eu plus à cœur de conserver les biens dans les familles. Ancillon sur le titre des testamens de la nôtre , dit qu'il semble que ce soit par une espece d'imitation du droit romain , qu'elles ont donné des bornes à la liberté de tester. Mais il réfute lui-même cette idée , en observant que » comme les motifs de cette restriction dans les coutumes sont fort différens de celle du droit romain , l'effet de la » restriction est aussi bien différent « ; que , comme je viens de le dire , c'étoit pour procurer l'exécution des testamens que les loix romaines avoient introduit la falcidie & la trébellianique , & que nos coutumes » n'ont restreint la liberté des dispositions testamentaires qu'en considération des proches , & n'ont eu en vue dans » cette restriction que les héritiers légitimes : en quoi elles sont plus équitables que le » droit romain «.

9.
Les anciennes loix françoises n'y en mettoient point.

C'est cependant assez tard qu'on a commencé dans nos provinces à prendre des précautions pour conserver les biens dans les familles ; on n'en voit aucunes dans les capitulaires. Celui de Charlemagne en 803 , & le chap. 212 du 6e. livre des capitulaires prouvent du moins que ceux qui n'avoient point d'enfans , pouvoient choisir pour héritiers universels qui bon leur sembloit. Voy. Baluse, tom. 1, col. 397, art. 7 & col. 960.

Mais les dispositions testamentaires sont si souvent dictées par le caprice , ou par des motifs encore plus condamnables , & il est si sage de laisser , en mourant , ses biens à ceux à qui la nature les destine , que dans la vue de les leur assurer , au moins en partie , nos coutumes ont limité , mais avec beaucoup de diversité , le pouvoir de disposer par testament.

10.
Coutumes où l'on ne peut tester que d'une partie de ses biens de toute espece.

Quelques-unes n'ont permis de tester que d'une partie aliquote de ses biens indifféremment , & de quelque nature qu'ils fussent. Cette partie est limitée au tiers , chargée des funérailles & de tous les legs. Par la coutume de la Marche , art. 212 ; qui défend toute disposition des deux autres tiers , même *ad pias causas*. Elle est réduite au quart par la coutume de Bourbonnois , art. 291 ; & par celle d'Auvergne , ch. 12 , art. 41 & 43 ; & ce quart est chargé des legs & de la quarte partie des dettes & funérailles.

11.
Quid en Bourgogne.

La coutume du duché de Bourgogne , ch. 7 , art. 2 , 3 & 4 , ne permettoit aussi de tester que des deux tiers : l'autre devoit être laissé aux vrais héritiers , qui par droit & coutume pouvoient , & devoient succéder ; ce qui comprenoit les collatéraux , comme les descendans , & ce tiers devoit leur être laissé à titre d'institution , sans charge de legs & frais funéraires ; mais par les art. ajoutés à cette coutume en 1570 , cela a été corrigé. La légitime des enfans qui sont au nombre de cinq ou plus , a été portée à la moitié de la succession , au lieu du tiers : & il a été permis , à défaut d'enfant , de disposer au préjudice des collatéraux , sans leur laisser

aucune légitime. Ainsi le tiers de la succession ne leur est plus réservé ; & le pouvoir de tester est en Bourgogne aussi étendu que dans le Luxembourg , & le Toulous.

D'autres coutumes , & c'est sans comparaison le plus grand nombre , font dépendre le pouvoir de tester de la nature des biens du testateur qu'elles distinguent en meubles , acquêts & immeubles échus de successions , aux derniers desquels elles donnent différens noms , *propres héritages, patri-noins, naissans, anciens, biens de lignes*. Quelqu'unes distinguent encore ceux qui ne sont échus de succession qu'une seule fois , & ceux qui ont fait deux fois fouche , & nomment ceux-ci avitins ou papoux.

Presque toutes permettent de disposer de tous les meubles & effets mobiliers. Voy. pourtant ci-après , n. 23 & suiv.

Les brevets de retenue que le roi accorde assez souvent sur les offices non venaux , n'ayant pour objet qu'une somme de deniers à recevoir du successeur de l'officier , sont sans contredit partie de son mobilier. Ils sont même encore plus disponibles que les autres meubles ; car dans les coutumes où les dettes se paient en premier ordre sur les meubles , & dans celles où ils contribuent au paiement des dettes , avec les biens affectés aux héritiers du sang , au prorata de leur valeur , & au marc la livre , & où par conséquent un testateur ne peut rejeter le paiement de ses dettes , sur ses biens non disponibles ; pour en décharger ceux qu'il gratifie de son mobilier , on peut disposer d'un brevet de retenue sans charge de dettes. On a cependant prétendu le contraire sur ce fondement qu'on ne teste pas des offices non venaux : & que le roi les donne à qui bon lui semble , à la mort de celui qui en est revêtu ; d'où on concluoit qu'on ne peut pas tester de la retenue qui représente l'office , sur-tout pour rejeter ses dettes sur ses biens non-disponibles. Le sieur Langlois , conseiller au châtelet s'appuyant sur ce raisonnement , crut pouvoir contester le legs fait par le sieur Langlois de Biacfort, maître-d'hôtel du roi, d'un brevet de retenue de 50000 liv. qu'il avoit sur son office. On lui répondit que l'office n'appartenoit qu'au roi ; mais que la retenue étoit un don mobilier fait par le roi , non aux créanciers de l'officier , mais à ses héritiers , ou ayant cause , & qui appartiendroit à l'héritier de l'officier , quand même il renonceroit à la succession. Par sentence du châtelet le legs fut confirmé. Cette sentence est du 3 Février 1703.

Outre les meubles , nos coutumes permettent aussi ordinairement de tester des acquêts sans restriction ; & la plupart y ajoutent le quint ; c'est-à-dire , la cinquième partie des propres. *Paris* , art. 292 ; *Amiens* , art. 57 ; *Valois* , art. 84 & 86 ; *Clermont* , art. 131 & 132 ; *Orléans* , art. 292 ; *Dourdan* , art. 99 & 100 ; *Nivernois* , chap. 33 , art. 1 ; *Chartres* , art. 91 ; *Melun* , art. 246 ; *Château-Neuf* , art. 113 ; *Mantes* , art. 156 ; *Dreux* , art. 81 & 82 ; *Le Perche* , art. 129 ; *Auxerre* , art. 125 , &c.

D'autres coutumes , en laissant la même liberté pour les meubles & pour les acquêts , fixent différemment la portion des propres dont on peut disposer par testa-

TIT. VII.
Oblerv. 102.

12.
Coutumes qui re-
lent le pou-
voir de tester
par la nature
des biens.

13.
Les meubles
sont dis-poni-
bles presque
par tout.

14.
Et sur-tout les
brevets de re-
tenue.

15.
Les acquêts
sont ordinaire-
ment disponi-
bles.

16.
Coutumes où
l'on peut tester
du quint des
propres.

17.
Coutumes où
l'on peut tester
du tiers.

TIT. VII.
Observ. 102.

ment. Dans les unes, c'est le tiers. *Poitou*, art. 200 & 203; *Vitry*, art. 100 & 108; *Verdun*, art. 114, conforme en cela à l'ancienne coutume de *Ste. Croix*.

18.
Même des
deux autres
tiers entre les
proches.

Celle de *Bordeaux*, art. 60, fixe de même au tiers la disposition pleinement libre des immeubles échus de succession. Mais l'art. 61 permet de disposer des deux autres tiers entre les plus prochains, pourvu que tous aient quelque chose, meubles ou immeubles, au plaisir du testateur.

19.
Coutumes où
l'on teste des
rotures & d'un
cinquième des
fiefs.

C'est aussi de tous les meubles & acquêts, & du tiers des propres tenus en roture : mais seulement du quint de ceux qui sont tenus en fiefs, dont on peut tester par les coutumes de *Ribemont*, art. 55; de *Noyon*, art. 17; & de *St. Quentin*, art. 22.

20.
Coutumes où
les biens qui
n'ont fait qu'un
seul fois fouche
sont acquêts.

Celle d'*Acq*, tit. 1, art. 1, 2, 3, 7 & 8; & celle de *St. Séver*, tit. 12, art. 2, 3, 4, 5 & 6, permettent pareillement de tester de tous ses meubles & des acquêts, tant de ceux que le testateur a faits lui-même, que de ceux qui ont été faits par un parent, auquel il a succédé immédiatement; mais non pas des biens *avitins*, dits *papoaux*, qui ont fait deux fois fouche, soit en directe ou en collatérale, même par donation à l'héritier présumé; si ce n'est raisonnablement desdits biens, selon la faculté d'eux : lequel mot *raisonnablement* est entendu s'il y a enfans du tiers, entre puînés seulement, & à défaut d'enfans, aussi de la disposition du tiers faite par un conjoint au profit de l'autre.

21.
Comment on y
teste des biens
avitins.

22.
Singularité de
la coutume de
Saintonge.

Il y a dans la coutume de *Saintonge*, art. 84, 85, 86 & 87, une singularité qu'il seroit cependant difficile de blâmer. Il est libre à celui qui n'a point d'enfans, & qui a des biens immeubles, à lui obvenus de succession, de tester de ses meubles & acquêts, & de la tierce partie de son héritage. Le testateur sans enfans, qui n'a point d'héritage, ne peut plus tester que de ses meubles, & de la tierce partie de ses acquêts; & à celui qui n'a ni héritages, ni acquêts, il n'est libre de disposer que de la tierce partie de ses meubles. Quant à ceux qui ont des enfans, ils ne peuvent disposer de ce tiers qu'entre ces mêmes enfans. Ce n'est qu'à défaut d'enfans que l'art. 51 de la coutume de *Marsal* permet de tester des acquêts.

23.
Coutumes où,
quand il y a
des enfans, la
disposition est
restreinte.

Ce n'est aussi qu'à défaut d'enfans que l'art. 321 de la coutume d'*Anjou*, & les art. 332 & 336 de la coutume du *Maine* permettent de disposer du tiers de son patrimoine, & de tous ses meubles & acquêts.

24.
En *Touraine*
elle est très-
bornée.

Celle de *Touraine*, art. 233, ne permet même, à défaut d'enfans, de disposer à perpétuité que de ses meubles; & quant aux acquêts & au tiers du patrimoine, elle n'accorde la liberté d'en disposer qu'à vie seulement. Ce n'est du moins que pour causes pitoyables qu'elle valide la disposition à perpétuité des meubles & des acquêts, & du tiers des propres; & s'il y a enfans, elle veut qu'on ne puisse donner que la moitié de ses meubles à perpétuité, & de ses acquêts à vie, même pour la cause pie.

Cette idée générale de l'extrême diversité des coutumes de l'intérieur du royaume, sur l'étendue du pouvoir de tester, doit nous empêcher d'être surpris de la

variété qu'on trouve sur ce point dans nos coutumes du ressort. Celle de Vermandois, art. 59 & 60, étend la liberté de disposer par testament au par-delà des meubles & des acquêts, jusqu'à la moitié du naissant, s'il est bien de roture; mais la borne au tiers s'il est en fief.

La coutume de Sedan, art. 124, n'ajoute aux meubles & aux conquêts (sous le nom desquels elle entend les acquêts) dont elle permet de tester, que le quart du naissant.

La disposition de la coutume de Lorraine n'est pas tout-à-fait la même, quoiqu'elle en approche en partie. Elle est un peu embarrassée; & pour la bien comprendre, il faut combiner les art. 3, 13 & 16 du tit. des testamens aux anciennes, & les art. 1, 2, 3, 4 & 7 du même tit. aux nouvelles. Il en résulte, 1°. qu'on peut tester de ses meubles & acquêts en faveur de qui on jugé à propos; art. 1 aux nouvelles, qui porte: *Toutes personnes peuvent disposer de leurs meubles & acquêts... à qui bon leur semble*: & art. 16 des anciennes, suivant lequel les exécuteurs du testament sont saisis des meubles & acquêts délaissés par le testateur: je n'explique pas ici les dispositions que les époux peuvent faire au profit l'un de l'autre. J'en parlerai dans l'observation suivante, n°. 8 & suiv.

2°. Entre gentilshommes, on peut, par donations entre vifs, ou par testament, disposer & substituer une des maisons anciennes, & un quart du bien ancien. Mais cela ne se peut, suivant l'art. 3 des nouvelles, qu'*entre les enfans ou autres de la famille du testateur, portant le nom & les armes; & à leur défaut, au profit d'un parent, issu de la famille, à la charge de porter le nom & les armes*. Sur quoi il faut faire attention que cette disposition n'est permise que pour le soutien des familles d'une noblesse ancienne. Ainsi elle ne se peut faire au profit des étrangers, ni même au profit d'un parent qui, quoiqu'issu de la famille par les femmes, n'en est pas; c'est-à-dire, n'en porte pas le nom; lorsqu'il reste des parens qui en sont, & qui portent le nom & les armes du testateur; car ce n'est qu'à défaut de ceux de la famille (expression qu'il est important de remarquer) qu'il est permis de disposer ainsi au profit d'un parent qui en soit issu, & même la disposition ne vaut qu'autant qu'il est chargé d'en porter le nom & les armes. Voy. Faber, sur l'art. 3 des coutumes nouvelles, n. 1348 & 1349 (1).

3°. Outre ce quart de l'ancien, dont un gentilhomme peut disposer, comme on

TIT. VII.
Observ. 10c.

25.
On teste dans la coutume de Vermandois même des propres en roture, & du tiers en fief.

26.
A Sedan, du quart

27.
En Lorraine de ses meubles & acquêts.

28.
D'une maison & d'un quart de l'ancien entre gentilshommes en faveur de famille.

(1) Où il est cependant tombé en erreur, en faisant Yolande d'Anjou femme d'Antoine, surnommé le bon duc, qui étoit son petit-fils. Yolande d'Anjou, fille de René Ier. d'Anjou, & d'Isabelle de Lorraine, épousa en 1440 Ferry, comte de Vandemont. Elle hérita des duchés de Lorraine & de Bar, en 1473, par la mort de Jean & de Nicolas d'Anjou ses freres. Mais elle les céda, la même année, à son fils unique René II, pere du duc Antoine, qui lui succéda en 1508.

TIT. VII.
Observ. 100.

29.
Et d'un autre
quart en legs
pieux & rémun-
ératoires.

vient de le dire, en faveur de sa famille, il peut encore *en legs pieux*, sous lesquels sont compris les récompenses faites aux serviteurs pour tous services... ; ordonner & léguer jusqu'à un quart de l'ancien, par-dessus les meubles & acquêts ; art. 7 des nouvelles, qui ne parle que des récompenses faites aux serviteurs. Il me paroît donc bien difficile de valider un legs du quart de l'ancien fait par un gentilhomme pour récompense des services à lui rendus par un ami ou autre, fussent-ils même très-essentiels ; car on ne peut pas dire que la coutume parle des récompenses léguées à des domestiques *démonstrative*, & comme du cas le plus fréquent ; & non pas *limitative*, & pour exclure les legs faits à d'autres personnes, à qui le testateur doit de la reconnaissance. Quelques justes que soient ces derniers legs rémunératoires, on ne peut pas les mettre au nombre des legs pieux : à la différence de ce qui est légué à des personnes, forcées par leur indigence, de se réduire à la condition de domestique : legs qui par-là peuvent être regardés comme des aumônes, & même comme des aumônes très-favorables. Or, il paroît que ce n'est qu'en faveur de la cause pie, qu'on peut disposer du quart dont il s'agit dans cet article. J'excepterois cependant les services rendus par autres que des domestiques, qui seroient de nature à donner une action contre celui qui les auroit reçus. Alors, le legs seroit moins une donation gratuite, que l'acquit d'une dette ; & je crois qu'il seroit valable, pourvu qu'il ne fut pas trop excessif, & qu'il eût quelque proportion avec les services rendus. Il n'est pas besoin de dire que, quoique la coutume parle des récompenses *pour tous services*, elle ne peut s'entendre que des services honnêtes. Voy. Faber sur cet art., n. 1395 & 1396.

30.
Entre annoblis
& roturiers
d'un quart seul,
compris les
legs pieux.

4°. Les annoblis & les roturiers sont obligés de laisser à leurs enfans, ou autres héritiers naturels, les trois quarts de leurs anciens, francs & déchargés de tous legs ; quels qu'ils soient ; ce qui comprend les legs pieux ; en sorte que du bien ancien, il n'y a qu'un quart qui soit disponible par les annoblis & les roturiers : & que ces trois autres quarts sont nécessairement dévolus à leurs héritiers présomptifs ; art. 3 & 13 des anciennes. Le dernier de ces deux articles ne parle que des enfans ; mais il faut y suppléer les mots ou *héritiers*, comme le dit Faber, n. 1404 ; » car, » ajoute-t-il, l'observance est semblable envers les collatéraux, qu'envers les enfans » pour ce sujet « ; & cet usage est fondé sur l'art. 3, qui ne permettant aux annoblis & aux roturiers de disposer sur leurs biens anciens, que jusqu'à la concurrence de la valeur d'un quart *seulement*, leur interdit manifestement toute disposition des trois autres quarts.

31.
Exception pour
les partages
faits par les
peres & meres.

32.
On peut léguer
la portion du
propre dont on
peut léguer la
valeur.

5°. Cependant, *peres & meres peuvent faire partage entre leurs enfans, tant de leur naissant, que de leurs acquêts*, & distribuer, même inégalement, leur naissant, pourvu que celui qui en a le moins, ou rien du tout, en soit indemnisé sur les acquêts ; art. 4 des nouvelles.

Il y a encore une autre remarque à faire : » combien que la coutume (par l'art. » 3 des coutumes anciennes) permette de léguer « , non pas expressément le quart des

des biens anciens, mais » une somme de deniers « sur ces biens, jusqu'à concurrence de la valeur d'un quart ; » ce n'est pas qu'elle entende prohiber le quart des biens anciens en espece & qualité ; car par l'art. 13 elle n'astreint le testateur à » délaïsser autre chose à l'héritier que les trois quarts du bien ancien... (1) : partant » permet paisiblement le legs de l'autre quart ». Faber, *ubi sup.* n. 1321.

La même chose s'observoit en plus forts termes dans l'ancienne coutume de Ste. Croix, qui portoit, art. 1 du tit. 3 : *Une personne ne peut donner, ni léguer son héritage de ligne & naissant ; mais le peut charger jusqu'à la valeur & estimation du tiers ; c'est-à-dire, que l'on peut donner & léguer sur ladite ligne une somme de deniers n'excédant la valeur de la tierce partie d'icelle ligne : & au surplus, faut que le testateur laisse franchement à ses enfans ou héritiers les deux tiers de son propre naissant & ligne.*

Jean Launoy, marchand à Bauzé, par son testament du 11 Août 1712, avoit légué à Nicole Aubry, sa femme, l'usufruit de tous ses biens de ligne, si mieux n'aimoient les héritiers lui en abandonner le tiers en propriété. Nicolas Vautrin & consorts, héritiers collatéraux, disoient que la coutume ne permettant autre chose que charger les biens de ligne jusqu'à la valeur du tiers, le testateur, en léguant à sa femme l'usufruit du tout ou le tiers en propriété, avoit fait deux dispositions qui lui étoient également interdites. La veuve répondoit qu'il falloit moins s'attacher aux termes qu'à l'esprit de la coutume développée par la disposition, qui veut que le testateur laisse franchement à ses héritiers les deux tiers de ses biens de ligne : ce qui prouve qu'il peut leur ôter l'autre tiers. Ainsi jugé, conformément à l'usage antérieurement observé à Verdun, & qui depuis ne paroît pas avoir été contesté, quoique l'occasion s'en soit souvent présentée ; entr'autre, au décès du sieur abbé Jappin, qui laissant pour présomptifs héritiers le sieur de Vappy & la dame marquise de Bouteville, avoit légué à la dernière le tiers de son bien de ligne par préciput.

En conséquence, l'art. 114 de la nouvelle coutume de Verdun a permis, non plus de léguer une somme de deniers égale à la valeur du tiers, mais le tiers des propres en essence ; ce qui n'empêche pas qu'on ne puisse les charger d'un legs en argent, que les héritiers sont obligés d'acquiescer jusqu'à concurrence de la valeur du tiers, si mieux ils n'aiment abandonner ce tiers en essence : option qui, à mon avis, dépend d'eux dans le dernier cas, & non dans l'autre. Je veux dire que si le tiers des propres est légué, les héritiers ne peuvent refuser de l'abandonner au légataire : mais que si le legs est d'une somme à prendre sur les propres, les héritiers peuvent la faire réduire, en offrant de payer la valeur du tiers, suivant l'estimation ; & ne sont pas

(1) Faber ajoute *déchargés de dettes*. Mais la coutume porte seulement francs & déchargés de tous legs quels qu'ils soient, Voy. pourtant l'obs. 11, n. 9.

TIT. VII.
OBSERV. 102.

obligés d'abandonner le tiers en essence, s'ils croient de leur intérêt de conserver la totalité des propres.

Telle est aussi la règle dans la coutume de Lorraine au cas de l'art. 3 des nouvelles. » Tout ainsi, dit Faber, n. 1344, que le testateur peut donner un quart du bien ancien en corps, il peut donner une somme de deniers sur ledit quart, & jusqu'à concurrence de la valeur d'icelui.

La coutume de Bar restreint la liberté de tester, plus que toutes celles dont j'ai parlé jusqu'ici. L'art. 98 ne permet à ceux qui ont des enfans de disposer de tous leurs meubles & acquêts, que lorsqu'ils ont des héritages de ligne. S'ils n'ont que des meubles & des acquêts, ils n'en peuvent donner que le quart au préjudice de leurs enfans : & soit que le testateur ait des enfans, ou qu'il n'en ait point, il ne peut disposer de ses héritages de ligne que jusqu'à la sixième partie.

La nécessité d'avoir des propres pour pouvoir disposer de la totalité de ses meubles & acquêts, n'est pas particulière à la coutume de Bar. Cette condition est exigée par quelques autres coutumes, qui, non seulement ne permettent de disposer que d'une certaine portion des propres, mais à défaut de propres, y subrogent les acquêts, dont alors elles ne valident la disposition que jusqu'à concurrence de la même portion, dont elles auroient laissé au testateur la liberté de disposer de ses propres, s'il y en avoit eu. Chopin en a fait la remarque sur la coutume de Paris, liv. 2, tit. 3, n. 11. Les coutumes qu'il indique sont celles d'Anjou, qui porte, art. 340, que *si aucun, soit noble ou coutumier, n'a qu'acquêts & conquêts, il n'en peut donner que telle portion, comme il pourroit faire de son patrimoine, s'il avoit patrimoine : & s'il n'a que meubles, n'en peut disposer que de la moitié* ; celle du Maine qui, art. 352, a la même disposition ; celle de Tours, dans laquelle s'il n'y a point de patrimoine, les acquêts, & en défaut d'acquêts, les meubles représentent le patrimoine, art. 238. Celle de Poitou, qui a la même disposition, art. 223 ; celle d'Angoumois, qui, art. 49, ne permet de disposer de ses meubles & acquêts, que pourvu que le donnant ait patrimoine ; celle de Saintonge qui, art. 85 & 86, est conforme à celle de Tours & de Poitou ; & celle de la Rochelle, dont la disposition est aussi la même, art. 44.

Quelques auteurs ont voulu étendre la disposition de ces coutumes dans celles qui n'en parlent pas (1) ; & se fondent, entre autres autorités, sur celle de Chopin ; qui ne favorise nullement cette opinion. Il décide de disposer de ses meubles & acquêts ; ce n'est pas assez d'avoir *pertenue hereditolum... haud vili enim cespite agri estimatur patrimoniorum possessio donatoris, unde liberius fiat ipsi de questuum suorum*.

(1) Voy. ci-dessus tit. 6, observ. 3, n. 11, la manière équivoque dont Faber s'explique sur ce point, & ce qu'on en doit penser dans la coutume de Lorraine.

33.
A Bar on ne teste que du sixième des propres ; & s'il y a enfans & point de propres, que du quart des meubles & acquêts.

34.
Coutumes qui, à défaut de propres, y subrogent les meubles & acquêts.

35.
Ce qui n'a pas lieu ailleurs.

36.
Celui qui a très-peu de propres, est censé n'en point avoir.

universitate arbitrium. Mais il ne parle que des coutumes qu'il venoit d'indiquer, & ne prétend pas que, dans tous les pays coutumiers, la disposition des acquêts devienne moins libre, ou moins étendue, quand on n'a point ou qu'on n'a que peu de propres. Cela est d'autant plus évident, qu'il donne lui-même le sommaire de ce n^o. II en ces termes : *Acquisita, multis in regimentis subrogantur vice patrimonii deficientis aut per quam exigui.* Il cite Bartole, Dumoulin, & un arrêt du 4 des calendes de Juillet; c'est-à-dire, du 28 Juin 1583. Bartole, sur la l. 15, ff. *qui satis dare cogantur*, n. 8, dit que, *possessio modicæ rei non sufficit ad evitendam satisfactionem, quia per hoc non est actori cautum.* Ce qui n'a certainement qu'un rapport bien éloigné à la question : si, à défaut de propres de quelque valeur, on est dans l'interdit de disposer de ses meubles & acquêts en totalité. Dumoulin est cité plus à propos sur l'art. 49 de la coutume d'Angoumois, qui permet de donner ses meubles & acquêts, pourvu que le donnant ait patrimoine, il dit : *Scilicet non debile; non enim intelligitur de vili cespite terræ.* Mais, par cette note, Dumoulin n'a pas voulu établir que, dans toutes les coutumes, il falloit avoir des propres considérables pour pouvoir tester des meubles & des acquêts; mais seulement qu'un gazon de terre ne suffisoit pas pour remplir la condition à laquelle la coutume d'Angoulême attache la liberté d'en disposer; & il en est de même de l'arrêt du 28 Juin 1585, puisqu'il a été rendu dans la coutume de Bretagne, dont l'art. 203 porte : *celui qui a l'héritage propre ou acquêt, peut donner ses meubles.*

Je crois donc pouvoir dire que c'est sur un fondement trop léger, que quelques auteurs semblent donner comme un principe général de notre droit françois, que » celui qui a peu de patrimoine, & des meubles & acquêts de grande valeur, ne » peut donner de ses meubles & acquêts plus qu'il feroit de son patrimoine «. C'est dans ces termes que L'Hommeau propose la maxime 65 de son troisieme livre. Mais il faut la restreindre aux coutumes qui ont sur ce point des dispositions semblables à celles que je viens d'indiquer : puisque l'Hommeau ne l'appuie que sur la note de Dumoulin, & sur l'arrêt de 1585.

La coutume de Rheims, art. 290, après avoir fixé à 20 ans pour les mâles, & à 18 ans pour les filles l'âge auquel on peut disposer des meubles & acquêts; & à 25 ans, celui auquel on peut disposer du naissant, ajoute qu'ou les testateurs n'auroient aucuns meubles, ou conquêts immeubles, ou qu'ils eussent si peu, qu'ils ne fussent venir en considération, ils pourroient, à 20 ou à 18 ans, suivant la différence du sexe, disposer de la moitié de leur naissant, tant pour œuvres pitoyables, que pour autres causes raisonnables (1). La fin de cet article accorde à ceux qui sont

97.
Coutumes qui
avancent l'âge
de tester des
propres pour
ceux qui n'ont
ni meubles ni
acquêts.

(1) Les coutumes de Châlons, art. 68; de Mantes, art. 155; d'Etampes, art. 103; de Montfort, art. 89, & de Vermandois, art. 59, ont la même disposition; & c'est aussi le sens de celle de Paris, art. 294; d'Orléans aussi art. 294, & de Calais, art. 87.

TIT. VII.
Oblerv. 10c.

38.
Ou qui sont
mariés.

39.
Suite du n^o.
33.

mariés, quoiqu'au dessous de 20 ans, ou de 18 ans, le même pouvoir pour les meubles & acquêts ; & quant à leur naissant, tout ainsi que s'ils avoient atteint l'âge de 20 ou 18 ans, en la manière que dessus, & non autrement. Buridan, sur cet art. n^o. 2, convient que la coutume n'accorde cette liberté au mineur, qui n'a ni meubles ni acquêts, qu'afin de ne lui pas ôter tellement la disposition de ses biens, qu'il soit forcé de mourir intestat, quoiqu'il ait des moyens : raison qui ne s'applique en façon quelconque à celui qui, sans avoir de propres ou fort peu, a des meubles ou des acquêts considérables ; & ne peut fournir à son égard aucun argument à sens contraire. Cependant, de la disposition de la coutume de Rheims pour celui qui n'a ni meubles ni acquêts, Buridan ne laisse pas de conclure à *contrario*, que celui qui n'a point de propres, & à qui la coutume permet expressément de tester à 20 & à 18 ans, ne peut, *en si bas âge*, léguer tous sesdits meubles & acquêts. Il va plus loin encore, sur l'art. 59 de la coutume de Vermandois, qui permet à ceux qui n'ont point ou peu de meubles & de conquêts, de tester, avant l'âge de 25 ans, de la moitié de leur naissant ; & il y détermine en général qu'à défaut de propre, il n'est plus permis de disposer de ses meubles & acquêts, que comme on auroit pu disposer de ses propres.

J'avoue que cette opinion, adoptée avec raison par Le Paige sur l'art. 98 de la coutume de Bar, à laquelle elle est conforme, me paroît un paradoxe insoutenable, dans les coutumes qui n'ont pas la même disposition. Aux citations de Dumoulin, de Chopin & de l'Hommeau, sur lesquelles je viens de m'expliquer, Buridan ajoute celle de M. Louet & de Brodeau, *L. d. somm. 45* ; mais ils n'ont pas eu dessein de faire une règle générale de ce qui est ordonné par quelques coutumes. Pour se convaincre que c'est à ces coutumes seules qu'ils ont voulu la borner, il suffit de les consulter. Les arrêts que rapporte le premier sont même beaucoup plus propres à restreindre ces coutumes qu'à les étendre.

40.
Quand il faut
avoir des pro-
pres pour tes-
ter des meu-
bles & acquêts,
il suffit d'en
avoir en quel-
que coutume
que ce soit.

M. Le Prestre, *cent. 4, ch. 85*, en rapporte d'autres qui ont jugé que (hors les coutumes qui veulent expressément que, pour disposer des acquêts qui y sont assis, on ait des propres qui y soient pareillement situés), il suffit d'en avoir, en quelque coutume que ce soit, pour tester valablement de ses meubles & acquêts ; & passant plus loin, il dit, n^o. 9, « qu'on ne considère pas la valeur du bien compris en la » disposition, mais la simple qualité... Nous ne suivons pas l'avis de Me. Charles » Dumoulin... sur la coutume d'Angoulême... ; pourvu que le testateur ait des pro- » pres anciens, de quelque valeur qu'ils soient, il peut disposer pleinement de ses » acquêts » ; ce qu'il confirme par un arrêt. Cette opinion est suivie par Guéret, *ibid.* qui dit de même « que, dans ces coutumes, il suffit d'avoir des propres pour » pouvoir disposer de tous les acquêts ; sans considérer si les propres ont quelque » proportion à la valeur des acquêts ; & plus bas, qu'il ne faut point s'arrêter à la » valeur des propres, mais seulement à leur qualité ».

J'avoue cependant que j'inclinerois à préférer l'opinion de Dumoulin ; parce que,

comme il le dit, *verba cum effectu notabili sunt accipienda*. Mais, quoi qu'il en soit, je crois du moins incontestable que, dans les coutumes de Rheims & de Vermandois, & à plus forte raison, dans toutes celles qui n'ont pas de dispositions sur ce point, il n'est pas nécessaire d'avoir des propres pour tester de ses meubles & acquêts. J'ai cru devoir réfuter avec quelque étendue cette erreur de Buridan, qui pourroit occasionner chez nous (ce que pourtant je ne fais pas jamais être arrivé) quelques procès, non-seulement dans les lieux du ressort qui sont régis par la coutume de Vermandois, mais encore ailleurs.

Les meubles & acquêts sont disponibles dans la coutume de Bayonne, *tit. II, art. 14*. Mais les papoaux & avitins ne le sont qu'entre les enfans s'il y en a, *art. 6*; & s'il n'y en a point, entre les parens de la ligne dont les biens sont venus, *art. 11*.

La coutume de St. Mihiel est encore plus sévère; elle accorde, *art. 1, & 3 du tit. 4* le pouvoir de tester de ses meubles & acquêts, *à son bon plaisir, voire au profit de personne toute étrange, ou autrement*. Mais, suivant l'*art. 3*, *un homme ou une femme étant au lit mortel, ne peut disposer de son héritage de ligne, pour en frustrer ses héritiers, soit par contrats entre vifs, ou à cause de mort, si ce n'est pour legs pieux... ou bien pour sa nécessité urgente, & soulagement de sa personne pendant sa maladie, dont il peut disposer jusqu'au tiers seulement*. À prendre cet article à la lettre, on pourroit en conclure, 1^o. qu'il n'est défendu de disposer de ses biens de ligne que pendant la dernière maladie; 2^o. que n'y ayant de disposition prohibée que celle qui est faite pour frustrer les héritiers, on peut disposer entr'eux. Mais l'une & l'autre de ces conséquences seroient fautive. L'esprit de la coutume est d'affirmer à chacun des héritiers la portion que son degré de parenté lui donne dans les biens de ligne. Toute disposition qui les distribueroit autrement entr'eux frustreroit celui qui en auroit le moins, d'une partie de sa portion, & conséquemment n'est pas permise. Quant à ces mots, *étant au lit mortel*, ils ne se rapportent qu'aux dispositions entre vifs, qui sont interdites à ceux qui sont en danger de mort, comme celles à cause de mort. Mais ces dernières, en quelque tems qu'elles soient faites, ne peuvent comprendre les biens de ligne. La prohibition d'en disposer est par un usage très-constant, étendue à toutes les ordonnances de dernière volonté; hors les deux cas qui sont exceptés: & même le dernier, c'est-à-dire, la disposition faite pour les besoins urgens, & le soulagement du malade qui dispose, ne peut gueres s'appliquer qu'aux contrats entre vifs. Sur quoi on peut dire qu'il est bien rigoureux, ou plutôt bien injuste de restreindre au tiers une aliénation si nécessaire du bien de ligne. Mais la loi est écrite: Si cependant un malade ne pouvoit se procurer les secours qui lui sont indispensablement nécessaires, que par la vente d'une portion plus forte que le tiers de son bien de ligne, je crois qu'il pourroit se faire autoriser par le juge à en vendre jusqu'à concurrence de ce que ses besoins exigeroient, si ses héritiers présumptifs n'aimoient mieux y pourvoir.

TIT. VII.
Observ. 106.

41.
Comment on
peut tester des
papoaux à
Bayonne?

42.
A St. Mihiel
on ne teste pas
des biens de
ligne.

43.
Si on peut en
disposer in ex-
tremis, & com-
ment?

TIT. VII.
Observ. 10e.

44.
Quelles dispositions testamentaires sont permises en Normandie.

Le pouvoir de tester est encore plus restreint en Normandie. Celui qui a des descendans ne peut, par la coutume de cette province, art. 418, disposer que du tiers de ses meubles, chargé des funérailles & des legs ; & il en est de même de la veuve qui a des enfans, art. 423. Cependant si un testateur n'a que des filles mariées, & dont il ait acquitté la dot, il peut disposer de la moitié de ses meubles, dont l'autre moitié échoit à sa femme, art. 419 ; & si sa femme est morte avant lui, il peut disposer de tout son mobilier, art. 420. Quant à celui qui n'a point d'enfans, il peut, suivant l'art. 414, tester de tous ses meubles : & suivant l'art. 422, du tiers de ses acquêts. Mais l'art. 427 défend de tester de tout le surplus des immeubles, si ce n'est au bailliage de Caux (1).

On peut dans la coutume de l'évêché de Metz, 1°. *disposer de tous ses meubles à l'avantage de qui l'on veut, pourvu que les testateurs s'ils ont enfans, laissent à chacun d'eux cinq sols pour le moins*, tit. 10, art. 2. Ramberviller, art. 2 de son tit. 4, n'ajoutoit pas à la liberté de tester de ses meubles, la condition d'en laisser cinq sols à chaque enfans. Il disoit » que de droit, celui qui a sa légitime n'a juste cause de » quereller un testament ; que si sa légitime lui est laissée en immeubles, il n'a aucun » intérêt de rien avoir des meubles ». Ainsi il restreignoit la nullité du testament, au cas où un pere qui auroit » tout son bien en meubles, & rien en immeubles, disposeroit de tous ses meubles sans en laisser chose quelconque à ses enfans ; en » ajoutant que s'il en laissoit cinq sols à chacun d'eux, ils n'auroient que l'action au » supplément de la légitime... Par quoi c'est disposer en assurance de donner de ses » meubles par testament, au moins cinq sols à chacun de ses enfans ». Tout cela me paroît vrai ; & je ne pense pas que, quoique la coutume semble imposer en général, à celui qui dispose de ses meubles par testament, & qui a des enfans, l'obligation de laisser au moins cinq sols à chacun d'eux, elle puisse s'appliquer aux testateurs qui ont des immeubles.

Car, 2°. on ne peut dans l'évêché, art. 3 du même tit. 10, disposer des immeubles, ni même les charger d'aucune somme, excepté dans les *châtellenies de Ramberviller, Baccarat & Moyen-Vic*, où il est permis de les charger jusqu'à deux tiers de ce qu'ils peuvent valoir, art. 4 du tit. 10 de la coutume générale. Ce qui cependant doit être restreint aux acquêts, suivant l'art. 3 de la coutume locale de ces trois châtellenies.

46.
On n'y teste pas des immeubles, si ce n'est des deux tiers des acquêts, dans trois châtellenies.

(1) Un magistrat dont les lumières sont très-respectables m'a demandé pourquoi mon titre n'annonçant des observations que sur les coutumes du ressort, je rappellois si souvent les dispositions de tant de coutumes qui nous sont étrangères. Ma réponse a été que je n'en parlois pas pour les éclaircir, ni les commenter ; mais pour les conférer avec les nôtres. Ce que je ne crois pas de pure curiosité. Est-il, par exemple, inutile de faire sentir qu'il n'y a rien d'injuste, ni de déraisonnable dans les bornes étroites que quelques-unes de nos coutumes mettent à la liberté de tester ? Et peut-on mieux défendre leurs dispositions qu'en les comparant avec celles de tant d'autres coutumes qui ne sont pas plus favorables à cette liberté ?

& l'observation de Ramberviller sur l'art. 5 de son tit. 4 : où il dit que les habitans de ces châtelainies mieux avisés que les autres, se sont maintenus au droit de tester de leurs acquêts : » non toutefois du fond & propriété, mais bien de quelques sommes de deniers sur iceux, non excédans la valeur des deux tiers desdits immeubles, » ou bien léguer l'usufruit d'iceux «. Les rédacteurs de la coutume n'ont pas expressément permis de léguer l'usufruit des acquêts : mais comme l'usufruit est estimé au plus la valeur de la moitié de l'héritage, & qu'il est permis de le charger jusqu'aux deux tiers, j'aurois peine à croire qu'ils aient eu intention de défendre d'en léguer l'usufruit. Quant à la prohibition de donner le fond & propriété des deux tiers, les termes de la coutume générale, & de la locale semblent conformes à ce qu'en disoit Ramberviller. Voy. cependant ce que j'ai remarqué ci-devant, n. 32, sur les coutumes de Lorraine & de Verdun.

Quoi qu'il en soit, il est certain qu'on ne teste d'aucuns immeubles dans la coutume générale de l'Evêché. Ainsi ils étoient nécessairement aux enfans, qui sont remplis par là de leur légitime, ou en ont au moins une partie qui ne leur laisse que l'action en supplément, & leur ôte le droit de se plaindre qu'on ne leur ait pas laissé cinq sols sur les meubles.

On ne teste donc pas plus des acquêts que des anciens dans la coutume générale ; & quoique par l'apostille ajoutée à l'art. 3 du tit. 10, il paroisse qu'on devoit proposer à l'état si on peut disposer du fond, ou de l'usufruit de l'acquêt. M. D... a eu raison de dire qu'il est constant que cet art. 3 n'a point reçu d'atteinte ; & qu'il est d'un usage notoire, & d'une jurisprudence certaine, soit au bailliage de Vic, soit au parlement de Metz à cet égard, qu'il n'est pas permis à un testateur de disposer de l'immeuble par lui acquêt, ni en fond, ni même en usufruit. Toutes ces assertions sont incontestables ; & ce magistrat les confirme par un arrêt rendu au parlement de Metz, le 3 Juillet 1702, au sujet d'une métairie de vignes située à Ancy sur Moselle. Cet arrêt est celui que j'ai rapporté ci-dessus, pag. 231 & suiv. où j'ai détaillé les circonstances du fait, mais où je me suis sur-tout attaché à celles qui concernoient un autre chef du procès, dont l'objet étoit une maison située à Metz, en me réservant d'expliquer ailleurs ce qui regardoit la contestation sur la métairie d'Ancy. C'est ici le lieu de le faire, d'autant plus que M. D... ne dit qu'un mot de cet arrêt, & que le peu qu'il en dit n'est pas même absolument exact.

Le 26 Juin 1681, les dames Marie & Barbe G... l'une épouse de M. Be... l'autre femme en première noce de M. Ar... & en secondes nocés de M. Led... avoient partagé la succession de M. Charles Gr... leur pere ; & il étoit échu à la dernière une métairie au village d'Ancy, chargée envers la dame sa soeur d'une soulte, & mieux value de 1200 francs messins qu'elle avoit acquittés, pendant son premier mariage ; elle avoit augmenté cette métairie par l'acquisition d'un arpent de vignes, & au décès de M. Ar... cet acquêt lui avoit été abandonné pour le tout. Sept mois après son second mariage, elle avoit fait un testament, par lequel elle donnoit à M. Led...

TIT. VII.
Observ. 106.

47.
Si, dans ces
châtelainies on
peut léguer
l'usufruit des
acquêts.

48.
Et le fond des
deux tiers en
essence.

49.
Suite du n°
45.

TIT. VII.
Observ. 100.

son mari, généralement tous ses biens en propriété. M. Be... aux droits de la dame son épouse, soutint que ce legs universel ne pouvoit comprendre la métairie d'Ancy. M. Led... qui vouloit la conserver, nonobstant le texte de la coutume, prétendoit que cette coutume n'avoit été ni rédigée avec les solemnités nécessaires pour lui donner force de loi, ni autorisée par des lettres-patentes, ni homologuée. Voy. tom. 1, pag. 4 & suiv. C'étoit vouloir ôter aux peuples de l'Evêché la seule loi qu'ils connoissent, & qu'on consultoit sur-tous les différends qui s'élevoient entr'eux. Aussi M. Led... fut condamné de se désister de cette métairie par jugement des requêtes du palais du 17 Mars 1701; & quoique sur l'appel qu'il en porta à la cour, il n'abandonna pas entièrement son premier moyen; il se restreignit pourtant à soutenir, 1°. qu'on devoit excepter du désistement ordonné, l'arpent de vignes acquis par la testatrice; 2°. qu'on devoit lui payer la soulte de 1200 francs messins dont elle avoit été chargée par le partage de 1681, ou regarder la métairie comme tenant nature d'acquêt & de libre disposition, jusqu'à concurrence de cette soulte.

Ainsi insistant toujours à consulter l'autorité de la coutume de l'Evêché, il ne prétendoit cependant plus qu'on puisse dans cette province tester des anciens. Mais il soutenoit qu'au moins la note ajoutée à l'art. 3 du tit. 10 de la coutume, montreroit que les rédacteurs avoient douté si on ne pouvoit pas tester du fond, ou de l'usufruit des acquêts; & qu'en conséquence de cette note la prohibition de tester des immeubles portée par cet article avoit été restreinte aux anciens qui étoient les seuls biens désignés par ce mot *immeubles*; interprétation qu'il disoit confirmée par l'usage, suivant lequel on pouvoit, selon lui, sur-tout dans les quatre mairies du Val de Metz, disposer par testament des acquêts. Pour le prouver, il produisoit des certificats de quelques payfans, officiers des justices d'Ancy & Dars, & quelques testaments qui contenoient des legs d'acquêts, & qui paroissoient avoir été exécutés par les parties intéressées. Enfin il disoit que quand il y avoit soulte, l'héritage devoit être réputé acquêts, jusqu'à concurrence d'icelle, à celui qui l'avoit baillée: *coutume de Metz, tit. 5, art. 6*, ou au moins que l'héritier des anciens devoit la rendre à l'héritier des acquêts, suiv. l'art. 139 de la coutume de Paris.

L'intimé répondoit que dans l'Evêché on ne pouvoit pas plus tester des acquêts que des anciens: que la note apposée à l'art. 3, n'ayant été suivie d'aucune interprétation, la disposition de la coutume étoit restée en son entier: que le mot *immeubles* dans cette coutume désigne les acquêts comme les anciens: ce dont il est aisé de se convaincre en combinant les art. 1 & 3 du tit. 3 (1), & en consultant d'autres dispositions de la coutume, il détruisoit les certificats de l'appellant par des actes de

(1) L'un donne pour douaire à la veuve qui s'est mariée fille, & qui n'a point d'enfant, l'usufruit de tous les immeubles de son mari, & l'autre ne donne à celle qui a des enfans que l'usufruit des anciens ou des acquêts, à son choix,

notoriété tant des officiers du bailliage de Vic, & même de ceux des quatre mai-
ries, que des tabellions de l'Evêché, & réfutoit les exemples des testamens oppo-
sés, qui n'avoient eu lieu que par des conventions volontaires faites entre des peres,
ou meres, & leurs enfans, par d'autres exemples contraires, & par des arrêts qui
avoient annullé de pareils testamens. Enfin il soutenoit qu'en partage de succession,
la soulte fait des propres, comme le décide Le Brun dans son traité des successions,
liv. 4, ch. 11, n°. 35 & suiv. & écartoit l'application de l'art. 139 de la cou-
tume de Paris, par la raison qu'il n'y est question que d'un bien retiré par le ligna-
ger : ce qui fait une vraie acquisition pour le retrayant, & ne ressemble en rien à une
échûte de succession.

L'arrêt confirma la sentence des requêtes du palais. Il jugea par conséquent que,
dans la coutume de l'Evêché, il n'est pas plus permis de tester des acquêts, que des
anciens. Au moyen de quoi il ne préjuge rien sur la question si, dans cette cou-
tume, la soulte fait des acquêts : question sur laquelle je crois qu'il faudroit dans l'E-
vêché préférer la disposition de la coutume de Metz à l'opinion de Le Brun. Voy.
au surplus le tit. 5, obs. 13, n°. 49.

L'esprit de la coutume de Metz étoit originairement le même que celui de la cou-
tume de l'Evêché. Nos ancêtres bernoient dans l'ancien tems la liberté de tester
aux meubles, & choses réputées telles, & ne permettoient pas qu'on disposât à
cause de mort de ses immeubles, même de ses acquêts, excepté pour cause pieuse :
du moins on doutoit que la disposition des acquêts fut permise ; mais le désir de
laisser ce qu'on possède à ceux qu'on affectionne est si naturel, qu'on a cherché à
éluder la rigueur excessive de la prohibition de tester de ses immeubles. C'est, je
crois, l'origine de nos gagieres, que j'ai expliqué ainsi que l'étymologie, le sens &
l'usage de ce mot parmi nous, tit. 5, obs. 5, n. 24 & suiv., & observ. 6, n°. 6
& suiv.

Anciennement
on ne testoit
pas des immeu-
bles à Metz.

Je dis qu'on permettoit anciennement à Metz de faire des legs pieux sur ses
immeubles, comme on le peut encore dans l'Evêché : & je crois que cet usage
a continué jusqu'à la rédaction de la coutume. Différens textes de D'Abocourt me
le font penser. » Le testateur peut, dit il, fol. 281 r^{to}, donner par testament,
» pour aumônes & choses pieuses, certaines sommes de deniers sur ses héritages
» quels ils soient, mais à prendre premièrement sur ses gagieres « ; & par une suite
de cette restriction, il dit, v^o. » qu'un testateur qui donne ses meubles par son tes-
» tament, ne peut aumôner son trésonds «. Il pense que les gagieres sont comme
les meubles affectés par préférence aux legs pieux. » Personne ne peut par son tes-
» tament, ajoute-t-il, fol. 282 v^o, ordonner de prendre somme d'argent sur les
» meubles & héritages (1) & réserver ses gagieres ; car là où les meubles ne seront

rr.
Excepté pour
legs pieux.

(1) C'est-à-dire sur ses trésonds ; car comme il le remarque, *ibid.* le mot *d'héritage simple en*
Tome II.

» suffisans, il faudra plutôt le prendre sur les gagieres que sur les héritages de tré-
 » fonds «. Ce n'étoit donc qu'à défaut de meubles & de gagieres, qu'on pouvoit
 faire des legs pieux sur les tréfonds. Mais si les biens de la premiere espece ne suffi-
 soient pas, ceux de la seconde y suppléoiert. » Un testateur peut ordonner à ses
 » héritiers de fonder un autel : & sont tenus d'accomplir cette dernière volonté,
 » ou s'abstenir de la succession, disoit encore ce praticien, fol. 286 v^o. ; & même
 » le mari qui ne laissoit autres moyens, pouvoit, suivant lui, fol. 283 v^o, ordon-
 » ner par son testament de prendre sur les héritages certaines sommes de deniers
 » pour aumônes, encore que la femme dût tenir lesdits héritages en douaire coutu-
 » mier ; & sera telle aumône préférée audit douaire «. Il tiroit tout cela de différens
 jugemens des années 1306, 1337, 1342, 1367, 1382 & autres. Mais il distinguoit
 le legs d'une somme à prendre sur les tréfonds du legs du tréfonds même, qu'il con-
 venoit, fol. 281 v^o, n'être pas valable, même au profit de l'église, suivant un juge-
 ment de l'an 1443. Il ajoutoit au fol. suiv. r^o, que la femme ne pouvoit donner
 ses tréfonds à l'église, même avec le consentement de son mari, comme il avoit
 été décidé par un jugement de 1318 ; & disoit encore, fol. 284 v^o, que » per-
 » sonne ne peut ordonner somme de deniers par testament être prise sur ses terres
 » de fiefs « ; suivant un jugement de l'an 1336, qui lui sembloit général. Il remar-
 quoit même, fol. 281 v^o, que le jugement de 1382 regardoit des cens & rentes
 acquêtés par le testateur : & fol. 287, qu'un jugement de 1392, qui avoit validé une
 disposition de cens & rentes faite au profit d'un parent, à titre d'usufruit sa vie du-
 rant, pour par après échoir à l'église, sembloit concerner » des rentes acquêtées
 » en tréfonds, mais non anciennes & tenant nature d'anciens héritages « ; car il
 trouvoit, non sans raison, fol. 282 r^o, qu'il n'y avoit point d'inconvénient d'au-
 toriser la disposition testamentaire des acquêts de tréfonds » en faveur de l'industrie
 » de ceux qui acquêtent », spécialement quand ils ne laissent enfans ; à la différence
 » des anciens héritages qui leur viennent de leurs prédécesseurs ; & semblent être
 » plus obligés de les conserver à leurs successeurs «. C'est par-là qu'il concilioit avec
 les autres jugemens celui par lequel il disoit avoir été jugé en 1331 » qu'un testa-
 » teur décédant sans hoirs de son corps, peut, sans choses pieuses, & sans que ce
 » soit pour aumôner, donner somme d'argent à prendre sur ses héritages «.

Voilà ce qui me fait penser qu'avant la rédaction de nos coutumes de Metz &
 de l'Evêché, l'usage y étoit le même sur le pouvoir de tester. Il est vrai que dans
 la dernière, on n'a jamais connu les gagieres. Mais dans toutes deux, la dispo-

toute cette coutume signifie tréfonds. Voy. tom. 1, pag. 232. D'Abocourt dit même que le mot
 acquêt, quand il n'est pas ajouté de gagiere, désigne un acquêt fait en tréfonds. Voici ses termes,
 fol. 284 v^o. faut toujours entendre que les héritages & acquêts simplement, signifient tréfonds sans
 autres additions.

tion des anciens héritages étoit interdite ; dans toutes deux , on exceptoit les legs pieux ; & dans toutes deux , on doutoit s'il ne falloit aussi excepter les acquêts.

Mais l'art. 7 du tit. 8 de la coutume de Metz , en permettant de tester des meubles & des gagieres , a indéfiniment défendu de disposer par testament des tréfonds , & de les charger ou engager. Ainsi il n'y a plus d'exception ni pour les acquêts , lorsqu'ils sont faits sans clause de gagiere (1), ni pour les legs pieux : & les legs d'une somme à prendre sur un bien de tréfonds n'est pas plus valable que celui de tréfonds même.

J'examinerai dans la suite différentes questions , qui regardent l'effet que produit dans nos coutumes la prohibition de tester de certains biens à l'égard des enfans , & s'ils peuvent s'en prévaloir comme les collatéraux , ou s'ils n'ont que le droit de demander leur légitime. Mais c'est ici le lieu de décider si , dans les coutumes qui permettent de disposer des acquêts , & non des biens de ligne , les immeubles acquis de retrait lignager , & même tous les acquêts faits en ligne , ne doivent pas être exceptés des dispositions qu'il leur est permis de faire par testament. Ce qui paroît distinguer essentiellement les propres des acquêts , c'est que les premiers viennent par la voie de succession , ou par une voie qu'on peut regarder comme succession anticipée , & avancement d'hoirie ; telle qu'est la donation en directe descendante. Si on regarde comme acquêt des biens de famille qui n'ont rien coûté au propriétaire , comme ceux qu'il tient d'une donation en collatérale , il me semble qu'à plus forte raison , on ne peut pas regarder comme propres ceux dont il n'est propriétaire que pour en avoir payé le prix. Ainsi , ni les biens retirés par un lignager , ni les acquêts faits en ligne ne me paroissent pas pouvoir être distingués des autres acquêts , quant à la liberté d'en disposer par testament. Cependant , De Renuffon , des propres , ch. 3 , sect. 9 , en convenant qu'on peut tester de l'héritage acquis par retrait lignager , ajoute que néanmoins l'héritier des propres peut le retenir , en payant au légataire le prix que le testateur en a payé lors du retrait. Mais je crois que cette décision doit être restreinte aux coutumes qui la fondent par quelques-unes de leurs dispositions ; & qu'elle ne doit pas être suivie dans les autres , pas même dans celle où l'héritage retiré tombe en retrait , s'il est revendu par le retrayant , lorsqu'au surplus elles le rangent sous la classe des acquêts. J'en donnerai pour exemple l'art. 215 de la coutume de Rheims , sur lequel Dumoulin dit : *Ita ut possit totam legare extraneo*. Il en est à plus forte raison de même des héritages acquis en ligne. Aussi la coutume de St. Mihiel , qui , en succession *ab intestat* , dif-

TIT. VII.
Observ. 102.

53.
A Metz on teste des meubles & des gagieres , mais nullement des tréfonds.

54.
Les biens retirés par testament & les acquêts faits en ligne ne sont pas des biens de ligne.

(1) Les terrains que le roi a donné dans Metz à un assez grand nombre de particuliers pour y bâtir , sont sans contredit des tréfonds , ainsi que les maisons construites sur iceux , lorsqu'ils n'ont pas pris la précaution de déclarer par acte public qu'ils acceptoient ses terrains pour leur gagiere.

Tit. VII.
Oblerv. 100.

lingue les acquêts & dons faits hors de ligne, qu'elle joint aux meubles, des acquêts faits en ligne qu'elle joint aux propres, art. 11 du tit. 5, statue tout différemment en succession testamentaire, & rend tous les acquêts sans distinction disponibles comme les meubles; art. 1 du tit. 4.

55.
Quelles dettes
actives sont
disponibles.

Dans le nombre des choses dont on peut tester sont aussi comprises les dettes actives, comme il paroît par l'art. 8 du tit. 8 de la coutume; l'art. 1 du tit. 4 de la coutume de St. Mihiel, & autres qu'il faut néanmoins restreindre; 1°. aux coutumes qui permettent de tester des meubles; car dans celles qui limitent cette faculté de disposer à cause de mort à certaine portion des meubles, les dettes actives ne sont disponibles que pour la même portion; 2°. aux dettes actives exigibles, & aux autres constituées qui sont réputées meubles ou acquêts; car dans les coutumes qui les mettent au rang des immeubles, elles peuvent devenir propres; & par cette raison, n'être disponibles que comme les propres. Sur quoi il faut se souvenir de ce que j'ai dit ci-devant, qu'à Metz les rentes constituées, qui n'ont pas été acquises pour gagieres, sont des tréfonds: d'où il est aisé de conclure qu'elles ne tombent pas en ce cas dans le legs qu'un testateur peut faire de ces dettes actives.

56.
Propres, fiftifs
sont disponi-
bles: renvoi.

J'ai parlé, tom. 1, pag. 344 & suiv., des stipulations de propre avec assez d'étendue, pour me contenter ici d'y renvoyer: notamment pour la coutume de Metz, dans laquelle j'ai dit que les biens réalisés demeuroient disponibles, s'ils étoient naturellement, à moins qu'il n'ait été convenu qu'ils tiendroient nature de fonds, ou qu'il ne soit dit (ce qui dans toutes les coutumes les égale aux véritables propres, quant à la faculté d'en disposer) qu'ils seront propres à tous égards, ou pour tous effets, ou même quant à la disposition. Voy. aussi le tit. précédent, obs. 8, n°. 12, & Ferrière, sur Paris, art. 292, gl. 3, n°. 11 & suiv.

57.
Si la femme
peut tester en
Lorraine des
deniers à elle
donnés avec
stipulation
d'emploi.

J'ai aussi parlé, tom. 1, pag. 388 & suiv., d'un arrêt du 11 Avril 1674, qui semble avoir jugé qu'un tréfonds ayant été vendu avec clause que le prix tiendrait au vendeur même nature que le bien aliéné, ce prix ne tombait pas dans la disposition testamentaire; & j'ai dit qu'il me sembloit qu'une pareille clause ne pouvoit pas plus opérer qu'une stipulation de propre qui n'ôte pas la liberté de disposer des deniers réalisés. J'ajouterai seulement ici que Faber, sur l'art. 3 du tit. 11 de la coutume de Lorraine, n. 1320, dit que « les deniers donnés en mariage à la femme, avec promesse de les employer en propres à elle & aux siens, sont, dans cette coutume, tellement propres à elle, que tout ainsi que s'ils étoient de ses anciens héritages, elle n'en peut disposer que du quart ». Mais cette assertion me paroît plus que douteuse. Faber ne la fonde que sur l'art. 13 du tit. 12, qui, par rapport à ces deniers donnés à la femme en mariage, avec stipulation d'emploi, distingue les filles des gentilshommes, auxquelles ils sont réputés fonds & patrimoine, sujets à retour ou remploi en héritage à leur profit, & celles des annoblis & roturiers, auxquelles tels deniers sont censés meubles, demeurant au survivant, s'il n'y a traité.

de mariage contraire. Il faudroit donc d'abord limiter aux seules filles des gentils-hommes ce que Faber dit indistinctement de toutes les femmes. Mais en second lieu, il me semble qu'on ne peut pas plus en Lorraine qu'à Paris & ailleurs, conclure d'une simple stipulation de propre & d'emploi, que les deniers réalisés sont exclus de la disposition testamentaire (1) : puisqu'à Paris & ailleurs, ces deniers sont réputés propres, ou, ce qui est la même chose, *fonds & patrimoine, sujets à retour ou emploi*, comme en Lorraine, sans que cette qualité fictive mette obstacle à la liberté qu'a la femme d'en disposer par testament : attendu que, dans la réalité, ils conservent leur vraie nature de meubles que la fiction ne leur ôte pas à cet égard, parce qu'en la faisant, elle n'a pensé qu'à les exclure de la communauté & des droits du mari sur les biens communs & sur les meubles, & que rien ne prouve qu'on ait voulu gêner la femme par rapport à la disposition testamentaire.

On ne peut, par testament, déroger ou préjudicier aux traités de mariage ; & à ce qui est acquis ou stipulé par iceux en faveur des conjoints, ou de leurs parens ou héritiers. Cette disposition de l'art. 12 du tit. 8^e de la coutume de Metz est de droit commun ; il a lieu par-tout : mais il ne faut jamais donner aux clauses d'un contrat de mariage une extention, sans laquelle les termes dans lesquels elles sont exprimées peuvent tous opérer. Ces clauses *sunt strictissimi juris*, & rien n'y est censé compris que ce qui y est clairement exprimé.

C'est pourquoi on ne peut excuser ce que dit Ancillon sur cet article ; V^o. *déroger aux traités*, &c., que si le mari a donné à la femme une certaine somme pour bagues & bijoux, qu'elle se soit réservée avec ses habits & appartenances pour en faire & disposer à sa volonté, & n'en ayant disposé, venir à ses enfans ou autres héritiers : » la femme ne peut pas donner à son mari les bagues & bijoux qui lui sont ainsi réservés ; parce que ce seroit déroger par testament au contrat de mariage, & préjudicier à ce qui est acquis en faveur de la femme ». L'erreur est d'autant plus évidente, qu'Ancillon parle d'un contrat qui autorise expressément la femme à disposer à son gré, sans exclure le mari qui ne destine la somme à ses enfans ou héritiers, qu'au cas qu'elle n'en ait pas disposé. Ainsi ce seroit, en lui ôtant cette liberté, ou en la restreignant, qu'on contreviendroit au contrat de mariage. Mais quand il ne lui donneroit pas expressément cette libre disposition, il suffiroit qu'il ne la lui interdît pas : & l'usage autorise si notoirement la remise que les femmes font fréquemment en l'un & en l'autre cas à leurs maris de ces sommes

TIT. VII.
Observ. 10e.

58.
Sens de la maxime qu'on ne déroge pas par testament aux contrats de mariage.

59.
La femme peut tester au profit de son mari de la somme qu'il lui a donnée pour bagues & bijoux.

(1) La prohibition de tester des propres » s'entend des véritables propres, & non pas des propres fictifs, lesquels à l'égard des testamens ne sont considérés que comme meubles & acquêts ». Ce sont les termes de Ricard sur l'art. 293 de la coutume de Paris, & la décision unanime de tous les auteurs.

TIT. VII.
Oiserv. 100.

stipulées pour bagues & joyaux, qu'on ne peut s'empêcher de dire ici, *aliquando bonus dormitat Homerus.*

60.
C'est la nature
actuelle des
biens qui les
rend disponi-
bles.

61.
On peut les
vendre pour
pouvoir en tes-
ter.

En succession testamentaire, on ne considère que la nature actuelle des biens qui en dépendent au moment du décès du testateur, & non pas la source dont ils lui sont provenus, ni les qualités qu'ils avoient, & qu'ils n'ont plus : jusques-là qu'on peut vendre ces biens qui ne sont pas disponibles, précisément pour pouvoir disposer du prix d'iceux. Je l'ai déjà dit ci-devant, pag. 270, où j'en ai rappelé un exemple : en voici un second encore plus précis.

Dame Gabriëlle Richard, veuve du fleur Labriet, âgée de 80 ans & infirme, vend, par contrat du 30 Avril 1749, à M. Marien, conseiller au parlement de Metz, commissaire aux requêtes du palais, la seigneurie de Betting, & la cense de Linville, moyennant 60000 liv. qu'elle laisse à l'acquéreur, à titre de constitution, à quatre pour cent, & accepte la rente pour sa gagiere. Deux jours après elle teste, & lègue à M. Marien, qu'elle qualifie son parent, tous ses biens, à la réserve d'une somme de 13800 liv., dont elle dispose en legs pieux, & d'une autre somme de 300 liv. qu'elle lègue à ses parens, qui justifieront leur qualité dans l'année. Elle n'en avoit que de très-éloignés ; & M. Marien lui-même ignoroit à quel degré il lui étoit parent, & de quel côté : en sorte qu'il n'y avoit entr'eux qu'une quasi possession de parenté.

Elle meurt six semaines après ; & comme la seigneurie de Betting & la cense de Linville, quoique situées en Lorraine, sont régies par la coutume de l'Evêché, Philippe Rennepont & consors en contestent la propriété à M. Marien. Ils étoient arriere-petits-fils d'Honoré Richard, qui avoit eu un frere nommé Claude Richard. C'étoit le nom de l'aïeul de la dame Labriet. Ils se disoient donc ses héritiers, & ils soutenoient que la vente étoit simulée ; qu'elle ne devoit être considérée que comme un même acte avec les testamens : qu'ainsi la dame Labriet n'avoit pas vendus, mais donnés par testament des biens non disponibles ; d'autant plus qu'elle les avoit vendus sans nécessité & sans causes ; & qu'elle étoit décédée très-peu de tems après les deux actes. Ils ajoutoient même qu'elle étoit déjà atteinte de la maladie dont elle étoit décédée ; mais ce dernier fait étoit dénié, & on n'en donnoit pas la moindre preuve.

M. Marien répondoit qu'on peut vendre son bien non disponible, dans la seule vue d'avoir la liberté de tester du prix : que la vente à lui faite de la dame Labriet avoit été sérieuse, & si obligatoire contre lui, qu'il n'auroit pas pu se libérer des 60000 liv. qui en avoient fait le prix, en rendant les biens vendus à la vendeuse ni à ses héritiers ; qu'elle étoit libre de ne pas tester, de tester au profit d'un autre, & de révoquer le testament qu'il lui avoit plu de faire à son profit ; que la vente & le testament formoient par conséquent deux actes tous différens, & indépendans l'un de l'autre, & qui pouvoient être l'un valable, & l'autre nul ; que la vente avoit subsisté deux fois 24 heures avant le testament ; qu'alors rien ne pou-

voit en faire soupçonner le sérieux ; ni faire révoquer en doute sa validité ; que si elle avoit été un instant sérieuse , l'acquéreur étoit devenu incommutablement propriétaire des biens vendus ; que par conséquent la vendresse n'avoit laissé dans sa succession qu'une rente de gagiere , & disponible comme le surplus de ses biens , dont Rennepont & ses consors ne contestoient pas la propriété à son légataire universel.

Le bailliage d'Allemagne rendit sentence en sa faveur le 26 Août 1751. Elle fut infirmée par la cour de Nanci , qui déclara la vente & le testament nuls. Consulté par M. Marien , j'estimois que cette prononciation fournissoit un moyen de cassation , & qu'au fond l'arrêt étoit contraire aux principes. M. Marien se pourvut au conseil du roi de Pologne , où il obtint arrêt qui cassa celui de la cour souveraine , & ordonna l'exécution de la sentence du bailliage.

Il faut cependant observer que quand on veut changer son bien de nature , on ne doit pas attendre qu'on soit atteint d'une maladie mortelle. Toute vente faite dans la vue de pouvoir tester , est au moins la préparation d'une disposition. Et toute donation faite par personne gisante au lit malade de la maladie dont elle décède , est réputée faite à cause de mort , encore qu'elle soit dite & conçue entre vifs. Metz , tit. 7 , art. 3. J'en ai fait la remarque , ci-devant , pag. 545 , où j'ai dit un mot de l'arrêt du 16 Novembre 1666 , qu'on peut voir un peu plus au long dans mes extraits du recueil d'Ancillon , pag. 33 , n. 51 , & qui a jugé qu'un trésors ayant été vendu pendant la dernière maladie , on ne peut pas disposer par testament du prix qui est encore dû. Ajouté ce que j'ai dit ci-devant de la coutume de St. Mihiel sous le n°. 43.

62.
Pourvu que ce ne soit pas in extremis.

Lorsqu'il y a communauté de biens entre les conjoints , soit légale ou conventionnelle , l'un d'eux ne peut disposer que de sa moitié dans les biens qui la composent. Ce que la coutume de Paris , art. 296 & la plupart des autres disent à cet égard du mari , doit être appliqué à plus forte raison à la femme commune. La coutume de Meaux le porte , art. 60 ; & celle de Sedan , art. 131 ; & on conçoit bien que cela doit être par-tout. Ce n'est pas qu'un des époux ne puisse léguer la totalité d'un meuble ou d'un acquêt commun (1). Mais alors il dépend de l'autre conjoint (s'il n'y a pas dans le testament d'autres dispositions en sa faveur , & dont il veuille profiter) de retenir sa moitié dans la chose léguée en entier , à charge que l'héritier lui payera le prix de sa moitié. Voyez sur ce point , & sur la validité du legs fait par le mari de toute la communauté , lorsque la femme y renonce , Ricard sur l'art. cité

63.
Du legs des biens communs par un des conjoints.

(1) Quoique j'ai dit à la note (1) de la page 673 , sous le n. 1er. de cette observation , que je ne parlerois pas des questions que peuvent faire naître les legs de ce qui n'appartient pas au testateur , parce qu'elles se décident nuement par le droit romain ; celui d'un bien de communauté par un des époux , tenoit trop au droit coutumier pour n'en pas dire ici quelque chose.

TIT. VII.
Observ. 109.

de la coutume de Paris, Ferriere, *ibid.* n. 5 & 8, & M. Le Camus, n. 3, & l'art. 132 de la coutume de Sedan.

Quelques coutumes, comme Vermandois, art. 67, disent que si l'un des conjoints a légué meuble précieux, qui depuis long-tems, de pere en fils, est dans la famille, le survivant le pourra entièrement avoir, en baillant au légataire l'estimation d'icelui. Cela paroît assez juste pour être observé par-tout, principalement si le meuble provient de la famille du survivant. Cependant je crois que la question dépendroit beaucoup des circonstances.

64.
Du legs fait à Metz, par le mari, de la moitié des acquêts où il a dénommé sa femme.

La limitation des dispositions testamentaires faites par le mari, à la moitié des meubles & acquêts de la communauté établie entre lui & sa femme, est portée par l'art. 9 du tit. 8 de la coutume de Metz, qui ajoute que le mari ne peut non plus disposer par testament, que de la moitié des acquêts, où il a dénommé sa femme, ce qui s'entend lors même qu'il n'y a point de communauté entre eux. D'Abocourt disoit cependant fol. 283, V. o. & suiv. que « le mari peut, par testament, » moyennant le seul consentement de sa femme, ordonner prendre somme de de- » niers sur la totalité des acquêts, même de tréfonds qu'ils ont faits par ensemble... » par jugement de l'an 1361, mais il ajoutoit, il semble que le jugement se doit » entendre pour aumônes, & choses pieuses, ou pour payer leurs dettes com- » munes «.

65.
Ou lorsqu'il y a communauté.

Il n'y a point de difficulté que le mari ne puisse destiner au paiement des dettes passives qu'il a contractées depuis son mariage, avec ou sans sa femme, les acquêts où il l'a dénommée : puisque suivant l'art. 5 du tit. 6, elle ne peut y prendre part en aucun cas, *si non en payant la moitié des dettes créées, même sans elle, par son mari, pendant ledit mariage.* Mais je doute qu'on valideroit aujourd'hui les dispositions testamentaires qu'un mari auroit faites de la part appartenante à sa femme, soit comme commune, ou comme dénommée dans les acquêts non-seulement de fonds, mais même de gagiere; sous prétexte que la femme y auroit consenti du vivant de son mari. Je crois qu'on ne regarderoit pas ce consentement comme donné avec assez de liberté pour la dépouiller de son droit de propriété dans ces acquêts : qu'on présumeroit qu'il a été extorqué par la crainte d'indisposer son mari contre elle, si elle le refusoit, & que la faveur de la cause pie n'empêcheroit pas de prononcer la nullité d'une pareille disposition pour le tout, s'il s'agissoit d'un tréfonds, & pour moitié si le legs étoit d'un bien de gagiere.

66.
Du pouvoir du mari dans les autres cas.

Mais quand il n'y a point de contrat de mariage stipulatif de communauté, ou (1) que la femme n'est dénommée acquétesse, le mari peut disposer de tous lesdits meubles, dettes & acquêts de gagiere à sa volonté; réserve des habits, bagues & joyaux de sa

(1) Le mot *ou* n'est pas ici disjonctif, il faut lui donner le sens & l'effet de la conjonctive & femme.

femme, art. 10 du même tit. 8. Sur ce pouvoir excessif du mari & sur celui qu'il a dans la coutume de l'Evêché & de Lorraine, voy. tom. 1, pag. 191 & suiv. où j'ai dit que, quoique la coutume de Lorraine introduisît une communauté d'acquêts entre les conjoints, & leur permît de la stipuler, quant aux meubles, le mari pouvoit disposer par testament des uns & des autres, à moins qu'il ne fût porté par le contrat de mariage, qu'arrivant la dissolution, ils seroient partagés par moitié entre le survivant & les héritiers du prédécédé, clauses qu'on omet rarement dans ces contrats.

Et quoique dans l'Evêché, il y ait une espèce de communauté imparfaite de meubles introduite légalement & sans stipulation entre les époux, cependant le mari peut dans cette coutume, aussi bien que dans celle de Metz, à défaut d'un contrat de mariage stipulatif d'une vraie communauté, telle qu'elle a lieu dans la plupart des pays coutumiers, disposer par testament, au préjudice de sa femme, de tous les meubles, même de ceux que la femme lui a apporté en se mariant, à la seule exception des habits, bagues & joyaux, courtine & chevelle de la femme.

Mais que si le mari étoit assez inhumain pour réduire sa femme à l'indigence, en disposant par testament de tout ce qui lui appartient, sans rien laisser à sa veuve, la religion & l'équité exigeroient que les juges y remédiaient suivant les circonstances.

67
Il ne peut pas
cependant priv-
ver sa femme
de tout.

Ancillon, sur l'art. 10 du tit. 8 de notre coutume de Metz, pense qu'il n'est pas » raisonnable que, par le testament de son mari, la femme soit ainsi privée sans cause » de tout ce que la coutume lui donne lorsqu'il n'y a point de testament ». Par les art. 10 du tit. 6 de celle de Metz, & 5 & 6 du tit. 2 de celle de l'Evêché. Il remarque que, suivant l'authentique *præterea, cod. unde vir & uxor* : lorsque le mariage s'est fait sans constitution de dot, que le mari vient à décéder le premier, » étant riche, sa femme pauvre, elle lui succède pour un quart, avec les enfans » de leur mariage, ou ceux d'un précédent du mari, s'ils sont au nombre de trois » ou moins, & qu'elle prend autant que l'un des enfans, s'ils sont plus de trois, » à charge de leur en réserver la propriété si ce sont les enfans communs de leur » mariage, laquelle portion lui appartiendra en propriété s'il n'y a point d'enfans ; » & fera néanmoins tenue d'imputer sur cette portion ce que son mari lui aura lé- » gué par son testament ». Il ajoute que cette authentique observée en France dans les pays de droit écrit, où le mari ne peut » en éluder l'effet par une disposition » testamentaire », n'est pas, à la vérité, en usage dans les pays coutumiers ; mais que comme on ne s'en écarte qu'à cause que la femme y prend » moitié des biens de » la communauté, & que chez nous, où il n'y a point de communauté, cette » raison ne convient point, il en faut revenir à l'expédient de cette authen- » tique ».

Cette opinion est pleine d'équité. J'aurois cependant bien de la peine à croire

TIT. VII.
 Oblig. 102.

que le droit romain n'ayant pas force de loi parmi nous, on puisse y décider le cas dont s'agit conformément à cette authentique. Mais du moins elle doit servir d'exemple, & engager le juge à corriger l'excessive dureté d'un mari aisé, qui par son testament réduiroit sa femme à l'aumône, en ne lui laissant que ses habits, ses joyaux & sa courtine. Mais je crois que c'est par les circonstances qu'il faudroit fixer ce qu'il seroit juste de retrancher en faveur de la femme, des dispositions testamentaires faites par son mari à son préjudice; que même il y a des cas où il ne suffiroit pas de donner à la veuve le quart; & que dans d'autres on pourroit au contraire la réduire à moins.

Au surplus, quoique l'art. 10 du tit. 8 n'excepte de la disposition testamentaire, qu'il permet au mari de faire de tous les meubles, que les habits, bagues & joyaux de sa femme, & que ce ne soit aussi que de ses habits bagues & joyaux dont l'art. 7 du tit. 7 permette à la femme non commune de tester, je ne crois pas que son mari puisse lui ôter par son testament aucunes de ses autres appartenances, dans lesquelles je comprends sa courtine, dont par l'art. 10 du tit. 6 elle semble avoir la pleine propriété.

68.
 Pôjadis réservé à la femme :
 ce que c'étoit.

J'inclinerois même beaucoup à lui laisser au par-delà ce qu'on appelloit autrefois son pô. Le mari, dit d'Abocourt, fol. 284, R^{to}. » ayant la liberté de tester, » ne pourra, donnant tous ses meubles par testament, ôter à sa femme ce qu'on » appelle vulgairement son pô, ni ses robes, bagues & joyaux; s'il n'y avoit con- » tre elle juste cause avérée; par jugement de l'an 1459... , il y a jugement de mê- » me... lequel porte que les héritiers ne seroient ouïs, alléguans qu'il n'y auroit meu- » bles suffisans; car ils seroient tenus spécialement fournir sa chambre étoffée, qui » est ce qu'on appelle le pô, robes & joyaux; si la femme avoit joyaux, lits étoffés » avec oreillers, chaises avec coussins, & des ustencilles nécessaires de cuisine: par » jugement de l'an 1317 «.

Il y a tant d'équité dans cette restriction du pouvoir du mari, que c'est ce me- semble, la moindre des modifications qu'on doit y apporter. Ce praticien disoit en- core, fol. 286, R^{to}. » qu'entre les meubles qui sont du pô, ou cheffe de la fem- » me, doivent être comprises les courtines, où elle aura été accouchée, & s'il y » en avoit plusieurs, l'une à son choix. Il demandoit si c'étoit, outre le lit étoffé, & il lui sembloit qu'oui, en faveur de sa couche, a courtine faisoit tellement partie de ces petites appartenances réservées à la femme, qu'elle lui est donnée par préciput par l'art. 6 du tit. 10 de la coutume. On conçoit bien que la femme ne peut la prétendre, que » s'il se trouve en être après le décès du mari », comme le dit ici d'Abocourt, qui, fol. 309, R^{to}. disoit encore que » les robes, bagues & » joyaux de la femme lui demeureront sauvés, & ne seront sujettes à ce que le » mari aura ordonné par testament; même aux dettes du mari seul, & si ce que » dessus étoit mis en gage par ledit mari, elles lui doivent être rachetées sur les biens » par lui délaissés, nonobstant les oppositions des crédeurs du mari, semble aussi qu'en

» tel cas son p^ô lui doive demeurer sauve , s'il se trouve de tel meuble dont il a été
 » limité ci-dessus «.

Tit. VII.
 Observ. 106.

Mais comme je l'ai dit , tom. 1 , pag. 308 , le droit de p^ô n'a plus lieu depuis long-tems contre les créanciers ; & en cas de saisie des meubles du mari , on ne fait plus distraction à la femme de ce qui composoit son p^ô. Je crois cependant que , quand il ne s'agit pas de l'intérêt des créanciers , & qu'il n'est question que du pouvoir du mari & de son testament , ces anciens usages nous montrent qu'on ne doit pas souffrir qu'il prive sa femme par des dispositions d'une dureté intolérable , des choses qui lui sont indispensablement nécessaires : & je crois même que , s'il la laissoit dans une indigence absolue , on réprimerait son inhumanité , en adjugeant sur sa succession à sa veuve les secours modérés dont elle auroit besoin proportionnément à son état , & à la fortune du défunt. D'Abocourt , fol. 54 , R^o. cite d'anciens jugemens qui ont décidé que la femme , quand il n'y a point d'acquêts où elle ait part , & que son mari a testé de tous ses meubles , peut reprendre les deniers qu'elle lui a apportés.

Mais en tous autres cas , tous ceux qui ont la capacité de tester disposent librement à Metz de tous les meubles & de toutes les gagieres qui leur appartiennent nuement , ce qui comprend presque toujours tout ce qu'ils possèdent , parce qu'il ne reste presque plus de tréfonds. Je conviens avec Ancillon , sur l'art. 7 du tit. 8 , V^{bo}. *disposer* , &c. que la multiplication des gagieres a détruit l'esprit originaire de la coutume , qui bornoit aux meubles les dispositions testamentaires. Mais quoiqu'il gémissé de ce changement , toute les fois qu'il en trouve l'occasion , & qu'il condamne cette grande liberté de tester , je ne vois pas qu'elle soit plus à blâmer , à Metz , qu'à Thionville , à Toul , dans quelques autres coutumes , & dans tous les pays de droit écrit , ni qu'elle y ait de plus grands inconvéniens. Si même elle en a quelques-uns , je ne fais s'ils ne sont pas moindres que ceux de l'ancien usage , qui ne permettoit de tester que des meubles. Je dis plus ; si l'usage moderne étoit un abus , le peuple messin y est tellement habitué , qu'il ne consentiroit pas facilement à le réformer. En vain on lui citeroit , comme notre commentateur , l'exemple des coutumes où l'on ne teste que d'une certaine portion des propres , il répondroit *aliis moribus utimur , aliis legibus vivimus*.

69.
 Le pouvoir de tester n'a presque plus de bornes à Metz.

La propriété de la femme non commune est-elle assez pleine sur la moitié des acquêts dans lesquels son mari l'a dénommée , pour quelle puisse en tester , (lorsqu'ils ont été faits à titre de gagiere , & qu'elle meurt sans enfans) , au préjudice de son mari , qui les emporteroit en ce cas suivant la coutume , si elle étoit morte intestate ? C'est la principale des questions qui viennent d'être jugées dans l'espece suivante.

70.
 La femme dénommée acquétesse peut-elle tester de sa moitié au préjudice de son mari ?

Mathieu Le Maître , natif de Paris , vient à Metz en 1740 , avec le régiment de Piémont , dans lequel il étoit alors soldat. Il y fit connoissance avec Thérèse Galand , & conçut le dessein de l'épouser. Mais le régiment quitta cette ville avant

qu'il ne pût l'effectuer, & on prétendoit qu'il y avoit eu entr'eux un contrat de mariage rédigé sous feing-privé par un nommé La Never, la veille du départ du régiment. Quelque tems après, Thérèse Galand alla joindre Le Maître à Sedan, où son régiment étoit en garnison. On disoit qu'ils s'étoient mariés dans cette ville; mais on ne représentoit ni acte, ni certificat de célébration. Tout ce qui paroissoit, c'est que Thérèse Galand avoit suivi constamment Mathieu Le Maître, tant dans ses garnisons qu'à l'armée; ensuite à Paris, où ils s'étoient établis ensemble en 1749. Le Maître ayant alors obtenu son congé, ils y avoient été regardés comme mari & femme; & y avoient eu plusieurs enfans, tous baptisés comme légitimes. Ils étoient revenus à Metz en 1755, & y avoient fait différentes acquisitions, dont les contrats portoient que Le Maître acquéroit tant pour lui que pour Thérèse Galand, son épouse. Elle continuoit de passer pour telle dans l'opinion publique. Mais en 1759, près de 20 ans après le commencement de leur union, ils résolurent d'en réparer les vices; & après une publication de ban & de dispense des deux autres, ils reçurent publiquement la bénédiction nuptiale. Leur commerce prospéroit toujours. Ils firent de nouvelles acquisitions; & dans toutes, la femme fut dénommée acquêtresse pour moitié. Elle mourut sans enfans en 1768, après avoir fait un testament par lequel elle léguoit à son mari l'usufruit de toutes ses nippes, habits & autres appartenances de femme; & de sa moitié dans le mobilier, l'argent comptant, les contrats & les immeubles; & la propriété du tout à ses héritiers.

Après son décès, Mathieu Le Maître qui convenoit qu'avant d'aller à Sedan, il avoit fait à Metz à Thérèse Galand la promesse de l'épouser, mais qui soutenoit qu'il n'y avoit eu ni contrat de mariage dans la dernière de ces villes, ni célébration dans l'autre, prétendit, en conséquence, que ses droits & ceux de sa femme ne pouvoient être réglés que par la coutume de Metz où ils s'étoient mariés en 1759, & suivant laquelle les meubles n'avoient jamais appartenu qu'à lui seul; en sorte que sa femme n'avoit pas pu, par son testament, lui en ôter la propriété pour moitié; qu'à la vérité, elle étoit propriétaire de la moitié des acquêts; mais que comme elle ne tenoit cette propriété que de lui, & parce qu'il avoit bien voulu l'en gratifier, en la dénommant acquêtresse, elle n'avoit pu lui ôter en testant le droit de retour de cette moitié, que la coutume & l'usage lui assuroient à défaut d'enfans. Sur ce fondement, il renonça au testament sans préjudice à ses droits, & soutint que tout le mobilier sans exception, & les acquêts indistinctement, devoient lui rester.

Au contraire, les nommés Colin & Périn, aux droits de leurs épouses, sœurs de Thérèse Galand, formèrent contre Le Maître, en conséquence de sa renonciation, demande en partage de la communauté, qu'ils disoient avoir été entre lui & sa défunte femme. Pour prouver cette allégation, ils posoient en fait qu'il y avoit eu entr'eux un contrat de mariage que Le Maître étoit tenu de représenter, à faute de quoi il devoit être présumé stipulatif de communauté. Ils ajoutoient que quand mêm-

me il n'y auroit point eu de contrat de mariage, Le Maître avoit épousé Thérèse Galand dans la coutume de Sedan, & avoit formé avec elle leur premier établissement dans celle de Paris; & que dans l'une & dans l'autre, la communauté est légale. De là ils concluoient que Thérèse Galand avoit pu tester du mobilier; & quant aux acquêts, ils prétendoient qu'ayant été dénommée acquêtresse, elle auroit eu, même sans être commune, la faculté d'en disposer par testament, suivant la coutume de Metz, qui, à la vérité, les défère, à défaut de communauté, au mari survivant, mais ne doit être entendue que quand la femme est morte intestate.

Sur ces contestations, sentence intervint au bailliage de Metz, qui préjugeant qu'il n'y avoit pas eu de communauté entre Le Maître & sa femme, décida que celle-ci n'avoit pu tester ni des meubles, ni de sa moitié des acquêts faits postérieurement à la célébration du mariage de 1759, quoiqu'elle y eut été dénommée, & adjugea les uns & les autres au mari; mais le condamna à se désister au profit des héritiers de sa femme, de la moitié des acquêts qu'il avoit faits avec elle, avant cette époque de 1759.

Cette sentence engagea Perin de s'arranger avec Le Maître: mais Colin en porta l'appel à la cour, où il forma une demande incidente tendante à être admis à prouver qu'il avoit été passé entre l'intimé & sa défunte femme un contrat de mariage sous seing-privé. Appel incident de la part de Le Maître, en ce qu'on ne lui avoit adjugé les acquêts que depuis 1759; & demande subsidiaire à ce qu'au cas que la cour ne lui adjugeât pas ses conclusions au principal, il lui plût ordonner que le testament seroit exécuté à son égard.

Un jeune magistrat qui annonce des talens distingués, & dont je ferois un plus grand éloge, si je lui étois moins étroitement uni, M. l'avocat-général Bertrand de Bousporn, sépara d'abord de la masse des biens dont il s'agissoit les acquêts de l'Evêché, & ceux de tréfonds du pays messin; parce que la coutume de l'Evêché ne donnant au mari que les meubles, celle de Metz n'y ajoutant que les acquêts de gagieres, & l'une & l'autre ne permettant pas de tester des biens d'une nature différente, la moitié qui en avoit appartenu à Thérèse Galand étoit, sans aucun contrat, dévolue à ses héritiers.

Quant aux biens qui pouvoient être la matière du litige, il distingua les meubles, les habits & appartenances de Thérèse Galand, & les acquêts de gagieres.

Il dit que c'étoit un point de jurisprudence incontestable que le mari survivant a tellement la propriété des meubles, lorsqu'il n'y a point de communauté, que la femme ne peut en disposer, soit entre vifs, soit par testament (1), ni par conséquent

(1) La coutume de Lorraine, art. 1 du tit. 2, exclut la communauté quant aux meubles sans stipulation, & les donne au survivant à la charge des... legs & donations testamentaires non

le priver du bénéfice de l'art. 10 du tit. 6, aux termes duquel il les emporte, soit qu'il y ait enfans ou non. Mais ce qui n'est pas libre à la femme mariée dans la coutume, lui est permis lorsqu'elle est commune. Thérèse Galand l'eut été, si elle avoit été mariée à Sedan, & eut été femme légitime de Le Maitre à Paris, où il a formé son premier établissement. Mais on oppose en vain qu'elle y a été regardée comme sa femme, que leurs enfans ont été baptisés comme légitimes, & que, dans tous les contrats qu'ils y ont passés, ils ont figuré comme mari & femme. Ces indices sont trop foibles pour faire penser que l'aumônier d'un régiment leur avoit donné la bénédiction nuptiale, qui, d'ailleurs, n'eut été que la profanation du sacrement, & la violation de toutes les loix de l'église & de l'état. Comment d'ailleurs écouter une allégation détruite par la célébration pure & simple de 1759, où rien n'annonce la réhabilitation d'un mariage antérieur.

Le Maitre & sa femme se font donc mariés dans la coutume de Metz; & par conséquent, il n'y a point eu entr'eux de communauté légale. On demande à faire preuve qu'il y a eu un contrat de mariage; & Le Maitre consent que Colin y soit admis, mais à des conditions que celui-ci refuse, qu'il articulera & se chargera de prouver, non-seulement les dispositions de ce prétendu contrat, mais encore le nombre & la qualité des personnes qui l'ont souscrit, & sans l'assistance desquelles deux mineurs ne pouvoient contracter. Ce n'est que le détail des circonstances qui pourroit donner quelque poids à la preuve. Sans elle, rien de plus facile que de faire passer une simple promesse de mariage pour un contrat. Des témoins peu éclairés, & de l'étage des parties, ont pu, dans le tems même, confondre l'une avec l'autre. La nature de l'écrit n'eut pû alors être déterminée que par l'examen des stipulations qu'il contenoit; & si ceux qu'on dit en avoir eu connoissance, les ont toutes oubliées, comment pourroient-ils, après tant d'années, assurer que c'étoit un vrai contrat (1). En vain donc l'appellant objecte que s'il est une fois constant qu'il y a eu un écrit privé, & que Le Maitre ne le représente pas, comme il y est obligé, il sera nécessaire d'en

assignés sur immeubles. On se tromperoit, si on concluoit de là que le mari survivant ne prend les meubles qu'à la condition de remplir les legs mobiliers faits par sa femme à défaut de communauté. Quant aux meubles, il en a seul la propriété pendant le mariage; & la femme n'a nul droit d'en tester à son préjudice. La disposition de la coutume qui charge le survivant des legs mobiliers ne peut s'entendre que quand c'est la femme qui survit. Elle doit remplir ces legs, parce que son mari étant propriétaire des meubles a pu en disposer. Mais par la raison contraire qu'elle n'y avoit rien, le mari n'est pas tenu d'exécuter les dispositions qu'elle s'aviseroit d'en faire par son testament.

(1) Il me semble que quand c'eut été un contrat, dès qu'il avoit été passé par des mineurs, & qu'il étoit resté sans exécution & dans l'oubli pendant 19 ans, il n'auroit pas pu régler les droits résultans aux époux & à leurs héritiers d'un mariage contracté si long-tems après, il auroit fallu ou un nouveau contrat, ou une ratification expresse de l'ancien.

conclure qu'il ne le cache que parce qu'il contenoit stipulation de communauté (1). Pour être admis à en prouver l'existence, ce n'est pas assez de l'articuler d'une manière vague, il faut encore assortir l'allégation de circonstances détaillées qui la rendent vraisemblable (2), & qui puisse guider les témoins dans leur déposition.

On doit donc regarder Le Maître & sa femme comme mariés sans contrat dans la coutume de Metz, & non communs en biens. D'où il suit que tous les meubles appartenans au mari, la femme n'a pu lui en rien ôter par son testament, & que la sentence qui les lui adjuge doit être confirmée en ce point. Mais le premier juge n'auroit pas dû comprendre dans cette disposition les habits, bagues & bijoux de Thérèse Galand; parce que l'art. 7 du tit. 7 de la coutume, qui défend à la femme d'en disposer entre vifs sans la licence de son mari (3), lui permet d'en disposer par testament.

M. l'avocat-général établit ensuite que l'intimé ne pouvoit prétendre comme mari, la moitié de Thérèse Galand dans les acquêts de gagieres qu'elle avoit faits avec lui avant 1759, époque de leur mariage: question sur laquelle je passerai légèrement, parce que rien n'étoit plus futile que les moyens de Le Maître. Il disoit qu'il falloit regarder Thérèse Galand comme sa concubine, ou comme sa fiancée; qu'au premier cas, il lui avoit fait, en la dénommant, une donation prohibée par nos mœurs; qu'au second, c'étoit un avantage qu'il lui avoit fait en vue du mariage futur: avantage qui n'auroit point eu d'effet, si le mariage n'avoit pas eu lieu, & qui, attendu que le mariage avoit suivi, rentroit dans la classe de ceux dont le titre d'époux le rendoit propriétaire. Mais la dénomination de Thérèse Galand dans ces acquêts ne tenoit rien de la donation. Ils étoient le fruit d'une société deshonnête, si l'on veut, mais formée entre deux personnes libres & sans engagement, qui, originairément, aussi dénués de biens l'un que l'autre, avoient également contribué, par leurs travaux, à améliorer leur fortune, devoient participer en commun aux gains qu'ils faisoient, & qui se mettoient dans une même masse, & étoient censés avoir fourni chacun moitié des deniers qui avoient servi aux acquisitions par eux faites conjointement.

La seule question problématique étoit donc celle de savoir si Thérèse Galand avoit pu disposer par son testament de la moitié des acquêts de gagiere faits depuis son mariage, & dans lequel elle étoit dénommée.

» *Toutes personnes saines d'entendement... peuvent, dit M. de Bousporn, faire tes-*

(1) Pour que le mari soit tenu de représenter un contrat de mariage sous seing-privé, il faut qu'il soit parfaitement certain qu'il y en a eu un.

(2) Avouer qu'on ignore les circonstances, ce seroit presque avouer qu'on hafarde témérairement un fait dont on n'a soi-même qu'une connoissance fort imparfaite.

(3) Les appartenances de la femme sont au mari, puisqu'il a le droit d'en disposer sans que

TIT. VII.
Observ. 10e.

71.
Examen du
droit de la fem-
me dénommée
acquêtresse.

« tament, & par icelui, disposer de tous leurs biens meubles & gagieres ». Ces termes de l'art. 7 du tit. 8 désignent les femmes comme les hommes, & prouvent qu'elles peuvent tester des gagieres dont elles sont propriétaires. Or, la femme dénommée dans un contrat d'acquêts, est acquêtresse; & faire une acquisition, c'est devenir propriétaire. Mais cette propriété est-elle aussi absolue que celle de la femme sur les immeubles qu'elle a apportés en se mariant, & sur ceux dans lesquels elle a moitié comme commune? Il faut avouer que non. La coutume ne donne aucun droit sur ces deniers au mari survivant. Ils passent non-seulement aux enfans, mais encore aux collatéraux de la femme: mais les acquêts de gagieres, auxquels elle n'a droit que parce qu'elle a été dénommée, ne faisoient pas dans l'esprit originaire de la coutume partie de sa succession. La loi les donnoit autrefois au mari survivant, soit qu'il y eut enfans ou non; il les emporte encore à l'exclusion des collatéraux: & s'il en est privé par ses enfans, c'est que l'équité a paru exiger qu'on tempérât ses droits en leur faveur. La coutume ne l'en dépouille pas; mais on présume qu'en dénommant sa femme, il n'a pas eu dessein de la gratifier seule, & qu'il a voulu que leurs enfans participassent à l'avantage qu'il lui faisoit.

72.
De celui du
mari dans l'es-
prit de la cou-
tume.

Dans l'intention de la coutume, le mari est le maître de tout. Non-seulement tous les acquêts sont à lui, mais aussi les meubles; même ceux qui appartennoient personnellement à sa femme avant leur mariage. Non-seulement il emporte tout s'il survit; mais en cas qu'il prédécède, il peut disposer au préjudice de sa femme. Le gain de survie de celle-ci est réduit au contraire à une part d'enfant, même lorsque son mari n'a pas disposé. La rigueur de ces usages est adoucie par la liberté qu'ils laissent au mari de témoigner sa bienveillance à sa femme en la dénommant acquêtresse.

Cette dénomination est donc un acte de libéralité qu'il exerce envers elle. Il produit deux effets: l'un que le mari mourant le premier, ne peut plus tester que de la moitié de son acquisition; le second, que la femme en emporte l'autre moitié au lieu d'une part d'enfant. Il ne s'agit ni de l'un ni de l'autre qu'on puisse y en ajouter un troisième beaucoup plus étendu, en permettant à la femme d'ôter, par un testament, à son mari le droit que la coutume lui réserve en cas qu'il survive, sur l'acquêt dans lequel il a bien voulu la dénommer. Peut-on présumer qu'en lui faisant une grace qu'il pouvoit ne lui pas faire, il ait voulu la laisser la maîtresse d'en abuser contre lui-même, l'autoriser à enrichir à ses dépens des collatéraux ou des étrangers, & se dépouiller sans motif d'un droit certain.

Les coutumes doivent s'interpréter par elles-mêmes, & par elles-mêmes & par leur esprit. Celui des rédacteurs de la coutume de Metz étoit extrêmement favorable

le mariage subsiste. Mais sa propriété est imparfaite, puisque l'art. 10 du tit. 8 lui en interdit toute disposition testamentaire.

au mari. Ils lui destinoient singulièrement, en cas de survie, tous les acquêts de gagiere indistinctement, & n'exceptoient pas ceux où il avoit dénommé sa femme. Peut-on penser que, devenus tout-à-coup contraires à eux-mêmes, & perdant de vue l'intérêt du mari, ils auroient approuvé que, tournant contre lui son bienfait, sa femme lui ôtât en mourant les acquêts qu'il avoit voulu lui rendre au cas qu'il survécût, & sur lesquels elle n'avoit elle-même d'autres droits que ceux dont il l'avoit librement gratifiée ? Peut-on le supposer, tandis qu'on lit dans la coutume que le mari survivant emporte tous les acquêts de gagiere sans exception, & qu'il n'y est dit nulle part que la femme prémourante peut tester de ceux dans les contrats desquels il l'a dénommée.

T. T. VII.
Observ. 1068

Ce n'est pas que le mari ne puisse se dépouiller de tout droit sur les acquêts, & en transmettre à sa femme la pleine & absolue propriété. Il peut lui permettre d'acquêter pour elle & les siens, art. 13 du tit. 6, alors sa volonté étant énie, & formellement exprimée, on ne peut plus borner à la femme seule les droits d'un contrat dont il a voulu que le bénéfice fût non-seulement pour elle, mais aussi pour les siens. » Tel acquêt tient donc nature de propre à ladite femme & aux siens « ; & comme le dit M. D. sur cet article, » il devient un bien particulier à la femme ; il » lui appartient en pleine propriété, & elle le transmet à ses héritiers *ab intestat* ». Ce n'est aussi qu'en vertu d'une stipulation expresse qu'à Metz la femme devient pleinement propriétaire de la moitié des acquêts à titre de commune. Pour qu'elle en ait la qualité, il faut que son mari la lui ait formellement accordée : & alors son mari ayant renoncé à son droit de survie, elle a la propriété absolue de la moitié des acquêts, qui par son décès passe à ses héritiers testamentaires, ou *ab intestat* : mais on ne peut faire sortir cette renonciation au droit de survie du mari de la simple dénomination qu'il a faite de sa femme en acquérant. Il est certain, au contraire, que ce droit du mari subsiste nonobstant cette dénomination de la femme, & on convient que la propriété qu'elle acquiert par la grâce que son mari lui fait en la dénommant, est tellement imparfaite, qu'anciennement elle ne passoit pas même à ses enfans, & qu'aujourd'hui elle ne passe pas encore à ses collatéraux.

Il faut donc avouer que les différentes voies qui peuvent à Metz donner droit à la femme sur les acquêts, ne peuvent être assimilées l'une à l'autre, & que leurs effets ne sont pas les mêmes. S'il y a communauté stipulée, ou si l'acquêt est fait pour tenir nature de propre à la femme & aux siens, point de droit de survie pour le mari à qui il est au contraire conservé, lorsque la femme n'a droit sur les acquêts que parce qu'elle y a été dénommée. Or celui des époux qui précède peut-il priver l'autre par son testament d'un gain légal & coutumier de survie, quand la coutume ne lui permet pas expressément de l'ôter au survivant ? C'est le vrai point de vue sous lequel on doit envisager la question, & sous cet aspect le problème d'ici paroît.

Titre VIII.
Observ. 106.

Sur la demande subsidiaire de Le Maître, à ce que, s'il n'obtenoit pas les conclusions au principal, l'exécution du testament fut ordonnée à son égard. M. l'avocat-général dit qu'il avoit renoncé aux dispositions faites à son profit par sa femme, en termes absolus & sans autre réserve que, *sauf à faire valoir ses droits*; expressions qui annonçoient plutôt le dessein d'attaquer le testament, que le projet d'en réclamer subsidiairement l'exécution; que cependant comme il avoit moins voulu répudier les avantages que sa femme lui faisoit, que réclamer des droits plus étendus, l'équité souffriroit difficilement qu'on le privât tout à la fois des uns & des autres. Mais que, si malgré le testament, il parvenoit à se faire adjuger la totalité des meubles & des acquêts postérieurs à l'année 1759, en toute propriété, il ne pouvoit plus réclamer en vertu du testament, l'usufruit des acquêts antérieurs; parce qu'il avoit renoncé au bénéfice de cet acte, & qu'il empêchoit l'exécution du surplus.

Par arrêt du 8 Mai 1769, conforme aux conclusions de M. de Bousporn, la cour reçut l'appel incident, & les demandes incidentes & subsidiaires des parties, & sans s'y arrêter: sur l'appel principal mit l'appellation en ce, &c. au néant, en ce que, &c. Emanant quant à ce, condamna Le Maître de délivrer à Colin, héritier pour moitié, en la qualité qu'il agissoit de Thérèse Galand, la moitié des habits, bagues & joyaux de cette femme. La sentence au surplus fortifiant son effet, la cause avoit été très-bien plaidée par deux jeunes avocats, M. Louis pour Colin, & M. Emery pour Le Maître.

Ce qui est jugé par cet arrêt, que la femme non-commune ne peut à Metz tester de la moitié des acquêts de gagiere, dans les contrats desquels son mari l'a dénommée, s'applique-t-il à celle qui laisse des enfans? Je ne le pense pas. Les droits du mari sur ces acquêts ont été le seul motif de la décision; & son intérêt cessant lorsqu'il y a des enfans, je ne vois plus rien qui puisse empêcher leur mere de disposer entr'eux, par testament, des biens qu'elle a acquis pour sa gagiere. Mais ce n'est qu'entre ses enfans que la mere peut en disposer; car s'ils étoient exclus, les droits du mari revivroient; puisque c'est uniquement en leur faveur que la jurisprudence y a mis des bornes que n'y mettoit pas la coutume.

J'ai dit plus d'une fois que nos aïeux par une dévotion peu éclairée, favorisoient excessivement les legs pieux: & nous avons vu ci-devant, n. 31, attester par d'Abocourt qu'en faveur de la cause pie, on pouvoit tester à Metz même des trésors (1). Depuis la rédaction de la coutume, ces legs sont sujets aux mêmes règles

73.
Les legs pieux
ne comprennent
à Metz
que les biens
disponibles.

(1) L'ordonnance de Metz, publiée le 2 Décembre 1564, art. 66 & suiv. vouloit que les pauvres fussent secourus par leurs parens, & que si ceux-ci soumis de le faire, les laissoient à la charge du bureau de l'aumône, & que dans la suite ces pauvres acquissent quelques biens, ceux qui les auroient abandonnés ne pussent hériter d'eux *ab intestat*; mais que leurs successions

que tous les autres , & ne peuvent tomber que sur les meubles & les gagieres.

On trouve dans quelques coutumes de grands restes des privileges autrefois accordés aux legs pieux. Ainsi celle de Lorraine , qui , comme je l'ai dit , met les récompenses faites aux serviteurs , au nombre des legs pieux , permet , *art. 7 du tit. II , aux nouvelles* , d'étendre ces legs jusqu'à un quart de l'ancien par-dessus les meubles & acquêts , non compris le quart dont entre gentilhommes , on peut disposer en faveur de famille. Mais on ne peut les porter plus loin : parce que , dit Faber sur l'art. 3 du même titre aux anciennes , n. 1325 , « la piété naturelle des enfans & parens » , c'est-à-dire l'affection que la nature & la religion doivent inspirer pour eux » est » plus recommandable que toute autre « ; & si l'arrêt du 5 Janvier 1581 , dont il fait mention sur l'art. 13 , n. 1414 , a validé la donation faite par une veuve à un hôpital , d'une maison qui étoit tout son bien , & qui lui venoit d'ancienneté , c'est parce qu'elle étoit faite par contrat entre vifs , & sous la clause onéreuse de la nourrir , & de payer ses frais funéraires.

La coutume de St. Mihiel , dans laquelle on ne teste pas de son bien de ligne , permet d'en disposer en mourant par contrat entre vifs , ou à cause de mort en legs pieux jusqu'au tiers , *art. 3 du tit. 4.*

Celle de l'Evêché , *art. 3 du tit. 10* , excepte aussi les legs pieux & rémunératoires de la prohibition de disposer de ses immeubles par testament , & ne définit pas jusqu'à quelle portion on peut en tester. Ramberviller ne la fixoit pas non plus , il disoit seulement , *art. 4* , que » pour cause pieuse la disposition vaudroit , pourvu » qu'elle ne fut immense.. Mais si elles sont immenses & inofficieuses , elles se retraignent à la raison « . Cette règle étoit trop vague pour ne pas entraîner de grands inconvéniens. Elle auroit rendu purement arbitraire la validité des legs pieux. Une dévotion scrupuleuse auroit fait regarder comme très-moderée telle disposition qu'une piété plus éclairée n'eut pas empêché de juger excessive. Il falloit un principe qui fixât les idées. L'usage & la jurisprudence ont déterminé qu'on pouvoit charger les immeubles dans l'Evêché jusqu'au tiers , & non au-delà , pour

appartinssent à ceux qui les auroient assistés , ou au bureau de l'aumône ; que ceux qui auroient été à la charge du bureau ne pussent même valablement disposer ni entre vifs , ni à cause de mort , sans laisser audit bureau au moins le 20e. de leurs biens , à peine de nullité & d'application de toute leur succession au bureau. Tout cela ne manquoit pas d'équité , si ce n'est à l'égard des enfans à qui le bureau enlevait le 20e. de la succession de leur pere , lorsqu'il avoit été à sa charge. Mais quoiqu'on connoisse encore à Metz le bureau des pauvres qui est réuni à l'hôpital général , & que cette ordonnance de 1564 fasse encore en bien des points partie de notre droit municipal , ceux que je viens de remarquer sont depuis long-tems abolis *per non usum*.

TIT. VII.
Observ. 102.

legs pieux, & pour récompenses de services, comme M. D... l'atteste sur cet art. 3.

J'ajoute, & pour récompense de services : parce qu'encore que Ramberviller distinguât les legs rémunérateurs des legs pieux, & qu'il eut dit, art. 5, que la disposition pour récompense de services ne vaudroit de la propriété, mais bien de l'usufruit seulement; de l'acquêt & non de l'ancien : cette ouverture n'a pas été suivie lors de la rédaction de la coutume; & la règle dans l'Evêché est la même pour les legs rémunérateurs, que pour les legs pieux, dans le nombre desquels ils sont presque toujours comptés, tant par les loix que par les auteurs.

75.
Cela n'a pas lieu dans celles qui ne le disent pas.

76.
Un zèle excessif annule les legs pieux.

Quelques-uns encore préoccupés des anciens préjugés en faveur de la cause pie, ont cru qu'elle autorisoit à tester des biens non-disponibles dans les coutumes qui n'en parlent pas. C'est une erreur, » l'on n'est capable de tester que des biens dont la coutume permet de disposer par testament « ; & dès qu'une coutume prohibe la disposition de certains biens, & qu'elle n'excepte point les causes pies, elles ne doivent point être exceptées. *Ferrière sur l'art. 292, gl. 3, n. 16. & 17.* Au contraire, lors même que les legs faits à l'église, ou aux pauvres ne comprennent que les choses dont la coutume permet de disposer, ils ne sont valables qu'autant que d'un côté ils sont compatibles avec la tendresse qu'on doit à ses proches, & surtout à ses enfans, & que d'un autre côté ils ne sont pas dictés par un zèle excessif, & une dévotion mal réglée, *sunt*, dit Mornac sur la loi 1, *cod. de inoff. donat. qui odio in propinquos, imo & in ipsos liberos, aut pio etiam, sed non satis perpenso affectu, donant quidquid per leges provinciales licet, modo pauperibus, modo ecclesiis, miserisque ita, & infelices consanguineos, perpetuis in aerumnis, augustisque rei familiaris, deserunt. Coercitum autem hoc semper à senatu: nec tantum usque ad legitimam, sed in totum.* A beaucoup plus forte raison, lorsque la loi réserve certains biens à la famille, & en interdit toutes dispositions testamentaires, les legs pieux qui tombent sur ces biens sont-ils nuls comme les autres?

77.
En quels cas on peut léguer des biens non-disponibles pour récompense de services.

Ferrière, *ubi supra*, dit que la réduction de la faculté de tester n'a point lieu pour les legs rémunérateurs. Ce qui me paroît devoir être entendu sainement; car pour qu'on puisse léguer des biens non disponibles pour récompenses de services, je crois qu'il faut, 1°. que les services soient prouvés; 2°. qu'ils soient de nature, si non à donner une action civile pour en être récompensé, au moins à fonder une obligation naturelle; 3°. que le legs soit proportionné à la nature, à l'importance, & à la durée des services; 4°. que le testateur ne laisse pas d'autres biens libres, sur lesquels il auroit pu assigner la récompense, s'il ne les avoit épuisés par d'autres dispositions moins favorables.

78.
Le legs qui excède la portion disponible n'est pas nul, mais réduisible.

Lorsqu'un testateur a disposé d'une portion de ses biens plus forte que celle dont la coutume lui permettoit de tester, le legs n'est pas nul, mais il est réduit à la portion disponible. Plusieurs coutumes le portent; Meaux, *art. 27*; Melun, *art. 246*;

Sedan, art. 125; Lorraine, tit. II, art. 6; aux nouvelles: & c'est aussi ce qu'on peut conclure de l'art. 14 du même titre, aux anciennes qui porte: *clause trouvée vicieuse en testament, ne rend pour ce le surplus légitimement ordonné vicieux, si ce n'est que tel vice procède de défectuosité de forme, &c.* Ce qui revient à ce que dit M. Le Camus sur le tit. 14 de la coutume de Paris, n. 3 » si le testament est revêtu » de toutes les solennités requises par la coutume du lieu où il est fait: quoi... que » le testateur ait excédé ce qu'il pouvoit faire... le testament ne laisse pas de subsister, » mais les dispositions se réforment, & se réduisent aux termes que le testateur l'au- » roit pu. Ainsi, dans ce cas, *testamentum valet quantum valere potest.* Il a même été jugé dans la coutume de Lorraine, par arrêt du 26 Juillet 1746, au rapport de M. Bertrand, ci-devant maître échevin de Metz, que le legs fait en propriété d'un bien dont on ne pouvoit disposer par testament qu'en usufruit, n'étoit pas nul, mais réductible à l'usufruit.

Mais quand les dispositions vont au-delà de la valeur des biens disponibles, comment se fait la réduction? Suivant le susdit art. 6 de la coutume de Lorraine, *doit être faite la réduction à chacun légataire, à proportion & mesure de ce qui lui a été légué; si non qu'en tous cas les legs du quart de l'ancien, en faveur de famille, doit demeurer au légataire entièrement, & non sujet à ladite réduction.* Cet art. me paroît exiger quelque explication.

76.
Comment se
fait la réduc-
tion.

Il est bien certain que le legs du quart en faveur de famille étant taxatif, & autorisé par la coutume, il ne peut en être rien retranché; mais tout autre legs taxatif & permis, est de même exempt du retranchement. Par exemple, un roturier, ou un annobli a légué à quelqu'un un bien d'acquêt, & à une autre personne la bague qu'il avoit coutume de porter. Il a ensuite légué différentes sommes qui toutes ensemble montent à 30000 liv. & il se trouve que le surplus de ses meubles & acquêts, & le quart de ses propres ne montent qu'à 20000 liv. Toutes les sommes léguées seront sans contredit, réduites aux deux tiers, sans que les légataires de ces sommes puissent forcer celui de l'acquêt désigné, ni celui de la bague, de contribuer à la réduction à proportion de la valeur de leurs legs, la raison est que le testateur a tiré l'acquêt & la bague de la masse sur laquelle il prétendoit que les sommes léguées seroient prises; qu'il a voulu que l'acquêt & la bague appartenissent à ceux à qui il les a donnés, & ne contribuassent point au paiement des autres sommes par lui léguées; qu'il laissoit à la charge de ses autres biens disponibles; & qu'il pouvoit le vouloir & l'ordonner ainsi. Son intention étoit que les sommes par lui léguées en argent, fussent prises sur les meubles & acquêts, & quart de l'ancien dont il ne dispoit pas. Si donc les biens disponibles dont il n'a pas nommé disposé, ne suffisent pas pour acquitter toutes les sommes léguées, c'est aux légataires de ces sommes à supporter la perte de ce qui manque, sans qu'ils puissent rien demander à d'autres légataires qui ne sont pas chargés de leurs legs.

Ce que je viens de dire de la coutume de Lorraine s'applique à toutes les autres.

C'est du moins ce que je pense avec Ferrière sur l'art. 29[§], gl. 2, n. 20 ; qui dit que *si le legs universel, ou la masse des biens disponibles, n'est pas suffisant pour les legs particuliers, ils doivent être réduits ; & ajoute : il faut excepter les légataires particuliers de certains héritages, ou de certains corps mobiliers, comme d'une tapisserie, ou autre ; lesquels ne sont pas obligés de contribuer pour le paiement des legs de certaine somme ; car comme les légataires particuliers ne sont point tenus des dettes, ils ne sont point aussi tenus des legs de sommes de deniers, ni de rentes, sans assignat.* Je n'ignore cependant pas que d'autres pensent que » lorsqu'il n'y a pas d'effets suffi-
» sants dans la succession pour acquitter les legs, les légataires de corps certains
» doivent aussi perdre à proportion ». Voy. la nouvelle remarque sur Ricard, 2e. part. ch. 1, sect. 3, n. 24. Mais il me semble que c'est ici la volonté du testateur qui doit décider. Or quand il n'y a rien, ni dans les dispositions du testament, ni dans les circonstances qui puisse faire présumer le contraire, il est naturel de penser que celui qui a fait des legs taxatifs, a voulu que les légataires eussent tel corps de biens, ou tels meubles déterminément. Il a séparé ces choses léguées des autres biens qu'il délaisseroit. C'est sur la rémanence de la succession qu'il a prétendu qu'on prendroit les sommes de deniers dont il a gratifié d'autres légataires. Donc ces sommes ne doivent être payées, ni en tout, ni en partie, sur des choses qui ne font pas partie de la rémanence, & dont le testateur a fait une destination différente.

Réciproquement : si un legs particulier demeure caduc, ou souffre un retranchement, parce qu'il a pour objet un bien qui n'étoit pas disponible, ou qui ne l'étoit pas pour tout ce qui est légué, il n'y a point d'indemnité à prétendre contre les légataires particuliers de certaines sommes, ou d'autres biens meubles & immeubles. Nous le verrons bientôt : & c'est une raison de plus pour l'opinion de Ferrière ; car si le légataire d'un propre peut, sans aucuns recours contre les autres légataires particuliers, être privé d'une partie de son legs, parce que le défunt ne laisse pas assez de propres pour le faire valoir en entier, seroit-il juste que si les légataires des sommes de deniers sont privés d'une partie de leurs legs, parce que la rémanence ne suffit pas pour les acquitter, ils pussent exercer leur recours contre le légataire de la partie disponible du propre ? Et si on leur refuse toute action contre ce légataire, comment leur en accorder une contre le légataire taxatif d'un acquêt ou d'un meuble ?

Mais tant qu'il reste, soit entre les mains de l'héritier, soit dans celles du légataire universel, qui est *loco heredis*, assez de biens disponibles pour payer les legs particuliers de certaines sommes, il est certain qu'elles doivent être acquittées en plein ; car en quelques termes que le legs universel soit conçu, il ne comprend, dans l'intention du testateur, que la rémanence de la succession ; c'est-à-dire, ce qui restera après les charges, & les legs particuliers acquittés. Cette seule réflexion démontre le faux de l'idée de Faber sur l'art. 6 du tit. 11 aux nouvelles, n. 1426. Il

proposé le cas d'un testateur, dont tous les biens disponibles ne montent qu'à 1000 écus, & qui, après le legs universel de tous ses meubles & acquêts, & du quart de ses propres, fait trois autres legs particuliers, l'un de 200 écus, l'autre de 300, & le dernier de 500, & dit qu'il faut alors appliquer la coutume qui veut que le *testament étant fait de tant de legs qu'ils excèdent la plus value, ou quote de ce que le testateur a pu léguer valablement, il soit fait réduction à chacun légataire, à proportion & mesure de ce qui lui a été légué* : & qu'ainsi chaque legs doit être réduit à la moitié ; parce que si le légataire universel étoit contraint de payer les trois légataires particuliers, il ne lui resteroit rien ; & que cependant l'intention du testateur a été que le premier eut autant lui seul que les trois autres ensemble. Mais c'est très-gratuitement que Faber prête cette intention au testateur, qui n'a fait aucune comparaison du legs universel, & des legs particuliers, aucune balance de l'un avec les autres, & ne paroît avoir eu aucune idée d'égaliser le legs universel à la valeur des trois legs particuliers pris ensemble. Sa vraie intention a été que chacun des légataires particuliers reçut la somme qu'il lui donnoit, & que le légataire universel prit seulement le surplus de ses biens disponibles. Celui-ci ne peut donc avoir que ce qui reste après les legs particuliers acquittés : & s'il ne reste rien, il ne peut rien espérer. Telle est la règle par-tout, & , quoi qu'en dise Faber, en Lorraine comme ailleurs.

Une question beaucoup plus difficile à résoudre est celle de savoir si, lorsqu'un testateur a légué un bien non disponible, ou qu'il en a disposé pour une portion plus forte qu'il ne lui étoit permis par la coutume, le légataire à qui l'héritier du sang conteste son legs en tout ou en partie, peut demander d'être récompensé sur les biens de disposition libre, délaissés par le défunt, de ce qu'il perd par la privation totale, ou le retranchement de son legs. Les arrêts qui sont intervenus à ce sujet, sont, dit Ricard, *part. 3, chap. 10, sect. 1, n. 1436*, directement contraires les uns aux autres : & qui les compteroit exactement, en trouveroit bien près autant d'un côté que d'un autre. Il ajoute que non-seulement nos auteurs sont différens les uns d'avec les autres sur cette question, mais d'avantage ils ne s'accordent pas avec eux-mêmes.

C'est sur-tout Dumoulin qu'il accuse de s'être contredit, & beaucoup d'autres auteurs lui font le même reproche. Je ne fais cependant s'il est bien fondé. La coutume de Montargis, *chap. 13, art. 2*, porte qu'on ne peut donner de ses propres héritages que jusqu'au quint en fief, & au quart en censivé. Sur quoi Dumoulin dit que le legs d'usufruit de la moitié est valable en tous cas, si mieux n'aime l'héritier abandonner le quint ou le quart en propriété : & il cite ce qu'il a écrit à ce sujet en son commentaire manuscrit sur la coutume de Paris, où Ricard convient qu'il établit en effet la même résolution. Dumoulin dit encore sur l'art. 41 du chap. 12 de la coutume d'Auvergne que si, dans le legs d'un propre, le testateur excède la portion disponible, & *habet bona alibi, ubi potest amplius legare, residuum capiatur*

80.
Si, & quand
est dû une in-
cennité sur les
biens libres au
légataire d'un
bien non dispo-
nible qu'on lui
conteste.

TIT. VII.
Observ. 100.

in bonis alibi sitis. Jusques-là donc il est parfaitement d'accord avec lui-même. Mais voici sur quoi on l'accuse de s'être contredit : la coutume de Rheims, art. 262, permet au mari qui laisse à sa femme son douaire & son apport mobilier, de lui faire des legs particuliers ; & l'art. suivant porte : *Si sondit mari lui avoit fait legs généraux & universels, elle les pourra accepter, si bon lui semble ; mais en les prenant, sera forclosé, & privée desdits douaire & apport mobilier.* sur quoi Dumoulin dit que le mari ne peut léguer tout à la fois à sa femme tous ses meubles & acquêts, deind son douaire & apport, quoiqu'il eut pû lui léguer la moitié de son naissant. Je ne crois pas qu'en cet endroit ce grand jurisconsulte ait voulu décider en général, contrairement à ce qu'il disoit ailleurs, que lorsque le testateur léguoit chose dont la coutume lui interdisoit la disposition, le légataire, privé de son legs en tout ou en partie, ne devoit pas en être récompensé sur les biens libres dont le testateur n'avoit pas disposés. Sa décision qui me paroît bornée à la coutume de Rheims, est seulement que, comme pour qu'un legs soit universel, il n'est pas nécessaire qu'il comprenne tous les biens dont le testateur auroit pu disposer, le legs qu'un mari fait à sa femme de tous ses meubles & de tous ses acquêts, est un legs universel, quoique la moitié de son naissant n'y soit pas comprise ; (ce que je crois très-véritable) ; & conséquemment, qu'à Rheims la femme qui accepte un pareil legs, ne peut plus prétendre son douaire, ni son apport mobilier, que la coutume ne lui permet pas de demander avec un legs universel.

Je crois donc, malgré la contradiction que tant d'auteurs imputent à Dumoulin, qu'on peut le mettre à la tête de ceux qui tiennent qu'il est dû récompense sur les biens libres au légataire d'un bien non disponible, ou de la totalité d'un bien qui n'étoit disponible qu'en partie, lorsqu'on le prive de son legs, ou qu'on le réduit aux termes de la coutume, à moins que cette coutume n'en dispose autrement.

» La question ne fait même aucune difficulté quand le testateur a expliqué sa » volonté. Tous conviennent, dit De Ruffon, *des propres, chap. 3, sect. 3, n. 7 & suiv.*, qu'il est au pouvoir de celui qui dispose de ses propres en plus avant » qu'il ne lui est permis, d'ordonner, en cas que l'héritier conteste la disposition, » que le légataire aura tous les biens disponibles, ou une récompense sur les mêmes » biens ». Il rejette la distinction que quelques-uns vouloient faire entre le legs des biens libres fait à condition que l'héritier pourra les retenir, s'il aime mieux, pour se dispenser d'en faire la délivrance au légataire, lui donner d'autres biens désignés, & qui n'étoient pas disponibles : ce qu'ils appellent commencer à *licitis*, & le legs d'un bien non-disponible, fait à condition que si l'héritier le conteste, le légataire prendra des biens libres ce qu'ils nomment commencer *ab illicitis* : & c'est avec raison qu'il réproûve une vaine observation qui attacherait la validité de la disposition au tour de la phrase, & à l'arrangement des membres de la période ; sans égard à l'intention du testateur ; car puisqu'il a voulu exactement la même chose dans les deux cas, sa volonté doit opérer dans l'un le même effet que dans l'autre.

Mais

Mais De Ruffon pense qu'il y a plus de difficulté quand le testateur n'a pas ordonné la récompense, au cas que l'héritier refuse d'exécuter la disposition qu'il a faite d'un bien non disponible. Il remarque la grande diversité des arrêts ; & après avoir discuté la question, il résout, n°. 25, que » si le testateur a disposé purement » & simplement des biens... dont la disposition lui étoit expressément prohibée par » la loi..., sa disposition doit être réduite, & l'excédent ne se doit point prendre » sur les autres biens libres... Mais si le testateur déclare sa volonté, ou l'explique » assez pour faire connoître qu'il entend, en cas que sa disposition soit contestée » par l'héritier, qu'elle ait lieu sur les biens libres ; pour lors sa volonté doit avoir » son exécution ».

Le Brun examine la question, *traité des success.*, liv. 2, ch. 4, n. 5. Il convient que l'opinion la plus commune est que le légataire d'un bien non disponible, qui lui est contesté par l'héritier, doit en être récompensé sur les biens libres ; mais que la plupart ne lui accordent cette récompense qu'au cas que l'héritier, qui fait réduire le legs du propre, profite des biens libres. Il se détermine cependant contre la récompense même en ce cas ; parce que l'intention du testateur n'étoit pas que son légataire eut des meubles & des acquêts, mais des propres que les coutumes en prohiboient le legs ; qu'ainsi le défunt a voulu ce qu'il ne pouvoit pas, & n'a pas voulu ce qu'il pouvoit ; enfin, parce que quand les coutumes ont voulu que, dans la disposition, les propres fussent subrogés aux acquêts, elles l'ont exprimé ; dont il donne pour exemple le mineur de 25 ans, qui n'a ni meubles ni acquêts, & à qui elles permettent de disposer avant la majorité d'une portion de ses propres. » J'estimerois néanmoins, conclut-t-il, n°. 20, que si le testateur n'avoit pas légué les » propres, mais une somme à prendre sur ses propres, quoiqu'elle excédât la valeur » de la quotité permise, on ne laisseroit pas d'accomplir la disposition sur les meubles & les acquêts, l'assignant étant censé démonstratif ; à quoi il ajoute, n°. » 31, que si le testateur a ordonné la récompense sur les biens libres, elle doit » être exécutée indistinctement, soit qu'il ait commencé par disposer des propres, » & qu'il ait ajouté qu'en cas qu'on demandât la réduction de sa disposition, l'on » récompenserait le légataire en biens libres : soit qu'il ait commencé par donner » des meubles ou des acquêts, & qu'il ait ajouté cette alternative, si mieux n'aient mes héritiers abandonner au légataire tel de mes propres. C'est assez que le » testateur se soit expliqué sur la récompense, il suffiroit même au légataire d'avoir » des présomptions ».

Voilà l'opinion de deux auteurs modernes qui sont le plus opposés à la récompense : & il me semble que cette opinion se réduit presque à rien ; car s'il suffit, comme le dit le premier, que le testateur se soit assez expliqué pour faire connoître qu'il vouloit, si la disposition étoit contestée, que son légataire en fut récompensé, & à plus forte raison, si, comme le pense le second, le légataire, pour obtenir la récompense, n'a besoin que de présomptions, il me paroît difficile qu'il se présente

TIT. VII.
Observ. 109.

un cas où elle puisse lui être refusée sur les biens libres dont profite celui qui argu- son legs. Y en a-t-il un seul où on puisse ne pas *présumer* que l'intention du testa- teur étoit que son héritier obéît à ses dernières volontés ; & que ce n'est qu'en pré- supposant qu'il les respecteroit, qu'il lui a laissés les biens qu'il étoit le maître de lui ôter. Les capitulaires déclaroient celui qui s'élevoit contre les dispositions d'un testament indigne de profiter de ce qu'elles avoient d'avantageux pour lui. *Omnibus qui contra voluntatem defuncti faciunt ut indignis auferatur hereditas : qui per tes- tamentum sibi aliquid derelictum acceperit, & voluerit contra voluntatem defuncti agere licentiam penitus non habebit.* Capitul. lib. 7, art. 326 & 327 ; dans Baluze, tom. 1, col. 1096.

81.
Quid si le legs
conteste n'est
qu'en usufruit.

Je serois cependant fort porté à distinguer deux cas, que plusieurs des auteurs favorables à la récompense ont confondus : celui d'un legs d'usufruit, & celui d'un legs de propriété. Nous avons vu sous le nombre précédent que Dumoulin, sur la coutume de Montargis, est d'avis que, quoiqu'elle ne permette de léguer que le quint du propre, s'il est fief, & le quart, s'il est censive, cependant le legs d'usufruit de la moitié est valable : si mieux n'aime l'héritier abandonner le quint ou le quart en propriété. Ricard, *ubi sup.*, n. 1450, croit que la raison d'accorder la récompense est la même pour un legs d'usufruit, que pour un legs de propriété. Mais malgré tout mon respect pour ces deux oracles de notre jurisprudence, j'oseroi dire qu'on ne peut pas présumer, ce me semble, qu'un testateur qui n'a légué qu'un simple usufruit, ait eu intention qu'on y substituât une propriété. Un pareil legs montre, à mon avis, que le testateur a voulu deux choses : 1^o procurer à son légataire une subsistance plus commode, un revenu qui lui rendît la vie plus aisée ; 2^o conserver la propriété de ses biens dans sa famille, même la portion dont il lui étoit permis de disposer, & qu'il n'a pas voulu ôter à ses héritiers. Ce seroit donc contre la volonté présumée du testateur, qu'on enleveroit à la famille cette portion disponible pour la donner propriétairement à un légataire, que le testateur a jugé n'avoir pas besoin de propriété, & auquel il n'a destiné qu'une jouissance viagère. On diroit en vain que l'héritier lui retranche une partie de cette jouissance ; il en a le droit, parce que le défunt ne pouvoit disposer de son propre en usufruit, que jusqu'à concurrence de la portion dont la coutume lui permettoit de disposer en propriété. Cela est incontestable dans les coutumes qui ne statuent rien au contraire. C'est donc le cas d'appliquer les raisons sur lesquelles on vient à l'instant de voir que Le Brun fondeoit son opinion, & de dire avec lui que l'intention du testateur n'étoit pas que son légataire eût la propriété d'une partie de son propre, mais un simple usufruit ; qu'il vouloit conserver ce propre à la famille dans toute son intégrité ; que la coutume lui défendoit une disposition de l'usufruit de ce propre aussi étendue que celle qu'il a faite ; qu'ainsi, *voluit quod non potuit* ; qu'il pouvoit ôter une portion de ce propre à son héritier, mais qu'il avoit au contraire dessein de la lui

conserver propriétairement avec les autres portions non disponibles. *Noluit quod potuit.*

Tit. VII.
Observ. 108.

Observons cependant que ces raisons n'auroient plus lieu, si le légataire de l'usufruit ne demandoit pas d'en être indemnisé par l'abandonnement en propriété de la partie disponible du propre; mais par la jouissance à titre d'usufruit d'un autre bien libre, en la substituant à celle dont il seroit privé par l'héritier, on rempliroit la double intention du testateur; puisqu'on conserveroit tout à la fois à sa famille la propriété intégrale de tous ses biens, & à son légataire le revenu annuel & viager qu'il lui a destiné: au lieu qu'on renverseroit toute l'économie des dispositions du défunt, si on ôtoit à sa famille une partie de ce qu'il avoit à cœur de lui conserver, pour donner des droits de propriété à celui qu'il vouloit borner à un simple usufruit.

Je ne suis donc pas étonné que Chopin, sur la coutume de Paris, liv. 2, ch. 4, n. 16, & Coquille sur l'art. 1 du chap. 33 de la coutume de Nivernois, soutiennent, contre Dumoulin, que le legs d'usufruit d'une portion plus forte que celle dont il est permis de disposer ne peut être commué dans la propriété de sa portion disponible, & que cette récompense ne peut pas avoir lieu. C'est aussi l'avis de Buridan sur l'art. 60 de la coutume de Vermandois, qui en donne la même raison que moi; que « l'intention du testateur n'a été de donner aucune chose en la propriété, » ains l'usufruit seulement ». Et je crois pouvoir ajouter que c'est aussi la jurisprudence de notre parlement, où j'ai vu plus d'une fois réduire les legs d'usufruit à la portion disponible, sans avoir jamais rien vu adjuger en propriété, pour indemnité du retranchement.

Mais quand il s'agit du legs de la propriété d'un bien qui n'étoit pas disponible, ou qui ne l'étoit pas pour toutes les portions léguées, on a tort de citer Chopin, & Coquille comme refusant au légataire récompense de son legs contesté pour le tout, ou pour partie, par l'héritier qui profite des biens libres dont le testateur n'a pas disposé. Ils ne disent rien qui favorise cette opinion combattue par Duplessis, traité, 14, ch. 1, sect. 7; & par Ricard, *ubi sup.* n. 1445, 1452, & suiv. Duplessis accorde en ce cas la récompense quand l'héritier qui fait réduire le legs, recueille les biens libres, & la refuse s'ils sont recueillis par d'autres, soit *ab intestat*, ou en vertu des dispositions faites à leur profit par le testateur. Distinction judicieuse que Ricard fait aussi, & qui, outre les raisons qu'il en donne, me paroît solidement fondée sur ce que le testateur qui a destiné ses biens libres à d'autres qu'à l'héritier de ces propres, soit qu'il en ait disposé à leur profit, soit qu'il n'ait pas voulu les ôter à ceux à qui la loi les destinoit, ne peut pas avoir eu intention d'empêcher cet héritier des propres d'en contester le legs, par la crainte de perdre les biens libres, puisqu'il ne les lui donnoit pas; ni par conséquent les destiner à indemniser les légataires du retranchement qu'il leur occasionneroit; au lieu que si le testateur a donné ses biens libres à celui qui devoit hériter de ses propres; ou ce qui revient à peu

82.
Suite du n^o.
60.

près au même, s'il l'en a tacitement gratifié, en ne les lui ôtant pas, quoiqu'il le pût, il n'est, comme je l'ai dit, gueres possible de douter qu'il prétendoit en reconnaissance des avantages exprès ou tacites qu'il faisoit à cet héritier, qu'il exécuteroit ses dernières volontés; en sorte qu'il ne peut profiter de ce qui lui a été librement laissé par le défunt qu'en satisfaisant à tout ce qu'il a ordonné.

Pendant Ricard observe que si l'héritier veut retenir les biens non disponibles, comme il le peut, malgré le testament, il ne faut pas le condamner à abandonner tous les biens qui étoient en la libre disposition du testateur indéfiniment. Mais jusqu'à la concurrence de la chose léguée seulement. Cette modification paroît équitable. D'autres pensent néanmoins que l'héritier qui fait tomber, ou réduire le legs doit abandonner tous les biens libres qu'elle qu'en soit la valeur. Posons le cas dit Buridan, sur l'art. 60 de Vermandois, qu'il n'ait légué qu'un seul de ses héritages propres, excédant en valeur la moitié. (C'est la portion disponible dans cette coutume) : desdits propres ou naissans, sans avoir disposé de ses meubles, acquêts, & conquêts immeubles : en ce cas les héritiers seront tenus de délivrer les legs; si mieux ils n'aiment de quitter tous lesdits meubles & acquêts, & ce qu'il est permis de laisser, par la coutume où l'héritage légué est assis. Il semble, en effet, que celui qui refuse d'exécuter les volontés d'un défunt, peut sans injustice être privé de tout ce que le défunt lui a volontairement laissé (1). Et je croirois assez que le juge peut ou prononcer cette privation totale, ou se borner à adjuger la récompense suivant les circonstances qui peuvent rendre le refus de l'héritier tantôt plus odieux, & tantôt plus excusable.

Quoi qu'il en soit, la récompense ne fait plus de difficulté, si on en croit Ferrière car, après avoir rapporté sur l'art. 295, *gl. ire.*, les autorités & les préjugés pour & contre, il termine, *n. 6.*, en disant « qu'aujourd'hui l'usage fondé sur la jurisprudence des derniers arrêts... est que quand le testateur a légué au-delà du quint des propres, & qu'il n'a pas disposé de ses meubles & acquêts... délaissé à l'héritier, le legs est bon : en sorte que l'héritier est obligé d'abandonner le propre, ou de donner récompense au légataire. Dans la note marginale ajoutée à l'endroit de Duplessis que j'ai citée, il est dit que M. le chancelier d'Aguesseau, alors avocat-général, se déclara pour la récompense, dans une cause jugée le 3 Avril 1699. Une autorité d'un si grand poids étoit si propre à fixer la jurisprudence, qu'elle paroît confirmer ce qu'en dit Ferrière.

Les auteurs de notre province inclinent à la récompense. Voy. Faber, sur l'art. 32 du tit. 11 de la coutume de Lorraine, *n. 1326*, & Ancillon, vers la fin de son com-

(1) *Si heredes jussu testatoris non impleverint . . . omnis res quæ his relicta est auferantur. Aditio tertia, capitul. cap. 87.* Dans Baluze, tom. 1, col. 1173. Voy. aussi ce que j'ai cité *n. 60* sur la fin du 7e. liv. des capitulaires.

mentaire sur l'art. 7 du tit. 8 de celle de Metz, où il dit qu'accorder la récompense » c'est favoriser les testamens en pays coutumiers, autant qu'ils le peuvent être à » cet égard par le droit romain, & que quoique les principes soient divers en ma- » tière testamentaire, comme notre coutume a suivi les loix romaines pour favo- » riser les testamens... cette question pourroit être décidée de même en faveur du » légataire «.

M. D... à la fin de son explication des trois premiers art. du tit. 10^e de la coutume de l'Evêché, dit qu'il » y a un cas où on ne doit pas s'arrêter à la prohibition... » de disposer des immeubles par testament «. C'est lorsqu'un pere a partagé égale- » ment entre ses enfans les biens qu'il a dans différentes coutumes, en ordonnant que tel enfant aura tel bien pour un certain prix, & les autres d'autres biens suivant la même proportion. Alors, dit-il » la volonté des peres & meres, l'attention qu'ils » ont de garder l'égalité entre leurs enfans, & d'empêcher le morcellement de leurs » biens, doit porter les juges à concourir aux vœux de ces peres & meres, & de » ne point écouter ceux qui par l'appas d'un foible intérêt, & en abusant de la prohi- » bition générale de notre article, tenteroient de renverser un ouvrage d'équité «. Ce qu'il appuie par un arrêt du 24 Septembre 1733.

Il est évident que le principal fondement de cette décision, est que l'héritier à qui le testateur n'a pas laissé sa portion en essence dans chaque corps de biens non disponibles, n'a pas à se plaindre lorsqu'il lui en a laissé l'équivalent en biens disponibles; & que pour obtenir sa quote part d'un immeuble régi par la coutume de l'Evêché, que le testateur a destiné tout entier à son cohéritier, il faudroit qu'il renoncât en faveur de ce cohéritier, au moins jusqu'à dûe concurrence, aux biens situés dans une coutume qui les rendoit disponibles, & dont le testateur a disposé à son profit: ce qui revient au système de la récompense.

Ainsi, non-seulement j'adopte ce que dit ici M. D... mais j'ajoute que, quoique ce magistrat semble borner sa décision au seul cas où les peres & meres ont observé une exacte & parfaite égalité entre leurs enfans, 1^o. elle doit avoir lieu, même lorsqu'il a été fait à quelqu'un d'eux des avantages modérés; & que pour ne pouvoir contester la distribution faite entr'eux des biens disponibles de leurs peres & meres, il suffit qu'elle les remplisse tous, tant de leur légitime de droit que de la valeur de la portion qui leur avient dans les biens non disponibles; ce qui forme leur légitime coutumière. Parce que dès qu'ils sont remplis de tous leurs droits, & qu'ils ont l'équivalent de leurs portions de ces biens non disponibles, ce seroit sans intérêt, & contre l'intérêt commun, qu'ils exigeroient le partage morcelé de chaque corps de biens non disponibles; & que d'ailleurs ils ne pourroient enlever ces portions en essence, à celui à qui elles sont léguées, sans l'en récompenser sur les biens libres qui leur sont légués à eux-mêmes. 2^o. La décision de M. D... doit avoir lieu non-seulement dans la ligne directe, la seule dont il parle, mais aussi dans la collaté-

TIT. VII.
Observ. 1002

83.
Un héritier ne peut exiger sa part de chaque corps de biens non disponibles.

TIT. VII.
Observ. 102.

84.
Si la légitime
coutumière
doit être laissée
dans chaque
coutume.

rale ; puisque le principe y est le même , & que les biens non disponibles ne sont pas plus affectés aux collatéraux , qu'aux descendants (1).

Il est vrai qu'on a demandé , si lorsqu'un testateur a des biens dans différentes coutumes , & qu'il a légué de ceux de l'une plus qu'elle ne lui permet , » ce qui est » excessif par ladite coutume , sera rempli , sur le naissant des autres , jusqu'à concurrence de ce qu'il peut léguer par icelles « . C'est la manière un peu obscure dont Buridan propose la question sur l'art. 60 de Vermandois ; il la résout pour l'affirmative , quoiqu'avec la même obscurité . Mais je crois qu'elle ne souffre aucune difficulté . Je crois que Ferrière , sur l'art. 295 , gl. 1 , n. 12 , dit , que quelques-uns prétendent qu'on doit laisser à l'héritier dans chaque coutume la portion des propres qui n'est pas disponible : parce que la loi municipale de chaque province règle la disposition des biens qui y sont situés , & qu'on ne peut confirmer un legs qui excède ce dont il est permis de disposer par la coutume de la situation du propre légué ; que d'autres disent que les propres de différentes coutumes ne composent qu'un même patrimoine , tant à l'égard du testateur , que de l'héritier , & qu'il suffit que le testateur n'ayant pas excédé ce dont il pouvoit disposer , eu égard à la masse totale de ses biens , l'héritier trouve dans quelque coutume que ce soit des propres qui fussent pour lui fournir sa légitime dans cette masse : que cette dernière opinion est autorisée par les auteurs & les arrêts : qu'il faudroit cependant suivre la première pour résoudre la question dans la rigueur des principes : mais que *ex æquo & bono* , » il estime qu'encore que les héritages soient situés en différentes coutumes , le legs » des héritages situés dans une coutume , doit être exécuté au cas qu'il n'exécède pas » ce dont elles permettent de disposer « . Mais j'avoue que je crois cette résolution aussi conforme aux principes , qu'à l'équité : & que je pense comme Ricard , *ubi supra* , n. 1449 , que l'opinion qui refuse la récompense d'une coutume à l'autre , » est destituée de toute apparence , & sans le moindre fondement ; ne se pouvant » figurer aucune diversité de raison qui résulte de la différence des coutumes pour » ce regard : & il n'y a rien qui empêche que la récompense ne se puisse prendre » aussi bien sur ce dont le testateur avoit pu disposer en la même coutume que sur » les biens qui sont situés en une autre « . Je ne parle , au reste , que de la récompense ; car si l'héritier du sang insistoit à ce qu'on lui laissât dans une coutume la portion des propres qu'elle lui assure , il y auroit beaucoup plus de difficulté de l'obliger de se contenter de prendre cette portion dans une autre . Il y a souvent de l'avantage d'avoir du bien dans une province , plutôt que dans l'autre , quoique la valeur soit la même , & le produit égal ; & Ricard pense , *ibid.* n. 1457 , que l'héritier est le maître de prendre sa portion non disponible des propres de chaque coutume . » Sauf au légataire à se récompenser sur les autres biens situés en la même coutume , où

(1) Voy. le n. suivant sur la fin , & la note qui y est relative.

aillieurs , dont] le testateur avoit pu disposer « L'héritier doit sans doute être écouté , s'il a quelque intérêt de s'opposer à l'exécution littérale du testament , & de conserver un bien plutôt qu'un autre. Mais il seroit bien défavorable s'il paroïssoit n'agir que par humeur , par animosité , ou par caprice (1).

Ricard ajoute, n. 1459, & cela est incontestable , qu'il faut que chaque ligne ait la portion non disponible qui lui est destinée par la loi. Ainsi ce n'est pas assez que le legs du propre d'une ligne n'excède pas ce qu'il y a de disponible , dans la généralité des propres du testateur : chaque ligne ayant son patrimoine séparé , il faut que le testateur laisse à l'une & à l'autre la part qui lui est assurée par la coutume. Supposons, par exemple, qu'à Verdun un testateur a pour 36000 liv. de propres ; savoir , 24000 liv. du côté paternel , & 12000 liv. du côté maternel. La coutume lui permet de disposer du tiers. Il peut donc léguer ses propres jusqu'à concurrence de 12000 liv. mais s'il léguoit la moitié de ses propres paternels , ce legs dont la valeur n'excéderoit pas ce dont en général il pouvoit disposer , ne laisseroit pas d'être réduit à 8000 liv. pour conserver aux parens paternels les deux tiers des propres de leur ligne ; & le légataire n'auroit aucune récompense à demander aux parens maternels : parce que ce ne seroient pas eux qui seroient faire la réduction , ni qui en profiteroient ; & que comme ce ne sont que les biens que l'héritier grévé par la disposition , ne tient pas de la loi , mais du testateur qui les lui a donné , ou qui ne les lui a pas ôté , qui l'obligent d'exécuter le testament ; s'il veut les conserver , la récompense n'est dûe que par celui qui s'oppose à l'exécution du testament ; & sur les biens disponibles que le testateur lui a laissés.

Faber, qui sur l'art. 3. du tit. 14 , n. 1332 , veut que le legs pris entièrement sur une ligne soit délivré , & que l'héritier de cette ligne soit indemnisé par celui de l'autre ligne , s'est donc sûrement trompé , quoiqu'il appuie son opinion d'un arrêt , malgré lequel il faut tenir avec Le Paige sur l'art. 98 de la coutume de Bar , que les coutumes qui ne permettent de disposer que d'une certaine portion des propres , doivent s'entendre divisément dans chaque ligne ; par la raison que j'ai indiquée , que l'une & l'autre ont leur patrimoine séparé.

Mais on observe par tout ce qui est statué par l'art. 109 de la coutume de Vitry , qu'un testateur peut léguer un , ou plusieurs de ses héritages qui n'excèdent pas en valeur la quotité dont il peut disposer dans tous. » L'héritier ne seroit pas bien fondé à soutenir qu'il doit avoir sa réserve coutumière dans tous les corps particuliers » qui étoient propres au testateur ; & pourvu qu'il la trouve en biens de sa ligne , » dont le défunt n'a pas disposé , il auroit mauvaise grace de la vouloir avoir en » détail , & de partager tous les héritages en réduisant le légataire à prendre la por-

TIT. VII.
Observ. 108.

85.
Chaque léguaire
doit avoir sa
portion.

86.
Suite du n. 62.

(1) C'est avec cette modification qu'il faut entendre ce que j'ai dit après M. D. . . sous le nombre précédent.

TIT. VII.
Observ. 103.

» tion disponible de tous les héritages propres en particulier ». Ricard, *ibid.* n. 1458.
M. Le Camus tient le contraire, sur l'art. 292, n. 25, & sur l'art. 295, n. 2. Mais il ne se fonde que sur ce que ce dernier art. permet à l'héritier de prendre les quatre quints des propres, & dit qu'il en est saisi en abandonnant les meubles, les acquêts, & le quint des propres aux légataires. Pour que la conséquence qu'il tire de là fût juste, il faudroit que la coutume dit que l'héritier peut retenir les quatre quints de chaque propre : ce qui n'aboutiroit qu'à les morceler tous, & deviendroit aussi désavantageux à l'héritier lui-même, qu'aux légataires. Dès que la généralité des propres de chaque ligne, qui à coup sûr ne forment qu'un patrimoine unique, reste à l'héritier, le vœu de la coutume est rempli.

87.
Le légataire ne peut pas faire morceler les propres.

Réciproquement, si le legs n'est pas de certains biens désignés, mais en général de la portion disponible des propres, le légataire ne seroit pas en droit de la demander dans chaque corps de bien singulièrement : & l'héritier la lui offrant en une, ou plusieurs pieces égales en valeur à la quotité dont la coutume permet de disposer dans la généralité des propres, il seroit tenu de l'accepter. C'est, ce me semble, ainsi qu'on doit entendre ce que dit peu clairement Faber sur l'art. ci-dessus cité, n. 1327, que » si le legs est fait d'héritages indivisés, ou de sommes de deniers à prendre sur iceux, » l'héritier en ce cas sera reçu à quitter certain bien de la valeur & estimation du » quart « ; qui est en Lorraine la portion disponible.

Je ne crois pas cependant que l'héritier puisse choisir un héritage plutôt qu'un autre, pour remplir le légataire. Si on n'en convient pas amiablement, il faut faire des lots, & les tirer au sort.

Fabert ajoute que » si les héritages étoient divisés, & que leur valeur n'excédât, ce » dont on peut tester, l'héritier ne se pourroit excuser d'en faire la délivrance ». Par où il entend, je crois, ce que je viens de dire après Ricard, que l'héritier ne peut se défendre d'abandonner le bien entier qui est légué, quand sa valeur n'excède pas ce dont il est permis de disposer de ses propres.

OBSERVATION XI.

TIT. VII.
Observ. I^{re}.*Des Dispositions testamentaires des Epoux au profit l'un de l'autre.*

J'ai parlé, tome I^{er}. pag. 261, 285 & suiv., & plus au long titre 6, obs. 4, n. 10 & suiv. de l'interdit où sont les époux de se faire l'un à l'autre des donations entre vifs constant leur mariage. J'y ai même dit que plusieurs de nos coutumes les autorisoient à tester au profit l'un de l'autre : mais il est à propos de dire ici quelque chose de plus des dispositions testamentaires de l'un des époux en faveur de son conjoint.

On peut sur cette matière distinguer nos coutumes en trois classes. La plus nombreuse est celle des coutumes qui défendent absolument aux époux de se donner par testament. *Conjoints par mariage*, porte l'art. 282 de celle de Paris, *constant icelui, ne peuvent avantager l'un l'autre... par testament, ou ordonnance de dernière volonté*. Les art. 234 de Melun, 95 de Dourdan, 3 du chap. II de Montargis, 141 d'Etampes, 280 d'Orléans, 68 de Chaumont, 70 de Sens, 12 de Chauny, 143 de Senlis, 72 de Calais, 19 de Cambrai, au titre des droits concernant les gens mariés, 27 de Châlons, 84 de Troyes, 89 d'Artois, 95 de Boulonnois, 1 du tit. 8 de Berry, 228 d'Auxerre, 113 de Vitry, 82 de Bar, 50 de Vermandois, 126 de Sedan, & autres, contiennent la même prohibition. Elle est fondée sur la crainte de la suggestion si facile à pratiquer entre mari & femme : & elle a pour objet la conservation des biens dans les familles (1).

Plusieurs de ces coutumes portent défenses aux conjoints de s'avantager même *indirectement*, & cela doit être suppléé dans celles qui ne le portent pas en termes exprès ; car la loi ne souffre jamais qu'on fasse par une voie oblique ce qu'elle défend de faire ouvertement. C'est pourquoi la coutume de Sedan, & quelques autres comprennent dans la prohibition les enfans que le conjoint survivant peut avoir d'un mariage précédent. Ce qui est fondé sur ce que le pere & le fils étant censés la même personne, ce qui est donné à l'un est présumé donné à l'autre. Cependant la prohibition est bornée aux conjoints, dans les coutumes qui ne la portent

1.
Coutumes où les conjoints ne peuvent se donner par testament.

2.
Coutumes où l'on ne peut donner aux enfans de son conjoint.

3.
Ce qui n'a pas lieu dans les autres.

(1) Voy. dans Baluse, tom. 1, col. 130, un capitulaire qui semble n'autoriser le mari à donner à sa femme par testament que quand il n'a ni descendans, ni parens ; & encore à charge par la femme de garder la viduité.

Tit. VII.
Observ. 118.

pas expressément plus loin ; & on souffre les dispositions faites par un second conjoint, au profit des enfans du premier lit de son conjoint, même dans la coutume de Paris. La raison en est, ce me semble, que la prohibition faite aux époux de tester au profit l'un de l'autre est exorbitante du droit commun, & que ces incapacités arbitraires ne s'étendent pas d'une personne à l'autre. Mais n'est-ce pas un défaut dans la coutume de Paris, tant vantée par ses commentateurs, & si justement à certains égards, & dans les autres coutumes semblables, d'avoir laissé un moyen si facile d'é luder une disposition qu'elles jugeoient nécessaire pour conserver les biens dans les familles ? Au surplus les regles qu'on observe dans les coutumes de cette premiere classe étant expliquées dans les commentaires de la coutume de Paris, & par Ricard, *des donat. 1re. part. ch. 3, sect. 6.* Je me contente d'y renvoyer.

4.
Si ces dispositions valent du consentement de l'héritier.

J'observerai seulement que, par l'art. 7 du chap. 4 de la coutume du duché de Bourgogne, il est défendu aux conjoints de tester au profit l'un de l'autre, si ce n'est du consentement des héritiers présomptifs, ou que, par leur contrat de mariage, ils ne s'en soient réservé la faculté. Cette double limitation de la regle est, avec raison, censurée par Dumoulin dans sa note sur cet article. Le consentement de l'héritier, donné du vivant du testateur, n'est presque jamais libre. Cependant notre coutume de Metz contient quelque chose d'approchant : sur quoi je me suis expliqué, tit. 6, observ. 4, n^o. 16 & suiv., avec assez d'étendue. Voy. aussi ci-dessous les nombres 10 & 11 de cette observation.

5.
Ou lorsqu'elles ont été permises par contrat de mariage.

Et quant à la réserve faite en contrat de mariage de se pouvoir donner pendant le mariage, dont j'ai aussi parlé, tom. 1, pag. 267. Dans celui-ci, tit. 6, observ. 4, n^o. dernier, il est certain qu'elle est inutile hors en Bourgogne, & dans les coutumes qui ont la même disposition que celle de Bourgogne. Voy. les endroits que j'indique, & Ricard, *ubi supra*, n. 380.

6.
Coutumes qui permettent aux conjoints de tester indéfiniment au profit l'un de l'autre.

D'autres coutumes, diamétralement opposées à celles dont je viens de parler, permettent expressément aux conjoints de tester au profit l'un de l'autre, avec autant d'étendue qu'au profit de toute autre personne capable ; c'est-à-dire, de comprendre dans cette disposition tous leurs biens disponibles : ce qui est conforme au droit commun. *Mari & femme*, dit l'art. 8 du tit. 8 de notre coutume de Metz, *se peuvent avantager l'un l'autre par testament, ou disposer en faveur de telle personne que bon leur semblera de tous leurs biens meubles, dettes & gagieres* : en sorte que la faculté de disposer est aussi indéfinie entre conjoints, qu'au profit de tous autres.

Ancillon, sur cet article ; *Vbo. mari & femme, &c.*, a imaginé qu'il étoit de nouvelle coutume, & contraire à l'ancien usage du pays. Il le prouve fort mal, à moins sens ; car tout ce qu'il allégué, c'est que, selon cet ancien usage, » la femme ne pouvoit faire testament sans la licence de son mari « . Cela est vrai, ou du moins elle ne pouvoit, sans cette licence, tester que de ses habits, bagues & joyaux. Sur

qu'on voy. tom. 1, pag. 200 & suiv. Y a-t-il la moindre présomption à tirer de-là que le mari ne pouvoit, avant la rédaction de la coutume, avantager sa femme par testament ? Quelle liaison y a-t-il entre la nécessité que la femme fut autorisée de son mari pour tester, & l'interdiction au mari de tester en faveur de sa femme ? En second lieu, le besoin que la femme avoit d'autorisation pour tester, peut-il prouver que, quand elle étoit autorisée, elle ne pouvoit tester au profit de son mari ? Il eut été, dit notre commentateur, *auctor in rem suam*. Non ; car ce n'étoit ni pour disposer à son profit, ni dans l'acte qui contenoit cette disposition qu'il l'autorisait. La femme réputée incapable de tester, étoit, par un acte séparé du testament & antérieur, affranchie quant à la faculté de tester, de l'autorité maritale, de laquelle résulroit son incapacité. Habilitée en général par cet acte à faire telles dispositions testamentaires que bon lui sembloit, elle dispoit ensuite librement, & sans l'intervention de son mari, qui, par conséquent, n'étoit plus *auctor in rem suam* ; & c'est, comme le remarque Ancillon lui-même, ce qui se pratique encore dans la coutume de Nivernois.

Quoi qu'il en soit, & quand la liberté qu'ont à Metz les conjoints de se faire l'un à l'autre tels avantages testamentaires qu'ils jugent à propos, n'auroit pas eu anciennement lieu, comme notre commentateur le prétend, il convient * qu'elle est * passée en coutume, & a été autorisée par l'usage, que l'on ne seroit pas à présent * recevable à contester *. En vain donc il relève le bénéfice que la femme trouve dans les stipulations de communauté & de douaire préfix ; en vain il dit que les biens de la communauté procèdent le plus souvent du travail & de l'industrie du mari, que la femme peut y renoncer quand elle n'est pas avantageuse ; que lui laisser la liberté de tester au profit de son mari, c'est prendre plaisir d'abandonner ses biens à la discrétion du mari, &c. En vain il voudroit restreindre la liberté de s'avantager entre conjoints par testament, au cas où le prédécédé ne laisse point d'enfans ; la borner du moins lorsqu'il y en a, à l'usufruit seulement ; en exclure dans les deux cas les gagères qui ne sont pas de la communauté ; interdire enfin aux femmes les testamens olographes.

Toutes ces réformes qu'Ancillon auroit voulu faire dans nos usages n'étoient pas assez réfléchies. Il n'y a point de coutumes où les femmes soient moins favorablement traitées que dans celle de Metz. Elle n'est point introductive de communauté, lorsqu'elle est accordée par contrat. Cette stipulation n'est regardée nulle part comme un avantage. Le douaire coutumier est aujourd'hui réduit à rien à Metz. Cependant combien y a-t-il de femmes qui ne sont pas communes, & qui n'ont point de douaire préfix ? On ne peut donc aggraver la condition des femmes en leur ôtant encore l'espérance de voir adoucir leur sort par la bienveillance de leurs maris. S'ils veulent bien leur faire quelques avantages, quelle injustice n'y auroit-il pas d'ôter cette ressource à celles qui n'ont pas de contrat de mariage, & quelle bizarrerie de distinguer celles-là de celles qui en ont un ?

TIT. VII.
Observ. 116.

Quoi encore de moins proposable que d'interdire aux femmes les testamens olographes ? Si la crainte des suggestions pouvoit frapper à certain point, ce seroit toutes dispositions testamentaires qu'il faudroit prohiber. Il n'y en a point qui soient à l'abri de la captation. Mais tous les législateurs ont pensé qu'il seroit injuste de les proscrire, & les ont permises aux femmes comme aux hommes, & par les mêmes voies. Enfin la liberté des avantages testamentaires entre conjoints est, comme je l'ai dit, de droit commun. Les loix romaines l'autorisent, & elle a lieu dans tous les pays qui sont régis par le droit écrit. Dans les provinces du royaume, où on suit le droit coutumier, combien n'y en a-t-il pas où ces avantages sont permis ? D'abord plusieurs coutumes, Peronne, *art. 111*; Ponthieu, *art. 23*; Labour, *tit. 9, art. 4*, &c., autorisent expressément comme la nôtre, les conjoints à tester au profit l'un de l'autre. On peut dire que l'art. 42 des usages de Toul n'est pas moins formel; puisqu'en ôtant tout effet aux donations entre vifs entre conjoints, hors contrat de mariage, il ajoute: *à moins qu'elles ne soient expressément rappelées & confirmées par testament.*

7.
Ce qui a lieu dans celles qui n'en parlent pas.

En second lieu: si ces coutumes dont je parlerai bientôt, qui, en autorisant les donations testamentaires entre conjoints, les limitent à certains biens, ou les font dépendre de certaines conditions, comme le défaut d'enfans ou autres, ne sont pas si absolument conformes à celle de Metz, du moins elles n'admettent entre les conjoints nulle incapacité de se donner par testament.

En troisieme lieu, les dispositions testamentaires entre conjoints sont valables dans toutes les coutumes qui n'en parlent pas, & elles sont en grand nombre. Telles sont dans le ressort celle de l'Evêché, où l'usage est notoire, & plus ancien que sa rédaction, comme il paroît par ce qu'en disoit Ramberviller, *art. 3 de son tit. 4*; celle de Luxembourg: & à plus forte raison, celle de la Petite-Pierre, où, comme je le dirai, *observ. 17, n.º. dernier*, le testateur marié doit même instituer ou exhériter son conjoint.

9.
Coutumes qui bornent le pouvoir de tester entre conjoints.

La troisieme classé des coutumes comprend celles qui excluent des dispositions testamentaires entre conjoints certains biens dont, en général, elles permettent de tester: & celles qu'en attache la validité de ces dispositions à des conditions qui ne sont pas nécessaires pour tester en faveur de tout autre. Telles sont la coutume de Mantes, dont l'art. 146 n'autorise les avantages qui se font entre conjoints par testament qu'au cas que le testateur n'ait point d'enfans; celle d'Amiens, dont l'art. 106 limite à l'usufruit, en cas d'enfans, les donations testamentaires que les époux peuvent se faire en propriété, lorsqu'il n'y en a point; celle de Noyon, dont les art. 19 & 21 ne leur permettent pas, dans le même cas, de se donner la portion disponible de leurs propres, comme ils pourroient faire dans le cas contraire; celle de Verdun, dont l'art. 115 ne les autorise à se donner, lors même qu'il n'y a point d'enfans, le tiers disponible de leurs propres qu'en simple usufruit; & lorsqu'il y en a, que les meubles en propriété, & les conquêts en usufruit; (ce qui paroît de nous

velle coutume, & contraire à l'art. 6 du tit. 3 de l'ancienne, dite de Ste. Croix); celle de Rheims, dont l'art. 291 limite les dispositions entre conjoints à la propriété de leurs meubles & conquêts, & à l'usufruit de la moitié de leur naissant, & des acquêts antérieurs à leur mariage; & celle de Clermont qui les borne, par l'art. 132, à l'usufruit de leurs meubles & de leurs acquêts.

La coutume de Lorraine qu'on doit mettre aussi dans cette classe, demande une explication plus étendue. Dans cette province les maris peuvent *par testamens, codicilles, & ordonnances de volonté dernière... disposer de leurs meubles & acquêts au profit de leurs femmes.* Art. 1 du tit. 11 aux nouvelles, *le mari peut aussi sur ses biens anciens pour le tout, ou en partie, léguer usufruit à sa femme, encore qu'il y ait enfans issus de leur mariage; à charge... de garder la viduité...; car où elle passeroit à d'autres noces, dès-lors elle perdrait l'usufruit. Mais où le mari auroit enfans d'un mariage précédent, il ne pourroit léguer ledit usufruit,* art. 4 du même titre aux anciennes.

TIT. VIII.
Observ. 1163

9.
Dispositions
que la coutume
de Lorraine
valide entre
eux.

Ces dispositions sont très-remarquables; car par deux singularités dont on auroit peine à trouver des exemples ailleurs, 1°. le legs du mari à sa femme, quant à l'usufruit des anciens, n'est autorisé qu'à charge par celle-ci de garder la viduité; le mari peut par-tout imposer cette condition, si bon lui semble, aux legs qu'il fait à sa femme. Mais pour celui dont s'agit, la condition a lieu de plein droit, en Lorraine, & sans que le mari l'ait imposée, & même il n'est pas le maître d'en affranchir sa femme; parce qu'il n'est autorisé à lui léguer l'usufruit des anciens que pour le tems de sa viduité. C'est en cela que consiste la singularité. » La femme-veuve, dit-
» soit d'Abocourt, fol. 289, R^{vo}. n'est privée de la donation testamentaire que son
» mari lui a faite, encore qu'elle se remarie. « Il alloit même bien plus loin, & en
» convenant qu'on pouvoit l'astreindre à vie viduelle en douaire limité, en parti-
» cipation d'acquêts, & autres choses semblables; il prétendoit que cela ne se pou-
» voit pas par une donation testamentaire; » ains, disoit-il, qu'elle se remarie, néan-
» moins ladite donation lui compétera, comme n'étant cette condition favorable
» par la coutume. « Je crois que c'étoit une erreur de ce praticien; & que, quoi qu'il
en dise, cela n'a jamais eu lieu dans la coutume de Metz. Mais son idée a cela de
vrai, que l'obligation imposée à une jeune veuve de garder la viduité, peut ne
pas paroître favorable, sur-tout lorsqu'il n'y a point d'enfant, parce qu'elle est con-
traire à la population. Ce qui fait sentir la singularité de la coutume de Lor-
raine, qui impose à la veuve légataire de son mari cette obligation de plein
droit.

2°. Cette coutume est encore plus singulière en ce qu'elle permet de faire en fa-
veur de sa femme une disposition qui ne vaudroit pas en faveur de tout autre. Il n'y
a en Lorraine que le quart des anciens qui soit disponible, (ce n'est qu'entre gen-
tilshommes en faveur & pour le soutien de la famille seulement, qu'on peut léguer
& substituer un autre quart). Ainsi en général on ne peut disposer par testament des

TIT. VII.
Observ. 116.

trois autres quarts, ni en propriété, ni en usufruit. C'est le sens de l'art. 13 du même titre; mais il faut excepter de cette prohibition la femme d'un testateur qui n'a point d'enfans d'un premier lit, en faveur de laquelle seulement, le legs d'usufruit de l'ancien est valable, même pour la totalité, & au lieu que dans un si grand nombre de coutumes, un mari ne peut faire à sa femme une donation testamentaire, qui vaudroit si elle étoit faite à tout autre; en Lorraine, au contraire, le mari peut en faveur de sa femme, ce qu'il ne pourroit en faveur d'un autre.

Mais cela ne regarde que l'usufruit; car le legs de la propriété de l'ancien, fait par un mari à sa femme, seroit nul, même pour le quart disponible; ou du moins il seroit réduit à l'usufruit de ce quart, suivant l'arrêt du 26 Juillet 1746, dont j'ai parlé sous le n. 58 de l'observation précédente. Cette nullité d'un pareil legs, quant à la propriété, est prononcée par l'art. 3 du même tit. qui est assez mal rédigé. Il accorde la liberté aux nobles & roturiers de léguer la valeur d'un quart de l'ancien *au profit d'autres, toutefois que de leurs enfans ou de leurs femmes, S'ILS N'ONT ENFANS*. Ces derniers termes ont trompé Canon, qui, après avoir dit sur cet article que » les enfans sont exclus de cette disposition... de la valeur » du quart de l'ancien, ajoute, & même les femmes quand il n'y a enfans, les- » quelles hors ce cas... sont rendues capables de ce legs ». C'est une erreur où ce commentateur n'est tombé que pour avoir pris trop littéralement les termes de la coutume; car il faut avouer, comme le dit Faber sur cet art. n. 1338, qu'il » semble de prime face que la donation ne soit prohibée à la femme, de laquelle » le mari a des enfans, & que cette condition de n'avoir point d'enfans soit » seule cause d'empêcher la donation... Mais, continue-t-il avec raison, cela n'est » pas l'intention de la coutume: autrement il faudroit plus accorder à la femme, » contre ses enfans héritiers directs de leur père, que contre les autres parens, » héritiers collatéraux seulement: *quod est absurdum & injustum... Item*, il faudroit » pervertir le texte de l'art. où ces mots, *s'ils n'ont enfant*, sont mis pour am- » plifier, & non pour restreindre la prohibition: comme si la coutume disoit, *supposé* » (encore même), *qu'ils n'aient enfans*: pour ôter le doute en cas qu'il y eut en- » fans, ou qu'il n'y en eut aucuns. Cette interprétation de la coutume me paroît la seule admissible.

Le même Canon dit sur l'art. 13 de ce tit. avoir vu juger au conseil du duc de Lorraine au mois de Février 1623, qu'un mari avoit pu léguer à sa seconde femme *tous ses meubles & acquêts, à la charge de la moitié des dettes seulement, l'autre étant rejetée sur les anciens, auxquels succédoit la fille unique* du testateur d'un premier mariage. Cet arrêt ne pouvoit être fondé que sur ce que cet art. 13 veut que le testateur laisse les trois quarts de son ancien déchargé de tous legs, sans parler des dettes. Ainsi d'abord il faudroit borner cette décision à la coutume de Lorraine; mais dans cette coutume même elle me paroît fort extraordinaire, &

je crois qu'on jugeroit aujourd'hui le contraire ; car, outre que Faber tient que les biens non disponibles sont seulement déchargés en Lorraine de tous legs comme la coutume le porte, mais aussi de toutes dettes. Voy. la note sous le n. 32 de l'obf précédente. Il est certain que comme dans cette coutume les dettes doivent être prises en premier ordre sur les meubles & acquêts, la veuve légataire d'iceux en eut été tenue de droit pour le tout, sans la disposition du testament qui n'en laissoit à sa charge que la moitié. C'étoit donc à cause du legs pieux qu'elle n'étoit pas tenue de l'autre moitié, ainsi les anciens n'étoient plus laissés *francs & déchargés de tous legs, quels qu'ils fussent.*

On pourroit cependant répondre qu'apparemment la moitié des dettes n'excédoit pas la valeur du quart de l'ancien, & qu'ainsi les trois quarts restoient francs à la fille du testateur, comme la coutume le veut. Mais le mari léguant à sa femme ses meubles & acquêts, avoit épuisé tout son pouvoir, & il ne lui étoit plus permis de rien faire en sa faveur. Il ne pouvoit la gratifier sur ses anciens : & cependant décharger le legs qu'il lui faisoit de la moitié de ses dettes, & rejeter cette moitié sur les anciens, qui n'étoient pas disponibles en sa faveur, même pour un quart, c'étoit en disposer indirectement, & éluder la prohibition de la coutume.

Mais dans le nombre des dettes qu'un mari qui lègue ses meubles & acquêts à sa femme, ne peut pas rejeter sur ces anciens, je ne comprends pas le douaire, même préfix : parce que ce douaire qui représente le coutumier, est naturellement affecté sur les propres du mari. Aussi a-t-il été jugé au parlement de Metz, par un arrêt du 16 Avril 1685, qu'on trouvera dans mes extraits du recueil d'Ancillon, pag. 98, n. 127, qu'un mari peut, en léguant tous ses meubles & acquêts à sa femme, rejeter son douaire préfix sur ses autres biens. Le même arrêt a encore jugé que ce mari avoit pu décharger sa femme de ses emplois : ce qui ne souffroit aucune difficulté. L'action de emploi étant mobilière de sa nature, & par conséquent disponible.

Quant à la femme, elle ne peut dans cette coutume tester au profit de son mari que *de sa part des meubles & acquêts faits constant son mariage, mais par usufruit seulement*, encore pour la validité de cette disposition, faut-il qu'elle n'ait point d'enfants de mariage précédent, *art. 2 du même tit. II.*

L'opinion hasardée par Faber sur l'art. 1 du même tit. aux nouvelles, n°. 1302, que la femme peut donner ses meubles & acquêts à son mari, si par contrat de mariage, elle s'en est réservé la faculté, n'est pas soutenable : cette réserve n'opérant rien, si ce n'est dans les coutumes qui l'autorisent expressément. Voy. tom. I, pag. 267, ci-dessus, tit. 6, observ. 4, n. 15, & cette observation même, n. 4 & suiv.

Ce qu'il dit sur l'art. suivant est plus véritable : savoir, que la coutume ne permettant à la femme de donner l'usufruit à son mari que des acquêts faits constant

TIT. VII.
Observ. III.

leur mariage, elle ne peut donner l'usufruit de ceux qu'elle avoit avant le mariage . . . nonobstant que les héritiers de la femme y eussent prêté consentement ; car en cela ils auroient plutôt obéi que consenti. Voyez ce qui est dit ci-devant.

Les usufruitiers
ne sont tenus
de donner caution.

L'anonyme qui a fait des notes manuscrites sur la coutume de Lorraine observe sur le même article, note (G), que le mari à qui sa femme a laissé l'usufruit de ses biens, *n'est tenu de donner caution de les rendre en bon état*. Ce qui est général pour tous les usufruitiers dans le ressort. Nous n'observerons pas ce que disent presque tous les auteurs, que tous usufruitiers sont tenus de donner caution, & même que les testateurs ne peuvent pas les en dispenser, nous pensons tout au contraire, que tout testateur se confie à celui à qui il laisse un usufruit, & que son intention qui est présumée avoir été qu'il jouit de son legs, sans obligation de donner caution, dès qu'il ne lui a pas imposé cette condition, doit être exécutée. En sorte que la caution ne peut être exigée de l'usufruitier que lorsqu'il en a été chargé par le testateur, ou lorsqu'il malverse. Je l'ai déjà dit, tom. I, pag. 607 & suivant.

II.
Dispositions
que les conjoints
peuvent faire entre eux
dans la coutume
de St. Mihiel.

La coutume de St. Mihiel, *tit. 8, art. 2*, distingue aussi le mari de la femme ; & ceux qui ont des enfans, de ceux qui n'en ont pas. Suivant cet article, le mari, sans enfans, peut léguer à sa femme ses meubles & acquêts en propriété. Celui qui a enfans ne peut les lui léguer qu'en usufruit, & pour en jouir pendant sa viduité seulement.

La femme sans enfans peut aussi donner en propriété à son mari ses meubles & les acquêts qu'elle a faits avec lui constant leur mariage : ce qui exclut les acquêts antérieurs. *Mais ayant enfans, elle ne peut faire donation quelconque à son mari.*



OBSERVATION XII.

TIT. VII.
Obliv. 126.

De quelques autres personnes au profit desquelles on ne peut pas disposer par testament.

IL ne suffit pas pour la validité des dispositions testamentaires, que celui qui les a faites ait la capacité de tester; il faut aussi que ceux au profit desquels elles sont faites, soient capables de les recevoir. Quoique les causes qui rendent un héritier institué, ou un légataire indigne, ou incapable de profiter du testament fait en sa faveur, soient en très grand nombre, on n'en trouve un détail exact dans aucunes de nos coutumes. Il est même bien rare que quelqu'une de ces causes y soit indiquée: sans doute parce que cette matière est beaucoup plus du droit civil que du droit coutumier.

L'art. 127 de la coutume de Sedan, conforme aux art. 276 de celle de Paris; 296 de celle d'Orléans; 68 de celle de Calais; & 131 de l'ordonnance de François Ier. de 1539 porte que *le testateur ne peut, par testament, donner, ou léguer autre chose à son tuteur, curateur, bailliste, ou autre ayant le gouvernement de lui, & de ses biens.* Cette incapacité est de droit commun. Elle comprend les donations entre vifs; aussi bien que celles à cause de mort. J'en ai touché quelque chose ci-dessus, tit. 4, obl. 8, n. 27, & tit. 6, obl. 3, n. 21, & je ne la rappelle ici que pour observer qu'on a prétendu qu'on ne pouvoit tester non-seulement au profit de son confesseur, mais encore au profit du monastère de son confesseur. Cette question a été agitée au parlement de Metz dans l'espece suivante.

Dme. Pierrette Gauthier, veuve de M. de Clugny, lieutenant-général au bailliage de Dijon, âgée de 82 ans, & dirigée depuis long-tems par les jésuites, fit son testament en 1702, par lequel elle institua pour ses héritiers MM. Lenet, Filjan, de la Marre, & de Clugny, chacun pour un quart; & fit pour 120000 liv. de legs tant pieux, qu'autres, outre celui qui donna lieu à la contestation, & qui étoit conçu en ces termes. « Je donne & legue au college des RR. PP. jésuites de Dijon, la somme de 30,000 liv. pour être employée à l'achat & à l'entretien d'une maison propre à faire faire des retraites spirituelles, & à l'entretien de deux religieux du même college, qui en auront la direction: ou à l'entretien de quatre missionnaires pour les peuples de la campagne; ce qui sera au choix des RR. PP. jésuites: sans que mes héritiers ni autres puissent les inquiéter directement pour raison de l'emploi, ou du non emploi desdites 30,000 liv. ni sous aucun prétexte en différen-

Tome II.

Z z z z

1.
Ceux à qui on donne par testament doivent être capables.2.
Incapacité des tuteurs, &c.

« la délivrance , étant bien persuadée qu'ils exécuteront de point en point mes intentions ». Ce testament fut confirmé en 1705, par un codicile , qui contenoit des clauses pénales contre les héritiers institués , s'ils contendoient quelques-uns des legs. La testatrice mourut en 1712. M. de Clugny qui avoit un frere & un fils dans la société , paya aux jésuites 7500 liv. pour le quart de leur legs , non pas , si on en croit , ce qu'il fit plaider dans la suite , qu'il regardât le legs comme valable ; mais par des considérations particulières , & par complaisance pour son frere & pour son fils. Les trois autres héritiers refusèrent d'imiter son exemple. L'affaire fut évoquée du parlement de Dijon , & renvoyée à celui de Metz.

Je ne parlerai pas de quelques fins de non-recevoir très-peu relevantes que les jésuites propoient. M. l'avocat général Royer , après les avoir écartées , dit que la décision dépendoit de deux questions : l'une , s'il y avoit une loi qui annullât les donations testamentaires faites par la pénitente au monastere de son confesseur : la seconde , supposez qu'il n'y en eut point , & que la validité de ces dispositions dépendit des circonstances , si celle dont il s'agissoit devoit subsister. En examinant la premiere question , il discuta les opinions des auteurs , & les décisions des arrêts ; & de la diversité des uns & des autres , il conclut qu'il n'y avoit ni loi , ni jurisprudence certaine , qui , dans la these générale , mit le monastere dans l'interdit de recevoir les legs qui lui étoient faits par la pénitente d'un de ses religieux. Dans l'examen de la seconde question , il releva la déclaration faite par les jésuites , qu'ils n'entendoient pas profiter du legs , & offroient de l'employer entièrement à l'achat & à l'entretien de la maison de retraite , & de rendre compte de l'emploi à la partie publique. Il ajouta que toutes les circonstances concouroient à établir la validité d'un legs dont cette déclaration des jésuites empêcheroit qu'ils ne profitassent : la date du testament fait long-tems avant la mort de la testatrice , le codicile qui le confirmoit , & qui marquoit la persévérance de sa volonté , l'opulence de la succession , dont chacun des héritiers institués avoit reçu pour sa part plus de 100,000 liv. leur qualité de collatéraux très-éloignés ; enfin la faveur de la religion & du public , auquel les jésuites disoient que le legs étoit fait , & non pas à eux. Leur déclaration qui emportoit un déport de la cause du testament , par laquelle ils pouvoient choisir entre l'établissement d'une maison de retraite , & celui de quatre missionnaires de leur société ; de celle qui , en cas qu'ils choisiroient la maison de retraite , destinoit une partie du revenu du legs , à l'entretien de deux jésuites qui la dirigeroient ; & de celle qui les dispenseroit de rendre aucun compte de l'emploi de ce même legs : cette déclaration , disois-je , n'influa pas peu sur la décision , & parut rendre le legs plus favorable. Mais étoit-il en lui même ? & les clauses dont il étoit assorti , & dont les légataires étoient forcés de se défaire , ne prouvoient-elles pas , aussi bien que les clauses pénales du codicile , le prodigieux empire qu'ils avoient acquis sur l'esprit de la testatrice ?

Quoi qu'il en soit , par arrêt du 14. Janvier 1717 , les héritiers furent condamnés

nés de parfaire la somme de 30,000 liv. avec les intérêts du jour de la demande, & les jésuites d'employer, suivant leurs offres, cette somme entière à l'achat & à l'entretien d'une maison de retraite, & de rendre compte de l'emploi à la partie publique.

Plusieurs coutumes portent que *les religieux & les religieuses ne succèdent pas à leurs parens, ni le monastere pour eux.* Paris, art. 337; Vury, art. 77; Bar, art. 123; St. Quentin, art. 51, &c. &c. Ce qui a indistinctement lieu pour les successions *ab intestat* dans tout le royaume. A l'égard des dispositions testamentaires, je dirai ci après quelque chose de celles dont les gens de main-morte sont capables; & quant aux religieux particuliers, le vœu de pauvreté produit en eux une incapacité de recevoir ce qui pourroit leur être donné ou légué. L'usage a cependant établi qu'on peut leur donner des pensions viagères, & même qu'ils peuvent s'en réserver une en quittant le monde. Tous les auteurs conviennent qu'ils peuvent en jouir, pourvu qu'elles soient modérées. Voy. Ferrière sur l'art. cité, n. 28 & suiv. Mais si elles sont trop fortes, on devroit toujours les réduire (1). Voy. au surplus ce que j'ai dit tom. 1er. pag. 164, & ci-dessus tit. 6, obs. 2, n. 20 & suiv.

Par l'art. 14 du tit. 8 de la coutume de Metz, *il n'est loisible aux amans, notaires, ni autres recevans testamens & codicilles, d'insérer en iceux aucuns legs ou donations à leur profit, de leurs femmes ou enfans, à peine de nullité desdites donations.* Cette disposition est tirée de l'art. 64 de l'ordonnance de Metz publiée le 2 Décembre 1564, dont il semble que les rédacteurs de la coutume aient voulu fixer le sens qui étoit douteux. *Si, disoit cette ordonnance, les amans, notaires & autres recevant testamens, ou codicilles, écrivoient dedans les testamens ou codicilles ainsi reçus par eux, aucunes donations ou legs à leur profit, de leurs enfans, ou de leurs femmes, seront nuls, de nul effet & valeur.* Etoient-ce les testamens & codicilles contenant des legs au profit de l'instrumentaire de la femme, ou de ses enfans que cette ordonnance annulloit? ou n'étoient-ce que ces legs? La coutume paroît décider que la nullité ne tombe que sur les legs: & la disposition a beaucoup de rapport à celle de la coutume de Lorraine, art. 10 du tit. 11, quoique celle-ci aille encore plus loin. *Tabellion ou autre ayant écrit testament, & en icelui inséré quelques legs à son profit, n'est pas recevable à le demander, ni avoir, s'il n'est témoigné par trois*

TIT. VII.
Observ. 126.

3.
Religieux sont
inaccessibles :
les dont ils
sont capables.

4.
Incapacité de
ceux qui ré-
çoivent ce tes-
tament, & de
leurs parens.

(1) Je tiens de quelques jésuites que l'un d'eux, qui à la vérité étoit fils d'un maréchal de France, jouissoit d'une pension annuelle de 10,000 liv. N'étoit-ce pas là se jouer ouvertement du vœu de pauvreté fait sans un ordre qui se dit mendiant? Je ne doute pas que cette pension n'eût été réduite à 3 ou 400 liv. si elle eût été contestée. Mais quoique la maison de la Ferté eût la générosité de l'acquitter, les supérieurs étoient-ils excusables de souffrir que leur religieux la reçût?

témoins dignes de foi, autres que légataires, qu'il lui a été fait de la volonté du testateur, non curieusement sollicité. Il ne s'agit là que des legs faits à l'instrumentaire personnellement, & non de ceux faits à la femme & à ses enfans. Cependant je ne crois pas que personne imagine que des legs faits à la femme, ou aux enfans de celui qui a reçu le testament, puissent valoir même dans la coutume de Lorraine.

Il en est de même de la fin de l'art. Malgré sa disposition, il est sans contredit qu'on n'admettroit pas aujourd'hui, dans cette coutume non plus qu'ailleurs, la preuve par témoins que le legs a été fait à l'instrumentaire, sans avoir été sollicité, & de la pure & libre volonté du testateur.

Mais doit-on en demeurer là ? Dans nos deux coutumes de Metz & de Lorraine, l'instrumentaire peut-il recevoir des dispositions testamentaires au profit de ses parens, autres que sa femme & ses enfans ? Et la nullité, quand elle doit avoir lieu, est-elle bornée à ces dispositions seulement ? Ou anéantit-elle absolument les actes qui les contiennent ? Ancillon sur l'art. cité de la coutume de Metz, remarque que par le droit romain, celui qui écrivoit un legs à son profit dans un testament encouroit la peine de faux. Il faut ajouter que cependant le legs seul étoit nul, & qu'au surplus le testament subsistoit. Il n'étoit donc réputé faux qu'en partie : ce qui étoit bien bizarre ; car comment ajouter une foi pleine & entière à l'ouvrage d'un homme regardé, & puni comme faussaire ? Cette contradiction étoit l'effet de l'excès de faveur que les Romains attachoient aux testamens, qu'ils faisoient valoir par tous moyens.

Il s'en faut bien qu'ils aient la même faveur parmi nous. Cependant M. D... qui ne s'écarte presque jamais de la lettre des coutumes, relève sur le même art. de celle de Metz, » qu'il ne dit pas que les testamens seront nuls, lorsqu'il y aura » des legs au profit des amans, notaires ou autres qui les auront reçus, ou de leurs » femmes & enfans ; mais il se contente de faire tomber la nullité de ces legs ou » donations. Ainsi, conclut-t-il, il faut se renfermer au texte de cet art. 14 ; quoi » que Ricard, *des donat. 1re. part., chap. 3, sect. 10, n. 543 & suiv.* ; & Ferrière, » sur Paris, art. 292, gl. 2, n. 14 & suiv., soient d'avis... que les testamens entiers » doivent tomber «.

Je ne crois pas qu'il y ait à balancer de préférer la décision de ces auteurs, ou plutôt de tous les auteurs ; car il n'y a ici nulle diversité de sentimens à l'opinion de M. D..., malgré les termes dans lesquels les coutumes de Metz & de Lorraine se sont expliquées. Je ne dirai pas que, quoiqu'elles ne prononcent disertement que la nullité des dispositions faites au profit de l'instrumentaire, de la femme & de ses enfans, elles ne valident cependant pas le surplus des actes qui les contiennent, & qu'ainsi on pourroit, sans leur faire violence, les entendre *demonstrative*, & non pas *limitative*. Je suppose, & même je suis persuadé que l'intention des rédacteurs de ces deux coutumes étoit de n'annuler que les dispositions qu'elles défendent. Mais

M. D... n'a pas pris garde que, par l'art. 27 de l'ordonnance d'Orléans, & par l'art. 63 de celle de Blois, dont il rapporte la disposition, qui a été étendue à tous les instrumentaires, & qui, sans contredit, déroge à toutes les coutumes, la nullité de tous les actes contenant des dispositions au profit de ceux qui les reçoivent, ou de leurs parens en général, est formellement prononcée : en sorte que la prohibition n'est pas bornée à la femme & aux enfans de l'instrumentaire, ni la nullité aux dispositions faites à son profit, ou de ses parens ; mais qu'elles tombent sur tous les actes contenant quelques dispositions en sa faveur, ou des siens.

Il y a même lieu de croire que M. D... l'auroit décidé de la sorte, s'il n'eût pas écrit long-tems avant l'arrêt de régleme't que notre parlement a rendu le 22 Décembre 1756. Il me paroît ne plus laisser de doute ni sur les degrés de parenté, ni sur la nullité des actes. J'ai rapporté le dispositif de cet arrêt ci-dessus, observ. 4, n°. 3, & j'ai traité ces questions assez au long, observ. 5, n°. 13, pour me dispenser de les reprendre ici ; car ce que j'y ai dit des témoins & de leurs parens, s'applique à plus forte raison aux instrumentaires, & aux parens de ceux-ci.

Si on excepte les donations des conjoints au profit l'un de l'autre, qui ont fait l'objet de l'observation précédente, voilà à peu près à quoi se réduisent les dispositions de nos coutumes, qui parlent de ceux qui ne sont pas capables de profiter des testamens faits en leur faveur ; car quoiqu'il y ait quelques dispositions qui, défendues en général par certaines coutumes, y sont cependant validées par la faveur de certaines personnes, l'interdit de les faire au profit de toutes autres personnes, ne me paroît pas pouvoir être regardé comme l'effet d'aucune incapacité qui soit en elles. L'art. 3 du tit. 11 de la coutume de Lorraine aux nouvelles, permet *entre gentilshommes* de disposer & substituer une des maisons anciennes, & un quart du bien ancien, au profit des enfans, & de ceux de la famille qui emportent le nom & les armes ; & à leur défaut, d'un parent issu de la famille, à la charge d'en porter le nom & les armes. Sur quoi Faber, *zz.* 1340, remarque que si la disposition étoit faite au profit d'un roturier, elle seroit inutile. La raison qu'il en donne, qu'un roturier est incapable de porter des armoiries & de posséder des fiefs, ne seroit pas aujourd'hui bien décisive. Mais la coutume ne permettant cette disposition qu'entre gentilshommes, il faut avouer qu'il en résulte contre les roturiers une interdiction singulière, & dont je n'ai remarqué ailleurs aucuns exemples. Peut-on la regarder comme une incapacité ? Je ne le crois pas, d'autant plus qu'elle ne se borne pas aux roturiers, mais s'étend à tous ceux qui ne sont pas de la famille, au moins par les femmes. Ce qui a encore sa singularité, quoique d'autres coutumes, mais en très-petit nombre, permettent aussi de faire en sa famille des dispositions qui ne seroient pas valables, si elles étoient faites en faveur d'un étranger. La coutume de Bordeaux, par exemple, défend, art. 61, de tester des deux tiers des immeubles venus au testateur par succession au profit d'un étranger ; & permet d'en disposer entre ceux de-

5.
Dispositions
qui ne valent
qu'entre cer-
taines person-
nes.

Tit. VII.
Observ. 126.

la ligne, en laissant à l'un plus qu'à l'autre ; pourvu que tous en aient quelque chose.

6.
On ne peut
tester qu'au
profit de per-
sonnes capa-
bles.

Au surplus, beaucoup de nos coutumes, sans entrer dans le détail des causes qui empêchent ceux qui sont gratifiés par testament de profiter des dispositions faites en leur faveur, se contentent, en permettant de tester, d'exprimer en général qu'on ne peut le faire qu'au profit de *personnes capables*. Paris, art. 292 ; Vitry, art. 100 ; Vermandois, art. 60, &c. ; & la raison dictée que cela doit être entendu dans les coutumes qui ne le portent pas expressément. Ce qui a fait dire à M. D... sur les trois premiers articles du tit. 10 de celle de l'Evêché, que » quoique le second « , qui permet à toutes personnes, saines d'entendement & usans de leurs droits, de disposer de tous leurs meubles à l'avantage de qui il leur plaît, » n'use pas des ces termes à » *personnes capables...*, on doit les suppléer, afin de restreindre cette faculté générale de donner ses meubles aux seules personnes qui ne sont point indignes ou incapables de les recevoir ». Au surplus, il a évité avec raison d'entrer dans une exacte discussion de ces indignités & incapacités, dont le détail eut été fort long. Il s'est contenté d'observer qu'elles sont expliquées par Ricard, part. 1, ch. 3, dans les sections qui concernent cette matière, & par Ferrière, sur l'art. 292, gl. 2, & d'ajouter que la jurisprudence du parlement de Metz est conforme à leurs principes, dont il donne un exemple en rapportant l'arrêt du 16 Juin 1732, rendu en faveur d'un fils contre la concubine de son père.

Ces principes étant universellement avoués, je me bornerai à dire quelque chose des bâtards & de leurs enfans légitimes, de ceux des calvinistes réfugiés en pays étrangers, & des gens de main-morte.

7.
Deux especes
de bâtards.

On distingue en général deux especes de bâtards, les uns appelés en droit, *naturales liberi*, sont ceux qui naissent de deux personnes libres, *ex soluto & solutâ* ; c'est-à-dire, d'un père & d'une mère qui n'étant liés ni par des vœux, ni par les engagements du mariage, ni par la parenté, auroient pu s'épouser. Leur commerce est un désordre : la loi défavoue les enfans qui en proviennent ; mais la nature les reconnoît. Les autres sont ceux qui naissent d'une conjonction plus odieuse & plus infâme : les adultérins, ceux dont les parens ou l'un d'eux étoient engagés par des vœux, ou par les ordres sacrés, & ceux qui sont nés d'un inceste. *Nati ex damnato & nefario coitu ; veneris monumenta nefandæ.*

8.
Quelles dis-
positions ils
ont
capables de
recevoir.

Ricard, part. 1, chap. 3, sect. 8, n. 427, remarque que les loix romaines ont varié à l'égard des premiers. Les empereurs Arcadius & Honorius avoient voulu que celui qui mourroit sans enfans légitimes, ne pût laisser à sa concubine & aux enfans qu'il en avoit eus, que le quart de sa succession, à partager entr'eux. Les loix 2 & 8, *cod. de natur. liber.*, permirent de leur laisser un douzième, quoiqu'il y eut des enfans légitimes, & lorsqu'il n'y en avoit point, de leur laisser jusqu'à la moitié de sa succession ; & la nouvelle 89, de laquelle a été tirée l'authentique, *licet patri*

cod. cod., accorda la liberté de la leur léguer, dans le dernier cas, toute entière.

Ricard examine ensuite assez au long quelle est, à leur égard, la jurisprudence du royaume. Il dit que les parlemens de Toulouse & de Bretagne déclarent toutes sortes de batards incapables des successions testamentaires de leurs peres & meres, sauf de pouvoir recueillir le fruit de quelques legs modérés pour le soutien de leur vie; que du tems de Dumoulin, la maxime du palais étoit que les batards n'étoient point capables de dispositions universelles: que depuis, le parlement de Paris les a approuvées par différens arrêts; mais qu'enfin il est revenu à la véritable jurisprudence par d'autres arrêts qui ont rétabli l'ancienne regle, suivant laquelle les peres & meres ne peuvent disposer de l'universalité de leurs biens en faveur de leurs enfans naturels.

Je crois donc qu'on peut regarder comme une maxime certaine que les batards, quoique nés *ex soluto & soluta*, même ceux qui ont été légitimés par lettres, ne peuvent, à cause de mort non plus qu'entre vifs, recevoir de leurs peres & meres, encore bien qu'ils n'aient point d'enfans légitimes, que des donations particulieres, dont le plus ou le moins dépend de la force de la succession du testateur, & des autres circonstances. Ferriere, sur l'art. 3. §. 3, gl. 3, sect. 2, §. 3, part. 1, n. 9, dit aussi que, malgré l'authentique *licet*, on les tient en France incapables des dispositions universelles faites à leur profit par leur pere & mere. Ce qui suppose qu'ils sont capables de donations particulieres. Telle est à Metz l'opinion commune du palais, & c'étoit celle de M. D... qui, sur les art. 34, 35 & 36 du tit. 11 de la coutume de Metz vers la fin, renvoie à Ferriere & à Ricard.

Il faut donc rechercher ce que dit Ancillon sur le même art. 34 vers la fin, que l'usage du royaume est que le pere peut donner à son batard pour ses alimens une rente viagere. Il est sans doute qu'il le peut; il y est même quelquefois condamné, & le fils naturel du sieur Fabus, qui passoit alors pour être fort riche, a obtenu, par arrêt du parlement de Metz, il y a quelques années, une pension viagere de 600 liv. Une circonstance qui influa beaucoup sur l'arrêt, c'est que le sieur Fabus avoit fait donner à son fils une éducation fort au dessus de celles qu'on donne aux enfans du commun. Dans d'autres cas, on condamne le pere naturel à fournir des alimens à son fils jusqu'à ce qu'il soit en état de gagner sa vie, & même à lui faire apprendre un métier. Mais la proposition d'Ancillon semble dire qu'on ne permet au pere de léguer à son batard que du viager, & rien en propriété: & prise en ce sens, elle ne seroit pas vraie (1), même de ceux qui sont nés *ex nefario coitu*; car ils

(1) Mais dans le Luxembourg on ne peut donner aux bâtards que des rotures, tit. 19, art. 2.

TIT. VII.
 § 126.

peuvent recevoir de leur pere & de leur mere des donations modérées, & qui n'excèdent pas de simples alimens, quoiqu'elles leurs soient faites en toute propriété.

9.
 Ceux nés ex
 dam at coitu
 ne peuvent re-
 cevoir que des
 alimens.

Mais il est certain que les batards de cette dernière espece ne sont capables de recevoir de ceux qui leur ont donné la vie que de simples alimens. Le droit civil leur refusoit. *Spatius, jure civile, neque inter vivos, neque ultimâ voluntate, quidquam ex bonis paternis capere potest. Gothof. in autent. ex complexu, eod. de incest. & inutil. nupt.* Mais le droit canonique leur en accorde; & nous nous conformons à sa disposition, comme plus humaine; quoique Ricard, *ubi sup. n. 417*, dise qu'à l'égard de ceux qui ont pris naissance d'une conjonction incestueuse ou adultérine, nous suivons, sans contredit, la disposition de l'authentique *licet*. C'est celle que j'ai citée, *qui ex damnato sunt coitu, omnis prorsus beneficio secludantur.*

10.
 Ni leurs enfans
 légitimes.

Il demande au n. suiv. » si la prohibition établie par cette authentique, à l'égard des enfans qui sont nés dans l'inceste & dans l'adultere, doit aussi avoir lieu contre ceux qui sont descendus d'eux en légitime mariage: de sorte que l'aïeul ne puisse disposer au profit du fils légitime de son bâtard né d'une conjonction incestueuse, ou adultérine. Et, après avoir proposé cette raison de douter que les loix pénales ne doivent pas s'étendre d'une personne à l'autre, il se détermine contre ces dispositions, & se fonde, 1°. sur ce que la loi 6, *cod. de incest. & inutil. nupt.* dans la crainte que ceux qui se sont engagés dans un inceste, ne disposent au profit l'un de l'autre, leur défend de tester, même au profit des étrangers; 2°. sur cette proposition qu'il établit plus particulièrement dans la sect. 16, que dans tous les cas où la défense de donner à quelqu'un, est fondée sur une considération publique, toutes les personnes proches de la personne prohibée, comme ses enfans (1), sont comprises dans l'interdiction; 3°. sur différens arrêts des parlemens

(1) » Comme l'affection & l'intérêt qui unissent le mari avec la femme, ont fait dire que deux individus ne composent qu'une même personne, & qu'ils sont deux en une même chair; & que les loix civiles nous apprennent d'autre part, que le pere & le fils ne sont pareillement considérés que comme une même personne, nous estimons aussi les avantages faits en faveur de l'un, comme s'ils étoient faits en faveur de l'autre. C'est pourquoi... les coutumes & les ordonnances prohibans d'avantager l'un des deux, nous entendons leur prohibition, à l'égard de l'autre. *Id. ibid. sect. 16, n. 714.* Voy. pourtant l'observ. 11, n. 2. Mais, *si filio, adhuc infanti, vel impuberi, cujus nulla extare potuisse merita verisimile sit, donatum fuerit; non ipsius filii, sed patris contemplatione donatum præsumitur.* Menoch. *Lib. 3 præsumptu. 28, n. 9.* Un chanoine de Clairv lègue ses meubles & acquêts à la fille de sa concubine, cette fille étrangere au testateur sembloit capable du legs. Mais étant en bas âge, elle n'avoit pu le mériter: & sa mere étant incapable, le legs fut déclaré nul, par arrêt du 4 Août 1625: *quia legata, non affectione propriâ, sed in honorem matris meruerat.* Journ. des aud. Tom. 1, liv. 1, chap. 63 de l'ancienne édition.

de Paris, de Bordeaux, & de Toulouse, des 14 Août 1570, & 4 Août 1579, de l'année 1588, du mois d'Août 1619, des 1er. Juin 1571, 4 Février 1572, 23 Décembre 1583, & 4 Avril 1620, auxquels il en ajoute, n. 426, un autre qui, en bien plus forts termes, a annullé la donation entre vifs & universelle, faite par le nommé du Verdier, prêtre, à un jeune homme auquel il avoit, quelque tems après marié sa fille batarde qu'il avoit fait légitimer.

Ricard s'objecte à lui-même un arrêt contraire du 21 Avril 1637, par lequel le legs universel fait par Pasquier Le Coq, aux enfans de sa batarde adultérine, fut confirmé. Il répond qu'il a été rendu sur deux circonstances: l'une que la fille adultérine avoit été légitimée par lettre du prince; l'autre qu'elle avoit été mariée par son pere comme légitime. Mais ces circonstances étoient-elles capables de donner atteinte à la regle? M. l'avocat-général Bignon ne le pensa pas: & les arrêts dans lesquels des considérations personnelles l'emportent sur la pureté des principes, ne sont pas des préjugés qui autorisent à négliger la regle dans d'autres occasions. C'est ce que nos meilleurs auteurs ont pensé de l'arrêt de 1637; il a cependant été le principal motif de celui que le parlement de Metz a rendu le 22 Septembre 1729.

Dlle. Marie Se... née à Metz d'une famille bourgeoise, & peu aisée, avoit épousé en premieres noces un officier de fortune, lieutenant dans un régiment suisse au service du roi; elle le quitta pour s'attacher au sieur Sa... capitaine de la même nation, avec lequel, du consentement au moins tacite de son mari, elle vécut publiquement. Elle en eut un fils que le sieur Sa... reconnut. Il lui fit porter son nom, prit grand soin de son éducation, & dès qu'il fût en âge, lui procura de l'emploi dans un régiment étranger, où il se fit estimer. Le premier mari de Marie Se... mourut, & le sieur Sa... épousa la veuve. Mais ce mariage ne pouvoit légitimer le fruit de leur adultere, ni effacer l'opprobre de la naissance de Christian Sa... Son pere & sa mere l'avoient marié à une femme estimable, mais sans biens, dont il avoit six enfans que la dame Sa... leur aieule, devenue veuve une seconde fois, institua ses légataires universels.

Ce testament fut attaqué par Dlle. Marie Ma... veuve de M. Jean Ol... cousine de la testatrice. Le sieur Christian Sa... tuteur de ses enfans, convenoit que si le testament eut été fait à son profit, il n'auroit pu se soutenir: mais il prétendoit que ses enfans n'étoient pas incapables de la disposition universelle faite à leur profit par leur aieule, & pour le prouver il alléguoit l'arrêt de Le Coq.

Chargé de défendre la Dlle. Ol... je répondois à cet arrêt solitaire; 1°. que le principe établi non seulement par Ricard, mais par Dumoulin, qui, sur le conseil 74 du 3e. vol. d'Alexandre, réfute ce qu'avoit dit Bartole, que le pere peut donner à l'enfant légitime de son batard incestueux; par Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, tit. 3, § 5, n. 70, *si avus prohibeatur relinquere filio spurio, non potest relinquere nepoti, quamvis legitimo*: par Bacquet, des droits de batardise, part. 1,

ch. 4, n. 2, » il faut entendre la loi finale, *cod. de natur. lib. insoluto, & soluta*; » *id est in his qui tempore concubinatus soluti erant, non-pas in sacerdote, vel uxorato,* » lesquels ne peuvent donner en propriété à leurs batards, ni aux enfans légitimes d'iceux; mais bien leur peuvent donner pour leur nourriture & aliment. Par Le Brun, *des successions, liv. 1, ch. 2, sect. 1, n. 20.* » Je n'estime pas que ces dispositions puissent être autorisées *in damnato coitu*, & que, par exemple, un prêtre puisse faire une institution ni un legs universel aux enfans légitimes de son batard; par Ferriere sur l'art. 292 de la coutume de Paris, gl. 2, n. 42, où après avoir établi l'incapacité des batards adultérins, ou incestueux, il l'étend à leurs enfans légitimes, &c.

2°. De ce concert unanime de tous nos auteurs, je conclusois que l'arrêt de Le Coq ne pouvoit ébranler le principe auquel il paroissoit contraire; qu'il falloit l'attribuer aux circonstances, & que, comme le disent Ricard, Le Brun & Ferriere, il ne pouvoit pas être tiré à conséquence, & ne devoit pas être suivi, *quod contrarationem juris receptum est, non est produmendum ad consequentia.* L. 141, ff. de reg. jur. Si cela est vrai des loix elles-mêmes, à plus forte raison des préjugés.

3°. A cet arrêt unique j'opposois le torrent des arrêts contraires, tant ceux que Ricard indique, & que j'ai cités, qu'autres qui sont rapportés en grand nombre par M. Maynard, *liv. 6, ch. 13 & 14, & liv. 9, ch. 35*; par Charondas, *liv. 7, reps 161, & liv. 10, rép. 75*, par Bouchel dans sa bibliothèque, *V^o. legs aux enfans naturels*; par Le Vest, *art. 108*, & par Papon, *liv. 11, tit. 1, n^o. 41.*

Le sieur Sa... cherchoit à éluder les arrêts, sous prétexte que plusieurs avoient été rendus contre les enfans légitimes des batards des prêtres, qu'il vouloit faire distinguer des batards adultérins. Mais dans le nombre des arrêts il s'en trouvoit beaucoup dans l'espèce des enfans légitimes des batards adultérins. D'ailleurs, ces batards sont compris comme ceux des prêtres dans la classe des enfans nés, *ex damnato coitu*: & même les donations faites par les prêtres à leurs batards nés *ex soluta*, ne sont pas si odieuses que celles qui sont faites aux enfans adultérins; parce que l'adultère est défendu absolument par le droit divin & l'injonction de la chasteté, & du célibat des prêtres, n'est que droit positif. Brodeau sur Louet. L. D. *somm. 1, n. 26.*

Malgré toutes ces preuves du vrai principe, les considérations personnelles l'emportent, comme dans l'arrêt de Le Coq. Le mariage du sieur & dame Sa... étoit une sorte de réparation du désordre scandaleux, dans lequel ils avoient vécu; & la conduite honnête qu'ils avoient tenue depuis qu'ils avoient légitimé leur union, les avoit insensiblement réintégré dans les meilleures sociétés. Leur fils, malgré l'opprobre de sa naissance, qui à son égard n'étoit qu'un malheur, s'étoit concilié l'estime publique. Le mérite de sa femme & sa nombreuse famille faisoient faire des

vœux pour ses enfans. Mais ce qui toucha sur-tout les juges, c'est qu'il n'étoit échu à la dame S... testatrice, presque aucuns biens de successions de ses parens : que tout ce qui composoit la sienne, provenoit presque entièrement de son second mari ; & qu'ainsi la Dlle. Ol... parente collatérale, sembloit n'avoir pas besoin de se plaindre, qu'elle ne lui eut pas laissé choses qui ne venoient pas de leur famille. Si on pense que ces motifs fussent pour justifier l'arrêt qui confirma le testament, il n'en sera pas moins vrai que cet arrêt, non plus que celui de Le Coq, ne sont pas conformes à la pureté des règles, & ne doivent pas les ébranler.

Ceux qui sont nés en pays étrangers, de parens françois, peuvent recueillir les successions testamentaires qui leur sont déferées en France. Ancillon, sur l'art. 1 du tit. 11 de la coutume de Metz, Vbo. *droits, hoirs, &c.* même ceux dont les pères & meres sont sortis du royaume pour cause de religion. Mais il faut que ces enfans de réfugiés soient rentrés en France, avant l'ouverture de la succession à laquelle ils demandent d'être admis. Ancillon, *ibid.* & dans son *recueil d'arrêts*, pag. 233, fait mention de celui qu'on trouvera aussi dans mes extraits de ce recueil, pag. 58, n. 88, & qui a été rendu le 22 Décembre 1678, en faveur de Susanne de Savigny, fille majeure, légataire universelle de Susanne de Savigny, sa tante, veuve d'Abraham Guerre. La légataire étoit née dans le Palatinat, où son pere, frere de la testatrice, s'étoit marié & établi *perpetua moræ causâ*. Mais elle étoit revenue à Metz dans un tems où elle ne pouvoit avoir de vue sur la succession de sa tante qui avoit alors une fille mariée à Jacques Gigout, & de cette fille un enfant. Le legs universel fut confirmé.

Il n'y avoit, ce me semble, aucune difficulté dans cette espece. Susanne de Savigny étoit capable du legs universel au tems de la confection du testament, au tems du décès de la testatrice, & au tems de l'appréhension de l'hérédité, qui sont les trois tems où la capacité de l'héritier est requise, si on en croit Ferriere sur l'art. 292, gl. 2, n. 63. Mais son opinion me paroît devoir être modifiée ; & quand cette Dlle. ne seroit rentrée dans le royaume qu'après la confection du testament, mais avant la mort de la testatrice, je crois que le legs auroit encore dû être confirmé ; parce qu'en qualité de fille d'un François, elle étoit naturellement capable de succéder en France ; que si cette capacité avoit été suspendue pendant son séjour avec son pere dans le Palatinat, elle y avoit été réintégrée de plein droit, *jure postinginii*, au moment qu'elle avoit quitté le lieu de sa naissance, pour se fixer à Metz, à l'exemple du captif institué héritier pendant sa captivité, dont l'institution étoit valable suivant le droit romain, si par son retour dans sa patrie il se trouvoit capable au moment de l'ouverture de la succession, *idem, ibid.*

Au contraire, par arrêt du 20 Décembre 1745, les sieurs de St. Amant ont été jugés incapables de la succession testamentaire de la dame de Monsolens, leur tante. Ils étoient fils d'une sœur de la testatrice, qui s'étoit retirée en Hollande pour cause de religion, & qui avoit épousé le sieur de St. Amant, autre François réfugié. La dame

TIT. VII.
Observ. 122e.

12.
Enfans des
Français suc-
cédent en Fran-
ce, quoiqu'ils
n'y soient pas
nés.

13.
En quel tems la
capacité du lé-
gataire est re-
quise.

14.
Les enfans de
réfugiés en
pays exempt
du droit d'au-
taine, non en-
trés en France,
n'y succèdent
pas.

TIT. VIII.
 §. lxxv. 120.

Monfons, leur tante, les avoit appellés à fa fucceffion, au cas qu'ils fuflent capables de la recueillir. Ils prétendoient l'être, à caufe du privilege des habitans des 17 provinces du pays Bas, qui font exempts du droit d'aubaine, & fucceffibles en France. On leur répondoit que leur incapacité ne réfultoit pas de leur qualité de Hollandois, actuellement au fervice des états généraux: mais de celle d'enfans de deux François réfractaires aux ordonnances, & fortis pour caufe de religion du royaume, où bien loin d'être rentrés eux-mêmes avant la mort de leur tante, ils n'offroient pas encore de s'établir. Voy. tit. 6, observ. 2, n°. 23.

19.
 Ceux qui, nés dans le royaume, en font fortis, font privés des fucceffions échues avant leur retour.

Ceux mêmes qui, nés dans le royaume, en font fortis pour aller profefler ailleurs la R. P. R. revenant en France, & embraffant la religion catholique, ne font pas admis aux fucceffions ouvertes pendant leur abfence. Pierre Bouet, fils ainé de Pierre Bouet, Me. apothicaire à Metz, & de Suzanne Hian, fa femme, fut conduit par fa mere à Hanau au mois d'Octobre 1699. Il étoit pour lors âgé de 14 ans. De Hanau, il paffa à Berlin, & fut toujours retenu dans ces deux villes par fon pere & par fa mere; & quoique depuis plusieurs années le pere profeflât la religion catholique, il laiffa à fon fils ainé la liberté de perfifter dans le calvinisme, & de refter à Berlin. Il y étoit à la mort de fon pere, qui arriva en 1715. Elle fut fuivie quelque tems après de celle de Suzanne Hian, fa femme. L'un & l'autre avoient testé; & fans faire mention de leur fils ainé, ils avoient inftitué Jean François Bouet, leur fecond fils, à qui ils avoient fubftitués fidéicommissairement les fieurs Hian, leurs coufins du côté maternel.

Pierre Bouet, fils, incontinent après la mort de fa mere, revint à Hanau. De-là il fit fucceffivement trois voyages à Metz, d'où, après quelques mois de féjour à chaque fois, il retourna toujours à Hanau. Il prétendoit que fon frere & l'ainé de fes coufins l'avoient intimidé, en lui faifant craindre une punition corporelle, pour être rentré dans le royaume fans permiffion du roi. Il étoit du moins prouvé que fon frere & fon coufin lui avoient confeillé de refter en pays étrangers, où ils promettoient de lui faire toucher une penfion de 300 liv.; que fon frere & une protestante, fervante du fieur Hian, l'avoient pluffeurs fois reconduit affez loin, & qu'à fon troifieme voyage, il s'étoit adreffé à un vicaire-général du diocefe pour fe faire inftruire.

Enfin il revint à Metz une quatrieme fois, fe fit inftruire, abjura, & forma demande en nullité des testamens de fes pere & mere, & en partage de leurs fucceffions. Par arrêt rendu à l'audience publique, du 20 Novembre 1719, il fut déclaré non recevable & condamné aux dépens. M. l'avocat-général Royer, qui porta la parole dans cette caufe, avoit dit en paffant, que comme Pierre Bouet étoit dans le cas des ordonnances, il n'y avoit que le roi qui put user à fon égard de la clémence qu'il s'étoit réfervée par ces mêmes ordonnances. Il crut pouvoir profiter de

cette ouverture, se pourvut au conseil, & recourut aux grâces du roi; mais inutilement : & quoiqu'il fut d'autant plus à plaindre qu'il avoit perdu la vue en 1702, il est mort à Metz quelques années après, sans avoir pu rien obtenir. Le roi ne fait point de grâce au préjudice des droits acquis, à des tiers ni des titres qui leur ont transmis des propriétés incommutables.

J'ai parlé des gens de main-morte, tom. 1, pag. 164, & ci-dessus, tit. 6, obs. 1, n°. 19; & comme j'y ai déjà dit que, quoiqu'ils ne soient pas absolument incapables de toutes dispositions universelles, faites en leur faveur, cependant elles sont facilement réprouvées, sur-tout lorsqu'elles sont excessives & immodérées, je me contenterois d'y renvoyer, s'il n'étoit intervenu depuis un arrêt qui m'engage d'ajouter que l'indigence des héritiers naturels peut aussi faire prononcer la nullité des dispositions qui les dépouillent absolument, quoique d'ailleurs favorables.

M. François François, curé de Ste. Ségolène, & archiprêtre de la ville de Metz, étoit né de parens très-pauvres, & n'avoit jamais eu un sol de patrimoine. Tout ce qu'il avoit laissé en mourant provenoit de l'église. Il étoit mort sans tester, & s'étoit contenté d'expliquer verbalement à Pierre François, son frere & son unique héritier, à qui il n'auroit pu rien ôter sans le plonger dans l'indigence, l'usage qu'il souhaitoit qu'il fit, lorsqu'il mourroit lui-même, de ce qu'il lui laissoit. Pierre François, vieux garçon, & qui n'avoit pour héritier que des collatéraux, fidele aux intentions de son frere, fonda, par son testament du 22 Juillet 1767, confirmé par un codicile du 22 Septembre suivant, une messe du St. Sacrement tous les Jedis de l'année, & un certain nombre de sermons pendant le carême, dans l'église de Ste. Ségolène, pourquoi il légua à la fabrique de la même église un contrat de constitution de 3750 liv. sur la communauté des tissérands de la ville de Metz; & après quelques autres dispositions, & entr'autres, un legs de 100 liv. à Michelette Poiré, fille majeure & sa cousine, il disposa de la rémanence de sa succession au profit des pauvres honteux de ladite paroisse, à qui le revenu de ce legs seroit distribué annuellement par le curé & les fabriciens.

Michelette Poiré, seule héritière présomptive du côté paternel, attaqua la fondation & le legs fait à la fabrique, & celui de la rémanence au profit des pauvres, qu'elle prétendoit contraire aux ordonnances concernant les fondations & les nouvelles acquisitions des gens de main-morte. Marie Baptiste, venue de Baptiste Blanche-Barbe, & Louis Dupont, aux droits de Marguerite Baptiste, sa femme, héritiers présomptifs de Pierre François du côté maternel, donnerent requête d'intervention, & conclurent comme Michelette Poiré, à ce que le testament fut déclaré nul, quant aux deux dispositions faites au profit de la fabrique & des pauvres de Ste. Ségolène.

Les curés, échevins & notables de cette paroisse soutinrent la validité de la fondation & du legs fait à la fabrique. La fondation ne tendant qu'à une augmentation de service dans une paroisse, & par conséquent dans une église subsistante, &

TIT. VII.
OBSERV. 126.

16.
Dispositions
dont les gens
de main-morte
sont capables.

dont l'établissement étoit autorisé ; & le legs fait pour rétribution de ce service n'ayant pour objet qu'une rente constituée sur une communauté ; ni l'une ni l'autre ne pouvoient, sous aucun aspect, paroître contraires aux ordonnances concernant les gens de main-morte. C'est pourquoi ils conclurent incidemment à ce que le testament fut homologué à cet égard, & la délivrance du legs ordonnée.

Quant au legs de la rémanence, ils observerent qu'il n'étoit point fait à leur profit, & qu'ils n'en avoient que la simple administration. C'est pourquoi, en proposant ce qu'ils crurent propre à le faire confirmer, & notamment que la rémanence ne contenoit ni immeubles, ni rentes sur particuliers, rien par conséquent qui ne peut être légué aux gens de main-morte sans lettres-patentes, ils s'en rapportèrent sur ce chef à la prudence de la cour, & au zèle des gens du roi.

Par arrêt du 7 Juillet 1768, conforme à ceux de Me. Bertrand de Bousporn, avocat général, le legs fait à la fabrique fut homologué, la délivrance ordonnée, & la succession chargée d'en payer l'amortissement s'il échoioit, le legs de la rémanence fut annullé, & le partage d'icelle ordonné entre les héritiers paternels & maternels, comme *ab intestat* : enjoint à ceux qui recevoient des actes contenant des donations de successions & rémanences, fondations ou legs faits en corps d'immeubles, ou contrats au profit des gens de main-morte, d'en envoyer incontinent des extraits au procureur-général, pour, à sa diligence, être faites les poursuites nécessaires, conformément aux déclarations de 1739, édit de 1749, & déclaration de 1762, avec défenses de les recevoir, & d'en faire la délivrance dans les cas ou aux termes desdites loix. Lesdites fondations & legs devront être homologués en la cour, avant que ladite homologation n'y ait été faite, à peine de 300 liv. d'amande, &c., & ordonné que l'arrêt seroit envoyé dans les bailliages, &c.

Je ne ferai aucune réflexion sur cet arrêt ; si ce n'est qu'on n'en doit pas conclure que les legs universels faits aux pauvres, sont indistinctement nuls. Ce seroit une erreur. Je ne crois pas même qu'on put attaquer un pareil legs, qui ne contiendrait ni immeubles, ni rentes constituées, & dont il seroit ordonné que le fonds seroit distribué aux pauvres à une seule fois. Celui dont il s'agissoit étoit différent. C'étoit un fonds dont le revenu devoit être à perpétuité distribué annuellement aux pauvres. C'étoit donc une fondation. Elle n'exigeoit cependant point de lettres-patentes, suivant l'art. 3 de la déclaration du 20 Juillet 1762, & même l'art. 3 de l'édit du mois d'Août 1749. Mais elle exigeoit l'homologation au parlement, qui n'a pas cru devoir l'accorder. L'état d'indigence des héritiers présomptifs du testateur peut avoir beaucoup influé sur l'arrêt. La disposition étoit d'autant plus favorable, que tout ce qu'il laissoit aux pauvres provenoit des épargnes que son frere avoit faites des revenus des deux cures dont il avoit été successivement pourvu ; mais les parens pauvres sont mêmes en ce cas les premiers que les bénéficiers doivent soulager.

17.
Il doit en être
envoyé des
extraits au pro-
cureur général,
& ils doivent
être homolo-
gués.

OBSERVATION XIII.

T. I. VII.
Observ. 136*De la Légitime des Enfans.*

IL semble que la liberté générale & indéfinie de disposer de tous ses biens, que les Romains avoient tirée des Grecs, ait été une suite de cet esprit de domination dont on voit tant d'autres marques dans toute leur conduite dès leur origine... A l'égard même de leur propre famille, où ils s'étoient donnés un droit absolu de vie & de mort non-seulement sur leurs esclaves, mais sur leurs enfans. Selon cet esprit, ils s'étoient donnée la liberté de disposer à leur gré de tous leurs biens, & d'en priver non-seulement leurs proches, mais leurs enfans, même sans aucune cause. Domat, *préface de la seconde partie du premier tome des loix civiles*, n. 7. Mais à peine les loix des douze Tables, qui autorisoient cette liberté indéfinie, étoient-elles publiées, qu'on reconnut les inconveniens de cette puissance excessive. On peut voir dans Ricard, *part. 3, chap. 8, sect. 1*, les premiers correctifs qu'on emploie successivement pour y remédier; mais qui ne pourvoient nullement à l'intérêt des héritiers légitimes, jusques-là que pourvu qu'un pere eut exhéredé dans les formes le fils le plus affectionné & le plus innocent, ce fils n'avoit aucun droit de se plaindre du testament de son pere, ni de demander aucune part dans sa succession. *Ibid. n. 836.*

7.
La légitime
étoit ancienne-
ment inconnue.

Il fallut donc apporter un remede plus efficace à un désordre qui offensoit la nature & la raison. On le fit en établissant que les peres & aïeux seroient tenus de laisser à leurs enfans, & ceux-ci mourant sans postérité, à leurs descendans, une portion de leurs biens; ou du moins qu'ils ne pourroient la leur ôter sans de justes causes. Cette portion fut d'abord fixée au quart de la succession; & on la nomma légitime, *quasi à lege indicta*, dit M. D. sur l'art. 8 du tit. 8 de la coutume de Metz. Le même privilège fut accordé aux freres & soeurs consanguins; mais au cas seulement que les héritiers fussent personnes infames.

8.
Son origine,
ses progrès.

On n'en vint là qu'assez tard. Les savans ne conviennent pas du tems où la légitime a été établie. M. Cujas croit qu'elle ne fut fixée que par Marc-Aurele, & M. Ricard, *ubi sup. n. 840*, dit qu'il y a grande apparence que la querelle d'infirmité n'a pas été établie par aucune loi expresse, mais qu'elle a été introduite par les interprétations des jurisconsultes.

Quoi qu'il en soit, la fixation de la portion légitimaire a été changée par la nouvelle 18 de Justinien, *ch. 1*, qui, comme l'observe le même Ricard, *sect. 6, n.*

9.
A quoi elle est
fixée par Jus-
tinien.

TIT. VII.
Observ. 130.

LOI I, en augmentant la légitime des enfans a ordonné qu'elle seroit la 3e. partie de tous les biens du testateur, s'ils n'étoient que quatre & au dessous; & de la moitié s'ils excédoient ce nombre, & qu'ils fussent cinq & au dessus. Ce qui a encore lieu dans tous les pays de droit écrit où les statuts & usages n'ont rien établi de contraire.

Il résulte cependant de-là une bizarrerie, les enfans partageant entre eux la portion destinée pour leur légitime, le droit personnel de chacun d'eux dans la succession devoit naturellement diminuer à mesure que leur nombre augmente, & cela se vérifie dans les premiers nombres. La légitime d'un enfant est le tiers de la succession lorsqu'il est unique; le fixieme s'il a un frere, ou une sœur; le neuvieme s'il en a deux; & le douzieme s'il en a trois; mais s'il y a cinq enfans, la légitime personnelle de chacun d'eux loin de diminuer augmente; car alors ils ont tous chacun un dixieme, plus par conséquent que s'il y en avoit un de moins, & s'ils sont six, chacun a pour sa légitime un douzieme, autant que s'ils n'étoient que quatre. Il semble que Justinien auroit dû éviter ce défaut de combinaison: & il le pouvoit en deux manieres, 1°. en fixant uniformément la légitime ou au tiers lorsqu'il n'y avoit qu'un enfant, & la moitié lorsqu'il y en avoit deux & plus; auquel cas celui qui auroit eu un frere, ou une sœur, n'auroit pris personnellement qu'un quart de la succession à titre de légitime; celui qui en auroit eu deux, qu'un fixieme, &c.

4.
Les anciennes
loix françoises
n'en parlent
pas clairement.

Quant à nos anciens François, je n'ai rien remarqué dans les capitulaires qu'on puisse rapporter à la légitime (dont le nom même ne s'y trouve pas) si ce n'est peut-être deux ordonnances assez obscures données à l'occasion de l'affranchissement général qu'un pere avoit fait de tous ses esclaves. L'une est de Charlemagne en 793. *Cap. 9. Dans Baluse, tom. 1, col. 260.* L'autre de Pepin, roi d'Italie, en la même année, *cap. 22, ibid. col. 538.* Toutes, parce que cette disposition du pere *contra legem esse videtur*, permettent celle de Charlemagne que la fille, *in tertiam portionem de præfatis rebus iterum in servos suos introire possit*; & celle de Pepin, ce qui n'est pas plus clair, *in tertiam portionem de factis servi.* Ce seroit deviner que de conclure de-là que sous nos premiers monarques il étoit défendu aux peres de priver leurs enfans du tiers de leurs biens. Il est cependant difficile de penser qu'on souffrit que les enfans fussent sans cause entièrement privés de la succession de ceux qui leur avoient donné la vie. J'ai indiqué ci-devant, obi. 10, n. 8, deux textes des capitulaires, qui permettent de se choisir pour héritier qui l'on veut: mais ils ne parlent que de celui qui *filios non habuerit.* D'où on pourroit conclure à *contrario* que celui qui en avoit, ne pouvoit se donner d'autres héritiers.

5.
Les anciens
coutumiers
n'avoient sur
ce point le
droit écrit.

Il est du moins bien certain que les premiers auteurs de la plupart de nos coutumes, alors non écrites, adoptant sur ce point les loix romaines, ont cru que la nature exigeoit que les peres réservassent, au moins une portion de leurs biens à leurs

leurs enfans , & qu'ils ont conservé à cette portion & la quotité & le nom de légitime que les Romains lui avoient donné.

Nos ancêtres n'en font pas demeurés là. En distinguant les immeubles échus de succession, des meubles & des acquêts, ils ont exclus ou la totalité, ou une forte partie des premières de la disposition testamentaire qu'ils ont réservée, non plus aux enfans seuls, mais à toute la famille, ou à tous ceux de la ligne dont ces biens provenoient : & cette réserve a été nommée légitime coutumière pour la distinguer de celle de droit.

La coutume de Paris, & quelques autres ont rendu le douaire propre aux enfans : & comme tout ce qui leur est assuré par la loi, & ne peut leur être ôté par la volonté de leur pere, peut être nommé légitime. Ferriere *sur l'art. 298, gl. 3 à la fin du n. 19* dit que « dans la coutume de Paris il y a trois fortes de légitimes » ; l'une pour les enfans qu'elle fixe à la moitié des biens de leur pere & mere, la seconde, qui consiste dans le douaire propre aux enfans, & qui n'est affectée que sur les biens du pere : & la troisième composée des quatre quintes des propres, qui est, dit-il, la légitime des collatéraux. Les enfans peuvent choisir de ces trois fortes de légitimes celle qui leur paroît la plus avantageuse, comme l'explique M. Le Camus *sur l'art. 295, n. 9 & 10.*

Il s'agit principalement dans cette observation de la légitime de droit. C'est de celle-là dont Ferriere *sur l'art. 298, gl. 2, §. 1, n. 4*, dit « qu'il faut distinguer » trois fortes de coutumes en France touchant la quotité de la légitime. Les unes la « règlent à la moitié ; d'autres la fixent selon le droit romain ; d'autres ne la déterminent pas ». Mais sur ce point il y a un bien plus grand nombre de diversités entre nos coutumes. Ferriere lui-même parle immédiatement après de la coutume de Boulonnois qu'on ne peut mettre dans aucunes de ces trois classes ; puisque, comme il le remarque, les puînés n'y ont d'autre légitime, suivant les art. 64 & 69, que le quint des biens féodaux ; & qu'il a été jugé qu'ils ne pouvoient rien prétendre dans les meubles, ni dans les acquêts. Beaucoup d'autres coutumes dans lesquelles la légitime a lieu, y donnent de si fortes atteintes, qu'on ne peut y appliquer ni les regles du droit romain, ni celle de la coutume de Paris. Telles sont celles où les filles qui ont été mariées, souvent même sans avoir renoncé, n'ont cependant plus rien à prétendre dans les successions de leur pere & mere, quand elles n'auroient reçu d'eux qu'un chapeau de roses ; comme le Maine, art. 258 ; Lodunois, chap. 27, art. 26 ; Anjou, art. 241, & Tours, art. 284 (1).

Ces coutumes ne sont pas les seules. La même exclusion a lieu dans les deux-

TIT. VII.
Observ. 13e.

6.
Ils y ont ajouté la légitime coutumière.

7.
Le douaire propre aux enfans est une légitime.

8.
La quotité de la légitime de droit diversément fixée par les coutumes.

9.
Coutumes qui, en la mettant, y donnent atteinte.

(1) Par la loi de Moyse, les filles ne succédoient qu'à défaut de mâles. Voy. l'obs. 15, n. 1 ci après.

TIT. VII.
Oblerv. 132.

Bourgognes, art. 20 du tit. 7 de la coutume du duché, & 6 du tit. 3 de celle du comté, contre les filles qui ont été mariées par mariage divis.

Les puînés fils ou filles à qui le pere ou la mere ont donné par quelque acte que ce soit, entre vifs, ou testamentaires, une portion moindre que leur légitime, doivent s'en contenter dans la coutume de St. Séver, tit. 12, art. 9.

Par celle de Poitou, art. 220, fille noble mariée par un ascendant, qui lui a donné quelque chose, encore que ce soit moins que la légitime, est exclue de la succession de celui qui l'a ainsi mariée: même disposition dans la coutume de Bordeaux, art. 66, excepté qu'il n'y est parlé que du pere.

Par la coutume d'Auvergne, ch. 12, art. 25; & par celle de La Marche, art. 220, fille mariée douée, ou non douée, soit qu'elle ait renoncé ou non, ne peut ni ses descendans venir à succession directe & collatérale tant qu'il y a mâles.

Celle de Bourbonnois moins rigoureuse ne porte pas l'exclusion si loin. Cependant, suivant l'art. 305, la fille mariée ne peut demander légitime, ni supplément d'icelle.

Tant de coutumes qui ont si peu respecté le droit légitime, doivent, quoique ce droit paroisse fondé sur la nature & la raison, empêcher de regarder comme injustes ou trop singulieres celles des coutumes du ressort qui ne l'ont pas intégralement conservé à tous les enfans. Dans le Luxembourg, les filles, non-seulement lorsqu'elles ont été mariées & dotées, mais lorsqu'une d'entr'elles l'a été, doivent se contenter de ce qui a été réglé par le pere pour former leur dot ou celle de leur sœur, sans qu'elles ni leurs enfans puissent prétendre partage avec leurs freres & sœurs, non plus es biens de la mere que du pere, & ne pourront aussi prétendre supplément de légitime, ores qu'elle excédât ce qui leur aura été donné en mariage. La coutume ne distingue pas les filles roturieres des nobles. Ainsi les unes & les autres sont comprises dans cette disposition. Mais elle est portée dans les art. 10 & 11 du tit. 13 des successions ab intestat en biens nobles. Par conséquent, ces biens sont les seuls dont les filles mariées & dotées, ou qui ont une sœur mariée & dotée soient exclues, quand même la dot n'équivaudroit pas à leur légitime. En biens roturiers, lesdites filles héritent également comme les fils... & semblablement en nouvelles hypotheques ou engagées, & en biens meubles; art. 18 du même titre. D'où je conclus que, sur les biens de cette dernière espece, dont les peres & meres auroient testés, les filles pourroient demander le supplément de leur légitime, si la dot ne suffisoit pas pour la completer.

10.
La coutume de
Luxembourg
est de ce nom-
bre.

17.
Et non celle
de Lorraine.

Je n'ajouterai pas ici la coutume de Lorraine, dans laquelle les filles des gentilshommes, art. 1 du tit. 9 aux nouvelles, tant qu'il y a fils ou descendans d'iceux... pour toutes successions..., ont indistinctement somme de deniers, selon l'ordonnance du pere, s'il en a précisément ordonné: & s'il n'en a ainsi ordonné..., à l'arbitrage des parens, & où ils n'en tomberoient d'accord... à ce qui en sera arbitré par le juge. L'anonyme qui a fait des notes manuscrites sur cette coutume dit sur ces mots:

ſomme de deniers ... , *quæ non poteſt eſſe minor legitimæ ; quia ejus loco ſuccedit* : & Faber , ſur le même art. n. 831 & 832 , eſt d'avis que ſi le don n'égalé pas la légitime , la fille peut en demander le ſupplément , non-ſeulement lorsqu'elle n'y a pas renoncé , & que le pere ne lui en pas interdit la demande , qui ſont les cas auxquels il ſembloit d'abord borner ſa déciſion ; mais auſſi » ores que ſon pere eut prohibé » le ſupplément ; parce qu'il ne l'eut pu , & que ce ſeroit apporter charge & préju- » dice à la légitime dûe de nature ». Cette opinion me paroît fondée ; car outre la faveur de la légitime , les termes de la coutume de Lorraine ſont bien différens de ceux de la coutume de Luxembourg , qui rejettent formellement la demande en ſupplément : & je ne crois pas qu'on puiſſe ſuppléer dans celle-là une diſpoſition rigoureuſe & odieuſe qui ne ſ'y trouve pas.

Mais ſi les diſpoſitions de la coutume de Lorraine , qui fondent l'apporportionnement des filles des gentilſhommes , ne préjudicie pas à leur légitime , il n'en eſt pas de même de celles de la coutume de l'Evêché , qui réglent les droits des enfans de divers lits ſur la ſucceſſion de leur pere commun. Elle deſtine aux enfans du premier mariage tout l'ancien du pere , & tous les acquêts faits juſqu'au jour du ſecond , & aux autres enfans , tous les acquêts faits pendant le mariage duquel ils ſont nés , & pendant la viduité ſuivante. Il peut donc arriver , ou plutôt il arrive très-ſouvent qu'il n'y a point d'acquêts faits pendant un ſecond ou un troiſième mariage , ou qu'il y en a ſi peu , que joints à la part perſonnelle des derniers enfans dans les meubles , ils ont beaucoup moins que leur portion virile dans le tiers ou la moitié de la ſucceſſion paternelle , quoique , ſuivant le droit commun , ce ſoit ce tiers ou cette moitié qui doit être la légitime des enfans , ſuivant leur nombre. Il peut même arriver que le pere ne laiſſe point ou peu d'anciens & d'acquêts du premier mariage , & de la viduité ſuivante , & qu'il laiſſe au contraire beaucoup d'acquêts des mariages ſubſéquens ; & alors les enfans du premier lit peuvent avoir beaucoup moins que la portion que les loix romaines & la plupart des coutumes leur auroient donnée dans le tiers ou la moitié des biens de leur pere.

Cette coutume s'écarte donc du droit commun , & diminue d'autant plus la légitime , que comme elle eſt *portio portionis ab inteſtato debita* , on ne fait pas entrer dans la computation de celle des enfans du premier lit les acquêts des mariages ſubſéquens , dont ils auroient été *exclus ab inteſtat* ; ni par la même raiſon , dans la computation de celle des enfans des derniers mariages , les acquêts antérieurs , ni les anciens.

La coutume de Metz ayant ſur les tréfonds du pere , qui tombent en ſucceſſion à des enfans de divers lits , art. 13 & 15 du tit. 11 , des diſpoſitions toutes pareilles à celles de la coutume de l'Evêché ſur tous les immeubles , les enfans , ſur-tout ceux des derniers mariages , étoient autrefois fréquemment expoſés à Metz à la même diminution de leur légitime. Il eſt difficile depuis la multiplication des gagieres qu'ils ſouffrent le même préjudice. Ils l'eſſuieroient cependant encore , ſi , ce qui

TIT. VII.
Obſerv. 13e.

12.
Mais bien celle
de l'Evêché.

13.
Et même celle
de Metz.

Tit. VII.
 § Herv. 130.

n'est pas impossible, quoiqu'aujourd'hui cela soit fort rare, les biens de leur pere étoient des tréfonds, & qu'il ne laissât point ou peu de gagieres.

14.
 La légitime y
 est indistincte-
 ment fixée au
 tiers.

C'en seroit assez pour qu'on ne pût ranger la coutume de Metz, sous aucune des trois classes de Ferriere. Mais ce qui l'en exclut encore plus, c'est la fin de l'art. 8 du tit. 8, qui, en quelque nombre que soient les enfans, fixe leur légitime au tiers de ce qui leur reviendrait *ab intestat* : ce qui est contraire à la coutume de Paris, en quelque nombre qu'ils soient, & au droit romain, lorsqu'ils sont au nombre de cinq & au dessus. Ancillon, sur cet art. ; Vbo. *la légitime*, &c. dit « qu'il semble qu'il n'y a lieu de suppléer cette disposition du droit romain qui régle la légitime par le nombre des enfans dans notre coutume ». Mais c'étoit une réformation qu'il proposoit ; puisqu'elle porte indistinctement & indéfiniment que la légitime est le tiers de ce qui reviendrait *ab intestat* aux enfans. Aussi l'usage constant & notoire la réduit au tiers, quel que soit leur nombre.

15.
 Quelle est la
 quotité dans
 l'Evêché ?

M. D... sur les trois premiers articles du tit. 10 de la coutume de l'Evêché, dit même que cette coutume ne parlant point de la qualité de la légitime, il est naturel de penser qu'elle doit être du tiers de ce qui reviendrait aux enfans *ab intestat*, ainsi qu'elle est réglée... par celle de Metz. Mais il n'appuie cette idée d'aucune preuve : & le voisinage, ni la conformité en certains points des deux coutumes, ne me paroissent pas suffire pour la faire adopter. Notre parlement n'attribue pas à la coutume de Metz sur les autres coutumes de son ressort la même autorité que le parlement de Paris a quelquefois paru vouloir donner dans le sien à la coutume de la capitale du royaume. D'ailleurs, on ne pourroit pas colorer cette extension du même prétexte ; car on ne peut pas dire de la coutume de Metz, comme de celle de Paris, que ceux qui y ont travaillé étoient des juriconsultes aussi distingués par l'excellence du jugement, que par la profondeur de l'érudition. Ainsi la fixation de la légitime au tiers indistinctement étant une des singularités de la coutume de Metz, qui en cela contrarie & toutes les autres, & le droit civil, rien ne seroit moins naturel que d'étendre cette disposition dans la coutume de l'Evêché.

16.
 Et dans les
 coutumes qui
 n'en parlent

On doit y suivre la même règle que dans toutes les autres coutumes qui ne déterminent pas la quotité de la légitime. Ricard, sur celle de Paris, art. 298, & des *donat. part. 3, chap. 8, sect. 6, n. 101* ; & *suiv.*, en convenant que la portion de la légitime dans le droit romain est moins régulière que dans la coutume de Paris, établit que cela ne suffit pas pour étendre la disposition de cette coutume dans les autres ; parce qu'avant qu'elle fut réformée, l'usage général de tout le royaume, sans en excepter la prévôté de Paris, n'admettoit d'autre légitime que celle introduite par le droit écrit, dont nous avons tiré la plupart de nos principes en matière testamentaire. » Si dans l'ancienne France, ceux qui ont rédigé les coutumes n'ont pu, comme le remarque cet auteur, se proposer pour exemple la disposition de la coutume de Paris, puisqu'elle n'étoit pas encore introduite, à plus forte raison, les peuples de cette frontière qui, jusqu'au milieu du sixième siècle, ne res-

connoissoient pas l'autorité de nos rois, & qui même n'ont gueres commencé à se regarder comme vrais François qu'après le traité de Munster de 1648, & même pour différentes parties encore plus tard, n'ont-ils pas, lors de la rédaction de leurs coutumes, eue la moindre pensée de réformer leurs anciens usages, conformes au droit romain pour la quotité de la légitime, sur la regle nouvellement introduite par les réformateurs de la coutume de Paris.

Tit. VII.
Observ. 130.

Ainsi, quoique quelques-uns de ces commentateurs, & en particulier Ferrière, sur l'art. 298, gl. 2, §. 1, n. 8 & suiv., aient prétendu qu'elle devoit être suivie dans les coutumes qui n'en disposent pas, & que le parlement de Paris, souvent porté à étendre les regles de la coutume de cette ville dans tous les pays coutumiers, ait contrairement à son ancienne jurisprudence, rendu quelques arrêts favorables à cette opinion, il me paroît qu'elle ne doit pas être adoptée dans le ressort de notre parlement.

L'art. 3 du tit. 10 de la coutume de Thionville permet aux peres d'avantager leurs enfans, moyennant que ce soit sans diminution de la légitime de droit compétante aux autres enfans.

17.
Dans le Luxembourg.

On ne peut douter que cette légitime n'ait pareillement lieu dans le pays Tolois, où le droit écrit a force de loi quand les usages locaux n'y dérogent pas.

18.
Dans le Tolois.

J'ai déjà insinué qu'il étoit certain que, dans les anciens tems, avant la compilation des autres coutumes du ressort, on s'y conformoit aux loix romaines sur la quotité de la légitime : & il n'y a rien qui puisse faire penser qu'en les rédigeant par écrit, on ait eu la moindre idée d'augmenter cette quotité dans les cas où jusques-là elle n'avoit été que le tiers. On peut même dire au contraire que le silence de toutes nos coutumes, postérieures au nouveau règlement fait par les réformateurs de la coutume de Paris, montre qu'on n'a eue aucune intention de rien changer aux anciens usages : sans quoi on l'auroit exprimé ; sur-tout dans la coutume de Verdun, réformée en 1743, & dont les art. 114 & 115 parlent de la légitime des enfans.

19.
Dans le ressort.

» Dans les pays où l'institution d'héritier est nécessaire pour la validité du testament, l'art. 50 de l'édit de 1735 veut que ceux qui ont droit de légitime soient » institués héritiers, au moins en ce que le testateur leur donnera, & que l'institution soit faite en les appellant par leurs noms, ou en les désignant de telle manière ; que chacun d'eux y soit compris ; ce qui a lieu, même à l'égard des enfans qui ne sont pas nés au tems du testament, & qui sont nés ou conçus au tems de la mort du testateur «.

20.
Pays où le légitime doit être institué.

Dans ces pays, si quelques-uns de ceux qui ont droit de légitime, ne sont pas institués ; ce qu'on appelle prétérition, l'art. 53 du même édit veut que le testament soit déclaré nul quant à l'institution d'héritier, sans même qu'elle puisse valoir comme fidéicommis ; & que si elle a été chargée de substitution, ladite substitution demeure pareillement nulle, le tout encore que le testament contiendrait

21.
Si le testament est nul quant à l'institution seulement.

TIT. VII.
Oblerv. 13e.

22.
Excepté le militaire.

23.
Seuls s'il y a des loix coutumières.

24.
L'institution la plus modique ne laisse que l'action en supplément.

25.
Et la moindre propriété délaissée aux enfans dans les coutumes où l'institution n'est pas nécessaire.

» la clause codicillaire, laquelle ne peut produire aucun effet à cet égard : sans préjudice néanmoins de l'exécution du testament en ce qui concerne le surplus des dispositions «. Les seuls testamens militaires sont exceptés de ces regles par l'art. 54 ; & non les testamens faits entre enfans, ou en tems de peste.

Cependant le roi déclare dans l'art. 55 qu'il n'entend pas déroger... aux dispositions des coutumes, statuts & autres loix particulieres observées dans quelques-uns des pays régis par le droit écrit, qui permettent expressément de laisser la légitime à autre titre que d'institution. Cette dernière disposition ne s'applique pas au pays toulousain, dont les usages locaux ne permettent, ni expressément, ni même tacitement de laisser la légitime à autre titre que d'institution. Ainsi il n'est pas douteux qu'on doit à Toulouse se conformer aux art. 50 & 53 de l'édit, lorsque le testateur laisse des enfans, ou des petits-enfans ; mais doit-on aussi les suivre lorsqu'il ne laisse que des ascendans ? Cela dépend de savoir si, à Toulouse, les ascendans ont droit de légitime ; question que je discuterai ci-après, obs. 16, n. 4.

Au surplus, « quelque modique que soit l'effet, ou la somme, pour lesquels ceux qui ont droit de légitime sont institués héritiers, le vice de la préterition ne peut être opposé contre le testament, même en pays de droit écrit, encore que le testateur ait disposé de ses biens en faveur d'un étranger, & ceux à qui il a été laissé moins que leur légitime à titre d'institution, ne peuvent que former leur demande en supplément de légitime ». Art. 51 & 52 du même édit.

On suit la même règle dans les coutumes où il n'est pas nécessaire que la légitime soit laissée à titre d'institution ; & c'est sur ce principe qu'est fondé l'art. 114 de la coutume de Verdun, qui n'interdisant au testateur la disposition que des deux tiers de ses propres, ne donne au par-delà à ses enfans que l'action en supplément de légitime. Ce qui a lieu par-tout où il n'est pas nécessaire que les légitimaires soient institués jusques-là que pour les réduire à l'action en supplément de légitime, on n'exige pas même que le testateur leur ait expressément légué quelque chose.

Il suffit qu'il délaissé quelques biens qui leur reviennent, & dont il n'ait pas témoigné avoir intention de les priver. C'est ainsi qu'on doit entendre l'art. 2 du tit. 10 de la coutume de l'Evêché, qui permet aux peres & meres de tester de tous leurs meubles, en laissant cinq sols à leurs enfans. Sur quoi j'ai dit, obs. 10, n. 45, que, suivant Ramberviller, cette obligation de laisser cinq sols aux enfans ne regardoit que ceux qui, n'ayant point d'immeubles, testoit de tous leurs meubles : ce que je croyois véritable. M. D... sur cet art. dit aussi que les enfans seroient en état, si-non de renverser absolument les testamens de leurs peres & meres, au moins d'agir en supplément de légitime, s'il n'avoit été laissé que cinq sols à chacun d'eux. Mais ils seroient de même bornés à cette action, quand le testateur ne leur auroit pas légué cinq sols, s'il y avoit dans sa succession des immeubles qu'il n'eût pas marqué vouloir leur ôter.

On pourroit se former sur ce point une forte de doute dans la coutume de Metz. L'art. 8 du tit. 8, qui autorise les peres & meres de disposer par testament de leurs meubles, dettes & gagieres, portoit dans la premiere édition de la coutume faite en 1613, *pourvu qu'ils laissent douze deniers au moins à chacun de leurs enfans*. Par le procès-verbal du 14 Janvier 1617, il est dit sur cet article qu'il en sera conféré. Ainsi on peut croire que le changement qu'on y a fait dans les éditions postérieures, en substituant à ce que je viens de transcrire; *pourvu qu'ils laissent la légitime à leurs enfans qui est le tiers*, &c. est le résultat de cette conférence. On pourroit donc dire que les trois ordres n'ont pas voulu que la disposition des meubles & gagiere fut validée par la destination la plus légère aux enfans du testateur, & que ce n'est qu'à charge de leur laisser le tiers de la succession en plein qu'ils l'ont autorisé à disposer du surplus de ses biens libres. Cette objection seroit spécieuse. Mais le changement qu'on a fait à l'art. 8 n'a eu pour objet que de fixer la quotité de la légitime, & non de déroger au droit commun, dont notre usage à Metz ne s'écarte pas, & suivant lequel les enfans n'ont en pays coutumier que le supplément de leur légitime à demander, lorsqu'il leur a été laissé quelque chose, même quelque chose dont le testateur n'a disposé ni à leur profit, ni en faveur d'aucun autre, quelque peu que ce soit.

L'art. 52 de l'ordonnance des testamens ajoute que la demande en supplément de légitime, *aura lieu à l'avenir dans les pays même dans lesquels ladite demande n'a pas été admise jusqu'à présent, ou a été prohibée en certain cas; & comme la disposition finale abroge toutes ordonnances, loix, coutumes, statuts, & usages différens, ou qui seroit contraire aux dispositions de cet édit*, on pourroit douter si ces coutumes dont j'ai remarqué les singularités, n. 9 & suivans, & dans lesquelles les puînés, les filles & les enfans de divers mariages peuvent par le seul effet de la loi, & *ab intestat*, se trouver réduits à beaucoup moins que leur portion dans la légitime de droit, c'est-à-dire, dans le tiers, ou dans la moitié du total de la succession paternelle; si ces coutumes, dis-je, peuvent encore aujourd'hui ôter aux enfans le droit de former demande en supplément. Je crois que depuis l'édit, cette demande ne pourroit pas plus être écoutée qu'auparavant; & que les coutumes dont je parle n'ont rien perdu de leur autorité, parce que les art. 50 & suiv. de l'édit ne concernent que les pays de droit écrit, & n'ont rien statué, ni innové dans les pays coutumiers.

Dans ceux-ci il n'importe pas si la légitime est laissée aux enfans à titre de legs, » & non d'institution; & au cas qu'une certaine somme de deniers, ou quelque » héritage soit laissé pour leur légitime, quand même il ne seroit pas suffisant pour » la remplir, ce ne seroit pas un moyen pour faire annuler le testament; mais les » enfans peuvent demander le supplément de leur légitime. *Ancillon, sur l'art. 8 du tit. 8, V^o. pourvu qu'ils laissent*, &c. Il n'est pas même nécessaire que ce qui est laissé aux enfans leur soit expressément légué. Je l'ai déjà dit, la seule prétention

26.

La demande en supplément a lieu dans tous les pays de droit écrit.

27.

Mais non dans quelques coutumes qui réduisent les enfans à la légitime de droit.

28.

En pays coutumier le légitimataire peut n'être pas institué.

29.

Ni même légitimataire, pourvu qu'il ne soit pas privé de tout.

TIT. VII.
Observ. 13e.

des enfans n'annule pas le testament. Il suffit pour les réduire au supplément ; qu'ils trouvent dans la succession quelques biens disponibles, dont le testateur n'ait pas témoigné vouloir les priver.

30.
Le légitimé par mariage subséquent a sa légitime pleine, malgré le contrat de mariage de ses peres & meres.

Au reste , la demande en supplément est si favorable , que par un arrêt du 11 Décembre 1659 , rapporté par le même auteur dans son rec. d'arr. pag. 39, il a été jugé que le légitimé par mariage subséquent , célébré après un contrat de mariage , dans lequel on lui assignoit une portion dans les biens de son pere , pour tous ses droits , n'étoit pas obligé de s'en contenter , & pouvoit demander le supplément de sa légitime.

31.
Si les enfans entièrement privés des biens de leur pere , peuvent faire annuller son testament.

Mais les enfans à qui il n'a rien été laissé du tout expressément , ni tacitement , soit que le testateur n'eut aucuns biens non disponibles , soit qu'excédant son pouvoir , il les ait compris dans ses dispositions : n'ont-ils pas des droits encore plus étendus ? La privation totale des biens que la nature leur destinoit ne leur fournit-elle pas un moyen suffisant , pour faire annuller le testament , & pour obtenir leur portion héréditaire pleine & telle qu'ils l'auroient eue *ab intestat* ? Le même commentateur de notre coutume dit sur le même article , que les enfans qui ne sont institués héritiers ni légataires , ni même nommés dans le testament de leur pere , n'ont point l'action , ni la querelle du testament inofficieux , introduite par le droit romain , pour faire annuller le testament ; mais seulement action pour demander leur légitime. Il ne borne pas cette décision au cas où le testateur n'a pas entièrement voulu priver ses enfans de la totalité de sa succession , espece dans laquelle il est constant que , dans la rigueur de la regle , ils n'ont que l'action en supplément , quoique souvent l'odieux de ces dispositions les fasse annuller.

Il semble donc réduire les enfans au simple supplément , même dans le cas où en exécutant le testament à la lettre , il ne leur resteroit absolument rien des biens de leur pere ; & il ajoute à sa décision que cela a été ainsi jugé dans notre coutume par arrêt du 14 Juillet 1678. Mais cet arrêt qu'il se contente d'indiquer dans cet endroit , & qu'on peut voir dans son recueil , pag. 219 , ou dans mes extraits de ce recueil , n. 82 , pag. 54 , ne me paroît pas une preuve bien concluante de sa proposition.

Daniel Goudelin en mariant Susanne Goudelin , sa fille , à Jacob Sécheyaye , l'avoit dotée d'une somme de 5000 francs messins. C'étoit la dot qu'il avoit aussi constituée à trois autres de ses soeurs. Il avoit légué pareille somme à une dernière fille , non mariée ; & la rémanence à Cathérine Remion , sa femme. Susanne Goudelin , morte avant son pere , & leur tuteur , prétendit que , quoique la dot de sa femme y étoient préterits. Il échoua , mais tout ce que l'arrêt a jugé , c'est que la préterition n'annule pas le testament en pays coutumier , quand les petits-enfans à qui leur aïeul ne laisse rien , représentent une mere qui avoit été par avancement d'hoirie , remplie de sa légitime.

J'avoue

J'avoue cependant que Ricard, *partie 3, ch. 2, sect. 3, n. 151*, dit que dans l'usage de nos testamens, comme nous n'y admettons pas l'institution d'héritier.. les préterits n'ont que l'action ordinaire pour demander leur légitime. Mais il me semble que tout ce que l'on peut conclure de ce que l'institution n'est pas nécessaire dans nos coutumes, ni même admise dans la plupart, c'est qu'en pays coutumiers, l'enfant non institué ne peut se prévaloir de ne l'avoir pas été. S'il lui a été fait quelques legs, ou qu'il ait reçu par avance quelque partie des biens du défunt, il ne laisse pas de pouvoir dire alors qu'il est préterit, en prenant comme faisoit Jacob Sécheyne, ce mot dans le sens des loix romaines, & on peut croire que c'est celui dans lequel Ricard s'en est servi à l'endroit dont il s'agit. Mais cette espece de préterition n'annule pas le testament en pays coutumiers. A la différence des pays de droit écrit, où conformément aux loix romaines les légitimaires doivent être institués suivant l'art. 50 de l'édit de 1735, comme je l'ai observé ci-dessus, n°. 20.

Mais si la préterition est absolue, je veux dire, si l'enfant qui n'a rien reçu des biens du testateur par anticipation, en est totalement privé par le testament, la nature s'éleve si fortement contre cet acte injuste, que je ne crois pas qu'on puisse le laisser subsister. » J'ai appris, dit Canon, sur l'art. 1 du tit. II de la coutume de Lorraine aux nouvelles, n. 7, avoir été par arrêt de S. A. en son conseil, depuis quelques années, un testament déclaré nul, par lequel un pere avoit disposé de ses meubles & acquêts, privativement d'aucuns de ses enfans, n'ayant anciens, & toute la succession consistante en meubles & acquêts, & la raison a été que telle disposition contenoit en soi une exhérédation tacite «.

Ancillon lui-même en son rec. d'arr. pag. 156, rapporte celui que j'ai extrait de ce recueil, n. 73, pag. 48, qui a cassé la donation universelle faite par dame Albert D'Hernécourt, veuve de M. Jean-Jacques d'Haraucourt, au profit de son petit-fils, M. Jean Albert des Armoises; né du mariage de M. Louis des Armoises, & de dame Marie Claude d'Haraucourt: quoique cette donation qui contenoit institution universelle d'héritier, & substitution graduelle & perpétuelle, à charge de porter le nom & les armes D'Hernécourt, eut été consentie par son gendre, & par la fille de la donatrice; & insinué par-tout où l'exigeoit la situation des seigneuries données, qui étoient régies par les coutumes de Lorraine, de St. Mihiel, de Bar, de Ste. Croix, & de Vitry. L'arrêt fondé sur ce que l'acte contenoit une exhérédation tacite, totale, & sans cause, & sur la distinction qu'il faut faire entre les actes qui blessent simplement la légitime, en laissent au légitimaire moins que sa valeur, auquel cas il n'a que l'action en supplément; & ceux qui le privent de tout, & qui ne peuvent pas plus subsister, quoique l'exhérédation ne soit que tacite, que si elle étoit expresse.

En marge de mon extrait de cet arrêt, qui est du 22 Juillet 1676, j'ai fait mention
Tome II.

C c c c c

TIT. VII.
Oblig. 13e.

tion de celui qui a annullé le testament du sieur Péroux, commissaire des guerres, par lequel ignorant que sa femme fut enceinte, il l'avoit instituée héritière pour moitié, & son frere pour l'autre moitié. Quand le testateur n'a pas prévu la naissance d'un enfant posthume, elle annulle le testament, parce qu'on presume qu'il n'auroit pas disposé comme il l'a fait, s'il n'avoit pas cru mourir sans enfans. Ricard lui-même en convient, *ibid.* n. 152 : & quand il ne laisse rien du tout à un enfant qu'il connoissoit, & à qui il n'a rien donné avant sa mort, le testament doit encore être annullé, parce que le testateur ayant oublié son propre sang, est censé n'avoir pas testé avec ce jugement sain, cette raison calme, & exempte de passion, & cette maturité de réflexion qu'exige un acte de cette importance.

31.
Effet de la pré-
térition en pays
coutumier.

J'ai dit ci-devant n. 21, que, suivant l'art. 53 de l'ordonnance des testamens, le vice de la préterition n'annulle que l'institution, & laisse subsister les autres dispositions du testament. Le législateur en confirmant par cette disposition la regle des loix romaines, ne paroît avoir eu en vue que les pays de droit écrit. Je crois cependant qu'on doit la suivre aussi en pays coutumier, mais avec la modification que Ricard paroît y avoir apportée, dans le cas de l'exhérédation, à l'endroit que je viens de citer, où il dit : » j'estime que les dispositions universelles qui tiennent lieu d'institution, & de partage de la succession du pere, étant cassées, le surplus du testament & les legs particuliers que le pere n'eut pas laissé vraisemblablement de faire, cessant l'exhérédation, doivent subsister ». La raison est la même dans le cas de la préterition, & lorsqu'elle fait tomber le testament en pays coutumier, on ne doit, ce me semble, laisser subsister que les dispositions dont la tendre affection qu'un pere doit à ses enfans, ne l'auroit pas détourné, quand même il auroit au surplus testé en leur faveur.

32.
Si & quand la
légitime peut
être substituée.

Régulièrement la légitime doit être laissée en pleine propriété, & sans charge de substitution, ni autre. » Il y a néanmoins un cas où un pere, dit M. D. . . sur l'art. 8 du tit. 8, peut substituer même la part entière qu'il laisse à un enfant dans sa succession, & ne lui en laisser que l'usufruit, la propriété réservée à ses petits-fils. Ce cas est lorsque le pere en a de justes raisons, telle que la mauvaise conduite, la dissipation, & autres déordres de son fils, & qu'il les exprime dans son testament. Ancillon avoit déjà dit la même chose sur le même art. Vobis *pourvu qu'ils laissent*, &c. Sur le fondement de la L. 16, ff. de curat. furio que M. D. . . cite après lui, ce magistrat indique aussi les arrêts » cotés, dit-il, par Ferrière sur l'art. 248; de Paris, gl. 1, n. 11 » ; & il est vrai que Ferrière en rapporte plusieurs : mais en ajoutant que d'autres arrêts qu'il rapporte pareillement, ont jugé le contraire. En sorte que » dans cette diversité d'arrêts il conclut, n. 12, que » les peres & meres peuvent réduire leurs enfans au simple usufruit de leur portion héréditaire, quand leur mauvaise conduite est notoire & certaine, & qu'il n'y a point de créanciers qui en contestent la disposition ». Mais quand il y en a, il

« distingue entre ceux » qui ont prêté de bonne foi, & avant que les débauches du
 « fils fussent connues, au préjudice desquels ses pere & mere ne peuvent pas sub-
 « tituer sa légitime au profit de ses enfans : & ceux qui ont prêté de l'argent
 « à un fils de famille, qui n'ignoroient pas sa mauvaise conduite, & qui lui ont
 « par ce moyen donné occasion de continuer ses débauches. Ils ne sont, dit-il,
 « dignes d'aucune considération, & la disposition des pere & mere au profit des
 « petits-enfans, à leur préjudice, est favorable «.

Ricard, sur le même art. de la coutume de Paris dit que, « quoiqu'il soit certain
 « que la légitime se doit fournir en corps héréditaires, & en propriété, néanmoins
 « la cour a coutume d'approuver les dispositions des peres & meres, lesquels con-
 « noissant les mauvais ménages de leurs enfans, ne leur laissent que l'usufruit, &
 « donnent la propriété à leurs petits-enfans. Mais il ajoute qu'il en iroit autrement
 « si c'étoient les créanciers qui fissent demande de la légitime du fils « : & ne dis-
 « tingue pas s'ils ont prêté avant ou après la dissipation connue. On lit à peu près la
 « même chose dans le traité des donat. du même auteur, *part. 3, ch. 8^e, sect. 10,*
n. 1139, & suiv. où on trouve des arrêts pour & contre.

Le Paige sur l'art. 102 de la coutume de Bar ne laisse pas de dire que « par la
 « jurisprudence des arrêts reçus dans toute la France, un aïeul peut donner tous
 « ses biens à ses petits-fils dont le pere est oberé de dettes, pour éviter la ruine de
 « sa famille, sans que les créanciers du fils puissent s'en plaindre avec efficacité, ni
 « dire que telle donation est faite pour les frauder ; car les biens de l'aïeul ne
 « sont nullement obligés, ni hypothéqués aux dettes des créanciers du fils ; outre
 « que les enfans du vivant de leurs peres & meres n'ont dans leurs biens qu'une
 « espérance «. Il convient cependant que si cela a été ainsi jugé par un arrêt du 9
 « Avril 1647, un autre rendu le 5 Mai 1667, a cassé « une substitution faite *cum elo-*
 « *gio*, par un pere qui avoit réduit son fils à l'usufruit à cause de sa mauvaise con-
 « duite «. Il tâche de concilier ces arrêts opposés, en disant que « le premier a été
 « donné au profit des petits-fils d'un aïeul qui craignoit la dissipation entiere de ses
 « biens, & que le second a été rendu en faveur d'un fils qui n'étoit pas marié «.

M. Le Camus avoit d'autres idées. Il dit sur l'article 298, qu'une maxime
 « qui a été autrefois beaucoup controversée, est que les créanciers peuvent exercer
 « les droits de leur débiteur «, qui ne peut leur nuire par son fait ; & qu'ainsi ils
 « peuvent « demander la légitime qui lui est dûe, quand même il ne la demanderoit
 « pas. Mais qu'il en est autrement lorsqu'un pere de famille laisse à son fils qui est
 « débauché... l'usufruit par forme d'alimens, avec prohibition à ses créanciers de
 « le saisir ; ce dont les créanciers ne peuvent pas se plaindre avec justice, parce
 « que le pere qui est le maître de son bien, ne doit rien aux créanciers de son
 « fils, lesquels ne doivent pas prêter sur l'espérance d'une légitime qui peut venir
 « à rien par l'événement, le pere étant le maître de vendre, &c «.

Je ne finirois pas si je continuois à rechercher les arrêts rendus sur cette quel-

117. VII.
IV. 13e.

tion, & ce que les auteurs en ont pensé. Cela ne serviroit d'ailleurs qu'à multiplier les contrariétés. Je crois donc devoir ici, selon ma méthode ordinaire, m'attacher à l'examen des principes, par préférence à celui des préjugés (1) & des autorités. Ainsi je ne parlerai pas de quelques arrêts que j'ai vu rendre au parlement de Metz, dont, quoi qu'en dise M. D... la jurisprudence n'est pas plus fixée que celle du parlement de Paris, qu'il a grand tort de donner comme constante.

34.
On suit les règles du droit écrit sur la légitime de droit en pays coutumier.

J'ai dit qu'en matière testamentaire, on suit en pays coutumiers presque toutes les règles du droit écrit; qu'en particulier, la légitime a été établie par les décisions des jurisconsultes Romains; que les premiers auteurs de nos usages les ont adoptées; & qu'on s'y conformoit avant que nos coutumes fussent rédigées par écrit; il me paroît donc certain que tous les principes du droit civil sur la légitime, qui n'ont rien d'opposé à ceux de nos coutumes, doivent y décider toujours les questions qui peuvent se présenter sur cette matière.

35.
Elle ne peut être chargée ni grêvée.

Or, si c'est un de ces principes que la légitime *ad submovendam inofficiosi testamenti querelam, non ingratibus liberis relinqui necesse est. L. 5, cod. de inoff. donat.* que les enfans ne peuvent en être privés sans de justes causes; *non licere... liberos praterire aut exheredes in suo testamento facere, nisi forsan probabuntur ingrati.* Nov. 115; cap. 3, qu'elle ne peut être assujettie à aucune charge, & que tout ce qui la grêve s'évanouit de plein droit; *si... aliqua dispositione... gravamen introducente, eorum jura qui ad memoratam actionem vocabantur imminuta esse*

(1) Un arrêt qui paroît conforme à la règle la confirme sans doute puissamment, & forme un préjugé très-respectable. Il a encore bien plus d'autorité, s'il est rendu *consultis classibus*, & en forme de règlement, *non ambigitur senatum jus facere posse. L. 9 ff. de legib.* Il seroit impardonnable de n'y pas soumettre ses idées: à moins d'avoir la preuve infailible qu'il a été surpris. Voy. l'obs. 3. de ce tit., n°. 24. La jurisprudence des arrêts est encore plus décisive; *nam imperator... severus rescriptit... rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere. L. 38, eod.* Mais pour être en droit d'invoquer la jurisprudence des arrêts, il faut qu'elle soit ancienne, & toujours uniforme: *perpetuo, similiter*. Si elle a varié, si les arrêts sont contraires, les uns aux autres, on doit supposer qu'ils sont tous également justes; parce que ce sont les circonstances différentes dans chaque espèce, & souvent ignorées ou négligées par les arrêtistes, qui ont dicté des décisions opposées. Cette supposition qui satisfait au respect qui leur est dû, doit, je l'ai dit plus d'une fois, & on ne peut trop le répéter aux jeunes gens, empêcher d'y chercher des règles générales que presque jamais les cours qui les ont rendus, n'ont eue la moindre intention d'établir. C'est cependant ce qui a occasionné très-souvent les diverses opinions des auteurs. Ils veulent à toute force généraliser des décisions bornées aux espèces singulières, sur lesquelles il a été prononcé, & se mettent par-là dans la nécessité d'imaginer, pour les accorder, toutes contraires qu'elles soient, des distinctions quelquefois bien peu fondées.

videantur, ipsa... dispositio... quodcumque onus introducens tollatur, & ita res procedat quasi nihil eorum in testamento additum esset. L. 32, cod. de inoff. testam. Il est évident que tout cela n'a été introduit que pour l'avantage des légitimaires, & pour empêcher des testateurs déraisonnables de faire des dispositions trop préjudiciables à leur famille.

Si donc c'est la nature elle-même, l'amour paternel & la raison qui ont suggéré à un pere d'imposer à quelqu'un de ses enfans des conditions dont le but soit de prévenir l'indigence où il est en danger de tomber, & de lui conserver à lui-même, à sa postérité ou même à ses collatéraux, la portion héréditaire qui lui est laissée pleine & entière; le fondement de ce premier principe ne subsistant plus, il n'est pas possible de l'opposer à des dispositions pleines d'équité, qu'une sage prévoyance a dictées au testateur, *ubi cessat ratio legis, cessat legis dispositio.*

Ce cas est bien différent de celui d'un enfant qui renonce ou à la portion héréditaire, ou à la légitime que son pere lui a laissée. Il est évident que cette renonciation ne peut valoir, si elle est faite en fraude des créanciers de l'enfant. Mais il s'agit ici non d'un fils qui s'exclut volontairement de ses droits à la succession paternelle, mais de la disposition & de la volonté du pere, qui, en laissant à son fils la portion héréditaire, la lui a substituée toute entière, & la légitime comprise.

Dira-t-on qu'un enfant qui n'a pas sa légitime franche, doit être regardé comme déshérité? C'est un second principe tiré des mêmes loix, qu'il y a une exhérédation qui n'a rien d'odieux, & qui, loin d'être nuisible aux enfans, tourne à leur avantage. *Multi non. notæ causâ exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant. L. 18, ff. de lib. & post.* A plus forte raison, lorsqu'un pere ne prive pas son fils prodigue, & dissipateur de sa succession, qu'il lui laisse la jouissance de sa portion héréditaire en entier, mais que, pour des causes justes & véritables, & exprimées dans son testament, il lui substitue fidéicommissairement ou à ses enfans, soit nés, soit à naître; ou même à défaut d'enfans, ses freres ou autres héritiers plus proches, on ne doit pas écouter ce fils qui demande que sa légitime lui soit adjugée libre, & déchargée de substitution; ce qui n'aboutiroit qu'à le mettre en état de la dissiper, nuiroit non-seulement à ses descendans ou autres parens, mais à lui-même, & par conséquent, iroit directement contre l'esprit des loix, qui, ce qu'on ne doit pas perdre de vue, n'ont introduit la légitime que pour l'avantage des légitimaires.

La l. 16, §. 2, ff. de curat. furio., va même bien plus loin. Elle permet au pere, dont le fils est d'une mauvaise conduite, de le déshériter, & de ne lui laisser que des alimens; ce qui n'est pas borné au seul cas où le fils a des enfans, quoique cette circonstance rende la disposition de son pere plus favorable que s'il n'en avoit point. *Maximè si filios habeat iste prodigus.* C'est par ces mots que finit le §. 1, qui permet au pere de ne faire un legs à son fils prodigue que sous la condition qu'il sera interdit. Après quoi la loi ajoute: *Potuit tamen & alias providere nepotibus.*

suis, si eos iussisset heredes esse, & exheredasset filium, eique quod sufficeret alimentorum nomine, ab eis certum legasset, addita causâ necessitateque iudicii sui. Si on en croit Ricard, Ferriere, M. Le Camus, Ancillon & M. D..., aux endroits cités, cette loi a été adoptée par l'usage dans la France coutumière, où je craindrois cependant que la prodigalité ne fut pas regardée comme une cause suffisante pour fonder une exhérédation, même tacite.

Je crois donc que notre usage, fondé sur l'esprit de nos coutumes, ne valide la substitution générale de tout ce qu'un pere laisse à son fils, dissipateur, que sous différentes conditions, dont la première est que le fils ne soit pas déshérité. Si même le pere exprimant, comme il faut qu'il le fasse, les causes qui le portent à pourvoir à la conservation de ses biens dans sa famille, privoit l'enfant dont il censure la conduite, de la jouissance d'une partie un peu considérable de sa portion héréditaire, il donneroit lieu de croire qu'il étoit aigri & animé contre lui, & que son esprit n'étoit pas dans cette assiette tranquille, où l'on doit être en testant. J'approuve donc ce qu'insinuent les auteurs, que pour qu'un pere substitue valablement à un fils dissipateur jusqu'à sa légitime, il faut qu'il lui laisse la portion héréditaire, ou du moins qu'elle ne soit diminuée que par quelques legs particuliers & modérés.

La seconde condition est que, dans ce cas-là même, la substitution ne comprenne que les biens disponibles. Je ne veux pas cependant dire que, si les termes du testament renferment la réserve coutumière, la substitution doit être annullée pour le tout; mais qu'il en faut distraire les biens dont il n'est pas libre de tester. Les écarts odieux qui fondent une juste exhérédation privent de tous les biens du pere, même de ceux qui ne sont pas disponibles, le fils ingrat qui l'a encourue; mais c'est parce qu'elle le retranche de la famille, & non pas qu'elle autorise le pere à tester de biens dont la loi qui les régit, lui interdit la disposition. Il peut donc encore moins en disposer dans le cas dont nous parlons, où l'exhérédation, si c'en est une, est faite *bonâ mente, bonâ gratiâ*.

La troisième condition, qui est tirée du droit romain, est que les causes qui fondent la substitution soient exprimées; & la quatrième, qu'elles soient justes, véritables & prouvées, ou qu'elles puissent l'être. J'ai vu plusieurs testamens où les peres grévoient leurs filles de substitution, quoiqu'elles fussent d'une bonne conduite; parce que celle de leurs maris n'étoit pas réglée: en ordonnant néanmoins que la substitution cesseroit si elles devenoient veuves. Dans aucuns de ces testamens les peres ne s'étoient cru en droit de comprendre la légitime dans la substitution. Mais je crois qu'ils l'auroient pu. L'autorité du mari sur sa femme, la tendresse de la femme pour son mari, la seule crainte de l'indisposer contre elle, peuvent aisément extorquer son consentement à des contrats ruineux qu'exige d'elle un mari dissipateur, & cette cause me paroît suffire pour engager le pere à prévenir la ruine de la fille, & pour valider la substitution de toute la portion héréditaire; quand même la femme seroit séparée de biens d'avec son mari: parce que la séparation, si d'ail-

leurs ils sont unis, ne garantit pas assez la femme du danger où l'exposent les écarts de conduite d'un mari qu'elle aime. La substitution totale lui devient donc alors avantageuse à elle-même, dès que le testateur l'en décharge en cas de veuvage.

Mais il faut que les clauses en soient réelles & prouvées. Quelques-uns disent qu'on croit facilement le père dans le jugement qu'il porte de la mauvaise conduite de ses enfans : & cela est vrai jusqu'à certain point. Mais s'en tenir à ce jugement domestique sans aucune autre preuve, ce seroit indirectement renverser le principe, qui veut que la légitime soit exempte de toutes charges, & permettre aux pères de la conditionner sans causes.

J'ai si souvent déclaré que je ne prétendois nulle part, quelles que fussent mes expressions, donner des décisions, mais simplement proposer mes doutes, que j'oserois m'écarter d'une opinion presque universellement adoptée. C'est la distinction entre le fils prodigue qui demande la légitime franche, & à qui on convient qu'elle doit être refusée ; & les créanciers de ce dissipateur, auxquels on veut qu'on en accorde la distraction. Elle me paroît n'avoir été imaginée que pour tâcher de concilier les arrêts contraires : & si peu fondée en elle-même, que la demande du fils devoit au contraire être, ce me semble, accueillie bien plus favorablement que celle de ses créanciers ; car enfin, à qui le père doit-il la légitime ? Est-ce aux créanciers de son fils, ou à son fils lui-même ? N'est-ce pas sur des motifs purement personnels aux enfans que la légitime a été établie ? Elle est fondée sur la nature ; & c'est sans doute en faveur des enfans personnellement, que la nature parle, & nullement en faveur de leurs créanciers.

Ceux-ci peuvent-ils avoir plus de droit que leur débiteur ? & ceux qui pensent que le fils n'en a aucun contre le testament de son père, peuvent-ils ne pas avouer qu'il n'a pu en transmettre aucun à ses créanciers ? Or s'ils ne peuvent tirer de lui aucun droit, parce que lui-même n'en a point, quelle action pourroit-on leur compéter contre le père, ou sur ses biens ? Ils n'ont pas contracté avec le testateur. Sa succession ne leur doit rien. Il seroit ridicule d'imaginer que les biens du père sont affectés de plein droit aux dettes de son fils : & doivent répondre des deniers qui ont été inconsidérément confiés à un dissipateur. Donc les créanciers ont encore moins d'action de leur chef que du chef de leur débiteur.

Mais ceux qui ont prêté avant que la dissipation fut connue, ne doivent-ils pas au moins être exceptés ? Ils ont compté que la légitime qui ne pouvoit, selon les apparences, échapper à leur débiteur, assureroit leurs créances, & ils seroient trompés si le testament du père pouvoit leur ôter cette ressource. Je réponds que, s'il est vrai que ceux qui prêtent à un jeune débauché connu pour tel, & qui par là favorisent ses défordres, sont beaucoup plus défavorables que ceux qui ont prêté de meilleure foi, & sans prévoir le mauvais usage que l'emprunteur feroit de leur argent ; cependant ces derniers ont compté sur des biens qui pouvoient un jour échoir à leur débiteur.

teur, & que ces biens leur échappent, ils ne peuvent pas dire qu'on les trompe, mais qu'ils se sont trompés eux-mêmes; car il leur étoit bien aisé de réfléchir que les biens du pere, sur lesquels ils n'acqueroient ni hypothèque, ni aucun autre droit, n'assuroient pas leurs créances. Ils auroient autant de raison de dire qu'ils ont compté sur la portion héréditaire de leur débiteur, dont on suppose que les écarts n'étoient pas connus, que sur sa légitime, puisqu'il est extrêmement rare qu'un fils, d'une conduite réglée, soit privé par son pere des deux tiers ou de la moitié de sa succession. Si donc l'illusion que les créanciers du fils se sont faite suffit pour leur adjuger sa légitime, pourquoi ne leur adjugeroit-on pas sa portion héréditaire en plein?

Mais ont-ils eu quelque droit, ou même quelque motif raisonnable de regarder & la portion entiere & la légitime comme une sûreté de leur prêt? Tant que le pere vit, les enfans n'ont aucun droit acquis sur ses biens, & ne peuvent par conséquent en transmettre à ceux avec qui ils contractent. Ils n'ont que la simple espérance de les recueillir un jour. Mais la raison dictoit à ceux qui leur ont prêté qu'ils ne pouvoient seulement faire aucun fonds sur cette espérance. Elle est si incertaine, que des événemens de toute espece peuvent la rendre vaine, même pour la légitime qui peut venir à rien; non-seulement parce que le pere est le maître de vendre, &c., comme le dit M. Le Camus, mais parce que des malheurs imprévus, ou des entreprises qui ne réussissent pas, peuvent lui faire contracter des dettes qui absorberont toute sa fortune, & que les créanciers de son fils, quoique bien antérieurs aux siens, ne pourront en croiser la collocation; mais parce que le fils peut mourir avant le pere; mais parce que si le fils survit, il peut tomber dans des écarts qui autoriseront le pere à le priver totalement de sa succession, & à le déshériter, &c. Les créanciers qui auront compté sur une sûreté si frivole, ne pourront donc s'en prendre qu'à eux-mêmes, s'ils perdent, par les sages précautions du pere, les sommes qu'ils ont trop légèrement confiées à un jeune homme qui les a dissipées; & dont ils pouvoient & devoient prévoir qu'il étoit au moins possible qu'il fit un mauvais usage, quelques secrets qu'on suppose ses vices.

Enfin la distinction entre le dissipateur & ses créanciers ne seroit pas une limitation du principe tiré des loix romaines, & admis par les auteurs que je combats: (qu'un pere peut substituer la portion héréditaire de son fils prodigue toute entiere); c'en seroit le renversement absolu; car il n'y auroit jamais lieu de faire usage de ce principe; puisque, qui dit un prodigue, dit un homme obéré, & accablé de dettes; & que, quand il pourroit se faire qu'un dissipateur n'auroit consommé que son propre bien, & ne devoit rien à personne, supposition bien peu admissible, il lui seroit toujours facile de faire paroître des créanciers supposés: ne fut-ce que les compagnons de ses débauches, & de faire tomber sous leur nom une substitution qu'on convient qu'il ne pourroit ébranler sous le sien.

Je ne goûte pas davantage la distinction du prodigue qui a des enfans, & de celui qui n'est pas marié. D'abord si ce dernier n'a pas encore d'enfans, il peut dans la suite se marier & en avoir: & un testateur pruaent pourvoit à la destinée de ses petits-

petits-enfans à naître avec autant de soin, qu'à celle de ses petits-enfans déjà nés. En second lieu, quand il s'agiroit d'une fille assez âgée pour ne pouvoir plus avoir d'enfans, si elle a des freres ou des sœurs, pourra-t-on blâmer le pere commun, s'il aime mieux assurer ses biens à ses autres enfans que d'en laisser dissiper la portion revenante à une fille sans conduite ? En troisième lieu, les réglemens, & notamment celui de notre parlement, du 26 Janvier 1754, défendent de prêter & de vendre à crédit *aux enfans de famille majeurs & mineurs*, à peine contre les contrevenans de perdre leur dû ; & on veut que les créanciers d'un prodigue sans établissement, & par conséquent enfant de famille, qui n'auroient contre leur débiteur aucune action, en aient une contre ceux que la sage prévoyance du pere a substitué à leur débiteur ! Comment concilier deux regles si opposées ? Tout ce qui me paroît vrai, c'est que quelques fougues de jeunesse qui ont fait faire à un jeunehomme non marié des dépenses indiscrettes, peuvent être bien plus facilement excusées que les écarts de celui qui ayant une femme & des enfans, doit être plus réglé dans sa conduite, & qu'on ne doit pas regarder le premier comme un prodigue incorrigible, à moins que ses désordres n'aient été poussés à un excès qui prouve le dérèglement de son esprit, ou la corruption de son cœur.

Mais les-droits qui me semblent devoir être refusés aux créanciers d'un dissipateur, sur le fonds de sa portion héréditaire, que le testament de son pere a voulu assurer à la famille, je crois qu'on doit les leur accorder sur les fruits de cette même portion ; & je pense qu'on ne peut admettre qu'avec restriction ce que dit M. Le Camus, que le pere peut en défendre la faisie. Il peut en réserver à son fils autant qu'il est nécessaire pour qu'il ne manque pas d'alimens. Mais ces alimens, quoiqu'on doive les proportionner à l'état de la famille du testateur, doivent dans toutes les conditions être extrêmement modérés. Il seroit contre toute équité d'ôter à des créanciers de bonne foi, la seule ressource qu'il leur reste, pour conserver un revenu opulent, & même une vie aisée, à celui qui a abusé de leur facilité. S'ils doivent se la reprocher, & s'ils sont moins favorables que ceux à qui le testateur a voulu conserver ses biens, ils le sont certainement beaucoup plus qu'un débiteur de mauvaise foi, qui auroit le front d'insulter à leurs pertes, par une table bien servie, ou d'autres dépenses de même nature. Le pere qui, en ce cas, doit à son fils sa portion héréditaire, peut donc défendre d'en saisir les revenus, à l'effet de lui conserver des alimens. Mais il ne peut lui laisser à titre d'alimens que le simple nécessaire : *ei, quod sufficeret, alimentorum nomine legasset*, & si les revenus de la portion héréditaire vont au-delà, tout ce qui excède doit, quelles que soient les dispositions du testament, servir à payer les dettes du fils jusqu'à ce que la substitution soit ouverte.

Je crois les regles que je viens de proposer tellement fondées d'un côté sur les loix, de l'autre sur la raison & l'équité, qu'on ne doit jamais s'en écarter qu'on n'y soit forcé par des particularités si fortes, qu'elles rendent le testament du pere odieux

TIT. VII.
Sérv. 132.

& injuste, ce cas se présentera bien rarement. Je n'en imagine gueres d'autres que celui d'un fils abandonné par son pere, à cause de sa mauvaise conduite, qui auroit contracté des dettes, ou pour sa subsistance, ou pour sauver son honneur & son état. Ceux qui ne seroient créanciers que pour des causes si favorables, & qu'on pourroit regarder comme ayant rempli à l'acquit du pere des obligations dont il étoit naturellement tenu, malgré les écarts de son fils, mériteroient sans doute d'être exceptés à la rigueur des regles. Mais en général elles n'ont paru si conformes à l'intérêt public, & si intéressantes pour le soutien & le repos des familles, que j'ai cru devoir m'étendre sur des questions plutôt obscurcies, qu'éclaircies par les contrariétés des auteurs, & des arrêts qu'ils rapportent.

36.
Quelle est la
légitime s'il y
a des biens
dans plusieurs
coutumes.

Si le pere a des enfans dans plusieurs coutumes; comme à Paris, où la légitime est la moitié de la portion héréditaire; à Metz où elle est le tiers; à Boulogne où celle des cadets n'est que le quint des biens féodaux? On peut demander quelle sera la quotité de la légitime. Sur les meubles, elle sera réglée par la coutume du domicile du pere au tems de son décès. Ainsi un puîné n'aura rien dans les meubles, si son pere résidoit dans le Boulonnois; il y aura moitié de sa part, si le pere demouroit à Paris, & seulement le tiers de cette part, si la succession est ouverte à Metz. Mais pour les immeubles, la légitime se réglera suivant les différentes coutumes de leur situation. Voy. Ferriere sur l'art. 298, gl. 2, §. 1, n. 16.

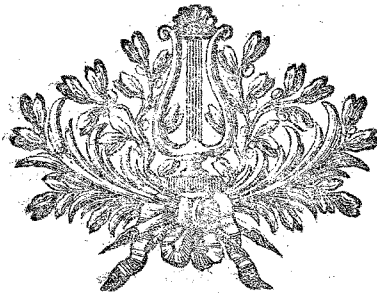
37.
Imputations à
faire sur la lé-
gitime.

Dans le droit romain, les enfans n'étoient pas tenus d'imputer sur leur légitime tous les avantages qu'ils avoient reçus de leur pere. *Sed ea tantum modo... pro quibus specialiter, legibus, ut hoc feret, expressum est. L. 20, cod. de collation.* Sur ce fondement, des auteurs célèbres ont pensé que, comme parmi nous, les questions sur la légitime se décident pas les loix romaines de qui nous en avons emprunté l'usage, nous ne devions pas imputer sur la légitime des enfans les donations entre-vifs qu'ils avoient reçues de leurs peres & meres, pas même celles qui leur avoient été faites en faveur de mariage. Mais Ricard, de qui j'emprunte tout ceci, a combattu ce sentiment: *des donat. part. 3, chap. 8, sect. 11, n. 1144 & suiv.*; & son opinion a prévalu; sur ce fondement qu'il ne s'agit pas tant ici des regles de la légitime, que de celles des rapports, que nous exigeons beaucoup plus exactement que les Romains. A quoi je crois pouvoir ajouter que dans notre droit françois, toutes donations faites par un pere à ses enfans, sont censées faites en avancement d'honneur, & participer de la nature des donations à cause de mort, qui chez les Romains même étoient imputables sur la légitime.

Il est donc passé en maxime parmi nous que la légitime ne se pouvant prétendre qu'à titre d'héritier, il faut nécessairement que celui qui la demande rapporte tout ce qu'il seroit s'il venoit à la succession entiere de son pere... Si ce n'est pour quelques choses légères, comme frais de noces, de doctorat, & autres choses semblables, pour lesquelles le juge pourroit traiter plus favorablement le légitimataire, dans cette considération que sa part est retranchée.

Mais comme il a été remarqué par Ancillon sur l'art. 8 du tit. 8 de notre coutume de Metz, V^{bo}. *pourvu qu'ils laissent*, &c. l'imputation n'a lieu contre les légitimaires, qu'en cas que leurs freres & sœurs soient légataires universels; & qu'il en seroit autrement si un étranger de la famille étoit institué. Ce que je crois vrai, même quand un collatéral du testateur auroit été par lui institué: parce que l'imputation n'est, comme Ricard vient de le dire, qu'un rapport, & que le rapport n'a lieu qu'entre enfans. C'est donc à l'égard des collatéraux & des étrangers, héritiers institués par le pere du légitimaire, ou ses légataires universels, & ce n'est qu'à leur égard qu'on peut admettre ce qui a été jugé par une sentence du bailliage de Metz, du 19 Décembre 1651, rapportée dans le rec. d'arr. d'Ancillon, pag. 466, qu'on ne déduit point sur la légitime ce que les enfans ont eu du vivant de leur pere & mere.

TIT. VII.
Observ. 13e.
38
N'ont lieu en
faveur d'autres
que les enfans.



TIT. VIII.
Observ. 146.

OBSERVATION XIV.

Des Testamens faits ab irato Testatore.

1.
Le testament
d'un pere en
faveur d'un
étranger est
rarement con-
firmé.

2.
La colere, ou
la haine même
juste, annulle
les testamens.

LOCCASION d'appliquer ce que j'ai dit à la fin de l'observation précédente, ne se présentera pas souvent. Il est rare qu'un pere préfere un étranger, ou même un collatéral à son propre sang; & plus rare encore que quand il le fait, le testament soit confirmé. Il est, en effet, bien difficile de ne pas présumer qu'un pere qui réduit son fils à sa légitime, pour instituer un collatéral, n'est parvenu à étouffer dans son cœur les sentimens que la nature doit y avoir gravés, que parce qu'il étoit ou dominé par une injuste aversion, ou aveuglé par une colere violente contre son fils. Or les testamens doivent être dictés par la raison, & non par les passions. Ce que dit Faber sur l'art. I, des coutumes nouvelles du tit. II, n. 1317, que puisque « la coutume permet de donner sans causes, elle permet de donner pour la haine » justement conçue contre les enfans, ou héritiers ingrats, ou inofficieux, est une pensée, sinon absolument fausse, au moins exprimée, on ne peut pas plus mal; & pour la rendre supportable, il faut la restreindre aux seuls enfans qui sont tombés dans ces fautes énormes, que les loix mettent aux nombre des causes d'exhérédation. Encore faut-il que le pere dispose en ce cas en haine de la faute, & non par ressentiment contre l'enfant qui y est tombé. C'est la sage décision de la loi 199. Cod. de inoff. testam. si filiam tuam, eo quod turpiter & cum flagitiosa fœditate vivit, à successionem tuam excludendam putes; si non inconsulto calore, sed ex meritis ejus, ad id odium incitatus es, supremi judicii liberum arbitrium habebis, la fille est coupable; son opprobre retombe sur son pere, & le déshonore; la loi souffre qu'il la déshérite: mais elle ne souffre pas qu'il la haïsse. C'est la raison, & non la colere qui doit dicter le testament, par lequel il la prive de sa succession.

La jurisprudence françoise a été de tout tems conforme à cette loi. L'auteur d'un écrit composé du tems de St. Louis, qui porte pour titre, le conseil de Pierre de Fontaine, & qui est cité dans le 30. plaidoyer de M. Erard, dit qu'un pere ne peut pas disposer de ses propres, mais qu'il peut disposer de ses meubles & acquêts, au préjudice d'une fille qui s'est mal comportée; pourvu qu'il ne soit ému que par la haine de sa déserte, & non par aucun autre échauffement.

L'art. 199 de la coutume de Bretagne proscriit les donations suggerées par la colere.

lère & par la haine. Ce sont des sources empoisonnées qui infectent tout ce qui en découle. *Donatio*, dit d'Argentré sur l'art. 218, gl. 10, n. 3, *ex solâ donantis intentione corrumpitur, si malâ mente facta est... ex quo fit*, ajoute-t-il, n. 2, *ut si unius odio, facta est, tota corrumpitur... agit enim odium in totum actum, cum motus, & intentio donantis ab odio manavit.* Voy. encore sur cette matière Ferrière, sur le tit. 14 de la coutume de Paris, §. 1, n. 20, & sur l'art. 98, gl. 1, n. 17. Henry & Bretonnier, tom. 2, liv. 6, quest. 7; mais sur-tout Ricard, des donat. 1re. part. ch. 3, sect. 14. Il établit d'abord, n. 619, qu'il est de l'essence de la donation qu'elle soit faite par un principe de gratification & de bienfait. De sorte que si la haine que le testateur porte à son héritier, y prédomine..., la donation ne subsistera point. Il ajoute au n. suiv. il y a pourtant une différence à établir à ce sujet entre les héritiers de la ligne directe & ceux de la ligne collatérale (1). Comme la loi naturelle nous oblige de conserver nos biens aux premiers : si la loi civile nous permet d'en disposer autrement, au profit des étrangers, c'est plutôt par menace qu'autrement, & pour retenir les enfans dans leur devoir... tellement que si un pere... animé de haine & de mauvaise volonté contre ses enfans, ou contre l'un d'eux, dispose de ses biens au profit d'une personne qui d'ailleurs le pourroit mériter, néanmoins ayant oublié les devoirs paternels & les règles de la nature, sa disposition passe pour injuste, & demeure sans effet.

Je le répète donc, il est difficile que le testament d'un pere qui réduit son fils à la légitime, & lègue le surplus de ses biens à un collatéral, puisse subsister; parce qu'une disposition si contraire au vœu de la nature, porte avec elle la preuve d'une injuste aversion. C'est sur ce seul moyen que le testament du baron d'Eclan, ancien président du parlement de Besançon, qui avoit disposé au profit d'un cousin très-méritant, & peu riche, au préjudice de son fils unique, a été annullé par arrêt du parlement de Metz. On a pensé que cette disposition suffisoit sans autres preuves pour constater que les discussions scandaleuses qui avoient éclaté entre le testateur & la dame son épouse, avoient rendu leur fils odieux à son pere.

Mais ce n'est pas seulement quand le pere a préféré un collatéral ou un étranger à son fils, que son testament ne doit pas subsister : c'est aussi lorsqu'un des enfans peut montrer qu'une passion déraisonnable a dicté les dispositions faites à son préjudice en faveur des autres. J'ai été chargé de discuter cette question dans l'espèce suivante.

Dme. Elisabeth Lespingal, veuve du sieur Duval, de qui elle avoit un fils, épousa en secondes nocés en 1694, M. Tercy, président au présidial de Metz, qui avoit 16 ans moins qu'elle. Un mariage si disproportionné ne fut pas heureux; la dame Tercy conçut une aversion furieuse contre la Dlle. Bürin, mere de son mari, qui

3.
Le testament fait contre un enfant en faveur des autres enfans est nul, si la passion y paroît.

(1) Voyez ci-après n. 16.

TIT. VII.
Observ. 140.

l'avoit reçu chez elle, & à sa table, & lui fit essuyer de si mauvais traitemens que 18 mois après le mariage, la belle-mere fut obligée de quitter sa propre maison, & de se réfugier chez un ami. Le mari n'ayant pu approuver les emportemens de sa femme contre sa mere; il en devint lui-même l'objet & la victime. Cependant sa patience & ses attentions pour la dame son épouse modérerent pendant quelques années la mauvaise humeur de celle-ci, si non vis-à-vis de sa belle mere, qu'elle ne pouvoit souffrir, au moins vis-à-vis de son mari. Il leur étoit né une fille que la Dlle. Burin reçut chez elle, avec sa nourrice, & qu'elle se chargea d'élever & d'éduquer. Ce fut la premiere source de l'averfion de la dame Tercy contre sa fille. Mais elle s'acrût bientôt par celle qu'elle conçut contre son mari, que les années ne firent qu'augmenter, & qui fut enfin portée si loin, que M. Tercy se crut forcé de prendre le même parti que sa mere, qui venoit de mourir, avoit pris 22 ans auparavant; c'est-à-dire, de désertter sa propre maison, & de louer ailleurs un appartement. Il voulut laisser sa fille à son épouse, mais elle refusa de la garder; & il fut obligé de la mettre dans un couvent. Tous ces événemens aigrissoient de plus en plus l'esprit de la dame Tercy, agitée d'ailleurs par des sentimens de jalousie, qui peut-être n'étoient pas sans fondement.

Elle avoit fait six testamens, les 25 Septembre 1699, 18 Février 1705, 9 Juin 1706, 1 Mars 1712, 1 Avril 1716, & 4 Juillet 1721, dans lesquels les progrès de sa haine étoient si marqués, qu'il étoit impossible de ne pas voir que cette passion avoit seule dicté les derniers. Tous étoient défavantageux à la Dlle. Tercy: mais dans le premier, fait peu après la naissance de cette Dlle., sa mere se contentoit de donner au fils de son premier lit, à qui son pere n'avoit rien laissé, le tiers de la seigneurie de Burtoncourt, par préciput, & de lui faire quelques autres avantages; & ordonné du moins le partage du surplus de ses biens entre ses deux enfans; le préciput de la terre de Burtoncourt étoit conservé au sieur Duval, dans le 2e. & dans le 3e. testament, & les autres avantages à lui faits y étoient successivement augmentés au préjudice de sa sœur. Mais dans les trois derniers, la dame Tercy ne laissoit presque plus rien à sa fille, & chacun de ces actes la traitoit toujours plus mal que le précédent.

Le dernier ayant été publié après la mort de la testatrice, arrivée au commencement de l'année 1722, le sieur Duval en fit la retenue pure & simple. M. Tercy, en qualité de tuteur de sa fille, forma au contraire demande au bailliage de Metz, à ce que, sans s'arrêter aux dispositions de la défunte, il fût ordonné que sa succession seroit partagée suivant la coutume. Sentence par défaut le 20 Février qui lui adjugea ses conclusions, appel de la part du sieur Duval; & demande subsidiaire de M. Tercy à ce qu'au cas que la cour n'en trouveroit pas assez pour confirmer dès à présent la sentence, il lui plût l'admettre à faire preuve des faits de haine par lui articulés en grand nombre.

Voici en substance les moyens que je proposai pour établir le bien jugé de la

sentence, après avoir réclamé en général les droits que la nature, & le vœu de toutes les loix donnent aux enfans, sur les successions de leurs peres & meres, montré les avantages de l'égalité, source de l'union des familles, & à laquelle plusieurs de nos coutumes ne permettent pas qu'il soit donné la plus légère atteinte dans la distribution que font de leurs biens, entré leurs enfans, ceux qui leur ont donné la vie; & ajouté que si d'autres coutumes, & en particulier celle de Metz, ont voulu que les peres & meres pussent disposer par préciput d'une partie de leurs biens par de justes motifs, & même pour satisfaire une tendresse approuvée, & renfermée dans de justes bornes; elles ont supposé qu'ils ne feroient usage du pouvoir qu'elles leur consent que conformément aux regles de l'équité, & aux sentimens de la piété paternelle, & non pour satisfaire des passions déréglées: je dis que les testamens de la dame Tercy lui avoient été suggérés par une aveugle prédilection pour son fils; une haine implacable pour sa fille, & un desir effréné de se venger des sujets de plaintes qu'elle croyoit avoir contre son mari; trois passions condamnées par la raison, & dont une seule suffiroit pour faire annuler ses dispositions.

1°. Lorsque le pere par une tendresse excessive, destine à l'un de ses enfans une partie trop considerable de ses biens, à la ruine des autres, plusieurs loix, & singulièrement la l. 2, *cod. de inoff. donat.* arrêtent l'effet de cette immense libéralité, qui, dit Mornac sur cette loi, provient d'une passion contraire à l'affection que les peres doivent à tous leurs enfans, & à l'équité qui doit les guider dans le partage qu'ils font de leurs biens entr'eux, *impetum hunc paterna, immensaque liberalitatis haud abs re dixerimus... vernaculo gallico*, un amour déréglé, *longèque ab eo differt.. aff. Aus ille naturalis, quo protendere œqualiter debent parentes in singulos liberos, ipsique ex æquo bona sua relinquere*, un pere peut favoriser un de ses enfans: mais il doit se souvenir qu'il est le pere de tous (1). Il peut avantager celui qu'il chérit le plus, mais il ne doit pas réduire les autres à l'indigence.

Une affection excessive pour un enfant peut annuler le testament fait à la ruine des autres.

C'est un des motifs qui ont fait déclarer nul le testament de la dame de Montagnat, par arrêt du 9 Août 1642. Henrys qui le rapporte, *tom. 2, liv. 6, quest. 7*, fait entendre que ses enfans lui avoient quelquefois manqué. » Comme la dame de Montagnat, dit-il, avoit un esprit excellent, & un courage haut, elle ne pouvoit pas souffrir qu'on la contrariât, & il falloit avoir de la complaisance pour avoir place dans son affection. Elle étoit bonne mere, & libre à donner, mais aussi facile à révoquer ce qu'elle avoit donné lorsque l'on lui en donnoit quelque sujet. » La cour a remarqué qu'en toutes les dispositions par elle faites, il y avoit eu une affection excessive, ou une aigreur trop grande, & que son esprit avoit

(1) Ce moyen ne diffère pas de celui de la haine; car l'excès de tendresse pour un des enfans produit l'aversion pour l'autre.

Tit. VII.
Oblerv. 146.

» toujours été préoccupé ou d'amour envers ses enfans, ou de colere envers eux «.

Les dispositions qu'elle avoit faites en grand nombre, ayant paru partir de l'un ou de l'autre de ces motifs, l'arrêt ne se contenta pas de proscrire celles que la colere avoit dictées : il annulla également celles qui avoient eu pour principe trop de prédilection. » Cet exemple, ajoute Henrys, doit arrêter les caprices des femmes «. Il faut leur apprendre qu'à moins d'une grande offense, & qui choque plutôt le public que leurs personnes, une mere doit tout oublier ; qu'elle doit, d'un sens raffiné, disposer de ses biens, & n'établir la préférence que sur l'âge ou le mérite ; en un mot, suivre l'ordre des familles, & les regles du pays. La dame Tercy n'avoit rien à oublier. On ne peut reprocher à sa fille ni le moindre manque de respect pour sa mere, ni même le plus léger défaut de complaisance pour elle. Elle gémissoit amèrement de déplaire à sa mere ; mais elle n'imputoit son malheur qu'à la destinée : & la main qui la frappoit ne lui étoit pas moins chere. Pour le sieur Duval, il avoit eue une jeunesse difficile, & n'en avoit racheté les écarts par aucun droit. Son seul mérite près de la dame Tercy, c'est qu'il partageoit & fomentoit son aversion pour son beau-pere & pour sa sœur. Si donc une prédilection méritée, mais portée trop loin, annulle les dispositions dont elle a été la source ; à plus plus forte raison, un penchant aveugle, & que rien ne justifie.

L'arrêt du 14 Mars 1533, rapporté par Dumoulin dans son traité de *inoff. testam. donat. & dot. n. 66*, est dans une espece encore plus forte. *Maria Binet, vidua Simonis de Richebourg, habens tres filias, sed prædiligens unam nuptam Carolo de Lescat, à genero pollella, dedit ei ... terram suam, gallicè vocatam de Hetres.* Cette donation faite en 1523, avoit été confirmée en 1527 ; & la dame de Richebourg étant décédée 4 mois après, le sieur De Lande, mari d'une autre fille, soutint que, quoique sa femme eut été dotée, & que la donation ne fut pas universelle ; cependant, comme elle absorboit presque toute la succession, & n'avoit d'autre cause que le partage trop inégal de l'affection de la donatrice pour ses filles, elle étoit inofficiuse, *re & concilio*. Ce qui fut ainsi jugé : sauf au sieur de Lescat à accepter la qualité d'héritier si bon lui sembloit.

La prédilection excessive étoit encore un des moyens employés pour le sieur de Nicolai, marquis de Guffainville, contre le testament de M. Le Camus, son aieul, qui a été déclaré nul par un arrêt dont je parlerai dans un moment.

Or, il n'y eut jamais de prédilection plus outrée que celle de la dame Tercy pour le sieur Duval. Elle lui avoit assuré en le mariant, en 1714, la terre de Burtoncourt, de la valeur de 60,000 liv. au moins ; mais à charge de rapport & de substitution, & lui avoit fait d'autres avantages, montant à 5000 liv. par son testament. Elle le dispensoit du rapport de tout cela. Il restoit au par-delà à la testatrice environ 42 ou 43,000 liv. de biens. Elle réduisoit par son testament sa fille à sa légitime ; (c'est-à-dire, à un sixieme) dans ce surplus seulement, & léguoit encore
le

se rête à son fils. En sorte , qu'au lieu que la portion héréditaire de chacun de ses enfans auroit dû être d'environ 54,000 liv. elle donaoit à son fils plus de 100,000 liv. , & laissoit à peine 7000 liv. à sa fille. Le sieur Duval convenoit que la fixation de la légitime de sa sœur à si peu de chose ne pouvoit avoir lieu ; mais comme elle résulroit des dispositions du testament , elle n'étoit pas moins la preuve de cet amour déréglé dont parle Mornac , & de cette excessive prédilection que les arrêts ont réprimée.

2°. Le principe que j'ai établi ci-dessus , n. 1 & 2 , & les arrêts qui l'ont confirmé , & qui sont rapportés en grand nombre par Ricard (1) , par Ferriere , & par Erard aux endroits cités ; dans le journal des audiences , *tom. 1 , liv. 7 , ch. 18.* , & *tom. 2 , liv. 1 , ch. 30* ; dans le journal du palais , *tom. 1 , pag. 770 , &c.* , forment mon second moyen de droit ; & dans le fait , outre les faits très-circonstanciés & très-nombreux , dont la preuve étoit offerte par M. Tercy , je dis que la haine de sa femme pour leur fille étoit , pour ainsi dire , peinte dans toutes les dispositions du testament. Les deux premiers dispensoient , comme je viens de le dire , le sieur Duval de tout rapport des apports à lui faits , & en conservant à la Dlle. Tercy le vain nom de légitimaire , qui auroit dû lui donner le sixieme de la succession , lui en laissoit à peine le quinzieme. Par une clause suivante , la testatrice ôtoit à sa fille ses habits , linges , bijoux , & autres appartenances de femme , pour les donner à la Dlle. L'Espingal , sa sœur , & à la dame Duval , sa bru ; & comme elle prévoyoit que sa sœur , fille d'un âge avancé , pourroit mourir avant elle , elle ordonnoit que si cela arrivoit , le tout appartiendroit à sa bru. Ce n'étoit pas seulement son fils qu'elle préféreroit à sa fille : c'étoit sa sœur , c'étoit sa belle-fille ; il n'y avoit personne à qui elle n'aimât mieux donner qu'à sa fille. Par une disposition subséquente , elle anéantissoit la substitution dont le sieur Duval étoit grévé par son contrat de mariage : pacte de famille qu'un testament ne peut détruire. Elle n'en restoit pas là. Le sieur Duval avoit deux enfans ; mais il pouvoit les perdre. Alors , quoique sa mere crut lui avoir rendu la liberté de tester de la terre de Burtoncourt , elle craignoit qu'il ne mourût *intestus* : auquel cas il n'auroit eu d'autre héritier que la dame Tercy , sa sœur utérine. Pour l'empêcher , la testatrice , par une autre clause , appelloit en ce cas la dame L'Espingal , sa sœur , pour moitié à l'exclusion de sa propre fille. La haine qui vitie & corrompt la substance des dispositions , est , suivant M. D'Argentré , *sur l'art. 461 de la coutume de Bretagne , gl. 2 , n. 2* , inséparable

(1) Dans Ricard , d'un seul arrêt on en fait trois. On y lit : *les arrêts d'Ablege , de Baron & de Maupeou , vulgaires au palais. Celui de Maupeou du 10 Mai 1641 , &c.* Mais cela se réduit à l'arrêt qui a cassé le testament du sieur de Maupeou , baron d'Ablege , que d'autres darent de 1640. Je ne crois pas cependant qu'on puisse soupçonner Ricard d'avoir cité cet arrêt sans le connoître. Il n'y a probablement ici que des fautes d'impression.

TIT. VII.
§ 145.

de la fraude. *Certe, quod odio factum fit, fraude carere nequit: & odium necessario fraudem includit.* Il définit cette fraude, sur l'art. 218, gl. 10, n°. 1. *Meditatum propositum donatoris hoc agentis, ut cui res & hereditas jure gratis & sanguinis, ex consuetudinis dispositione venire debeat, eam ille ne habeat.* La disposition qui exclut la Dlle. Tercy de la moitié des droits que le sang & la loi lui donnoient sur la succession de son frere, précédée par tant d'autres qui la privent de ceux qu'elle avoit sur la succession de sa mere, est donc la preuve la plus complete de la haine implacable dont la testatrice étoit animée contre elle. Si la dame Tercy avoit eu quelque motif raisonnable de réduire la sœur à l'indigence pour enrichir son frere, du moins il eut été le seul qu'elle eut préféré. Elle auroit même souhaité qu'après la mort de son fils sans enfans, ses biens passassent à sa fille.

Une préférence bien moins formelle donnée à la ligne collatérale sur la directe, a fait annuler le testament d'un magistrat célèbre par sa profonde érudition. M. Le Camus, lieutenant-civil du châtelet, dont je cite si souvent les observations sur la coutume de Paris, n'avoit qu'une fille, qui épousa M. De Nicolai, premier président de la chambre des comptes. Mme. De Nicolai décéda, laissant un fils & une fille. Celle-ci fut élevée chez M. Le Camus, qui, par son testament du 1er. Janvier 1710, la nomma sa légataire universelle, à condition que les biens qu'il lui laissoient lui seroient propres à elle, ses enfans, & le plus proche des parens qu'elle auroit lors de son décès, portant le nom du testateur: ajoutant que cette condition de propre n'introduiroit pas une substitution. Ce testament confirmé par quatre codicilles, fut attaqué par M. De Nicolai, marquis de Guffainville, petit-fils du testateur, par différents moyens. J'ai dit ci-devant que le premier étoit la trop grande prédilection de M. Le Camus pour sa sœur. Le second étoit son aversion pour lui, dont il donnoit pour principale ou plutôt pour unique preuve la condition de propre, imposée au legs universel dans la vue de l'exclure. On répondoit que cette clause ne l'excluoit pas, puisqu'elle n'emportoit pas substitution, & qu'il étoit l'héritier naturel des propres de sa sœur. Mais tout ce qui résultoit de cette réponse, c'étoit que la Dlle. De Nicolai n'étant pas grevée de substitution, avoit la liberté de le choisir pour son héritier; ce qui n'empêchoit pas que le testateur n'eut voulu l'exclure de la succession *ab intestat* de sa sœur, en destinant les biens qu'il lui laissoit au plus proche des parens qu'elle auroit lors de son décès, portant le nom de M. Le Camus; par où le testateur désignoit son frere qu'il préféroit à son petit fils. Le testament fut cassé par arrêt du parlement de Paris.

3°. Le seul crime qui avoit attiré à la Dlle. Tercy la haine de sa mere, étoit d'être la fille d'un mari qu'elle détestoit, d'être chère à son pere, & de partager également son respect & sa tendresse entre les auteurs de son être. Les divisions scandaleuses qui avoient empoisonné depuis tant d'années les jours du mari & de la femme, étoient si publiques, que personne ne les ignoroit dans Metz. Elles avoient causé bien des larmes à leur fille commune, qui n'y avoit pris part que pour les

déplorer : quoiqu'elle ne reçut de l'un que des marques de tendresse , & de l'autre que de mauvais traitemens , elle ne se croyoit pas permis de montrer pour son pere plus d'attachement que pour sa mere : & il ne lui étoit jamais arrivé de manquer ni au respect , ni à la tendresse qu'elle devoit à celle-ci. Pourquoi donc en étoit-elle haïe ? » L'expérience nous fait connoître , dit Ricard à l'endroit cité , n. 626, « que la haine est une passion si puissante , qu'elle ne s'arrête pas seulement à ceux « qui en ont été les premiers objets , mais qu'elle pénètre aussi jusqu'aux personnes « qui les approchent , & qui ont quelque liaison avec eux ». Si on ne peut faire personnellement sentir à ceux qu'on haït les effets de sa colere , on cherche à se venger d'eux , en portant ses coups contre les personnes qui leur sont cheres , & qui , par ce seul endroit , deviennent bientôt les victimes d'une dissention dont elles ne partagent pas les excès. Telle a été la principale source des dispositions testamentaires de la dame Tercy. L'impuissance de sa haine contre son mari , & l'impossibilité de se venger de lui , autrement que sur sa fille , les ont manifestement dictées. Elles sont donc réprochées par la loi divine , par les loix humaines , & par la jurisprudence des arrêts.

Si habuerit homo duas uxores , unam dilectam , & alteram odiosam non poterit filium dilectæ facere primogenitum , & præferre filio odioso Deuter , 21 , 15.

Il semble que ce soit sur ce texte des livres saints que Justinien ait formé le §. I de la l. 33 , ff. *de inoff. testam.* Il y réproche la décision d'un ancien jurisconsulte qui avoit pensé qu'une mere ne pouvoit priver ses enfans de sa succession , si ce n'étoit *odio sui mariti , ex quo infans progenitus est* ; maxime digne du Paganisme qui connoissoit la vengeance : mais dont cet empereur chrétien ne veut pas que *diutius erubescat lex posita . . . hoc iniquum judicantes* , ajoute-t-il , *ut alieno odio alius progravetur , penitus delendum esse sancimus.*

La douceur de nos mœurs ne pouvoit tolérer que , quelque fondés , quelques excusables que pussent être les ressentimens d'une femme contre son mari , elle immolât à sa haine leurs enfans communs. Entre autres arrêts qui ont reprimé cette cruelle injustice , il y en a un bien remarquable rendu au mois de Juin 1587 , sur la plaidoirie de Mornac , qui le rapporte sur le §. I , de la l. 29 , ff. *de probat.* La femme d'un procureur de Sens avoit conçu contre son mari une haine violente , dont leurs enfans communs devinrent bientôt les victimes. Pour déguiser les motifs qui la faisoient agir , elle disposa au profit des pauvres & du college de Sens de ce qu'elle étoit à ses enfans. Les expressions de Mornac montrent combien la cour fut indignée que cette femme eut couvert d'un faux prétexte de piété les excès odieux d'une passion condamnable. *Senatus testamentum illud , ut iratoe immeritò matris damnavit , pauperesque & preceptores Senonenses petitione sua , QUIPPE IMPLA , sub moti sunt.*

On peut ajouter l'arrêt du 12 Juillet 1688 , que rapporte Bretonnier sur Henrys , *ubi sup.* qui a cassé le testament de Simone Roux , sur cette seule circonstance que le sieur Arnauld , son gendre , avoit eu avec elle un procès dont elle paroïssoit avoir

cherché à se venger, en privant d'une partie de sa succession ses petits-enfans ; qu'elle punissoit de l'offense qu'elle croyoit avoir reçue dudit sieur Arnauld, leur pere.

Ce desir de vengeance paroissoit évidemment dans les différens testamens de la dame Tercy. Les trois premiers faits dans des tems où elle vivoit encore avec son mari, & où, si de fréquentes bourasques troubloient leur union, elles étoient suivies de quelques calmes, montroient plutôt une aveugle prédilection pour son fils, qu'une violente aversion pour sa fille. Mais dans le 4e., la haine contre la dame Tercy, le ressentiment contre son pere commençoient à éclater ; ce n'étoit plus de sa part, de la moitié dans un tiers de la terre de Burtoncourt dont la testatrice privoit la Dlle. Tercy ; c'étoit de la totalité de cette seigneurie, qui formoit beaucoup plus de la moitié de son bien ; & le peu qu'elle laissoit à sa fille, elle lui défendoit expressément d'en disposer au profit de son pere. Au mois de Mars 1716, M. Tercy est obligé de se séparer de sa femme : & le 1er. Avril, 5e. testament, où la dame Tercy augmenté les avantages faits à son fils, au préjudice de sa fille. Enfin dans le 6e. plus défavantageux que tous les autres à la dlle. Tercy, on lisoit cette clause qui concernoit la moitié à laquelle la testatrice la réduisoit dans la succession de son frere, au cas qu'il vint à mourir sans enfans. *Ne pourra ladite Anne Tercy disposer au profit de Mondit sieur son pere, mais à d'autres qu'elle desirera, à l'exception des parens de Mondit sieur son pere.* Ce n'étoit donc pas par amitié pour des collatéraux éloignés, qu'elle génoit les dispositions de sa fille : elle lui laissoit toute liberté de leur préférer des étrangers. Mais son mari, & les parens de son mari étoient pour elle des objets odieux ; elle ne pouvoit souffrir qu'elle fit à leur profit ce qu'elle lui permettoit de faire en faveur du premier venu.

J'établis ensuite l'admissibilité de la preuve des faits de haine articulés par M. Tercy, comme tuteur de sa fille. Mais la cour trouva qu'indépendamment de ces faits, les moyens proposés contre les dispositions de la dame Tercy étoient suffisamment constatés par les actes mêmes ; & après avoir, par arrêt du 8 Juin 1722, ordonné qu'il en seroit délibéré sur le registre, elle annulla toutes ces dispositions ; & ordonna que la succession seroit partagée par égales portions entre les parties : à l'effet de quoi le sieur Duval rapporteroit les deux tiers de la terre de Burtoncourt seulement. L'arrêt lui laissa l'autre tiers par préciput ; parce que la mere commune avoit constamment persévéré à lui faire cet avantage, dans un tems où l'on ne pouvoit pas dire qu'elle ne s'y portoit que par les passions auxquelles elle s'étoit livrée depuis, & où ce préciput pouvoit avoir, & avoit probablement eu de justes motifs ; savoir la prérogative du sexe, la primogéniture, & le défaut de fortune du sieur Duval à qui son pere n'avoit rien laissé, au lieu que sa sceur avoit beaucoup à attendre du sien. Voy. au surplus l'obs. 22 qui suit, n. 13.

Cet arrêt est dans une des especes qui souffrent le moins de difficultés. Quand les dispositions sont excessivement défavantageuses à l'un des enfans, & qu'à des faits

déjà publics & connus , se joignent des traits tirés des dispositions mêmes qui annoncent que l'intention du testateur étoit de satisfaire son aversion pour l'un de ses enfans, autant, & plus que son affection pour les autres, les juges se portent aisément à les annuler, sans recourir à la preuve testimoniale de la colere, ou de la haine. Il ne faut pas même pour que ces passions soient regardées comme suffisamment constatées, que le testateur ait porté ses dispositions contre celui qui s'en plaint; jusqu'où elles pourroient aller. On oppoisoit au sieur de Nicolai que M. Le Camus auroit pu défendre à sa sœur de tester à son profit, & qu'il ne l'avoit pas fait: on ob-jectoit à la Dlle. Tercy que sa mere pouvoit l'exclure de toute la succession de son frere mourant sans enfans, & qu'elle lui en avoit en ce cas destiné la moitié: la réponse étoit aisée. On n'est pas moins coupable d'injustice, parce qu'elle n'a pas été sans bornes, & qu'on n'a pas fait tout le mal qu'on croyoit pouvoir faire. Un testateur animé par la haine, ou par la colere, fait bien que des motifs si odieux annulleront son testament, s'il les montre à découvert. Il tache de cacher la violence & l'excès des passions qui l'entraînent; & l'on peut appliquer ici ce que disoit M. le Maître, plaidoyer 29 dans une autre occasion. » Ceux qui veulent faire mal sûrement, affectent » de ne pas faire tout le mal qu'ils pouvoient faire; & ils croyent que c'est une » excellente défense que de dire, que s'ils avoient fait ce qu'on leur reproche, ils auroient fait plus qu'on ne leur reproche, & qu'ils n'auroient pas été méchans à demi.

Il n'est pas moins nécessaire qu'on trouve dans le testament qui est attaqué, la preuve complete de la passion qui la suggéré. Lorsque cette preuve écrite ne paroît pas assez concluante, les arrêts ont toujours permis d'y ajouter la preuve testimoniale, tel sont celui du 10 Janvier 1658, rapporté au journal des audiences en faveur de M. Paulart, qui avoit justifié par une enquête, que la testatrice s'étoit plaint à différentes personnes qu'il lui avoit fait voler une somme de 5000 liv. Celui du 1er. Septembre 1676, rapporté au journal du palais, précédé par une enquête, où les enfans du 1er. lit d'Antoine Gamot avoient prouvé que leur pere les avoit injurieusement chassés de sa maison, & qu'ils avoient procès contre lui pour le compte des biens de leur mere; circonstances omises par le journaliste, mais assurée par Erard, dans son 5e. plaidoyer, & d'autant moins douteuse qu'il avoit l'arrêt rendu sur ce procès dans son sac: celui du 3. Février 1674, qu'Erard avoit encore dans son sac, & qui a été rendu au profit de M. Pinon, après un premier arrêt interlocutoire qui lui avoit permis de faire preuve des faits de haine qu'il alléguoit: enfin celui du 6. Février 1688, rendu sur l'éloquent plaidoyer d'Erard, qui permit aux trois fils aînés de M. Le Bouts, conseiller au parlement, commissaire aux requêtes du palais de Paris, de faire preuve de la haine qu'ils disoient avoir été inspirée au testateur par la dame leur mere, & qui fut suivi d'un arrêt définitif du 17 Juillet 1691, par lequel, malgré la grande réputation dont M. Le Bouts avoit joui, le testament qu'il avoit fait au profit de son fils cadet fut déclaré nul.

5.
La preuve vo-
cale de la hai-
ne est admissi-
ble.

TIT. VII.
Observ. 14e.
6.
En quel cas ?

Mais je crois qu'il faut qu'il y ait dans les dispositions qu'on attaque, au moins un commencement de preuve de la passion que l'on prétend les avoir dictées, & que c'est ainsi qu'on doit entendre ce que dit Ferrière, *ubi sup.* » qu'on ne s'informe pas » des causes qui... ont obligé les ascendans d'en user ainsi, pourvu qu'il ne soit pas » justifié que la haine, l'aversion & l'indignation mal fondée les ont porté à faire con- » tre leurs enfans une disposition qui leur soit préjudiciable « ; & plus nettement en- » core Ricard aussi, *ubi sup.* dont les termes sont » : l'on ne pénètre pas, à la vé- » rité, dans les motifs du testateur. Mais comme il fait la fonction de juge, il ne faut » pas que sa passion paroisse «.

7.
Le principe qui annule les tes- tamens *ab inito* ne doit pas être trop étendu.

D'ailleurs comme cet auteur l'ajoute, n. 627, » il faut prendre garde de ne pas » étendre trop avant cette jurisprudence... des enfans, & des gendres, prévoyant » que le pere pouvoit faire quelque disposition au profit de leurs autres enfans, » ont affecté... de leur faire des procès, afin d'avoir occasion de dire... qu'elle avoit » été faite par un principe de colere & de haine, tellement qu'il importe qu'il pa- » roisse dans le public que les donations & les legs ne doivent être cassés dans cette » rencontre, que quand il se voit que le pere les a faits dans le mouvement d'une » colere injuste, & au sujet de quelque mécontentement qui a été conçu mal à-pro- » pos de sa part... Il est de la dernière conséquence que les peres demeurent les mai- » tres & les justes dispensateurs dans leur famille « &c. J'ai encore eu occasion de faire confirmer cette importante limitation du principe, par un arrêt dont je crois devoir exactement rapporter l'espece ; parce que, quoiqu'il y entrât des discussions, qui pourront paroître s'écarter de l'objet de cette observation, la différence des faits qui donnoient lieu à cette contestation, & de ceux qui ont fait annuler le testa- ment de la dame Tercy me semble propre à achever d'éclaircir toute cette ma- tiere.

Le nommé Bitroffe, bourgeois de Metz, & Anne de Bize sa femme, étoient nés dans la R. P. R. A la révocation de l'édit de Nantes, ils l'abjurèrent comme les autres ; & peut-être aussi avec aussi peu de sincérité que presque tous les autres. Ils avoient trois enfans ; Anne, Jean, & Barbe Bitroffe. Les deux premiers avoient été baptisés au temple des calvinistes. A l'âge de 13 ans, Anne Bitroffe déclara vouloir embrasser la religion catholique. Son pere ne s'y opposa point, peut-être parce qu'il n'osa pas s'y opposer. Quoiqu'il en soit il la mit chez les Dames de la Propagation, & y paya sa pension. De retour chez lui, elle tomba dans des écarts de conduite, dont la suite ordinaire rendit à l'âge de 23 ans son déshonneur public. Cette aventure qui donna lieu à un procès, & occasionna à son pere des dépenses assez fortes, ne la corrigea pas ; & pour arrêter ces désordres, Bitroffe par le conseil de son curé, & par la permission de M. l'évêque, la fit peu après enfermer dans la maison du Refuge, où il la tint à ses dépens pendant trois ans. Il l'en retira dès qu'elle parut changée : & Jean Bardin, ancien catholique, & alors marchand à Thionville, s'é- tant présenté pour l'épouser, Bitroffe & sa femme la lui donnerent, & la doterent. Bar-

din étoit un homme d'une conduite peu réglée. Il eut la mauvaise foi de se constituer en dot un bien qu'il disoit avoir à Bar-le-duc, & qu'il avoit vendu quelque tems auparavant.

Bitroffe pere mourut sans avoir reçu les sacremens. Il avoit fait quelque tems auparavant un testament, par lequel il instituoit sa femme sa légataire universelle, à charge de donner à leurs enfans non mariés (son fils ne l'étoit pas encore) une dot égale à celle qu'ils avoient donnée à Anne Bitroffe. Bardin attaqua ce testament, sous prétexte qu'il étoit fait en haine de la religion catholique que sa femme professoit. Mais après plusieurs mois de poursuites, il fut obligé de les abandonner, parce qu'il ne put trouver personne qui voulut se charger de sa demande.

Elle venoit d'être formée, lorsque Jean Bitroffe, son beau-frere, revint à Metz. Il avoit été envoyé par son pere en Allemagne, & à ce qu'il disoit, pour s'instruire de son commerce. Il y avoit trouvé Anne Pasquin, fille d'un bourgeois de Metz, fugitif pour cause de religion. Elle lui avoit plu, & ayant demandé le consentement de son pere qui vivoit encore, il l'avoit épousée en présence d'un ministre calviniste. Mais à son retour à Metz, il témoigna vouloir embrasser la religion catholique aussi bien que sa femme. L'un des vicaires généraux du diocèse se chargea de leur instruction, ce qui n'empêcha pas le procureur du roi du bailliage de Metz de les impliquer dans la plainte qu'il donna quelques mois après, contre différens particuliers de cette ville, qui avoient été se marier dans les pays étrangers. Bitroffe fut condamné en 500 liv. d'amende, pour quoi il fut emprisonné le 11 Août 1719. Mais s'étant pourvu par appel à la cour, & ayant prouvé qu'il n'étoit pas sorti du royaume pour cause de religion; ni dans le dessein d'aller épouser une fille qu'il n'avoit jamais vue, & que plus de deux mois avant les poursuites du procureur du roi, lui & sa femme avoient commencé de se faire instruire, il fut déchargé de l'amende, & obtint son élargissement qui bientôt après fut suivi de son abjuration, de celle de sa femme, & de la réhabitation de leur mariage. Anne de Bize assista à cette cérémonie, & en signa l'acte sur les registres de la paroisse.

Elle survécut près de trois ans. Par son testament elle donnoit à Barbe Bitroffe sa fille, non mariée, une dot égale à celle que son frere & sa sœur avoient reçue; & au surplus les nommoit tous les trois ses légataires universels; *en ordonnant pour les causes à elle connues, qu'après le décès d'Anne Bitroffe, tout ce qu'elle lui laisseroit retourneroit à ses enfans; & que si l'un venoit à décéder en bas âge, sa part retourneroit aux autres enfans, jusqu'au dernier: lequel venant aussi à décéder, ledit tiers retourneroit auxdits Barbe & Jean Bitroffe.*

Ce testament fut attaqué par Bardin & par sa femme, qui disoient que la testatrice, décédée comme son mari, sans avoir reçu les derniers secours que l'église donne aux mourans, avoit persévéré aussi bien que lui dans l'hérésie. Ce qu'ils ap-

TIT. VII.
Observ. 146.

puoient d'un certificat du curé de la paroisse, portant qu'il ne s'étoit pas apperçu que le mari ni la femme s'approchassent des sacremens; que cette obstination d'Anne Bize dans l'erreur lui ôtoit le droit de tester, suivant l'édit du mois de Janvier 1686, qui en privoit les veuves de la R. P. R.; que la moitié de la dot qu'elle avoit donnée à Anne Bitrosse ne suffisant pas pour la remplir de sa légitime dans les biens de sa mère, qui comprenoit ceux délaissés par son mari. La substitution dont elle étoit grevée étoit une véritable exhérédation, puisqu'elle comprenoit jusqu'à sa légitime: qu'elle étoit illusoire, puisqu'elle étoit faite au profit des enfans d'Anne Bitrosse qui n'en avoit point: que d'ailleurs ses enfans en auroient eux-mêmes été grevés si elle en avoit eu: que cette disposition inofficieuse avoit été faite en haine de la religion catholique qu'ils professoient, ce qui la rendoit nulle suivant les ordonnances: que la date du testament prouvoit d'ailleurs qu'il étoit l'ouvrage de la colere, puisqu'il avoit été fait le 12 Août, le lendemain de l'emprisonnement de Jean Bitrosse: enfin qu'à cette époque ils étoient en procès avec la testatrice. Ces moyens séduisirent les juges du bailliage de Metz, qui sans admettre la preuve testimoniale des faits articulés par Bardin, & par lesquels il prétendoit justifier l'aversion de la testatrice pour sa femme, déclarèrent le testament nul.

2.
Hérésie ne se
présume pas.

Sur l'appel, je dis pour Jean & Barbe Bitrosse 1°. qu'il n'y a plus qu'une religion en France; & que tous les sujets du roi qui ne violent pas les ordonnances sont censés catholiques. Bitrosse pere & sa femme ont d'ailleurs abjuré entre les mains du sieur Parisy, alors vicaire de leur paroisse, & depuis curé du diocèse, qui en a donné son certificat, où il atteste encore ce que le curé dit n'avoir pas remarqué qu'ils s'approchoient des sacremens. Après cela il est odieux de les accuser du crime d'hérésie & d'apostasie. Ces crimes se présument encore moins que tous les autres. Menochius de *presump.* liv. 5, ch. 7, n. 20. L'auteur de la biblio. Canon: *Ubo. heresis ex presumptione*; Van-Espen, *part. 3, jur. ecles. uni. tit. 4, ch. 2, n. 27*, établissent que, *nulla presumpcio quamlibet urgens & violenta, sufficit, etiam contra eum qui jam ante eo morbo contactus fuerat*, & que *indubie exacta, & admodum clara probatio requirenda est*. Ce qui a lieu sur-tout, si celui qu'on veut faire passer pour hérétique, *de cætero inter catholicos versetur, & catholicam fidem publice profiteatur*. C'est le cas où se trouvoit Anne de Bize. Son zele n'a peut-être pas paru assez ardent à son curé: mais en est-il moins vrai qu'elle a abjuré, qu'elle a vécu dans le sein de l'église, qu'elle a fait non-seulement après son abjuration, mais dans tout le cours de sa vie, & jusqu'à son décès un grand nombre d'actes de catholicité. Quelques-uns sont attestés par le sieur Parisy, & il y en a un qui est authentiquement prouvé. C'est son assistance à l'abjuration de son fils & de sa bru, & à la messe où leur mariage a été réhabilité. Ce fait justifié par les registres de la paroisse, a suivi de près son testament, & n'est antérieur que d'un peu plus de deux ans à son décès. On ne peut lui imputer ni auparavant ni depuis aucun exer-
cice

exercice de la religion calviniste, ni aucune autre contravention aux ordonnances; elle n'est pas sortie du royaume; elle n'a pas refusé dans sa dernière maladie de recevoir les sacremens: il n'y a eu ni déclaration de son curé, ni information contre elle, ni condamnation contre sa mémoire. Elle est donc censée morte dans le giron de l'église; ce qui détruit tous les moyens de Bardin & de sa femme.

2°. Si cependant il étoit possible de supposer qu'elle a toujours vécu dans la R. P. R. seroit-on fondé à en conclure qu'elle étoit incapable de tester? Bardin le prétend ainsi, & en donne pour preuve l'édit du mois de Janvier 1686 (1). D'abord il n'y est parlé que des femmes dont les maris étoient rentrés dans le sein de l'église, & qui refusoient de les imiter. Une loi exorbitante, pénale, & rigoureuse comme celle-là, ne s'étend point d'un cas à l'autre; on ne peut donc en faire usage contre les veuves, dont les maris ont persisté dans l'erreur. Bardin détruit par conséquent lui-même l'application qu'il voudroit qu'on fit de cet édit à Anne de Bize, puisqu'il se déchaîne contre la mémoire de son beau-pere, comme contre celle de sa belle-mere, & que si on l'en croit, le premier a donné à la seconde l'exemple de l'obstination qu'il leur impute à tous deux.

D'ailleurs cet édit de 1686 n'a jamais fait annuler un seul testament, même dans les parlemens qui l'avoient enregistré. La raison en est simple. Il ne concernoit que les femmes qui refuseroient d'abjurer. Or, on fait que toutes celles qui sont restées dans le royaume ont fait leur abjuration, qui, sincère ou simulée, les a mis au nombre des nouvelles converties, & par là les a affranchies des peines commuées par cette loi, qu'on n'a jamais imaginé pouvoir leur infliger, sous prétexte qu'elles n'étoient pas assez bonnes catholiques.

Enfin, & ceci tranche toute difficulté, l'édit de 1686 n'a été ni enregistré, ni même envoyé au parlement de Metz. On n'y connoît d'autres loix que l'édit du mois d'Octobre 1685, & les déclarations des 29 Décembre 1698, 5 Mai 1699, 13 Avril 1702, & autres subséquentes. Par la disposition finale de l'édit de 1685, les calvinistes sont maintenus dans tous les droits de cité, *sans pouvoir être troublés ni empêchés sous prétexte de ladite religion P. R. à condition de n'en point faire d'exercice* (2). Par la déclaration de 1698, art. 6; par celles de 1699, 1702, & autres subséquentes, il est permis à ceux qui en ont fait profession, nonobstant les défenses d'aliéner leurs biens sans permission, d'en disposer même entre vifs par contrats de mariages, ou autres actes en faveur de leurs enfans, ou autres héritiers présomptifs

TIT. VII.
Observ. 142.

9.
Les veuves de
la R. P. R. ne
sont pas inca-
pables de tes-
ter.

(1) Voy. le recueil des édits concernant les gens de la R. P. R. édit. de Rouen de 1721, pag. 191.

(2) Voy. le même recueil, pag. 179.

demeurans dans le royaume (1). A plus forte raison n'est-il pas défendu à une mere de tester entre ses enfans.

Avant Bardin, personne ne s'étoit jamais avisé de lui en contester le pouvoir, & l'abus qu'il voudroit faire de l'édit de 1686, est d'autant plus condamnable, que lui-même a reconnu qu'Anne de Bize n'étoit pas dans le cas de cette loi. Elle privoit les veuves des nouveaux convertis, qui refuseroient de rentrer comme eux, dans le sein de l'église, de l'usufruit des biens qui leur auroient été donnés par leurs maris, de tout douaire, augment de dot, droit de partager la communauté, & de tous autres avantages provenans de leurs maris, qui devoient passer à leurs enfans catholiques. Après la mort de Bitroffé pere, Bardin & sa femme, alléguant dès lors la conversion de cette dernière, qui leur paroît un manteau propre à couvrir tous leurs écarts, firent un mauvais procès à Anne de Bize, & voulurent l'obliger à leur abandonner toute la succession de son mari. Elle leur opposa son contrat de mariage qui lui donnoit la qualité de commune, & le testament de son mari qui la nommoit sa légataire universelle. Ces deux titres ne lui auroient été d'aucun secours si elle eut été dans le cas de l'édit : il les auroit annullé l'un & l'autre. Cependant après quantité de procédures & de chicannes, Bardin & sa femme furent forcés de laisser Anne de Bize en paix, & d'abandonner une prétention dont l'injustice étoit palpable.

10.
La substitution de toute la portion d'un enfant, nulle pour la légitime, vaut pour le surplus.

3°. La substitution dont Anne Bitroffé est grevée, ne peut pas donner atteinte au testament qui la contient. Elle avoit mérité l'exhérédation, la mere auroit pu la prononcer, & elle ne la pas fait sans la déshériter. Elle pouvoit encore, attendu le peu de conduite de son mari, & le mauvais état de ses affaires, lui substituer sa portion héréditaire en entier : *additâ causâ necessitateque judicii sui*. Mais, quoique les raisons qu'elle avoit, & qu'elle a dit avoir pardevers elle, ne fussent que trop réelles, comme par trop de ménagement pour son gendre & pour sa fille, elle ne les a pas exprimées, Jean & Barbe Bitroffé ont consenti par leurs défenses, que la légitime de leur sœur fut déchargée de la substitution. C'est tout ce que les intimés pouvoient demander. *Si filius instituitur in usufructu, & alius in proprietate, adhuc quod ad legitimam poterit dicere, quod eam vult in proprietate, & usufructu, in reliquatâ vero parte usus fructus stabit ordinationi testatoris*. Chaffeneuz sur la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 2, V^{bo}. *si non pour aucunes*, &c. n. 29. Tous les auteurs conviennent que la charge imposée sur la légitime s'évanouit, mais ne donne aucune atteinte au testament qui s'exécute pour le surplus de la portion héréditaire. Voy. Péregrinus, de fideic. art. 36, n. 61. Le Grand, sur Troyes, art. 95, gl. 3, n. 3; Ricard 3e. part. ch. 8, sect. 10, n. 1128; Ferriere, sur l'art. 298, gl. 1, n. 8; &c. Ce dernier rapporte un grand nombre d'arrêts qui ont confirmé cette maxime. Il y en a

(1) Voy. le même recueil, pag. 280, 288, 306, &c.

d'autres dans Papon , *livre 20 , tit. 3 , arr. 3* ; dans Maynard , *liv. 7 , quest. 28* ; dans le journal du palais *des 30 Juin 1678 , 1 Avril 1686 , & 9 Décembre 1692* , & dans le traité de la legitime , par M. Guillaume de la Champagne , *ch. 7.*

Le parlement de Metz a suivi cette jurisprudence par un arrêt solennel rendu sur le testament de M. Le Febvre , avocat & substitut de M. le procureur général , attaqué par cinq de ses enfans non mariés , dont il avoit substitué la portion héréditaire en entier , au profit de deux de ses fils mariés , l'un conseiller au parlement , & l'autre auditeur des comptes ; car , quoique ce dernier consentit que la substitution fut entièrement levée , la cour en donnant acte de la déclaration de M. Le Febvre , conseiller , qu'il ne prétendoit pas que la legitime y fut comprise , confirma au surplus le testament.

Prétendre que la substitution dont Anne Bitrosse est chargée envers ses enfans , est illusoire , parce qu'elle n'en n'a point , & qu'elle leur seroit onéreuse si elle en avoit , parce qu'ils en seroient eux-mêmes grévés. Ce sont deux cavillations frivoles. La femme de Bardin n'avoit que 36 ans à la date du testament , & 39 au décès de sa mere. Elle est donc en état d'avoir des enfans , à qui la substitution ne peut être que profitable ; puisqu'ils n'en sont grévés qu'en cas qu'ils décèdent en bas âge.

4°. Si Anne de Bise doit être censée morte dans la R. C. il n'y a plus le moindre prétexte de l'accuser d'avoir testé en haine de cette religion. Mais d'ailleurs ce moyen ne peut se soutenir , ni dans le droit , ni dans le fait. Pour le fonder dans le droit , il faudroit qu'il fut constant qu'aucun autre motif n'a pu engager la testatrice à substituer la portion héréditaire d'Anne Bitrosse. *Les exherédations ou privations* , porte l'art. 31 de l'édit de 1576 , *soit par dispositions entre vifs ou testamentaires , faites en haine de la religion , n'auront lieu , tant pour le passé que pour l'avenir , pourvu qu'il n'y ait autre cause que du fait d'icelle religion.* L'art. 32 de l'édit de 1577 , l'art. 26 de l'édit de 1598 , &c. sont conçu à peu près dans les mêmes termes. *Voy. Fontanon , tom. 4 , tit. 7 , n. 52 , 55 , & 76 , » se doit entendre , dit » Charondas sur le code Henrys , liv. 1 , tit. 34 , art. 37 , quand la cause de l'exherédation , ou privation est exprimée , ou qu'il est vérifié qu'elle auroit été faite pour icelle ; car ne faut estimer que par ledit article soit ôtée aux personnes de divers religions , la libre disposition de leurs biens , selon qu'il leur est permis par le droit & coutume du pays ; ains il le faut prendre étroitement en ses propres termes. Limitata est enim causa , & dispositio «.*

Or dans le fait , non-seulement Anne de Bise avoit les motifs les plus justes & les plus pressans de faire la substitution dont s'agit. Mais il seroit déraisonnable de soupçonner que la profession de la R. C. y ait eu la moindre part. L'état de la fortune de Bardin & de sa femme , leurs dispositions , les dettes par eux contractées , leurs mœurs suspectes à tant de titres , le peu de bonne foi du mari qu'il avoit

TIT. VII.
CIV. 142.

TY.
La haine de la religion n'annule que les substitutions dont elle est le seul motif.

Trt. VII.
Observ. 143.

signalée jusques dans son contrat de mariage, l'enlèvement furtif des papiers de son beau-pere, dont il donnoit lui-même la preuve, en produisant des lettres de Jean Bitroffe à son pere, qui ne pouvoient être tombées entre ses mains que par cette voie ; les écarts par lesquels Anne Bitroffe s'étoit elle-même flétrie, le desir de conserver à ses enfans, supposé qu'elle en eut, & à leur défaut, à son frere, & à sa sœur, ce que la testatrice lui laissoit, sont évidemment les raisons qu'elle dit avoir pardevers elle, & qu'elle n'a point exprimées, par égard pour l'honneur de son gendre & de sa fille. C'est donc bien gratuitement qu'on voudroit y faire entrer pour quelque chose la religion. Lorsqu'Anne Bitroffe, avant même que sa raison fut entièrement formée, a témoigné vouloir embrasser la R. C. Son pere & sa mere, loin de gêner sa conscience, ont volontairement payé sa pension dans la maison de la Propagation : lorsque depuis elle les a forcés par ses désordres de la faire enfermer, c'est dans un autre monastere qu'ils lui ont choisi sa retraite. Dès que l'occasion s'en est présentée, ils se sont empressés de la marier à un ancien catholique : Jean Bitroffe baptisé comme elle au temple des calvinistes, a abjuré comme elle, & sa mere a assisté à cette cérémonie, qui a accompagné la réhabilitation de son mariage : si Barthe Bitroffe n'a pas fait abjuration, c'est que, née depuis la révocation de l'édit de Nantes, & baptisée à sa paroisse, elle est censée n'avoir jamais professé d'autre religion que la catholique. Comment donc soupçonner la mere commune d'avoir fait un crime de cette profession à la femme de Bardin plutôt qu'à ses autres enfans, & sur-tout à Jean Bitroffe.

5°. Le testament d'un pere ou d'une mere, qui prive un ou plusieurs de ses enfans des biens que la nature & la loi leur destinoient, ne peut sans doute subsister, s'il a été dicté par la haine ou par la colere. » Mais quand l'on prétend, disoit M. Talon, que la disposition a été faite par haine, & par animosité, il faut qu'il y ait preuve, & qu'il paroisse de la cause véritable & effective de la haine & de l'animosité «.

72.
Il faut prouver la haine du testateur, & en justifier la cause.

Cette cause ne peut paroître que par les circonstances. Or, pour toute circonstance, les intimés invoquent la date du testament, argument du procès qu'ils avoient suscité à la testatrice, & posent quelques faits desquels il résulteroit tout au plus qu'ils lui ont donné de fréquens sujets de plainte, & qu'elle a quelquefois paru mécontente de leur conduite.

Anne de Bise a testé le 12 Août 1719, & la veille, son fils avoit été emprisonné pour l'amende de 500 liv. à laquelle le procureur-du-roi du bailliage l'avoit fait condamner. Quel rapport y a-t-il entre cet emprisonnement & le testament ? Pour pouvoir tirer de l'un quelque conséquence contre l'autre, ce ne seroit pas assez que Bardin & sa femme s'accusassent d'une action très-lâche & très-odieuse, qu'ils avouassent que c'étoit eux qui avoient dénoncé leur frere au procureur du roi : il faudroit encore montrer qu'ils étoient connus pour des délateurs. Or, ils auroient certainement pris grand soin de cacher cette bassesse, s'ils en avoient été capables.

Ce seroit donc bien en vain qu'ils se couvriroient aujourd'hui de cette ignominie. Le bon sens n'a jamais permis de les en soupçonner. Jean Bitrosse n'a pas été le seul objet des poursuites du procureur du roi. Un assez grand nombre de jeunes gens de Metz avoient conduit à Deux-Ponts & ailleurs des filles de cette ville, & les y avoient épousées. Ces mariages ayant fait du scandale & du bruit, exciterent le zèle de cet officier; & quoique Bitrosse fut dans un cas différent, il crut devoir le comprendre dans ses poursuites sur l'indication, non de Bardin ni de sa femme; mais du sieur Abel, major de Metz, à la vigilance duquel il n'échappoit rien de ce qui s'y passoit. Donnera-t-on après cela l'emprisonnement de Bitrosse comme la preuve de la colere de la testatrice, la cause véritable & effective de sa haine & de son animosité contre la femme de Bardin?

Il peut encore moins se prévaloir du procès injuste que, sans aucun fondement, il avoit suscité à sa belle-mere. Il ne suffit pas, sans doute, qu'un enfant ait donné des sujets de plainte à son pere ou à sa mere, pour l'autoriser à quereller leurs dispositions. Les torts de Bardin & de sa femme, la vexation qu'ils ont faite à Anne de Bise, ne sont pas des moyens à alléguer contre son testament. Un mauvais procès peut indisposer celui à qui on le fait essuyer. Mais il seroit absurde de supposer qu'il n'en faut pas davantage pour effacer dans le cœur d'une mere tous les sentimens que la nature inspire, pour y substituer la haine à la tendresse. D'un côté, toujours facile à pardonner, elle est présumée avoir oublié des outrages bien plus sanglans qu'un procès: Anne Bitrosse en a fait l'épreuve. De l'autre, quand elle auroit donné des marques d'un juste ressentiment contre des enfans qui l'auroient offensée, son testament n'en seroit pas moins valable; parce que ce n'est pas assez que la colere soit prouvée; il faut qu'elle soit aussi injuste que violente: il faut que les enfans en aient été les victimes sans l'avoir mérité.

On trouve dans Soefve, tom. 2, cent. 2, ch. 62, un arrêt du 24 Avril 1651, rendu contre deux fils réduits à la légitime par une mere qu'ils avoient maltraitée. Rien de plus conforme à l'esprit des loix. Si un enfant ingrat offense son pere qu'il doit respecter, il seroit déraisonnable d'ôter à ce pere le pouvoir de l'en punir, pourvu qu'il ne se livre pas à ces mouvemens impétueux qui offusquent la raison. *Si non inconsulto calore, sed ex meritis ejus ad id odium incitatus est.* Le testament ne peut être annullé que quand il paroît l'ouvrage d'une passion qui a offusqué la raison. *Hoc calore quasi non sanæ mentis fuisset testator.*

Ricard que j'ai cité précédemment, n°. 7, établit que les dispositions » ne doivent » être cassées que quand il paroît que le pere qui les a faites dans le mouvement » d'une colere injuste, & au sujet de quelque mécontentement qui a été conçu mal- » à-propos de sa part, il parle ainsi à propos des enfans & des gendres qui, pré- » voyant que leur pere pouvoit faire quelques dispositions au profit de leurs autres » enfans, lui font des procès afin d'avoir occasion de disputer ses dispositions, & » de dire qu'elles ont été faites par un principe de colere & de haine... Ce seroit

Tit. VII.
Observ. 145.

13
Les offenses
que les enfans
font à leurs pe-
res & meres
ne prouvent
pas qu'ils en
soient haïs.

T. VII.
Objerv. 14e.

» armer les enfans contre leur pere.. Un enfant mal affectionné envers son pere,
» ne manqueroit jamais de lui susciter un procès, afin de se préparer des voies
» pour contester des actes qui auroient été faits par un principe de justice. L'ap-
plication se fait d'elle-même au procès injuste, insoutenable, dénué même de pré-
texte, que Bardin avoit intenté à sa belle-mere, à qui pour tout moyen, contre le
legs universel à elle fait par son mari, il reprochoit comme aujourd'hui que leur
conversion n'étoit pas sincere.

Ce procès déraisonnable, & qu'il a été forcé d'abandonner, prouve qu'il a man-
qué à la testatrice, mais ne prouve pas qu'elle haïssoit sa fille. La décision de Ri-
card, que les contestations qu'un enfant suscite à ses pere & mere ne peuvent être
alléguées comme des preuves de haine, est une maxime canonisée par les arrêts.
Elle fut établie par M. Talon, & adoptée par le parlement de Paris, lors de celui
qui est rapporté au 2e. tome du Journ. des audiences, *liv. I, ch. 57*. On en trouve
un autre dans les plaidoyers de Gillet, avec cette circonstance que dans les écri-
tures du procès, par lequel on vouloit faire tomber le testament, le pere avoit été
indignement traité par son fils. L'arrêt fameux du marquis de Béthune est en plus
forts termes. Ce seigneur attaquoit le testament de la dame de La Porte, son aïeule;
& pour preuve de la haine dont il l'accusoit d'avoir été animée contre lui au tems
du testament, il alléguoit dix-huit procès qu'il avoit avec elle à cette époque. Il n'en
restoit pas là, & pour supplément de preuve, il demandoit d'être admis à prouver
des faits de haine très-graves, articulés par requête; mais comme la haine ne pa-
roissoit en aucune maniere par le testament, l'arrêt du 10 Mai 1710, au rapport
de M. Dreux, confirma le testament.

14.
La preuve vo-
cale n'est ad-
missible que
quand la haine
paroît dans le
testament.

En effet, il est impossible qu'un testateur, entraîné par une passion injuste, aveuglé
par la haine, agité par les transports d'une colere violente, n'en laisse pas échapper
des marques dans un acte qui doit être le monument de sa vengeance. C'est là où
on doit principalement chercher les motifs qui l'ont fait agir. Les autres preuves ne
doivent servir que de supplément à celle-ci: & il faut les tirer de toute la con-
duite du testateur, des actes par lui faits dans sa famille, & des mauvais traitemens
que ses enfans en ont injustement essuyés.

Mais lorsqu'un pere n'a point marqué d'averfion pour ses enfans, ni en les chas-
sant de sa maison, ni en les maltraitant sans sujet, ni par aucun acte de famille qui
leur soit défavantageux, ni par les expressions & les clauses de son testament, sa con-
duite fournit une preuve certaine, son testament une preuve écrite, qu'il ne les
haïssoit pas: & contre cette double preuve, il n'y a point de preuve testimoniale
à admettre. Voilà ce qui a fait rejeter les faits posés par le marquis de Béthune,
& doit faire rejeter ceux posés par Bardin.

Avant & après la mort de son beau-pere, avant & après le testament de sa
belle-mere, Bardin & sa femme ont été reçus dans la maison paternelle toutes les

fois que leurs affaires les ont amenés à Metz. Ils y ont souvent trouvé les secours qu'exigeoit le mauvais état de leur fortune ; que la défunte ait montré une forte indignation contre Anne Bitroffe avant son mariage, les écarts de la fille & la vertu de la mere ne justifient que trop ce sentiment ; que la testatrice ait témoigné du ressentiment contre Bardin à l'occasion du procès vexatoire qu'il lui suscitoit, rien de plus naturel ; qu'elle ait hautement & vivement blâmé le peu d'arrangement & d'économie de cet homme & de sa femme, qu'ils l'aient indisposé par leurs dissipations, pouvoient-elles ne lui pas déplaire ? Qu'elle les ait, si l'on veut, menacé de les en punir, l'a-t-elle fait ? C'est à quoi il faut en revenir. Des mouvemens passagers, & qui n'étoient que très-bien fondés, ne peuvent pas donner atteinte à son testament. Pour l'annuler, il faudroit pouvoir l'imputer à des passions injustes, violentes, enracinées dans son cœur, & dont il n'est pas même possible de la soupçonner, dès que son testament ne contient que des dispositions aussi justes que sages, & dont les intimes, à qui leur part héréditaire est laissée toute entiere, ne se plaindroient pas, s'ils vouloient user de cette succession en bons peres de famille, & conserver à leurs héritiers ce qu'ils tiennent de la testatrice.

Malgré ces moyens, M. l'avocat-général Royer, trop prévenu que la conversion de Bitroffe, pere, & de sa femme n'avoit pas été sincère, pensa qu'il étoit possible que l'abjuration eut inspiré à la testatrice des sentimens de haine contre sa fille : & estima qu'il falloit admettre la preuve des faits de haine qui étoient fortement articulés. Mais par un arrêt plus conforme aux principes, & qui fut rendu le 26 Novembre 1722, la cour infirma la sentence du bailliage, & sous le mérite des déclarations contenues dans les défenses de Jean & de Barbe Bitroffe, qu'ils ne prétendoient pas que la légitime de leur sœur fut comprise dans la substitution, elle ordonna au surplus l'exécution du testament.

J'ai rapporté ci-dessus, n°. 1, ce que dit Ricard, » qu'il y a une différence à faire » entre les héritiers de la ligne directe, & ceux de la collatérale. Mais on ne doit pas conclure de-là qu'un testateur puisse exclure ses collatéraux de sa succession, sans autre motif que celui de satisfaire sa haine, sa colere ou sa vengeance. Je ne puis admettre sans de très-grandes restrictions, ce que dit Ferriere, sur l'art. 298, gl. 1, n. 18, que le principe qui annule tout » testament fait *ab irato*, n'a pas » lieu quand les dispositions sont faites au préjudice des collatéraux ; & il faut observer qu'il ajoute : en haine de quels on ne les présume pas faites, parce que les biens d'un défunt ne sont pas censés leur devoir appartenir, comme à ses enfans. Ce qui est plus exact, & ce qui, sans adoucir suffisamment ce que l'affertion qui précède a de trop dur, montre cependant en quoi consiste la différence entre les deux lignes. Du seul fait qu'un pere prive, sans cause raisonnable, un de ses enfans de sa succession, il est présumé le haïr ; & pour peu qu'il ait donné d'ailleurs d'autres marques d'averfion contre ses enfans, il est censé s'être livré aux impres-

25.
On ne peut
tester par haine
ou par colere
contre ses col-
latéraux.

sions d'une passion injuste. Mais comme on ne doit rien à ses collatéraux, un testateur ne peut être présumé les haïr, par cela seul qu'il ne leur a rien laissé. Non-seulement il faut d'autres preuves de haine que cette privation, mais, suivant Ricard, il faut qu'elle ait été la seule source de la disposition. » Quoique la haine
 » contre son héritier s'y rencontre, dit-il, n. 628, elle n'est point considérable pour
 » donner atteinte au testament, si ce n'est qu'il paroisse que la donation ne soit
 » faite que par un pur motif de vengeance, & sans dessein de gratifier le donataire...;
 » car autrement ne pouvant prétendre que le véritable motif de la donation n'est
 » pas tant le dessein de priver son héritier de son bien, que de favoriser le dona-
 » taire, le fait de haine que peut articuler l'héritier n'est point recevable pour
 » donner atteinte à la donation, ni au testament. » Ricard convient donc que, si
 la haine des collatéraux a été le principe des dispositions, elle les rend nulles; mais
 il me semble qu'il limite trop cette maxime: & même qu'il la rend illusoire. Pour
 que la haine soit un moyen de nullité en collatérale, il faut, sans doute, qu'elle
 ait été le principal motif de la disposition. Mais faut-il qu'il soit prouvé qu'elle en
 a été l'unique motif? Suffit-il, pour la faire confirmer, d'alléguer vaguement qu'il
 peut se faire que le testateur ait eu intention de favoriser son légataire? En ce cas,
 jamais on ne pourra prononcer la nullité; car comment, & dans quel cas pourra-
 t-il paroître que la donation ait été faite sans aucun dessein de gratifier le dona-
 taire? Du seul fait que le donateur a jeté les yeux sur lui, & lui a destiné ses
 biens par préférence à tout autre, il sera fondé à prétendre que le véritable motif de
 la donation a été de le gratifier. Si donc la seule allégation de ce motif suffisoit,
 même lorsque la haine contre l'héritier est prouvée, jamais cette défen-
 se ne manqueroit au donataire. On peut même dire que la donation seule la
 rendroit toujours vraisemblable. Ainsi, à moins que le donateur n'eut dit qu'il ne
 faisoit aucun cas de son donataire, & qu'il n'avoit pour lui ni affection, ni bonne
 volonté, trait d'ineptie dont un testateur ne fera jamais capable, il ne pourra ja-
 mais paroître que la donation a été faite sans aucun dessein de gratifier le dona-
 taire. Quelles que soient les expressions de Ricard, il ne faut pas sans doute
 les entendre dans un sens qui les rendroit absurdes. Il a seulement voulu dire
 que, quoiqu'il paroisse que le testateur avoit de l'aversion pour son plus proche
 parent collatéral, les dispositions ne laissent pas de subsister, s'il paroît aussi
 qu'il avoit une vraie affection pour celui qu'il a préféré à son héritier naturel.
 Si donc la haine est prouvée, ce n'est pas assez qu'on puisse alléguer vague-
 ment qu'elle peut n'avoir pas été la source de la disposition, & qu'elle peut
 avoir eu pour motif la bienveillance du défunt pour son légataire. Il faut, en
 ce cas, que son affection soit assurée par des preuves, au moins aussi fortes que
 celles de la haine.

En un mot, je ne crois pas plus permis de dépouiller ses collatéraux que ses en-
 fans.

sans, en se livrant aux transports fougueux d'une passion que la droite raison & la nature condamnent, aussi-bien que la religion. C'est, ce me semble, la principale raison qui fait prononcer la nullité des testamens qui contiennent quelque chose d'injurieux aux collatéraux; car, quoiqu'il y ait cette autre différence entre les deux lignes, que pour déshériter un enfant, comme pour substituer toute sa portion héréditaire, il faut exprimer les motifs de la disposition; & qu'un testateur n'est jamais obligé de dire pourquoi il greve un collatéral d'un fidéicommiss, ni même pourquoi il ne lui laisse rien du tout. Il ne résulte de-là, selon moi, rien autre chose sinon qu'une cause injurieuse à l'héritier collatéral, décele l'esprit d'aigreur & d'animosité dans lequel le testateur a disposé, parce qu'il l'a exprimé sans nécessité: c'est donc en ce cas la passion dont il étoit agité qui fait casser son testament. Si on supposoit qu'elle n'a pas influé sur ses dispositions, pourroit-on les annuler sous le seul prétexte qu'il y auroit dit, par exemple, qu'il ne laissoit rien à son parent, parce qu'il manquoit de conduite, & courroit à sa ruine par des dépenses indifférentes, ou bien parce que ce parent n'avoit jamais eu pour lui l'affection que le sang devoit lui inspirer? Ces reproches trop foibles pour être regardés comme une de ces injures qui exigent une réparation, ne donnent atteinte au testament que parce qu'ils prouvent que le testateur avoit plus que de l'indifférence pour son héritier naturel: & c'est, je crois, parce que souvent ils ne le prouvent pas, qu'il n'est pas rare que des expressions bien plus injurieuses que celles-là, ne soient pas regardées comme suffisantes pour donner atteinte aux testamens préjudiciables aux collatéraux.

C'est ce qu'atteste Mornac sur la [L. 21, *cod. de inoff. testamen. solemnnes enim plures causæ ad ejusmodi fratrum testamenta agitata sunt: quod fratres superstites exheredati essent, cum elogio, convitio, maledicto, notâ & contumeliâ... sed in paucis tamen successit illa expositulatio; valuitque nihilominus liber testatoris stylus, in exheredatos fratres, eorumque filios & filias. Et cela doit être ainsi quand les convices ne sont pas calomnieux, que les collatéraux ont mérité les reproches que leur fait le testateur; & qu'au surplus il a disposé en faveur de personnes qui lui sont également proches, & qu'une conduite différente a dû lui rendre cher (1).*

Au surplus la remarque de Ferriere, *ubi sup. n. 17*, » que cette question dépend » beaucoup des circonstances, suivant lesquelles les cours ont coutume de régler » leurs décisions », n'est pas moins vraie dans la ligne collatérale, que dans la directe, dont l'auteur parle. C'est pourquoi *il est plus sûr de ne point faire mention*

TIT. VII.
Observ. 146.

16.
Les dispositions injurieuses aux collatéraux rendent les testamens nuls.

17
Quand elles prouvent l'aversion du testateur pour l'héritier.

(1) Voy. l'arrêt du 14 Janvier 1733, rapporté par M. D... sur l'art. 12 du tit. 11 de la coutume de l'Evêché, & rendu à son rapport.

TIT. VII.
Observ. 14e.

des collatéraux, *que de les blâmer*, comme le dit Ancillon à la fin de son explication de l'art. 8 du tit. 8, dont M. D... a copié les termes, & d'après lequel il cite le passage de Mornac, qu'on vient de lire. Je dirai cependant, obs. 17, n. 10, que le testateur doit exprimer les causes qui peuvent l'autoriser à ôter à ses collatéraux les biens que la coutume l'obligeoit de leur laisser.



OBSERVATION XV.

*Des Coutumes où l'égalité est, ou n'est pas nécessaire entre Enfans,
& entre les autres Héritiers.*

TIT. VII
Observ. 15^e.

QUOIQUE la nature & la raison parussent prescrire aux peres & meres de partager également leur affection & leurs biens entre tous leurs enfans, sans distinction d'âge, ni de sexe, on peut dire que cette égalité parfaite & absolue n'a été rendue nécessaire par aucune loi. Par celle des Israélites, dont Dieu même étoit l'auteur, l'aîné des mâles emportoit une double part; & elle ne pouvoit lui être ôtée, quoique né d'une femme odieuse à son mari. *Filium odiosæ agnoscet primogenitum, dabitque ei de his quæ habuerit, cuncta duplicia, iste est enim principium liberorum ejus, & huic debentur primogenita. Deuter, 21, 17*: & les filles ne succédoient qu'à défaut des mâles, *homo cum mortuus fuerit absque filio, ad filiam ejus transibit hereditas. Num. 278 (1)*; les coutumes des juifs de Metz vont plus loin. Elles portent, *tit. 4, ch. 1, art. 1*, » en toutes successions, les mâles, ou leurs représentans excluent les femelles: & n'ont rien les filles à prétendre dans la succession de leur pere, qu'une dot pour leur subsistance, ou mariage, si elles ont des freres, ou représentans d'iceux «: ce qu'elles fondent sur la loi orale (2).

1.
L'égalité absolue & nécessaire n'a été établie par aucune loi.

» Par l'ancien droit des Romains, les enfans émancipés étoient exclus par leurs freres, qui étoient demeurés dans la famille, sous la puissance paternelle: ceux des filles étoient exclus de la succession de leur aïeul maternel par les fils & par leurs enfans... sans différence de sexe. *Loix civiles, tom. 1, part. 2, liv. 2, tit. 1, sect. 2, au préambule*. Mais l'égalité ne fut établie par-là que dans les successions de ceux qui n'avoient pas disposé; & même après l'établissement de la légitime, les peres & meres conserverent toujours le pouvoir de partager très-inégalement leurs enfans, soit par des donations entre vifs ou par testament: ce qu'ils peuvent en-

(1) Chez les mahometans le fils aura autant que deux filles: *Alcoran, ch. des femmes, pag. 85, & 114 de la traduction de Du Ryer 1649.*

(2) C'est-à-dire sur le talmud & les traditions des rabbins, dont, par un étrange aveuglement les juifs, excepté les caraites, font beaucoup plus de cas que du pentateuque.

Tit. VII.
Observ. 150.

core dans les provinces régies par le droit écrit, & dans un grand nombre de nos coutumes.

D'ailleurs dans la vue de soutenir les familles, presque toutes coutumes ont établi des prérogatives plus ou moins étendues en faveur des aînés contre les cadets, & des mâles contre les filles. L'égalité entre enfans n'est donc nulle part absolument parfaite, & nécessaire tout ensemble. Mais quoique tant de loix partagent bien inégalement les enfans, on peut pourtant dire que leur voeu général, & que leur pere dans la distribution des biens, dont elles ne disposent pas en faveur de quel qu'un des enfans par préférence aux autres, observe entr'eux une exacte égalité, & que beaucoup de coutumes lui en imposent la nécessité.

2.
Coutumes d'égalité entre les enfans venant à la succession.

Les unes, & c'est le plus grand nombre, la bornent aux enfans qui veulent partager la succession de leur pere, ou de leur mere, ou d'un autre ascendant. *Pere & mere*, dit la coutumes de Paris, art. 303, *ne peuvent par donation faite entre vifs, par testament, & ordonnance de dernière volonté, ou autrement, en maniere quelconque, avantager leurs enfans VENANS A LEUR SUCCESSION l'un plus que l'autre.* L'art. suivant ajoute, *les enfans VENANS A LA SUCCESSION de pere, ou mere, doivent rapporter ce qui leur a été donné... pour être mis en partage... ou moins prendre* & l'art. 307, *néanmoins, ou celui auquel on auroit donné, se voudroit tenir de son don, faire le peut, en s'abstenant de l'hérédité, la légitime réservée aux autres enfans.* Toutes ces dispositions sont à peu près conformes à celles des coutumes de Vermandois, art. 88, 91, & 94; de Calais, art. 95; de Mantes, art. 162; de Sens, art. 263, 265, & 269; de Dreux, art. 91; de Blois, art. 167; de Montfort, art. 95, 96, & 97; de Melun, art. 274; de Dourdan, art. 107, & 108; de Troyes, art. 113; de Meaux, art. 12; de Clermont, art. 129; de Chartres, art. 100; d'Auxerre, art. 244; de Château-Neuf, art. 123, &c. On peut donc regarder la nécessité de l'égalité entre les enfans qui appréhendent la succession de leur pere, mere, ou autres ascendants, à l'exception des prérogatives coutumieres de l'aîné, & des mâles, & la liberté que les enfans avantagés ont de conserver en renonçant à la succession, les dons & legs qui leur ont été faits entre vifs, ou par testament, en biens disponibles, pourvu que la légitime des autres enfans ne soit pas blessée, comme deux regles de droit commun coutumier du royaume.

3.
Les enfans ne peuvent s'en tenir aux biens disponibles à eux donnés par testament.

Mais en est-il de même des legs faits aux enfans non disponibles? Ricard, *sur l'art. 272 de la coutume de Paris*, & De Ruffon *des propres*, ch. 3, sect. 7, réfutent l'opinion de Tronçon, qui pensoit que les peres & meres peuvent avantager, non-seulement par donation entre vifs, mais par testament, leurs enfans, en ce que bon leur semble, quand ces enfans se tiennent à leur don. Tous deux établissent que les dons excessifs faits aux enfans qui renoncent, peuvent être réduits à la réquisition des enfans qui se portent pour héritiers, par deux moyens; l'un, en demandant leur légitime; l'autre, en se tenant aux quatre quints des propres. Et Ferriere, *sur l'art. 295, §. 1. L.*, après avoir, n. 17 & suiv. essayé de repousser le reproche d'erreur fait à Tron-

gon, finit au n. 24, par avouer que l'opinion commune est celle de Ricard, & de De Ruffon, & qu'il faut s'y rendre.

Mais il faut prendre garde que ces derniers ne donnent aux enfans qui se portent héritiers, le droit de révendiquer les quatre quintes des propres à ceux qui renoncent, que quand le don leur en a été fait par testament. En sorte que s'il a été fait entre vifs, les donataires peuvent les conserver, en renonçant à la succession du donateur, sauf la légitime des autres enfans. Telles sont les règles générales dans les termes du droit commun coutumier, & sans ce que je vais dire des coutumes qui s'en écartent. Ces questions ne font point de difficulté dans le ressort où l'on ne s'est jamais avisé de prétendre que les peres eussent plus de liberté de tester de leurs biens non disponibles, entre leurs enfans qu'autrement.

Mais il y a des coutumes qui permettent d'avantager, ou indistinctement, ou du moins dans certaines especes de biens, même les enfans de celui qui viennent à la succession de celui qui les a gratifiés. Et il y en a d'autres qui, tout au contraire, ne souffrent pas que les enfans, même ceux qui renoncent, soient plus avantagés que leurs freres & soeurs.

Du nombre des premiers est notre coutume de Metz. *Peuvent les peres & meres, par donation faite entre vifs, testament, ou ordonnance de dernière volonté, contrat de mariage, ou autrement, avantager l'un de leurs enfans plus que l'autre, en meubles & gagiere seulement, art. 4 du tit. 7. Avantages en meubles, deniers, ou gagieres faits par pere, ou mere à aucuns de leurs enfans, ne sont sujets à rapport s'il n'est dit, art. 11 du tit. 11.* Il est vrai que par arrêt du 19 Juillet 1642, le parlement de Metz a jugé que tout ce que les peres & meres donnent à leurs enfans étoit censé donné en avancement d'hoirie, & par conséquent à charge de rapport: à moins qu'ils n'aient marqué que leur intention étoit de donner par préciput. Mais cela même confirme qu'ils ne sont pas obligés de conserver l'égalité entre leurs enfans, venans à leur succession.

Au reste, quelques-uns ont cru que cet arrêt de 1642, toujours suivi depuis, avoit dérogé à la coutume, & l'avoit corrigée, & M. D. en disant qu'il a réduit les choses au droit commun, suivant lequel les enfans doivent apporter les biens à eux donnés, s'ils veulent partager la succession, à moins qu'ils n'aient été expressément dispensés du rapport, semble avoir cru que l'esprit de notre coutume étoit qu'ils ne les rapportassent pas s'ils n'en étoient expressément chargés. Mais, comme il le remarque lui-même, les termes d'avantage & d'avantager dont elle se sert, montrent qu'elle n'a entendu parler que des donations par préciput, & hors part. J'avoue que le mots *s'il n'est dit*, pouvoient rendre l'intention de la coutume douteuse; parce qu'on ne dit pas qu'on rapportera ce qu'on entend donner au-delà de la portion héréditaire. Mais le style des rédacteurs de notre coutume n'étoit pas si exact: on y

TIT. VII.
Oblerv. 156.

4.
Savoir s'ils leur
ont été donnés
entre vifs.

5.
A Metz, les
enfans peuvent
être avantagés
quoiqu'ils vien-
nent à la suc-
cession, en
meubles & ga-
gieres.

6.
Mais il faut
que l'avantage
soit express.

TIT. VI.
Objerv. 13e.

trouve en bien des endroits des expressions louches, qui donneroient un sens faux, si on les pressoit.

Je crois donc qu'ils ont voulu dire que les choses données, dans le dessein d'avantager un enfant plus que les autres, n'étoient pas sujettes à rapport, à moins qu'il ne parut que cet avantage ne devoit consister que dans la jouissance des choses données, jusqu'à l'ouverture de la succession, & qu'il ne fut dit qu'elles y seroient rapportées. En donnant ce sens à la coutume, l'arrêt de 1642 l'aura interprété conformément à son véritable esprit: si par ce mot *avantage*, on entendoit toute donation faite à un enfant, il faudroit dire que cet arrêt a jugé contrairement à la coutume: ce qui n'est jamais permis, *non de legibus, sed secundum leges judicandum.*

7.
En Lorraine,
en meubles &
acquêts.

La coutume de Lorraine permet aux peres de partager inégalement leurs enfans en meubles & acquêts, par donation entre vifs, *art. uniq. du tit. 10, aux nouvelles;* & par testament, *art. 1 du tit. II, aussi aux nouvelles. M. D...* en convient, *ibid.*

8.
Dans le Lu-
xembourg en
tous biens.

Il ajoute que celle de Luxembourg permet les avantages entre enfans, en toutes fortes de biens par testament, suivant l'art. 3 du tit. 10: » *mais non entre vifs; l'art. 4 du tit. 11 portant que les enfans voulant succéder à leur pere ou mere, aïeul ou aïeule, sont tenus de rapporter en la masse de leur hérédité les mariages, dots & autres avantages reçus d'eux, ou prendre autant moins en ladite hérédité à leur choix.* Mais cette disposition, qui n'est que l'écho de la l. 17, *cod. de collat. in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum, tam dos quam ante nuptias donatio conferatur*, doit être entendue comme cette loi, & restreinte aux constitutions de dots, & autres donations faites purement & simplement, & dès-lors censées faites en simple avancement d'hoirie. D'où il n'est pas possible de conclure que ces donations ne puissent pas être faites pour par le donataire en jouir par préciput, & qu'alors il ne soit pas dispensé du rapport. *Sancimus... sive quispiam intestatus moriatur, sive testatus: omnino esse collationes, & exinde aequalitatem... nisi expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem.* Ce sont donc deux regles de droit commun, que le rapport des choses données par un ascendant à celui qui veut prendre part à la succession a lieu de plein droit, & sans qu'il soit nécessaire que la donation charge le donataire de rapporter, & qu'il peut en être dispensé par le donateur, auquel cas le rapport cesse, & l'enfant conserve les choses données par préciput, & hors part. Ces deux regles ne sont pas moins suivies dans la coutume de Luxembourg que dans les provinces qui se régissent nuement par le droit écrit. La seconde n'est pas expressément tracée dans la coutume; mais pour l'y adopter, il suffit qu'elle ne la rejette pas; puisque le droit romain régle dans le Luxembourg tout ce que la coutume n'a pas décidé au contraire.

9.
Et entre enfans
comme par
testament.

On a dû s'apercevoir plus d'une fois que M. D... timidement & trop scrupuleusement attaché à la lettre des coutumes, oublie souvent que *scire leges, non hoc est*

verba eorum tenere, sed vim ac potestatem. L. 17, ff. de legib. Cependant on ne comprend pas comment il a pu trouver dans l'art. 4 du tit. 11 de la coutume de Luxembourg qui, conformément au droit commun, ordonnoit en général le rapport des choses données en mariage ou autrement, que contrairement au droit commun, l'enfant donataire qu'il avoit pouvoir être avantagé par testament, ne pouvoit pas l'être par un acte entre vifs (1). Il savoit sans doute que les inconvéniens des donations testamentaires étant, sans comparaison, beaucoup plus grands que ceux des donations entre vifs, il est souvent interdit de disposer en mourant de certains biens qu'on auroit pu donner par contrat : mais jamais de donner entre vifs les choses dont on peut disposer par testament : en sorte que le sens qu'il donne à la coutume de Luxembourg seroit une bizarrerie sans exemple (2), & d'ailleurs dénuée de fondement & de raison.

L'interprétation qu'il donne au même endroit à la coutume de l'Evêché n'est pas non plus sans quelque difficulté. » Elle admet, dit-il, les avantages entre enfans en meubles seulement, suivant l'art. 2 du tit. 10 des testamens, & en meubles ou immeubles entre vifs, suivant l'art. 7 du tit. 11, à charge de rapport ; à moins que le donateur n'en ait disposé autrement ; que les avantages en meubles soient permis dans cette coutume, tant entre vifs que par testament, & qu'en immeubles ils soient défendus par testament ; cela est certain : que même un enfant, donataire d'un immeuble entre vifs, ne puisse pas être obligé d'en repartager les autres enfans, lorsqu'il renonce à la succession du donateur ; cela doit encore être admis, s'il est né du même mariage que les autres enfans qui veulent l'obliger à rapporter ; parce que l'art. 1 du tit. 8 autorise indéfiniment les donations entre vifs des immeubles, pourvu que le donataire en soit mis en possession réelle & actuelle. Mais que l'enfant donataire, s'il demande sa part dans la succession, ne soit pas obligé de rapporter les immeubles situés dans l'Evêché, qui lui ont été donnés sous prétexte que cette donation lui a été faite par préciput ; on pourroit en douter. D'abord le mot *immeuble* ne se trouve pas dans l'art. 7 du tit. 11. Il porte : *Deniers & autres choses données en mariage sont sujettes à rapport par ceux qui veulent entrer en partage : si donc il n'apparoît clairement le donateur en avoir autrement disposé.* Or ces mots, *deniers & autres choses*, ne sont gueres propres à désigner les immeubles ; & il y a toute apparence que si l'intention des rédacteurs de la coutume eut été de les comprendre dans cet article, ils ne se seroient pas servi d'une expression qui semble ne désigner que des choses aussi mobilières que le sont les deniers comp-

TIT. VII.
Obierv. 15e.

Comment & de
quoi ils peu-
vent être avan-
tagés dans l'E-
vêché.

(1) Ancillon sur l'art. 11 du tit. 11 de la coutume de Metz, l'avoit dit avant lui, & c'est peut-être ce qui l'a induit en erreur.

(2) Il y a pourtant quelque chose d'approchant dans la coutume de Bourbonnois. Voy. ci-dessous, R. II.

TIT. VII.
Observ. 130.

tans (1). On pourroit donc n'entendre cette disposition que des meubles, à l'égard desquels elle établit la règle ordinaire, qu'entre enfans, ils doivent être rapportés, si le donataire n'en a pas été dispensé. J'avoue cependant que cette réflexion n'est pas absolument décisive, parce qu'elle supposeroit dans les rédacteurs de nos coutumes une attention qu'ils n'ont presque jamais eue d'éviter les expressions trop vagues, & de choisir les plus propres à fixer l'objet, & les bornes de leurs dispositions.

Une autre réflexion plus forte, c'est que la coutume de l'Evêché destine & assure les immeubles aux enfans, comme celle de Metz leur destine & leur assure les tréfonds : que dans toutes deux, les enfans du premier lit emportent seuls ceux de ces biens qui sont ou des anciens, ou des acquêts faits par le pere jusqu'au jour qu'il est passé à de secondes nôces ; que dans toutes deux, les enfans des autres lits n'ont que les acquêts faits pendant le mariage dont ils sont nés, & la viduité suivante ; que dans toutes deux, ce qui vient d'être dit n'a lieu que dans la succession du pere, & non dans celle de la mere ; que dans toutes deux, ces biens, soit anciens ou acquêts, sont exclus de la disposition testamentaire. Tant de conformités entre ces deux coutumes sur des points dans lesquels elles s'écartent de toutes les autres, semblent devoir faire penser que la disposition de la coutume de Metz, *art. 4. du tit. 7*, ayant un rapport manifeste à toutes les précédentes ; puisque c'est en quelque sorte le complément de l'affectation des tréfonds aux enfans de divers lits, que la défense d'avantager entre vifs l'un plus que l'autre en biens de cette espece ; on doit suppléer cette prohibition quant aux immeubles dans la coutume de l'Evêché.

Mais, d'un autre côté, on peut répondre qu'elle ne s'y trouve pas ; & que comme il est contraire à la règle ordinaire, que les enfans ne puissent pas être avantagés par donations entre vifs de toutes sortes de biens, même non disponibles, par testament, pourvu qu'ils renoncent à la succession. Voy. le n. 5 ci-dessus. On ne peut sous-entendre une disposition dérogoratoire au droit commun dans la coutume de l'Evêché : puisqu'elle n'y est pas écrite comme dans celle de Metz.

Ainsi la question est problématique, quand tous les enfans sont d'un même lit. Mais je ne fais du moins aucun doute que les enfans avantagés par le pere, entre vifs, d'un immeuble affecté par la coutume de l'Evêché à ceux d'un autre mariage, ne pourroient le conserver au préjudice de ceux-ci, non-seulement par préciput, & en venant à la succession, mais pas même en y renonçant ; parce que l'esprit de la coutume est d'assurer aux enfans du premier lit tout l'ancien du pere, & tous les

(1) Ramberviller, art. 2 de son tit. 3, avoit même dit : *Si doneques pour l'égard des derniers & meubles il n'apparoissoit clairement iceux avoir été donnés par préciput non sujet à rapport.*

acquêts du premier mariage & de la viduité suivante : & réciproquement, aux autres enfans tous les acquêts du mariage dont ils sont issus : affectation que le pere n'est pas le maître de rendre vaine & inutile par des donations entre vifs, qui, en directe descendante, ne sont jamais, comme je l'ai dit plus d'une fois, que des avanceemens d'hoirie.

TIT. VII.
Observ. 130.

Par la coutume de Verdun, on peut donner entre vifs même la totalité de ses propres; art. 110. Ces donations peuvent être faites aux enfans par préciput; & alors ils sont dispensés du rapport; art. 139. Ainsi les enfans peuvent être avantagés entre vifs en toutes sortes de biens; mais comme on ne peut tester que du tiers des propres, les avantages faits par testament ne peuvent comprendre les deux autres tiers.

10.
A Verdun.

La même distinction n'a pas lieu dans le pays toulois, où la liberté de tester & d'avantager tels de ses enfans qu'on juge à propos, est aussi indéfinie que dans les pays de droit écrit.

11.
A Toul.

Les préciputs & la dispense de rapporter sont aussi autorisés par plusieurs autres coutumes du royaume. Berry, tit. 7, art. 10; Nivernois, ch. 27, art. 11; Bayonne, tit. 11, art. 6; Ribemont, art. 78; Rheims, art. 23; Bordeaux, art. 63; Saintonge, art. 84 & 87; La Marche, art. 212. Voy. ci-après le tit. 8, observ. 7, n^o. 4.

12.
Coutumes où les enfans qui viennent à la succession peuvent être avantagés.

Je mets dans la même classe la coutume d'Amiens, qui, art. 93, dit que, lorsque tous les enfans ont été mariés; ce qui sous-entend qu'ils ont été dotés, il n'y a point de rapport entr'eux; *quid*, dit Dumoulin cité par Ricard sur cet article, *tunc satis apparet, quod parens voluit eos esse inæquales. Idem ergo si omnibus bona sua donasset, vel distribuisset inæqualiter, etiam extra matrimonium*. Cette disposition de la coutume d'Amiens qui, sans que les enfans aient été expressément dispensés du rapport, le fait cesser de plein droit, lorsque tous ont reçu des dons, quoiqu'ils puissent être fort inégaux, me paroît une grande singularité. Elle a cependant quelque rapport à la coutume de Bourbonnois, art. 217, qui, par une autre bizarrerie, défend de donner entre vifs, hors contrat de mariage, à ses enfans: & encore plus à celle de Chauny, art. 13 & 19, qui ne veut pas que l'égalité entre les enfans puisse être violée par testament; mais qui les dispense de rapporter ce qui leur a été donné en mariage, s'il n'a pas été dit qu'ils rapporteroient. Sur quoi Dumoulin a fait cette note: *Stulta & iniqua consuetudo respectu linæ directæ, & certè indiget recognitione & correctione*.

Il n'est pas besoin de dire que par tout la permission d'avantager un des enfans exprime, ou sous-entend que la légitime sera conservée aux autres.

Rien n'est plus opposé que les coutumes dont il vient d'être question, & celles qui, tout au contraire, ne permettent pas aux enfans de s'en tenir à leurs dons & legs, même en renonçant à la succession; & veulent que tout soit rapporté, remis en masse, & partagé. Ces dernières, qui ne souffrent aucune atteinte, par quelques

13.
Coutumes qui obligent les enfans à rapporter, quoiqu'ils renoncent.

Tit. VII.
Observ. 150.

voies que ce soit , à la plus rigoureuse égalité entre les enfans , peuvent être regardées comme un reste des usages de nos premiers ancêtres. *Filiis autem* , disoit d'Agobert dans un capit. de l'an 630. *Cap. 5. , art. 9. , rapporté par Baluse , tom. 1. , col. 44. , aut filibus , super duodecim solidos , uni plusquam alteri nihil condonare , vel conscribere permittimus ; quod si quis fecerit , irritum habeatur.*

140.
Vitry.

L'art. 99 de la coutume de Vitry porte qu'un homme ou une femme ne peut avantager , par legs testamentaires ni autrement , l'un de leurs enfans plus que l'autre , & si fait l'ont , ledit legs est nul , s'il n'étoit fait du consentement des freres & sœurs du dit légataire (1) ; & encore tel légataire seroit tenu , s'il vouloit venir à la succession du testateur , de conférer & de rapporter ledit legs : & s'il vouloit renoncer à ladite succession , & soit tenir audit legs , faire le pourroit : n'étoit qu'il fut trop excessif & inofficieux. Ce qui sembleroit devoir faire mettre cette coutume au nombre de celles qui dispensent les enfans du rapport , lorsqu'ils s'abstiennent de la succession du donateur ; car , l'exception du legs trop excessif & inofficieux , par laquelle l'art. finit , pourroit s'entendre d'une disposition qui blesse la légitime. Aussi Saligny a remarqué sur cet art. que Brodeau » a réputé cette coutume au nombre de celles auxquelles il est permis de renoncer , & de se tenir à ses avantages , sans charge de dette ni d'égalité «.

150.
Bar.

On pourroit prendre la même idée de la coutume de Bar , dont l'art. 100 dit simplement » qu'une personne ne peut avantager l'un de ses enfans plus que l'autre ; & convient tout rapporter après le trépas du pere & de la mere , avant partager faire «. L'art. 134 , n'en dit pas davantage ; & tous deux sembleroient ne rendre le rapport nécessaire , qu'entre enfans venans à la succession. Le commencement de l'art. 138 paroïssoit même aller plus loin , & dispenser de rapporter ce qui n'a été donné à un enfant qu'à charge de rapport , lorsqu'il consent » de se tenir à ce qui lui a été donné , sans venir à la succession du donateur ; mais il est ajouté : pourvu » qu'il n'exécède sa part héréditaire ; & sera tenu payer sa part des dettes du défunt «. En sorte que dans cette coutume , l'égalité entre les enfans ne peut être violée par des donations , même entre vifs , quoique les enfans avantagés renoncent à la succession , & qu'ils ne peuvent y renoncer , pour s'en tenir à leurs dons , que quand ces dons n'excedent pas leur portion héréditaire. C'est aussi ce qui a lieu dans la coutume de Vitry , en conséquence de l'art. 73 , qui dit , de même que les enfans dotés se peuvent venir , si bon leur semble , à ce qui leur a ainsi été donné en mariage , & renoncer à

(1) J'ai si souvent parlé du danger de ces consentemens presque toujours présumés , extorqués , qu'il est assez inutile de répéter , que les coutumes qui les admettent , ne peuvent s'entendre que d'un consentement parfaitement libre ; & que les freres & sœurs alléguant qu'ils ne l'ont accordé que parce qu'ils n'ont osé le refuser , & dans la crainte que le testateur ne fût pis , il ne pourroit plus valider une disposition prohibée.

la succession de leurs dits peres & meres, au cas toutefois que leur don de mariage ne fut excessif, ET INOFFICIEUX EU ÉGARD A LA PORTION CONTINGENTE QU'ILS EUSSENT PU AVOIR en ladite succession. Aussi l'usage dans ces deux coutumes ne permet pas qu'un enfant soit avantagé au-delà de la portion héréditaire; & cet usage est attesté pour Vitry, par Saligny sur cet art. 73, Vbo. eu égard; où il dit qu'à Vitry la légitime c'est l'égalité: & pour Bar, par Le Paige, sur l'art. 100, rapporté en ces termes; » la renonciation que pourroit faire un enfant à la succession de ses » pere & mere ne l'exempte pas du rapport, en ce qui excède sa part héréditaire «; & sur l'art. 138, Vbo. pourvu qu'il n'excède, où il dit: » autrement, c'est-à-dire, » quand le don est plus fort que n'eut été la part héréditaire, il faut rapporter ut aqua- » litas servetur «.

La même règle a lieu dans la coutume de Châlons en conséquence de l'art. 100, & des suivans; dans celle de Dunois, art. 64; & dans celle de St. Mihiel, tit. 4, art. 4. Le parlement de Metz l'a ainsi jugé dans cette dernière coutume, par arrêt du 26 Juin 1677, que je rapporte dans mes extraits du rec. d'arr. par Ancillon, pag. 52, n. 78.

16.
St. Mihiel.

Il s'agissoit d'une donation d'immeubles faite par un pere & une mere dans le contrat de mariage de leur fils cadet, à qui son frere aîné, & ses deux sœurs en demandoient le rapport; & qui, pour s'en dispenser, renonçoit aux successions paternelle & maternelle. La femme du donataire qui pouvoit dire ne s'être mariée que sur la foi de la donation, étoit intervenue; ce qui n'empêcha pas la cour de confirmer la sentence du bailliage de Pont-à-Mousson, par laquelle il avoit été ordonné que tous les enfans rapporteroient dans une masse commune les biens à eux donnés par leurs pere & mere, pour être partagé entr'eux, suivant la coutume: sauf à l'intervenante son action, pour ses pactes matrimoniaux sur les biens donnés à son mari, & défenses au contraire (1).

Mais l'action qui lui étoit réservée, étoit-elle bien fondée? L'arrêt ne le préjuge pas, puisqu'il réserve les défenses au contraire. » La prohibition d'avantager, dit Le Paige sur l'art. 100. Vbo. Enfants, » s'étend aux cautionnemens prêtés pour » un fils, par pere ou mere, pour la sûreté de la dot, & conventions matrimo- » niales de la femme; car ce cautionnement n'a effet que sur la portion héréditaire » du mari, & non pas sur celles de ses freres & sœurs: jugé par arrêt du 21 Août » 1683. Ferriere, sur l'art. 304, gl. uniq. § 6, n. 5 & suiv. dit aussi: que les hypo- » theques créées par le donataire, sont éteintes sur la chose rapportée... qu'elles n'ont

17.
Les hypothèques de la femme s'évanouissent sur les biens rapportés par le mari.

(1) Un arrêt de la cour de Nancy du 15 Juin 1717 a jugé de même, que dans la coutume de St. Mihiel les enfans ne peuvent pas s'en tenir à leur don, & que quoi qu'ils renoncent à la succession, ils sont tenus de rapporter tout ce qu'ils ont reçu pour être partagé également. Voy. les ordonnances de Lorr. tom. 2, pag. 126.

TIT. VII.
Observ. 15e.

» plus lieu que sur les immeubles qui peuvent tomber au donataire par le partage de la succession... , & que la femme du donataire perd le douaire coutumier , » qu'elle avoit sur l'héritage rapporté , selon D'Argentré « . Cela est incontestable , quand le rapport se fait pour remplir la légitime des autres enfans ; puisque si les hypothèques de créanciers , & les droits de la femme de celui qui rapporte , subsistoient , ceux des légitimaires ne seroient plus conservés. D'où je conclus qu'il ne peut y avoir plus de problème quand le rapport se fait pour rétablir l'égalité dans les coutumes où elle est inviolable ; puisque , comme je viens de le dire après Saligny , la légitime dans ces coutumes , c'est l'égalité.

Elle est violée, lorsqu'un pere ne laisse libre à un de ses enfans que sa légitime , & lui substitue tout le reste , sans gréver ses autres enfans d'une substitution réciproque ; car alors , il est évident que la condition du grévé n'est plus la même que celle des autres enfans. Un arrêt récent vient cependant de juger qu'un pere donnant à son aîné des biens considérables , régis par la coutume de St. Mihiel , à charge de récompenser en autres biens son fils cadet de la part qu'il auroit dû avoir dans les biens destinés à l'aîné , il avoit pu charger de substitution tout ce qui dans cette récompense du cadet excédoit sa légitime. Mais cet arrêt a été rendu sur tant de circonstances , les unes tirées du fond de la cause , & entre autres : que le cadet avoit encouru l'exhérédation , & que le pere auroit pu la prononcer ; les autres du nombre de celles qui forment ce qu'on appelle *alea judiciorum* , que cet arrêt ne sera jamais justement cité en autres cas.

18.
Le titre clérical est sujet à rapport , & s'impute sur la légitime.

Le Paige , à la fin de ses notes sur l'art. 138 de la coutume de Bar , dit , après Brodeau sur M. Louet, L. D. som. 56 , n. 4 , » qu'il a été jugé par deux arrêts ; l'un » de 1619 , l'autre de 1649 (1) , que le fils ecclésiastique , lequel renonce à la succession de ses pere & mere , n'est pas tenu de rapporter le titre sacerdotal « . Le premier de ces arrêts est rendu dans la coutume du Maine , qui , après avoir établi , art. 133 , que l'homme , ou femme noble ne peut rien donner entre vifs à son héritier au-delà de la portion contingente dans sa succession future , porte , art. 346 : » si le pere , ou autre roturier donne à aucuns de ses enfans ou héritiers présomptifs , soit en avancement de son droit successif ou autrement ; & après sa mort » ledit enfant , ou héritier , veuille renoncer à sa succession ; il y sera reçu , avant » qu'autrement se porter héritier , en rendant à l'ordonnance de justice , non pas » seulement ce qui excède sa part héréditaire , mais tout ce que son dit pere & » mere , ou autre parent lui a donné « . Le second arrêt est rendu dans la coutume d'Anjou , qui , art. 320 & 334 , a les mêmes dispositions. Ils ont donc jugé que le titre clérical étoit une donation privilégiée qui devoit être exceptée de la rigueur des principes ordinaires : & ce qui est de plus singulier , c'est qu'on ne l'en excep-

(1) Il est de 1645. Voy. Brodeau.

roit que quand la donation étoit faite en directe ; car Brodeau rapporte , n. 5 , un autre arrêt du 4 Septembre 1649 , qui a annullé une donation pour titre clérICAL, faite par un oncle , faite d'insinuation. Brodeau remarque même que *craveta* (& il n'est pas le seul) , prouve par plusieurs raisons que , *donatio facta filio à patre , contemplatione clericatus , non imputatur in legitimam.*

Saligny , sur l'art. 99 de la coutume de Vitry , dit seulement que le fils à qui il a été constitué » un titre présbytéral , que nous appellons *patrimoine* , s'il s'abstient » de la succession paternelle & maternelle , & que le patrimoine a lui constitué soit » simplement suffisant pour sa subsistance ; n'ayant point encore de bénéfice , il ne » peut être contraint d'en souffrir ni le rapport , ni la réduction . Dans les coutumes où le rapport n'a lieu qu'entre enfans venans à la succession , l'ecclésiastique qui renonce , n'est pas tenu sans doute de rapporter son titre clérICAL , & il ne doit en être rien retranché , à moins qu'il n'entame la légitime des autres enfans. Mais l'auteur parle des coutumes où la renonciation ne dispense pas de rapporter ce qui excède la portion héréditaire du renonçant ; & il me paroît que , dans celles-ci , tout ce que disent les auteurs que je viens d'indiquer , & autres , a pû être admis dans le tems où le moindre rapport à la religion & à ses ministres paroïssoit une raison suffisante pour violer les regles en leur faveur.

Mais depuis qu'une piété plus éclairée nous a convaincu que la religion elle-même nous fait un devoir de les observer ; & que personne ne doute plus que les ecclésiastiques ne soient soumis comme les laïcs aux loix & aux coutumes , je crois qu'on les respecteroit davantage. La pauvreté évangélique n'est plus , j'en conviens , le partage du clergé séculier. Il rougiroit si un de ses membres étoit réduit à travailler comme St. Paul , à faire des tentes pour gagner sa vie. Mais il n'y a point de diocèses où l'église ne soit assez riche pour faire subsister décemment tous ceux qui y sont admis : & comme le cas ne peut se présenter que dans des familles très-pauvres , je ne vois pas qu'il soit bien juste qu'un prêtre , malgré la loi municipale , enleve à ses freres & sœurs le peu de bien que leur pere commun possédoit , sans autre utilité que de décharger l'évêque de pourvoir à la subsistance de ce prêtre dans un séminaire ou ailleurs. En tout cas , si on accordoit quelque chose aux anciennes opinions , je crois qu'au moins il faudroit se restreindre à celle de Saligny , & ne l'admettre qu'avec toutes les conditions qu'il y appose , jusqu'à ce que le clerc fut pourvu d'un bénéfice , ou qu'il eut autrement de quoi subsister ; & encore à charge par lui de conserver à sa famille le fonds de son titre clérICAL.

Il me semble d'ailleurs , sans aucune difficulté , que ce fonds doit s'imputer tant sur la portion héréditaire , que sur la légitime de l'ecclésiastique.

L'égalité nécessaire aux enfans , dont je viens de parler , est prescrite entre tous les héritiers , & par conséquent même dans la ligne collatérale , par celles de Valois , art. 82 ; d'Anjou , art. 260 & 337 ; Du Maine , art. 278 & 349 ; de Tours , art. 302 ; du duché de Bourgogne , art. 5 du ch. 7 ; & de Sedan , art. 128 & 129.

19.
Coutumes d'égalité nécessaire entre tous cohéritiers.

TIT. VII.
Observ. 15e.

20.
Coutumes où
les qualités
d'héritier & de
légataire sont
incompatibles.

Cette dernière tire la nécessité de l'égalité entre héritiers, même collatéraux, de la règle établie par l'art. 300 de la coutume de Paris, & par beaucoup d'autres, qu'on ne peut être héritier & légataire en même tems. En l'adoptant, elle en conclut que si le légataire, habile à être héritier, se tient à son legs, & que ce don soit inofficieux & excessif; c'est-à-dire, qu'il surpasse la portion contingente & héréditaire, il doit être réduit à cette dernière. Ce qui ne résulte nullement de l'incompatibilité des qualités d'héritier & de légataire, puisque la première de ces qualités ne se rencontre plus dans la personne de celui à qui elle étoit déferée, mais qui la répudie. Aussi la disposition de la coutume de Sedan est une singularité contraire à presque toutes celles qui déclarent les deux qualités incompatibles; & dans lesquelles on suit la règle tracée par l'art. 307 de celle de Paris; où celui auquel on auroit donné, se voudroit tenir à son don; faire le peut, en s'abstenant de l'hérédité; la légitime réservée aux autres enfans.

21.
Et celles de
donataire &
d'héritier en
directe.

Observons encore que, comme les donations entre vifs se rapportent en directe, les qualités de donataire & d'héritier sont, dans les mêmes coutumes, incompatibles dans cette ligne; & que, par la raison contraire, les biens donnés en collatérale ne se rapportent pas, on peut être donataire entre vifs, & héritier en ligne collatérale. Paris, art. 301.

22.
Coutumes où
ces qualités
sont compati-
bles.

Au surplus, à Verdun, l'on peut être héritier, donataire & légataire en même tems, tant en ligne directe que collatérale; art. 128. La coutume à Metz est la même: art. 3 du tit. 11; car, quoiqu'elle ne parle pas du donataire; si l'héritier peut être avantage par testament, & s'il conserve les biens à lui légués par préciput avec sa portion héréditaire; à fortiori, ceux qui les ont donnés entre vifs en directe, avec dispense de les rapporter, & en collatérale, sans charge expresse de rapport. Voy. sur cet article 3 du tit. 11 M. D..., ou plutôt Ancillon, de qui le premier a emprunté tout ce qu'il en dit.

La coutume de Lorraine, art. 11 du tit. 11, admet aussi la réunion des deux qualités d'héritier & de légataire dans la ligne collatérale indéfiniment, & dans la directe pour les meubles & acquêts seulement.

Et quoique quelques auteurs disent que ces deux qualités sont incompatibles dans les coutumes qui n'en parlent pas, nous observons le contraire dans celles du ressort; comme l'Evêché, le Luxembourg & le Tulois, où on ne s'est jamais avisé de contester les préciputs, ou prélegs faits aux héritiers. On l'auroit fait bien inutilement; parce que le droit écrit qui les autorise supplée dans ces provinces au silence des coutumes, & doit être suivi dans tous les cas qu'elles n'ont pas décidés, à moins qu'il ne soit contraire à leur esprit.

Il est difficile de n'être pas un peu prévenu en faveur des mœurs de son pays. Les loix auxquelles on est habitué paroissent plus justes que celles qui leur sont opposées. C'est peut-être ce préjugé qui me fait penser que nos ancêtres ont eu raison de ne pas admettre l'incompatibilité des qualités d'héritier & de légataire. Mais il

me semble peu raisonnable qu'un testateur ne puisse pas faire à son héritier ; c'est-à-dire, à son plus proche parent, un présent qu'il peut faire à un parent plus éloigné, ou à un étranger. L'égalité entre héritiers est justement ordonnée en biens non disponibles, quoiqu'il y ait des coutumes qui permettent de les partager inégalement. Voy. ce que j'ai dit de celle de Bordeaux, observ. 10, n. 18 ; mais pour quoi défendre d'avantager un de ses héritiers en biens libres ? Cette défense, contraire au droit romain, qui est la raison écrite, me semble d'autant plus mal imaginée, que presque toujours il est facile au testateur de l'é luder ; puisqu'il n'a qu'à faire à celui de ses héritiers qu'il affectionne plus que les autres, un legs si fort qu'il comprenne la valeur de sa portion contingente, & de ce qu'il veut lui donner au par-délà par préciput.



TIT. VII.
Obscrv. 166.

OBSERVATION XVI.

De la Légitime des Ascendans.

QUOIQUE la légitime, dit Ferriere, sur l'art. 298, gl. 3, n. 15, ait été intro-
 » duite en faveur des enfans, néanmoins elle a été étendue aux peres & meres...
 » *Nullis superstitibus liberis*, par les loix romaines; *ipsis enim*, continue-t-il, *non*
 » *unius pie relinqui debuit hereditas liberorum, qui turbato mortalitatis ordine dece-*
 » *dunt. L. 1, l. 14 & passim, ff. de inoff. testam.; & §. 1, inst. eod.* «

Il ajoute au n°. suivant : » nos coutumes ne parlant que de la légitime des en-
 » fans, ça été autrefois une question, si elle étoit due aux peres & meres «. Il pro-
 » pose quelques raisons pour l'affirmative; & entr'autres, un arrêt donné le 2 ou le
 » 12 Février 1583, en la coutume de Vermandois, qui a fait penser à Buridan sur l'art.
 » 52, & à La Fons, sur l'art. 60 de cette coutume, que la légitime étoit due aux
 » ascendans en pays coutumiers (1).

Mais » Brodeau remarque d'autres arrêts «, c'est toujours Ferriere qui parle,
 » qui ont jugé contre la légitime prétendue par les peres & meres, *causâ plenissimè*
 » *cognitâ* «. Il les indique, ainsi que la décision de Tournet & de tous les com-
 » mentateurs, & l'art. 1 des arrêts de M. de Lamoignon, concernant la légitime; &
 » conclut qu'il faut tenir pour constant, que l'usage de la légitime parmi nous est ré-
 » duit aux descendans seulement; & cela passe pour un droit commun dans les cou-
 » tumes qui n'en disposent pas, & dans celle de Vermandois, comme dans les au-
 » tres. M. Le Camus, sur le même art., n°. 2, dit aussi que » les pere, mere, aieul
 » ou aieule, ne peuvent prétendre ni demander aucun droit de légitime sur les biens
 » de leurs enfans, ou petits enfans: en quoi la coutume de Paris est contraire au
 » droit romain; mais elle est si raisonnable, qu'elle sert de regle en cette rencontre
 » de droit commun pour toutes les provinces régies par le droit coutumier, quand
 » les coutumes n'ont point parlé «.

Il y a, en effet, deux différences bien essentielles entre les successions descendantes
 & les ascendantes. Les premières sont déterées par la nature, & reconnues par les
 loix de routes les nations. Elles sont l'effet d'un droit invariable, le même en tous

(1) Il a aussi trompé Faber sur l'art. 7 du tit. 9 de la coutume de Lorraine aux nouvelles,
 n. 953.

tems & en tous lieux; puisque par-tout, & dans tous les siècles, les enfans, ou au moins quelques-uns d'entr'eux ont été appelés à la succession de leurs peres, meres ou aïeux. Les secondes ne sont accordées que par la loi civile; droit arbitraire qui varie suivant les mœurs des peuples & les diverses vues des législateurs. Quelque favorable que soit aux ascendans la loi romaine, elle ne les appelle à la succession de leurs descendans que par commiseration, *in solatium amissorum libertorum*. L'ancien droit refusoit aux peres celle de leurs enfans émancipés, s'ils n'avoient pas pris la précaution de se réserver le droit de leur succéder: & les meres n'avoient aucune part à la succession de leurs enfans émancipés ou non. Voyez Domat, part. 2, liv. 2, tit. 2 au préambule. Rien donc de plus vrai que ce que dit Brodeau sur Louet, l. l. fom. 1, n. 23, que la légitime des descendans est due de droit naturel, & que celle des ascendans ne peut être due que de droit positif; ni par conséquent qu'autant qu'elle leur est accordée par la loi municipale. Ce qui a fait dire à Chopin, tout favorable qu'il soit aux ascendans sur ce point, *filiis sua adimi justa portio non potest; parentibus debita potest. Cum illam naturale, hanc civile jus introducat. de leg. and., lib. 2, part. 3, cap. 1, tit. 4, n. 16.*

De cette premiere différence sort la seconde. Les enfans sont appelés à l'universalité des biens de leurs peres; & le droit coutumier qui affecte le bien aux lignes, & où les propres ne remontent pas, ôte aux ascendans ce qui forme presque toujours la plus forte partie de la succession de leurs descendans. Dans les coutumes mêmes où ces regles n'ont pas lieu dans les premiers degrés, (comme dans celles de Metz & de l'Evêché), les freres & sœurs, & leurs descendans excluent cependant les peres & meres, & aïeux à Metz, des tréfonds, *tit. II, art. 21, 24 & 25*; & dans l'Evêché, des anciens, *tit. 11, art. 9*, lorsque ces biens ne proviennent pas de la ligne des derniers (1). Or, de disposition de droit, la querelle d'inofficiosité ne compète, & la légitime n'est due qu'à ceux qui succèdent à titre universel. Donc les peres & meres ne succédant qu'aux meubles & acquêts, ils ne peuvent prétendre de légitime. Brodeau, *ibid. n. 26.*

Ainsi, quoiqu'Ancillon, qui proposoit tout ce qu'il croyoit devoir être examiné, lorsqu'on travailleroit à la réformation de la coutume de Metz, ait dit sur l'art. 8 du tit. 8, Vbo. *la légitime*, &c. que « comme elle (notre coutume) est pour la plupart fondée sur les principes du droit romain, suivant lesquels elle défere aux peres & meres les biens de fonds de leurs enfans, à l'exclusion des parens collatéraux du côté d'où ils viennent (proposition trop générale, & fautive dans les premiers degrés) il semble qu'il y a lieu de soutenir que la légitime leur

(1) Si n'y a point d'enfans, & que les parens soient héritiers, la mere du défunt aura le tiers. S'il y a des freres, la mere aura le sixieme après avoir satisfait aux legs. Alcoran, ch. des femmes, pag. 86.

TIT. VII.
Observ. 10e.

» doit être réservée ». Cette idée n'a été accueillie par personne. Ancillon lui-même dans son *recueil d'arrêts*, pag. 604, rapporte une sentence du bailliage de Metz du 9 Janvier 1665, qu'on trouvera dans mes extraits de ce recueil, pag. 31, n. 48, qui a jugé qu'à Metz la légitime n'étoit pas dûe aux ascendans. Et rien n'est plus certain que ce qu'affure M. D. . . sur le même art. que » notre coutume ne l'admet qu'en faveur des enfans : qu'ainsi il n'est pas besoin d'agiter . . . si la légitime est dûe aux ascendans, puisqu'elle suppose dans le présent art. 8, que la légitime n'est dûe qu'aux descendans ».

3.
Coutumes qui
la leur accor-
dent.

» Il est constant, dit Le Brun, des *succes. liv. 1, ch. 5, sect. 8, n. 29*, que c'est la dernière jurisprudence du palais : quoiqu'il y ait d'anciens arrêts qui ont jugé le contraire, & donné la légitime aux ascendans ». Enfin Ricard, des *donat. 3e. part. chap. 18, sect. 3, n. 934*, dit que » nous ne voyons pas que cette légitime ait été admise en pays coutumier ; que plusieurs de nos coutumes parlent de la légitime des enfans, & que nous n'en n'avons que deux, qui encore sont situées dans le pays de droit écrit, qui parlent de la légitime des peres & meres ; savoir, Bordeaux, *art. 64*, & Acqs, *tit. 2, art. 25*. La Champagne, *traité de la légitime, ch. 12*, n'en indique pas d'autres. On doit y ajouter celle de la Petite-Pierre. Voy. ce que j'en ai dit, tom. 1, pag. 26 & 27.

4.
Elle ne leur est
pas dûe dans le
Luxembourg,
ni dans le Tou-
lois.

Quoique la coutume de Luxembourg & les usages locaux de Toul ne parlent pas de la légitime des ascendans, & que dans ces deux provinces, quand la loi municipale est muette, la regle ordinaire soit de suppléer à son silence par le droit romain, on n'y connoît cependant pas cette légitime ; on a néanmoins prétendu qu'elle étoit dûe à Toul.

Du mariage de Pierre Chalons, bourgeois de cette ville, & de Marie Willaume étoient nés six enfans. Jean Chalons, l'un d'eux, épousa Jeanne Vautrin en 1718. Pierre Chalons, qui avoit dissipé son bien & celui de sa femme, n'étoit pas en état de rien donner à son fils, qui ne fut doté que par son aïeule maternelle. Cette aïeule mourut quatre ou cinq ans après ; & la part de Marie Willaume, sa fille, dans sa succession, se trouva monter à plus de 80,000 liv. Mais elle suivit de près sa mere au tombeau, & Pierre Chalons, son mari, retomba, par sa mort, dans l'indigence, dont la succession de sa belle mere l'avoit tiré. Obligé d'abandonner à ses enfans les biens de sa femme, qui même en partie n'existoient plus, il leur demanda des aïmens ; ils lui offrirent ou une pension, ou une part égale à celle de chacun d'eux, dans la succession de leur mere. Il accepta cette part d'enfant, après quoi il passa à de secondes noces, & disposa par son contrat de mariage, au profit de sa nouvelle épouse, de tout ce qu'il tenoit de la libéralité des enfans de son premier lit.

Toutes ces circonstances n'étoient pas propres à lui en attirer de nouvelles. Au contraire jamais femme ne mérita mieux la tendresse & la reconnoissance de son mari que celle de Jean Chalons. Il avoit eu le malheur de tuer son beau-frere. La

douleur d'un événement si cruel pour Jeanne Vautrin , n'avoit pas altéré ses sentimens pour le meurtrier. En pleurant un frere tendrement chéri , elle avoit volé au secours de son mari , & arrosé de ses larmes la main qui les faisoit couler. Il étoit juste d'ailleurs qu'il l'indemnifât de ce que cette tragique aventure avoit coûté à leur communauté , ce qui passoit 8,000 liv.

Il vécut encore quelques années avec elle dans la plus parfaite union : & par un testament olographe du 29 Septembre 1729 , en considération de l'amitié & des services qu'il déclara avoir reçu d'elle , il lui légua sa moitié des meubles & acquêts de leur communauté , & l'usufruit de ses propres : & il institua ses quatre freres & un neveu , fils d'un autre frere décédé , ses héritiers. Il mourut au commencement de l'année 1731. Pierre Chalons , de concert avec les héritiers institués , qui en conséquence des arrangemens pris entre eux , colludoient avec lui , forma demande en nullité du testament , sous prétexte qu'il étoit prétérit. Ce moyen parut nouveau à Toul , où on n'avoit jamais imaginé qu'il fut nécessaire d'instituer , ou d'exhérer les ascendans. Cependant l'affaire fut appointée au bailliage , où par sentence définitive , sans avoir égard à la demande de Pierre Chalons , faisant droit sur celle incidente que Jeanne Vautrin avoit formé , il fut ordonné que le testament seroit exécuté.

Pierre Chalons qui en étoit appellant , n'avoit d'abord fait intimer que Jeanne Vautrin , & l'appointement de conclusions n'avoit été passé qu'avec elle ; mais depuis il fit appeller les héritiers institués ; & il changea la face de la contestation , en concluant , non plus à la nullité du testament , mais à ce qu'il lui fut adjugé une légitime. La collusion continuoit entre lui & ses fils.

Jeanne Vautrin , pour laquelle j'écrivis , soutint 1°. que ses nouvelles conclusions étoient encore moins soutenables que celles prises en premiere instance. Si , à Toul , les loix romaines sur la légitime & la prétérition des ascendans avoient été en vigueur , l'appellant n'auroit eu rien à demander à sa bru , simple légataire ; & n'auroit pu s'adresser qu'aux héritiers institués , pour faire prononcer contre eux la nullité de l'institution seulement , & le partage de la succession comme *ab intestat* , à la charge d'acquitter le legs fait par le testateur à sa femme. *Sancimus itaque , non licere liberis parentes suos praterire . . . Si autem hæc omnia non fuerint observata , nullam vim , hujusmodi testamentum , quantum ad institutionem heredum , habere sancimus : sed rescisso testamento , eis qui ab intestato , ad hereditatem defuncti vocantur res ejus dari disponimus : legatis videlicet , vel fideicommissis suam obtinentibus firmitatem. Nov. 115 , cap. 4 (1).*

3.
La prétérition
n'annule que
l'institution.

Il est vrai que l'appellant ne gagneroit rien à ne faire tomber que l'institution ;

(1) Cette regle a été depuis expressément confirmée par l'art. 53 de l'ordonnance des testamens de 1735.

Tit. VII.
Gloss. 162.

parce que , suivant les usages de Toul , il n'auroit rien eu *ab intestat* dans les biens y compris , qui sont des propres maternels ; mais il n'en est pas moins évident que s'il prend pour fondement de sa prétention les loix romaines , il ne peut contester que l'institution ; & que s'il n'a pas droit de demander , nonobstant ces loix , le partage des biens destinés par le testateur à ses héritiers institués ; c'est une premiere preuve qu'elles ne sont pas compatibles avec les usages de Toul.

2°. Cette incompatibilité est facile à démontrer. Il est constant que la légitime n'est dûe qu'à ceux qui sont appelés à partager l'universalité de la succession , sans distinction des biens qui la composent. Voy. Brodeau & Le Brun cités sous le n. 2. précédent. C'est par cette raison que les ascendans n'ont point de légitime en pays coutumier , où ils n'ont rien à prétendre , *ab intestat* , dans ce qui forme presque toujours la plus forte partie de la succession de leurs descendans. Or la regle *paterna paternis , materna maternis* , qui les exclut de tous les biens qui ne sont pas de leur ligne , & la regle , *propre ne remontent point* , qui leur ôte ceux de leur propre ligne qui ne proviennent pas d'eux , sont inviolablement suivies à Toul. On ne pouvoit donc accorder une légitime aux ascendans dans le Tulois , où l'on n'a admis le droit civil qu'autant qu'il n'étoit pas opposé aux usages municipaux , qu'on y a empruntés du droit coutumier. *Legum autem Romanorum non est vilis autoritas , sed non adeo vim suam extendunt , ut usum vincant , aut mores.* Lib. 2^e , tit. 1^{er} , de feudis. Aussi l'appellé est le premier qui se soit avilé de prétendre , qu'il étoit dû dans le pays Tulois une légitime aux ascendans. Il ne lui a pas été possible de coter un seul exemple qui pût appuyer sa prétention jusqu'à lors inouïe , une légitime insolite dans la province : & que les premiers juges instruits de leurs usages , ont rebutée , comme une nouveauté contraire à ce qui s'étoit observé jusques-là dans leur ressort.

6.
Le légataire n'a action contre les légataires qu'après la discussion de l'héritier.

3°. S'il étoit dû une légitime à l'appellé , ce seroit à ses fils héritiers , institués , & à qui le testateur a laissé des biens de libre disposition , qu'il faudroit qu'il s'adressât ; & ce ne seroit qu'après les avoir épuisés , qu'il pourroit retomber sur le légataire. « Celui qui demande le supplément de légitime , (& il en est de même de celui qui n'ayant rien reçu de sa légitime en entier) , doit discuter l'héritier , avant que de s'adresser aux légataires , encore même que les legs aient été faits en corps héréditaires ». Ricard , part. 3 , cap. 8 , sect. 9 , n. 1112. Voy. aussi Le Brun , des success. liv. 2^e , ch. 3 , sect. 8. Il étoit vrai cependant que dans cette supposition la demande de Pierre Chalons auroit intéressé Jeanne Vautrin , directement & en premier ordre , à cause de l'usufruit à elle légué , sur les biens compris dans l'institution.

7.
Quelle est la quotité de la légitime des ascendans ?

4°. Dans la même supposition il faudroit fixer en quoi consiste la légitime des ascendans. Cette question qui n'en est plus une , depuis l'ordonnance de 1735 , étoit alors très problématique. Il y avoit trois opinions ; la premiere , que la légitime étant , *portio partis ab intestato successionis* , l. 31 , cod. de inoff. testam. Celle des al-

cependans ne pouvoit jamais être que le tiers de ce qu'ils auroient eu *ab intestat* : c'étoit le sentiment de Bartole , qui paroissoit adopté par le parlement de Paris. Voy. l'arrêt du 27 Janvier 1590 , rapporté par M. Le Prestre dans ses arrêts de la cinquieme des enquêtes , celui du 22 Mars 1633 , dans Henrys , *tom. 1* , *liv. 5* , *quest. 16* , & celui du 10 Juillet 1691 , rapporté par Bretonnier , *ibid.* La coutume de Bordeaux donne aux ascendans le tiers des biens venus par succession , pour leur légitime ; mais à partager , avec les freres & sœurs ; ce qui est confirmé par Antonius sur cet article ; & le 64e. porte , que les ascendans ont même légitime , quand le fils a testé , que quand il meurt sans testament. Ainsi cette coutume est conforme à la premiere opinion.

La seconde , que plusieurs jurisconsultes attribuent à Balde , étoit , que les ascendans devoient toujours avoir pour leur légitime le tiers de toute la succession ; elle a cet inconvenient , qui paroissoit devoir la faire rejeter , qu'elle peut rendre la légitime plus forte que n'eut été la portion héréditaire. Cela étoit sensible dans l'espece. Pierre Chalons partageant , *ab intestat* , la succession de son fils ; avec quatre freres , & un neveu du défunt , sa portion n'eut été qu'un sixieme ; & il demandoit le tiers à titre de légitime. Ce qui semble absurde : puisque la légitime n'étant qu'une portion de la part que le légitimaire auroit recueilli *ab intestat* , paroissoit devoir être nécessairement moindre que cette part héréditaire (1).

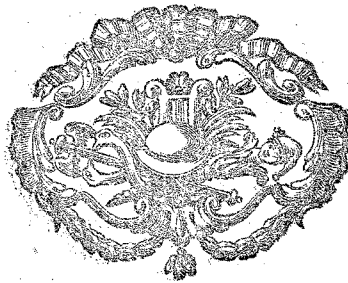
La troisieme opinion adoptée par Ricard , *part. 3* , *ch. 8* , *sect. 6* , *n. 1026 & 1028* , & qu'il croit avoir été le véritable sentiment de Balde , étoit que lorsque les freres avoient été exclus par les dispositions du testateur , la légitime des ascendans , qui alors étoient les seuls qui eussent un droit nécessaire à la succession pour laquelle il n'avoit plus de concurrens , étoit le tiers de toute la succession ; mais non quand il y avoit un frere institué , auquel cas la légitime du pere n'étoit plus que le tiers de la portion qu'il avoit eue *ab intestat* : distinction adoptée au parlement de Toulouse , comme l'atteste M. d'Olive , *liv. 3* , *chap. 9* , qui dit qu'elle est prise des sources de l'équité même , & M. de Catellan , *liv. 2* , *ch. 85*. Voy. *Peregrinus de fideic.* art. 38.

Jeanné Vautrin soutenoit donc que son mari ayant institué ses quatre freres , & son neveu , s'il eut été dûe une légitime à l'appellant , elle n'eut été que le tiers du sixieme dont il auroit pu hériter *ab intestat* : & , cela posé , elle prouvoit par le calcul du montant de la succession de son mari , que l'appellant auroit été rempli , par avance de cette légitime , & beaucoup au-delà , par l'abandonnement qui

(1) C'est cependant cette seconde opinion qui a été érigée en principe par l'art. 61 de l'ordonnance de 1735 , & qui par conséquent ne peut plus être contestée : parce que dans les questions arbitraires , c'est la volonté du législateur qui fixe ce qui est juste : mais alors cette loi n'étoit pas encore portée.

lui avoit été fait à la mort de sa premiere femme d'une part d'enfant dans sa succession; Elle ajoutoit même que , distraction faite des biens dont l'appellant étoit exclu par les usages municipaux de Toul, la somme pour laquelle Jean Chalons avoit contribué à cette part d'enfant , montoit plus haut que ce que son pere auroit eu dans sa succession , s'il fut mort sans tester.

Ces moyens réussirent, & la cour condamna toutes les prétentions de Pierre Chalons. Le grand nombre des circonstances particulieres de l'espece ne me permet pas de donner cet arrêt , comme ayant jugé la thèse générale; que les ascendans n'ont pas de légitime à Toul. Mais les principes que je viens d'indiquer , en exposant la seconde partie des moyens de Jeanne Vautrin, les regles du droit coutumier , qui sont suivies dans le Toullois , & le non usage de la légitime des ascendans , qui y est sans exemple, me paroissent démontrer qu'ils ne peuvent en prétendre dans cette petite province.



OBSERVATION XVII.

Tit. VII.
Observ. 17^{ca}.*De l'Exhérédation.*

TOUTES les questions qui ont rapport à l'exhérédation sont discutées par tous nos auteurs, & en particulier par Ricard, & par Ferriere, aux endroits que je vais citer : cette matiere est d'ailleurs beaucoup plus du droit écrit, que du droit coutumier. Aussi ce que j'ai dessein d'en dire, se borne à un petit nombre d'observations.

La coutume de St. Mihiel, *tit. 4, art. 6*, porte, *un pere ou une mere peut exhé-der un de ses enfans, & le priver de sa succession, pour les causes exprimées en droit écrit, ou pour l'une d'icelles, & selon que l'exhérédation y est permise*. Ce qui borneroit l'exhérédation aux seules causes pour lesquelles les loix romaines la permettent expressement. Le Paige, *sur l'art. 100 de la coutume de Bar*, dit, que dans ce cas où elle est muette, on y suit celle de St. Mihiel. L'ancienne coutume de Ste. Croix, *tit. 3, art. 2*, disoit aussi que, *pour les causes de droit, on peut priver de sa succession, ceux auxquels elle pourroit appartenir*. La coutume de Luxembourg, *tit. 10, art. 2*, est encore plus précise, & se fert d'une négative. *Pere & mere ne peuvent exhé-der leurs enfans, ou autres descendans, si non pour les causes déclarées par le droit écrit*. Dans la coutume du duché de Bourgogne, où tous les héritiers mêmes collatéraux, sont sui, l'art. 2 du tit. 7, porte, *qu'on ne peut exhé-der ses vrais héritiers qu'on ne leur délaisse leur légitime, qui est le tiers; si non pour aucunes des causes d'exhérédation déclarées en droit*.

Celles pour lesquelles il permet aux ascendans de déshériter leurs enfans, sont au nombre de quatorze; aux enfans d'exhé-der leurs peres, meres, ou aïeux au nombre de sept; & aux freres de priver de leur succession leurs freres, dans le cas où ils ont droit de légitime au nombre de trois. Toutes sont exprimées dans des vers trop connus, pour que je les rapporte ici. On les trouvera aisément par-tout, & notamment dans Ricard, *part. 3, ch. 8, sect. 4, n. 94*; & dans Ferriere, *sur Paris, art. 318, gl. 3, sect. 2, §. 8, n. 5*.

D'autres coutumes ne renvoyent pas au droit romain pour les causes d'exhérédation, & parlent plus généralement. *Les enfans*, dit celle de Lorraine, *tit. II, art. 12, peuvent être exhé-derés par les peres ou meres, pour cause d'ingratitude notable, commise envers eux, duement vérifiée*; & celle de Metz, *art. 8 du tit. 8*, permet l'exhérédation des enfans *pour cause légitime*.

1.
Coutumes qui bornent l'exhérédation aux causes de droit.

2.
Quelles sont ces causes.

3.
Coutumes qui permettent d'exhé-der pour toutes les causes légitimes.

TIT. VII
Observ. 176.

4.
Causes ajoutées à celles de droit par les ordonnances.

Aussi est-il certain qu'il y a d'autres causes d'exhérédation que celles exprimées par le droit. M. D... n'en a pas dit assez sur cet article, en remarquant seulement que nos ordonnances y en ont ajouté une, ou du moins éclairci la 11e. cause, » suivant l'ordre qu'elles ont dans la nouvelle, 115, cap. 3. « D'abord les mariages que les enfans de famille contractent au mépris de leurs peres & meres, les exposent à l'exhérédation, lors même qu'ils épousent des personnes honnêtes & vertueuses. Ils n'ont donc pas assez de rapport à la 11e. cause de la nouvelle, où il n'est mention que d'une fille, à qui ses parens proposant un mariage convenable : *non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit*, pour qu'on puisse dire que la peine prononcée par nos ordonnances contre les enfans qui se marient sans le consentement de leurs parens étoit implicitement contenue dans les loix romaines, que les nôtres n'ont fait qu'expliquer. En second lieu, outre les causes spécifiées en la nouvelle, » les docteurs » tiennent, dit Ancillon sur le même art. 8, Vbo. *pourront exhéredes*, &c. qu'il » y en peut encore avoir d'autres aussi graves que celles là... Nos ordonnances continue-t-il, en ont autorisé deux autres ». La premiere est celle dont parle M. D... contre les fils au-dessous de 30 ans, & les filles au-dessous de 25 qui se marient contre le gré de leurs peres & meres, & contre les enfans qui au-dessus de cet âge contractent mariage sans avoir requis *par écrit l'avis & le conseil de leurs peres & meres*. » La seconde cause, qui, à mon avis, est peu différente de la premiere (1), est introduite par la déclaration de 1639, qui rend ceux dont le mariage a commencé par un rapt ensemble les enfans qui naîtront de tels mariages, incapables de plein droit de légitime & de toutes successions ». Ricard, *ubi sup. n. 948 & 950*, & Ferriere, *aussi ubi sup. n. 7 & suiv.* font les mêmes remarques.

5.
Par-tout on admet encore d'autres causes graves.

Remberviller disoit au contraire, sur l'art. 1 de son tit. 4, qu'outre les causes contenues dans la nouvelle 115, *ne s'en peut alléguer d'autres*. Mais quoiqu'il écrivit dans un tems où les ordonnances de nos rois n'étoient pas encore bien connues dans l'évêché de Metz, il se trompoit; car indépendamment de ces ordonnances, on a de tous tems, & dans toutes les coutumes indistinctement, admis d'autres causes que celles exprimées dans la nouvelle, quand elles étoient, comme le dit Ancillon, aussi graves que celles-là. Peut-on penser, par exemple, qu'un fils qui auroit tenté d'empoisonner son frere, ou qui auroit publiquement diffamé par des calomnies la seconde femme de son pere, comme une prostituée, ou qui seroit coupable de quelques autres indignités aussi odieuses, ne pourroit pas être valablement exhéredé par son pere? Le contraire est certain.

(1) La différence ne consiste gueres qu'en ce que, suivant l'opinion commune, les enfans nés des mariages réprouvés, ne peuvent être pour la premiere cause exhéredés par leurs aïeux, au lieu qu'ils sont compris dans la seconde,

J'ai dit que cela avoit lieu par-tout, & par conséquent dans les coutumes mêmes qui semblent n'admettre d'autres causes que celles exprimées en droit. Chasseneuz, sur l'art. de la coutume de Bourgogne que j'ai citée, *in V^{bo}. finon pour aucune des causes, &c.*, propose la question en ces termes : *Pone quod filius commiserit aliam causam graviorem, vel æquè gravem, non tamen est una de illis quatuordecim, (exprimées dans la nouvelle) nunquid pater poterit ipsum exheredare ?* Et il cite trois ou quatre fameux interprètes du droit romain, qui décident que l'exhérédation sera valable. Ce qui est approuvé par Taisand sur le même art., note 4. Je ne pense pas cependant comme ce dernier auteur, que l'hérésie seroit une cause suffisante pour fonder l'exhérédation. Cette opinion me paroît contraire aux ordonnances qui annullent toutes les dispositions faites en haine de la religion, dont j'ai parlé, observ. 14, n. II, & que je ne crois nullement abrogées par la révocation de l'édit de Nantes.

Ainsi Faber, sur l'art. cité de la coutume de Lorraine, fixe d'autant plus mal-à-propos le nombre des causes d'exhérédation (qu'il arrange même, n. 1640, différemment des loix romaines), que cet article les attache en général aux faits d'ingratitude notables, sans les spécifier, comme le droit écrit.

Mais il n'en est pas moins certain que pour que l'exhérédation soit valable, il ne suffit pas qu'elle soit en termes généraux, pour les ingrattitudes commises contre le testateur, & qu'il faut en déclarer déterminément le motif; parce que, comme cet auteur le dit, n. 1643, » le droit demande une expression de cause certaine, & qui soit bien & duement vérifiée. « Ceux qui ont intérêt que l'exhérédation subsiste, sont donc tenus de prouver les faits qui la fondent, & le pere n'en est pas cru, non-seulement sur une allégation vague & générale, mais pas même sur les plaintes les plus circonstanciées.

Faber dit encore, n. 1645, que » l'exhérédation se doit faire de toute l'hérédité; c'est-à-dire, de tout le droit universel du défunt, & non de certaine & particulière chose; & si elle n'est de l'universel, elle n'est pas valable. « Ce qui est vrai en ce sens, que l'exhérédé étant retranché de la famille, il ne peut conserver ni la qualité d'héritier, ni aucun droit sur l'universalité de la succession. Mais si cet auteur avoit voulu dire qu'un pere qui déshérite son fils, ne peut, sans détruire cette disposition, user d'indulgence envers lui, en lui laissant ou une pension alimentaire, ou même quelques biens en propriété, à titre de simple legs; ce seroit une erreur réfutée par Ricard, *ibid.* n. 971.

Ce que Faber ajoute au n^o. suivant, que l'exhérédation doit être faite purement & simplement, & non avec condition, est encore plus erronné. Un pere peut, par exemple, déshériter son fils, s'il épouse une certaine personne, & même s'il se marie avec les filles d'une certaine ville, ou sans le consentement de sa mere, ou de quelqu'un de ses proches désigné. Ricard, *ibid.* Ce qui dépend cependant des circonstances; car si un frere, sans le consentement duquel

TIT. VII.
Oblerv. 172.

le pere commun auroit défendu à un de ses enfans de se marier, refusoit fans raison ce consentement à un mariage sortable, les juges ne s'y arrêteroient pas. Ferriere, *ibid.* n. 11.

9.
On n'est pas obligé d'instituer ou de déshériter les collatéraux.

Le même auteur, n. 13, observe que la disposition du droit romain, qui accordoit la légitime aux freres. consanguins du testateur, lorsqu'il avoit institué une personne infâme, n'est point observée dans nos coutumes. Elles laissent une pleine liberté de tester des biens disponibles, au préjudice des collatéraux, à qui on n'en doit aucune partie, & qu'on n'est pas par conséquent obligé d'instituer, ou d'exhérer nommément. Mais les réserves coutumieres ayant lieu au profit des collatéraux, il semble, continue Ferriere, qu'on ne peut pas les priver des biens non disponibles. Mais puisque les peres peuvent les ôter à leurs enfans, à plus forte raison, on peut en exclure ses collatéraux, quand ils s'en sont rendus indignes. » Mais cette » exhéredation, quant aux propres, ne peut être faite que pour de mauvais traitemens & injures atroces, faites au défunt (1): & non pour chose légère & de » petite conséquence ». En ce cas, les motifs de la disposition doivent être exprimés & déclarés; & il doit en être fait preuve par ceux qui ont intérêt; *idem.* n. 16. Ce qui est une exception à ce que j'ai dit, obl. 14, n. dernier, que quand on ne laisse rien à ses collatéraux, il est plus sûr de ne pas faire mention d'eux que de les blâmer.

10.
Comment on peut les priver des biens non disponibles.

11.
Les conjoints doivent être institués, ou déshérités dans la coutume de la Petite-Pierre.

Je finirai cette observation par une très-grande singularité de la coutume de la Petite-Pierre: savoir, qu'elle établit une légitime pour les conjoints par mariage dans la succession l'un de l'autre; qu'ils doivent être institués ou déshérités par leurs conjoints; que cette coutume exprime treize causes qui valident l'exhéredation des enfans; & sept pour celle des ascendans, en ajoutant, & autres causes de droit; & qu'elle admet les unes & les autres pour l'exhéredation des conjoints. Voyez ce que j'en ai dit, tom. I, titre préliminaire, obl. 5, n^o. 9.

(1) Cela me paroît fortifier ce que je viens de dire qu'on admet parmi nous d'autres causes d'exhéredation que celles du droit écrit.

OBSERVATION XVIII.

TIT. VIII.
Observ. 18c.*Du Sens & de l'Effet qu'on doit donner à certaines Dispositions testamentaires.*

L'OBSCURITÉ des expressions employées dans les actes de dernière volonté, l'ambiguïté des dispositions qui y sont contenues, les applications différentes que l'usage permet de faire d'un même mot, & les autres défauts de style, ne sont pas les seules causes qui font assez souvent douter du sens, & de l'effet qu'on doit donner à ces actes; & beaucoup d'autres motifs peuvent rendre l'étendue des dispositions très-incertaines.

Les règles qu'on doit suivre alors pour les interpréter, & pour en déterminer l'effet, sont trop exactement expliquées par Domat, *tom. 1, p. 2, liv. 3, tit. 1, sect. 6 & 7*, pour que je sois tenté d'y rien ajouter. Je dirai seulement que la première & la principale de ces règles, est de chercher à découvrir quelle a été la volonté du testateur, tant par toute la teneur de l'acte, que par toutes les autres voies qui peuvent la faire connoître; & de s'y attacher autant qu'elle est juste & raisonnable, & n'a rien de contraire aux loix, ni aux bonnes mœurs. *Id. ibid., art. 5 de la sect. 6 & 1 de la sect. 7.* « Il la faut chercher par toutes les circonstances ces & les présomptions qui se rencontrent en la question qui se présente à décider: » jusques-là même que les loix veulent qu'on ait plutôt égard à cette volonté, pour » lui donner lieu, qu'aux termes avec lesquels elle se trouve rédigée. « Ricard, *des donat., 2e. part., chap. 4, n. 127.* Je n'ajouterai à cette remarque générale & importante que l'examen succinct de quelques-unes des dispositions qui peuvent faire naître des doutes.

1.
Les testamens s'interprètent par l'intention du testateur.

Un testateur a disposé de ses meubles: que doit-on comprendre dans ce legs? *En testament, donation ou autres contrats, le mot meubles ne comprend les gagieres, ni les dettes ou harnois, s'il n'en est fait mention expresse par la disposition.* C'est la décision de l'art. 11 du tit. 8 de la coutume de Metz. « *Harnois, dit M. D...* sur » cet article, est un vieux mot qui, dans notre usage, signifie, (ou plutôt qui, au » jourd'hui hors d'usage en ce sens, signifioit autrefois) armes, livres, outils, harnois & joyaux ». Ce qui est ici statué dans notre coutume, s'observe dans les autres; car quoique dans la loi où les jurisconsultes parlent des meubles, ils entendent communément tout ce qui est mobilier, il n'en est pas ainsi dans le langage ordinaire. L'art. 16 du tit. 11 de la coutume de Lorraine porte que les exécuteurs de

2.
Le legs de meubles ne comprend que les meubles meublans.

TIT. VII.
Observ. 182.

testament sont saisis des meubles. Faber, n. 1577 ; a raison de dire que « sous ce mot, meubles, sont comprises les dettes actives mobilières du défunt... deniers » comptans, vaisselle d'argent, ustencilles d'hôtel, habits, bagues & bijoux... ar- » rérages de rentes, louage de maisons... grains, & généralement tout ce qui est de » nature mobilière ». Mais comme dans l'usage ordinaire, quand quelqu'un parle de ses meubles, il n'entend communément que ses meubles meublans ; & que les expressions des actes de dernière volonté doivent se prendre *secundum communem usum* ; si un testateur a dit : *Je lègue mes meubles*, ou même *tous mes meubles*, cela ne s'entend que des meubles meublans, dans lesquels cependant on comprend la vaisselle d'argent (1), la batterie de cuisine, les porcelaines, les armoires, buffets, cuveaux, &c. ; mais non les dettes actives, l'argent comptant, les bleds, vins & autres denrées ; les linges, pas même ceux de tables ou de lits ; (mais bien les rideaux) les habits, bijoux & autres appartenances du testateur, & à l'usage de sa personne. Ricard, *part. 2, ch. 4, n. 180*, le décide ainsi pour l'argent monnoyé dans le cas d'un legs de la moitié d'une maison, où le testateur demouroit, avec la moitié de toutes sortes de meubles qui y étoient : & Faber lui-même, sur l'art. I du tit. II aux nouvelles, pour les dettes actives, dans le cas d'un legs de meubles en évidence dans une maison : & je pense que, quand ces mots en évidence n'auroient pas limité le legs, on n'auroit pas pu y faire entrer les dettes actives. Ancillon, sur notre art. II, indique même des jurisconsultes qui tiennent « que sous ces mots » *omnia bona mobilia & immobilia*, les droits, noms, raisons & actions n'y sont » point comprises... Mais, ajoute-t-il, comme dans le langage ordinaire & dans la » manière de s'exprimer, on doit entendre les mots selon l'usage commun, & la » vraisemblable intention de celui qui parle, & non suivant la subtilité du raisonne- » ment des jurisconsultes, il faudroit faire différence suivant les sujets, pour étendre » ou pour restreindre la signification des mots, & avoir égard à la distinction des » personnes, &c. « Je ne crois cependant pas qu'on puisse faire grand usage de cette distinction. Il n'y a pas beaucoup de personnes, même dans le nombre des gens de robe, sur-tout en pays coutumiers, qui sachent que les jurisconsultes font des créances & des actions une troisième espèce de biens, qu'ils ne rangent ni dans la classe des meubles, ni dans celle des immeubles ; de tous ceux qui le savent, il n'y en aura peut-être pas deux entre mille qui s'en souviennent, & qui y fassent

3.
Ces meubles & immeubles comprennent les dettes actives.

(1) Sous le mot de meubles meublans on comprend les tapisseries, vaisselle d'argent & tableaux. Le Paige sur l'art. 98 de la coutume de Bar. Il a été jugé à l'occasion des dispositions testamentaires de M. François de Jusly, prévôt de St. Thiebaut, dont j'ai parlé ci-devant obs. 7, n. 5, que dans le legs par lui fait à la Dlle. Conscience de tous les meubles d'une certaine chambre étoient compris des flambeaux d'argent qui s'étoient trouvés sur la cheminée de cette chambre, & qu'en avoit coutume d'y placer.

attention en testant. Ainsi, quel que soit celui qui a testé, il est censé avoir employés les mots dont il s'est servi selon le sens ordinaire qu'on leur donne dans l'usage commun; & il a dû présupposer que tous ceux qui lisoient son testament, les prendroient dans cette signification. Aussi Ricard, *ibid.* n. 189, ne distingue pas les personnes qui ont testé, mais les pays coutumiers & les provinces du droit écrit; & décide en général que, comme « nos coutumes ne reconnoissent que deux sortes de biens, les meubles & les immeubles »; & que déterminant la nature des actions par leur objet, nous les rangeons sous l'une ou l'autre de ces classes; » il « n'y a point de difficulté aux termes de nos coutumes, que le legs étant des meubles & immeubles du testateur, il comprend les promesses..., les autres actions... » & généralement tous les biens disponibles du défunt «.

Je crois même que, si un testateur lègue à Metz tous les meubles & gagieres, & ailleurs tous les meubles & acquêts, le legs comprend l'argent comptant, les dettes actives, les vins, grains, & généralement tout ce qui est réputé meubles; parce qu'il est vraisemblable que l'intention du testateur a été de léguer tout ce qui dépendroit de sa succession mobilière.

Mais comme, dans la façon dont on parle ordinairement, sous le nom d'effets mobilières, on n'entend pas l'argent comptant, ni les dettes actives; on ne doit pas les comprendre dans le legs de tous les meubles & effets mobiliers, dont les grains, vins & denrées font au contraire partie.

Si le legs est de tous les meubles & choses réputées meuble, il s'étend à l'argent comptant, & aux dettes actives mobilières: mais non pas aux acquêts, ni même aux gagieres: parce qu'encore que, *ab intestat*, ces biens fassent partie de la succession mobilière, cependant les acquêts conservent à tous égards la qualité d'immeubles; que c'est aussi celle qui convient à nos gagieres, non-seulement par leur véritable nature, mais par la disposition de notre coutume: puisque dans l'art. 1 du tit. 5, elle divise les immeubles en fonds & en gagieres; enfin que la gagiere, suivant l'art. 2, n'est réputée meuble que par une fiction, dont tout l'effet se borne à la rendre disponible, comme un meuble, & à la joindre aux meubles dans la succession, *ab intestat*, sans lui ôter sa vraie nature d'immeubles à tous autres égards, notamment dans la manière ordinaire de parler. C'est sur quoi est fondé l'art. II du tit. 8 de notre coutume: avant la rédaction de laquelle d'Abocourt avoit dit, *fol. 282 verso.*, « en succession testamentaire, le terme de » meubles ne comprend les gagieres, s'il n'est expressément dit que le testateur donne ses gagieres en général, ou en particulier: par jugement de l'an » 1405 «.

Toutes ces applications de la règle générale, (qu'il faut chercher quelle a été la vraie intention du testateur, & la suivre), me paroissent ne pouvoir être contre-dites.

C'est par la même règle qu'on doit résoudre une autre question agitée par les

TIT. VII.
Observ. 18e.

4.
Idem du legs de tous les meubles & gagieres, ou des meubles & acquêts.

5.
Celui des effets mobiliers ne comprend pas l'argent ni les dettes.

6.
Celui de tout ce qui est mobilier les comprend: mais non les acquêts ni les gagieres.

7.
Si le legs est dû lorsque la chose léguée ne se trouve pas dans la succession.

TIT. VII.
Observ. 18e.

auteurs ; favoir , si la chose spécifiquement léguée ne se trouvant pas dans la succession , le legs ne laisse pas d'être dû ; & si l'héritier doit en payer la valeur au légataire ? Ancillon , sur l'art. 16 du tit. 8 , veut avec raison qu'on examine si le legs est démonstratif , ou limitatif , quand , dit-il , par les termes du testament , ou du don , on peut recueillir que la chose exprimée est léguée elle-même *in specie* , que » *species ipsa , corpusque legatum est*.. C'est la chose même qu'il faut bailler , » non l'estimation.. Aussi l'héritier est quitte si la chose exprimée n'est point en nature , ou si elle vient à périr sans la faute , & sans qu'il soit *in mora*. Mais quand » certaine somme ou quantité des choses consistantes en nombre , poids ou mesure , est » léguée.. , alors encore que la terre où elle doit se prendre , ou la personne qui la » doit fournir ou payer soit désignée , le legs ne laisse pas d'être dû , quoiqu'il ne se » puisse prendre sur cette terre , ou sur cette personne «. Je crois que c'est aussi la pensée de Buridan sur l'art 62 de la coutume de Vermandois ; mais il s'explique avec moins de clarté & d'exactitude. Voici les termes , » si le testateur a légué une certaine » somme à prendre sur un sien débiteur qu'il nomme par son testament , l'héritier » ou l'exécuteur est quitte en cédant la dette ou l'action au légataire... Mais s'il a » fait seulement mention de l'obligation , pour enseigner l'héritier , ou l'exécuteur où » il pourra recouvrer la somme léguée , il ne suffira d'offrir ladite cession d'action ; » mais seront contraints de payer le legs «.

Il y a bien de la différence entre dire , *je lègue les cent écus qui me sont dûs par un tel* , ou *le canon qui échoira l'année de mon décès d'une telle ferme* , & dire , *je lègue cent écus qu'on prendra dans la somme qui m'est due par un tel* , ou *soixante quartes de bled , au paiement desquelles on pourra employer le canon d'une telle ferme*. Les deux premiers de ces legs sont taxatifs & limitatifs ; en sorte que si le débiteur s'est acquitté , si la ferme a été vendue , & qu'il n'en soit plus dû de canon au testateur , le légataire ne peut rien exiger ; & si le débiteur ou le fermier sont insolubles , l'héritier n'en fera pas moins libéré en cédant l'action que la succession a contre eux. Mais les deux autres legs sont purs & simples ; & la désignation qui y est ajoutée n'est qu'un assignat démonstratif , dont l'insuffisance ou le manquement total ne libère pas l'héritier.

8.
Quand est due
la rente viagère
léguée.

Ancillon , sur l'art. cité , résout deux autres questions. L'une que le légataire d'une rente annuelle & viagère la gagne , dès que l'année est commencée ; en sorte que quoiqu'il décède avant qu'elle soit révolue , il la transmet à son héritier. Cela ne me paroît vrai , qu'au cas que la rente soit payable au premier jour de l'année , & par avance ; car si le légataire meurt avant que le terme du paiement de la rente soit arrivé , son héritier peut tout au plus en demander la portion correspondante au tems qu'a vécu son auteur. Or quoique Canon sur l'art. 7 du tit. 11 de la coutume de Lorraine aux nouvelles , dise que » les légats annuels se doivent payer au » commencement de chacun an , ce qu'on dit payer par avance «. Je crois que quand

le testateur ne l'a pas ainsi ordonné, cela n'a lieu que pour les legs faits par forme d'alimens.

L'autre question est de savoir, si un legs fait à l'église paroissiale du testateur qui a changé de domicile est dû à la paroisse qu'il a quittée, ou à celle sur laquelle il est mort. Ancillon se détermine pour la première, & c'est l'opinion commune. Mais je crois que la résolution dépend beaucoup des circonstances. Par exemple, si un testateur étoit depuis peu de tems domicilié dans la paroisse sur laquelle il a testé; si depuis plusieurs années il n'y résidoit plus; s'il avoit déclaré vouloir être inhumé dans l'église, ou le cimetière de la paroisse où il décéderoit, je crois qu'il faudroit adjuger à cette dernière, le legs par lui fait à sa paroisse, sans autres spécifications.

In ultimis voluntatibus valor pecunie legatæ ad tempus conditi testamenti refertur, ut si testator centum coronatos leget, considerandus est valor qui fuit tempore conditi testamenti, non autem tempore mortis testatoris. C'est la décision de l'anonyme qui a fait des notes sur la coutume de Lorraine, art. 7 du tit. II aux nouvelles, note O. Elle est vraie, lorsque le legs est fait en especes réelles; soit qu'elles aient cours; comme, *je legue cent louis de la dernière fabrication*, ou qu'elles ne soient pas reçues dans le commerce, comme, *je legue cent écus aux trois couronnes*; ou *cent quadruples d'Espagne*. Alors il faut ou délivrer les especes mêmes que le testateur a désignées, ou en payer la valeur & la somme numérique que le testateur a voulu léguer; mais si le legs est fait en monnoie de compte; soit celle qui est autorisée par la loi du prince, soit celle qui est admise dans la manière ordinaire de parler; par exemple, *je légue cinquante écus*, ou *je légue quinze pistoles*: expressions qui, par le sens qu'on donne dans l'usage aux mots écus & pistoles, marque que le testateur a voulu donner 150 liv.; c'est cette dernière somme qui doit être payée en especes courantes, sur le pied de leur valeur actuelle au tems du paiement; soit que cette valeur soit plus forte, ou plus foible qu'elle n'étoit au tems du testament. Voy. mes opuscules, tom. 2., pag. 307 & suiv.

Canon, sur le même art. & Saligny, sur l'art. 107 de la coutume de Vitry, disent qu'un *legat fait aux pauvres généralement, est censé, IN DUBIO, fait aux pauvres de la paroisse du testateur*. Un pareil legs seroit aujourd'hui adjugé à l'hôpital général.

Un legs fait à charge de payer par le légataire, certaine somme due par le testateur, lors de son testament, mais qu'il a depuis acquittée de son vivant; ne laisse pas d'être dû en entier. Ancillon, sur l'art. 16 du tit. 8, Vbo. *le légataire*; car les événemens relatifs à la chose léguée, qui arrivent depuis le testament, soit par cas fortuit, soit par la volonté expresse du testateur, peuvent sans qu'il fasse une nouvelle disposition, augmenter, comme diminuer le legs; & rendre la condition du légataire meilleure comme plus mauvaise. Sur quoi il faut voir Ricard, part. 3, ch. 3, sect. 3, dist. 5, n. 358 & suiv. comme le testateur est censé avoir voulu

TIT. VII.
Observ. 18e.

9.
A qui est dû le legs fait à la paroisse du testateur, qui en a changé?

10.
Si la valeur des legs en deniers est due telle qu'elle étoit au tems du testament.

11.
Le legs fait aux pauvres, en général est dû à l'hôpital.

12.
Le légataire chargé d'une dette n'en est plus tenu si le testateur l'a payé.

Tit. VII.
Observ. 18e.

léguer tout ce qu'il a ajouté depuis le testament à la chose léguée ; de même aussi s'il acquitte la dette dont il avoit chargé le legs , il est censé l'avoir voulu libérer.

On lit dans le commentaire sur l'art. 101 de la coutume de Bar., que » les légataires ont hypothèque sur les biens du testateur , lorsque le testament est passé par devant personnes publiques, ... mais que si le testament est olographe, les légataires n'ayant qu'un titre sous-seing privé, n'ont aucune hypothèque, & que les héritiers ne sont tenus que *in viriles* ». Cette distinction de Le Paige entre le testament solennel & olographe me paroît sans aucun fondement. Ce n'est pas le testament , mais l'acte de publication du testament qui donne l'hypothèque. Cela est si vrai que cette hypothèque ne remonte , ni à la date du testament , même reçu par personnes publiques , ni à l'époque de la mort du testateur : & que si un testament reçu par un notaire n'étoit publié que plusieurs années après le décès du testateur , on ne balanceroit pas à préférer ceux qui dans l'intervalle auroient contracté par actes publics avec l'héritier , (même sur les biens provenans de la succession , & dont ils voyoient leur débiteur en possession) , aux légataires de certaines sommes , qui ne se fonderoient que sur un testament secret , inconnu & ignoré , lorsque l'héritier s'est obligé envers ses créanciers (1). Or le testament olographe , qui n'est originairement qu'un écrit privé devient un acte public & authentique par le dépôt chez un notaire , & par la publication qu'il en fait.

J'ajoute que celui qui accepte une succession testamentaire , soit au moment même de la publication du testament , soit postérieurement , & même tacitement , & de fait , en s'immiscant , contracte envers les légataires une obligation qui remonte à la publication : parce qu'elle en est la suite & le complément ; en sorte que non-seulement les légataires ont hypothèque sur les biens de la succession , & que s'il y a plusieurs héritiers , chacun d'eux est tenu personnellement , pour sa portion virile , & hypothécairement pour le tout : mais que les biens personnels de chaque héritier sont hypothéqués pour sa portion virile.

D'ailleurs, la loi romaine accordoit aux légataires une hypothèque légale : & Ricard estime que nous devons en admettre la disposition pour l'exécution des testamens ; d'autant plus que » les testamens étant faits suivant les termes de la coutume »,

(1) Je crois qu'il en seroit autrement si l'héritier avoit vendu un immeuble légué , & que le légataire pourroit évincer l'acquéreur. Mais c'est parce que la publication du testament , en quelque tems qu'elle soit faite , fixe les propriétés de l'héritier sur les biens de la succession , à remonter au jour du décès du testateur : & qu'ainsi l'héritier n'ayant jamais été propriétaire du bien légué , il n'a pas pu l'aliéner : au lieu que s'il ne s'agit que d'un legs en deniers , l'héritier propriétaire des biens de la succession a pu les engager à ses créanciers , au préjudice d'un légataire inconnu.

(aujourd'hui

(aujourd'hui dans la forme de l'ordonnance de 1735), » sont en une forme authentique, & approuvée par la loi du pays. Voy. cet arrêt du 24 Juillet 1641, par lequel, l'action hypothécaire fut donnée à un légataire en vertu d'un testament passé pardevant un vicaire & deux témoins.

Au cas qu'un légataire particulier soit évincé de son legs, Ferriere, sur l'art. 295, gl. 2, n. 10, demande s'il a recours contre un autre légataire ? Il dit que le recours de garantie n'a lieu qu'entre cohéritiers, & non entre les légataires particuliers. En sorte que si les créanciers de la succession qui ne sont pas obligés de discuter tous les biens qui la composent, s'adressent à un seul héritage pour être payés de leur dû, le légataire de cet héritage doit prendre d'eux cession de leurs actions, à l'effet de contraindre les autres légataires de contribuer aux dettes pour lesquelles il est évincé; faute de quoi ce légataire évincé n'a point de recours contre un autre légataire particulier. Mais que le légataire universel est tenu de garantir les legs particuliers. De sorte que, sans cession d'actions, le légataire particulier peut poursuivre le légataire universel, pour lui... payer l'estimation de son legs, au cas qu'il en ait été évincé pour les dettes du défunt.

Il paroît assez par-là que Ferriere n'a entendu parler que du légataire inquieté par les créanciers de la succession. S'il est évincé pour une autre cause, ou qu'il perde autrement le bien à lui légué, il n'a de recours à exercer contre personne. Ainsi non-seulement l'héritier, ou le légataire universel qui en tient la place, ne sont pas obligés de garantir une créance léguée par le défunt. Buridan sur l'art. 62 de la coutume de Vermandois: non-seulement il leur suffit de céder au légataire l'action compétante à la succession, bonne ou mauvaise, bien ou mal fondée; & si le débiteur n'est pas solvable, ou qu'il ait des exceptions suffisantes pour opérer sa libération, la perte tombe sur celui à qui la créance a été taxativement léguée; mais si le legs est d'un héritage sur lequel un tiers prétend des droits réels, que le testateur ne connoissoit pas, des redevances foncières qu'on n'a jamais demandé au défunt, & qu'on exige de son légataire, si même un tiers se dit propriétaire de l'héritage légué, & soutient que le testateur en jouissoit injustement; c'est au légataire à se défendre comme il pourra, & il n'a d'indemnité à demander à personne. Cela rentre dans le cas de la règle de droit, que le legs de la chose d'autrui n'est valable que lorsque le testateur savoit qu'elle n'étoit pas à lui: que même on ne présume pas qu'il savoit que ce qu'il léguoit ne lui appartenoit pas: & que s'il n'est pas prouvé qu'il l'ait su, le legs est nul. Domat, tom. 1, part. 2, liv. 4, tit. 2, sect. 3, no. 4 & 5.

TIT. VII.
Observ. 198.

OBSERVATION XIX.

Du Paiement des Dettes du Testateur, & comment les différens Héritiers ou les Légataires y contribuent.

1.
Les dettes se
payent avant
sous legs.

2.
Elles sont à la
charge de l'hé-
ritier ou du
légataire uni-
versel.

3.
Le légataire
particulier est
tenu des dettes
réelles.

4.
Celui qui prend
en vertu de la
loi un bien dont
le prix est dû,
en est chargé.

CE que je viens de dire du légataire particulier, poursuivi pour les dettes du défunt, est la suite de deux autres principes : savoir, que les dettes doivent se payer avant les legs, même pieux ; jusques-là que si l'héritier bénéficiaire payoit les legs, & que le contenu en l'inventaire, déduction faite d'iceux, ne fut plus suffisant pour payer toutes les dettes, il seroit tenu d'y satisfaire, *de suo* ; de quoi d'Abocourt, fol. 288, Rto. rapporte un jugement de l'an 1465. Le second principe est que les dettes sont à la charge de l'héritier, ou du légataire universel, & non des légataires particuliers, qui peuvent bien être poursuivis hypothécairement par les créanciers ; mais qui n'en sont pas tenus personnellement comme l'héritier, ou le légataire universel. En sorte qu'elles ne retombent sur eux que lorsque les dettes diminuent tellement les biens, que ce qui reste, après les dettes payées, ne suffit pas pour faire la délivrance de tous les legs. Ferrière, *sur l'art. 295, gl. 3, n. 5*. Le commentateur anonyme de la coutume de Lorraine, dit de même *sur l'art. 1 du tit. II, aux nouvelles*, que le légataire ou donataire d'un héritage particulier, n'est tenu de payer aucune portion des dettes tant mobilières, & personnelles, qu'immobilières & réelles, encore que l'héritage donné ou légué y soit spécialement obligé. Mais cela ne doit être entendu que des rentes constituées, ou autres dettes hypothéquées sur l'héritage légué, qui, quoique résultantes d'un contrat, sont réputées immobilières : & non des rentes vraiment réelles & foncières, dont le possesseur n'est tenu qu'à cause de la chose qu'il possède : ni même de celles contractées à cause de la chose léguée, & qui ne sont affectées que sur icelle, non pas cependant que je pense que si le prix d'un acquêt est encore dû, en tout ou en partie, celui à qui tel acquêt est légué, soit tenu de l'acquitter ; à moins que le testateur ne l'en ait chargé ; car on doit présumer que si le testateur avoit voulu que cette dette fut au compte du légataire, & non à celui de l'héritier, il l'auroit exprimé. En quoi la condition du légataire est différente de la condition de celui qui prend un immeuble en vertu de la loi ; car ce dernier est tenu d'en payer le prix s'il est encore dû. Buridan *sur l'art. 65 de la coutume de Vermandois vers la fin*.

Quant à l'héritier & au légataire universel vis-à-vis l'un de l'autre, les coutumes

règlent différemment la charge des dettes. Celle de Paris, *art. 295*, veut qu'elles soient préalablement payées sur tous les biens de l'hérédité : & l'*art. 334* en charge les héritiers des meubles, ceux des propres, & les donataires, ou légataires universels, chacun pour telle part & portion qu'ils amandent. Ainsi l'héritier des quatre quints des propres & le légataire universel, quand il y en a un, contribuent au paiement des dettes à proportion de l'émolument. Quand il n'y a que des legs particuliers, si en les délivrant, il reste dans la succession de quoi payer les dettes sans toucher aux quatre quints des propres, c'est à l'héritier à les acquitter entièrement. Mais si les biens, charges prélevées, ne sont pas suffisans pour les quatre quints & les legs particuliers, les dettes se paient par contribution entre l'héritier & les légataires. Voy. Ferrière *sur l'art. 299, gl. 3*, sans néanmoins que le préciput attaché au droit d'aînesse entre dans cette contribution. C'est la règle dans un très-grand nombre de coutumes, & en particulier dans celle de Vermandois, *art. 65 & 68*; de Ribemont, *art. 69*, & de St. Quentin, *art. 57*.

Mais dans presque toutes les coutumes du ressort *les dettes suivent les meubles* : & ceux à qui ils aviennent, soit en vertu de la loi, ou d'une disposition universelle du défunt, en sont tenus pour la part qu'ils y prennent. St. Mihiel, *tit. 8, art. 3*. *Les dettes d'un défunt*, porte l'*art. 166 de la coutume de Verdun*, se prennent sur ses meubles, & subsidiairement sur ses acquêts; & s'ils ne suffisent pas, le surplus se paie par les héritiers des propres paternels & maternels, à proportion de l'émolument. L'héritier institué, ou le légataire universel, & en général l'héritier mobilier en sont chargés en premier ordre. Par les *art. 6, 7 & 8* du tit. 11 de notre coutume de Metz sur lesquels M. D... cite quelques autres coutumes conformes, & explique en quel sens « ne peut l'héritier immobilier être contraint d'y contribuer, tant que le mobilier aura de quoi y satisfaire ».

Dans toutes ces coutumes où les dettes ne sont pas réparties sur les différens héritiers à proportion de l'émolument, & où la succession mobilière en est seule chargée, on ne peut l'en décharger par testament, pour la rejeter sur les biens non disponibles. Je l'ai observé plus d'une fois. Voy. cependant ce que j'ai dit des brevets de retenue, *observ. 10, n. 14*.

Mais, comme à Metz, la succession mobilière est composée des meubles & des gagières, si elle ne suffit pas pour payer les dettes & les legs, on demande si pour acquitter les dettes il faut commencer par épuiser ou les meubles ou les gagières; ou si on doit prendre les dettes, tant sur les meubles que sur les gagières concurremment, & au sol la livre. Cette question peut intéresser ceux à qui le testateur a laissé aux uns ses meubles, aux autres ses gagières. On vient de voir qu'à Verdun il faudroit commencer par absorber les meubles, avant d'en venir aux acquêts. Mais la coutume de Metz n'ayant pas la même disposition par rapport aux gagières, je crois sans difficulté que dans les cas ordinaires on doit payer les dettes sur tout ce qui reste dans la masse de la succession des meubles & de gagières. Je dis sur ce

Tit. VII.
Observ. 19e.

5.
Coutumes où les héritiers & les légataires universels contribuent au paiement des dettes.

6.
Quid, s'il n'y a que des legs particuliers?

7.
Le préciput de l'aîné ne contribue pas aux dettes.

8.
Coutumes où les dettes suivent les meubles.

9.
Et ne peuvent être rejetées sur les biens non disponibles.

10.
Comment les meubles & les gagières y contribuent.

TIT. VII.
Objet. 1763.

qui reste dans la masse, & forme la remanence de l'une & de l'autre espece; car il faut épuiser, soit les meubles, soit les gagieres, dont le testateur n'a pas disposés par des legs particuliers, avant d'en venir aux biens de l'une ou de l'autre espece qu'il a spécifiquement légué. Supposons, par exemple, un testateur qui, après avoir légué certains meubles à un ami, & certain héritage de gagieres à son neveu, puis différentes sommes de deniers à d'autres personnes, a donné le surplus de ses meubles à sa femme, & tous ses autres biens de gagieres en général à son frere. Il est certain que les légataires particuliers tant des meubles désignés que de l'héritage de gagiere singulièrement légué, ne seront chargés ni des dettes de la succession (si ce n'est après l'épuisement de la remanence) ni des sommes léguées en deniers. Les unes & les autres seront payées concurremment & au marc la livre, par la veuve & par le frere, qui sont légataires universels chacun d'une espece de biens, également affectés par la coutume aux charges de la succession.

Si la remanence des meubles & des gagieres advient à la même personne, il est ordinairement fort indifférent qu'on prenne les dettes & les legs, ou sur les meubles ou sur les gagieres. Voici cependant un cas qui a paru embarrassant. La dame comtesse de Levenhaupt avoit fait quantité de legs pieux à des gens de main-morte, & beaucoup d'autres legs ordinaires; les uns & les autres de certaines sommes de deniers. Sa succession étoit chargée de dettes assez fortes, pour qu'après les avoir acquittées sur les meubles & sur les gagieres, il ne restât plus de quoi acquitter tous ces legs. D'un autre côté ceux faits aux gens de main-morte ne pouvoient se prendre que sur les meubles, & non sur les gagieres, aux termes de la déclaration de 1739, & de l'édit de 1749. La valeur des meubles, si on n'en avoit rien distrait, auroit suffi pour payer ces derniers legs. Mais en faisant contribuer les meubles concurremment avec les gagieres, & au fol la livre, au paiement des dettes, il ne seroit presque plus rien resté sur quoi on pût affecter les legs des gens de main-morte. Cependant ces legs étant pieux méritoient quelque faveur, même aux termes de ces deux loix, en les restreignant sur les meubles. La testatrice pouvoit, sans contredit, rejeter ses dettes sur ses gagieres. Elle ne l'avoit pas fait. Mais elle vouloit certainement qu'on payât ce qu'elle destinoit à la cause pie: & si elle avoit prévu que ses dispositions pieuses ne pourroient être exécutées qu'en payant ses dettes sur ses gagieres, il étoit à présumer qu'elle l'auroit ordonné. Ainsi par une suite de la regle qu'on doit donner aux testamens l'effet qu'ils doivent avoir selon l'intention vraisemblable des testateurs, il a été estimé en consultation au mois de Décembre 1763, que pour ne pas rendre entièrement inutiles les dispositions pieuses de la testatrice, on devoit commencer par payer les dettes sur les gagieres, & distribuer ensuite ce qui en resteroit au marc la livre, entre les légataires, autres que les gens de main-morte, & le prix des meubles entre les légataires indistinctement. Ce parti suggéré par l'équité, & fondé sur la volonté présumée de la testatrice a été agréé par toutes les parties intéressées.

La coutume de Vitry, *art. 109*, porte que les dettes viennent à payer par ceux qui par coutume du pays emportent les meubles, & les legs par ceux qui se portent héritiers. Celle de Sedan dont quelques-uns des rédacteurs étoient des juriconsultes de Vitry, affecte aussi, *art. 132*, les meubles au paiement des dettes & frais de sépulture; & charge les héritiers des legs testamentaires. Ces deux coutumes ne peuvent s'entendre que des héritiers qui prennent les biens disponibles; & non de ceux qui se bornent à la réserve coutumière.

En Lorraine, il est sans contredit que la coutume destine en premier ordre les meubles & acquêts au paiement des dettes personnelles, & subsidiairement le quart disponible des anciens: en sorte que l'héritier mobilier ou le légataire universel en sont chargés, & que ce n'est qu'après qu'ils sont épuisés, qu'elles sont au compte de l'héritier des trois quarts des anciens. Voy. Faber, *sur l'art. 4 du tit. II, n. 1553*, & *sur l'art. 13, n. 1408 & suiv.*; & ce que j'ai dit, *obs. II, n. 9*, d'un arrêt rapporté par Canon.

Ces distinctions des différens héritiers ne regardent pas les créanciers qui peuvent choisir entre tous ceux qui recueillent des biens de la succession à titre universel, celui à qui il leur plaît de demander le paiement de ce qu'il leur est dû, & agir hypothécairement contre les possesseurs à titres singuliers de quelques-uns des immeubles du défunt: sauf le recours de ceux qui sont poursuivis les uns contre les autres.

Mais ceux qui ne tiennent les biens de la succession qu'en simple usufruit sont-ils tenus d'en acquitter les dettes? Le même Faber, *sur l'art. 4 du tit. II, n. 1554*, dit que si la femme est usufruitière de tous les biens, elle doit acquitter les dettes; mais qu'elle n'en est pas tenue, si elle n'a l'usufruit que d'une partie des biens. La seconde partie de cette décision est sans difficulté, si l'héritier trouve dans les biens disponibles de la succession qu'il recueille, sans charge d'usufruit au profit d'un tiers, de quoi en acquitter les dettes. Mais la première partie de l'opinion de Faber doit être modifiée. L'usufruitier de tous les biens d'une succession n'a droit de jouir que de ce qui reste après l'acquit des dettes. *Bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt. L. 39, §. 1, ff. de verb. sign. venisse ad heredem nihil intelligitur, nisi deducto ære alieno. L. 165 eod.* L'usufruitier doit donc avancer le paiement des dettes personnelles exigibles, & acquitter les rentes qui étoient de son tems. Mais son usufruit fini, l'héritier doit lui rendre tout ce qu'il a payé pour l'acquit des dettes exigibles; & s'il a racheté les rentes constituées, l'héritier doit ou les continuer à son profit, à commencer du jour de l'extinction de l'usufruit, ou lui rembourser les deniers du rachat; car, comme le dit au n. suiv. Faber lui-même, « l'usufruit ne rend le légataire seigneur de la chose léguée en usufruit, qui se finit par divers moyens...; & partant n'est tenu des dettes personnelles, qu'autant qu'il dure, & les peut répéter lorsqu'il cesse, s'il les a payées ».

TIT. VII.
Observ. 198.
11.
Quid, à Vitry
& à Sedan?

12.
En Lorraine ?

13.
Ces distinctions
ne regardent
pas les créan-
ciers.

14.
Si les usufrui-
tiers des biens
d'une succes-
sion sont tenus
des dettes d'i-
celle ?

TIT. VII.
Observ. 206.

OBSERVATION XX.

De l'Exécution des Testamens.

^{7.}
Origine de l'usage des exécuteurs testamentaires.

L'USAGE de charger un ami ou quelqu'autre personne, en qui on a confiance, d'exécuter ses dernières volontés est fort ancien. Je ne crois pas qu'il ait été bien fréquent chez les Romains ; & Ricard, *des donat.*, 2e. part., ch. 2, n. 59, semble même attribuer à notre droit françois la première idée des exécuteurs testamentaires. Mais on en trouve des vestiges tant dans une lettre de Pline à Trajan, que dans quelques loix. Ils sont nommés, dit l'anonyme qui a écrit sur la coutume de Lorraine, art. 16 du tit. II, note. ppp., *dispensatores, seu curatores testamentorum. Nov. Leon...* : & à *doctoribus dicuntur nudi ministri, curatores substantiæ*. Ferrière, sur l'art. 297 de la coutume de Paris, gl. 1, n. 4, remarque que les Grecs leur donnoient ce nom de ministres & de tuteurs, curateurs ou procureurs ; & que les loix qu'il cite, les appellent *lucratores funeris, dispensatores & divisores legatorum, testamentorum executores*. Il en est parlé sous le nom d'*erogatores* au chap. 9 d'un capitulaire de Charlemagne, rapporté par Baluze, tom. 1, col. 260, qui croit qu'il est de l'an 793 : & ils sont nommés *erogarii*. Dans un capitulaire de Charles-le-Chauve, de l'an 877, cap. 14, que le même compilateur rapporte, tom. 1, col. 242, il dit dans ses notes sur les capitulaires, même tom., col. 1041, *erogatores testamentarii : ut rectè interpretatur doctissimus amicus noster Carolus Dufrenius (1)*.

^{2.}
Les ecclésiastiques l'ont rendu plus commun : leurs entreprises à cet égard.

Je dirai ci-dessus, n. 31, en quoi notre jurisprudence leur a plus accordé que la loi romaine. En attendant, observons que ce sont les ecclésiastiques qui ont rendu l'usage des exécuteurs testamentaires beaucoup plus commun chez nous qu'il n'étoit chez les Romains. Après avoir eu l'art de persuader aux peuples qu'il n'y avoit point de salut à espérer pour les mourans qui ne laissoient rien à l'église, ni aux pauvres ; non-seulement ils prirent soin, pour assurer & hâter le paiement de ce qui leur étoit légué, de se faire nommer exécuteurs testamentaires ; mais ils firent passer en maxi-

(1) Ils étoient ainsi nommés ; parce que c'étoit à eux à employer les deniers de la succession à l'acquit des charges & des legs. » *Erogo, erogare, employer, dépendre, bailler, distribuer* » dit le dictionnaire de Robert Etienne, *aurum ecclesiæ sive habet, non ut servet, sed ut erogat. Cap. 70. caus. 12, quest. 2.*

me que l'exécution des testamens leur appartenoit de plein droit. » Les bonnes gens
 » du tems passé, dit *Buridan sur l'art. 61 de Vermandois*, remettaient l'exécution
 » testamentaire au point de la conscience, joint la disposition canonique, l'ont
 » attribuée aux évêques : à quoi il ajoute un peu plus bas, qu'anciennement en
 » France, toutes personnes nommoient pour exécuteurs de leurs testamens les ecclé-
 » siastiques ». *Ferriere* dit aussi, *ubi sup.* n. 5, » qu'il y avoit autrefois dans le
 » royaume deux sortes d'exécuteurs... ; savoir, ceux qui avoient été choisis par les
 » défunts & les évêques, qui, comme exécuteurs nés, voulurent avoir l'inspection
 » sur les exécuteurs nommés ; & sous ce prétexte, ils s'attribuerent la connoissance
 » des testamens, & l'audition des comptes. Mais cet abus qui a duré du tems a été
 » depuis réformé ; & à présent les évêques ne sont plus, de droit, exécuteurs tes-
 » tamentaires, quoique le concile de Trente ait voulu renouveler cet ancien
 » usage ».

Il ajoute aux n. suiv. que » les exécuteurs testamentaires ne sont pas de l'essence
 » des testamens, & que leur fonction n'est pas publique ». D'où il faut conclure,
 1°. que ceux qui ne sont pas admis aux fonctions publiques, peuvent être choisis
 pour exécuter les testamens. Ainsi, » femme, par notre usage, peut être exécutrice
 » testamentaire ; même si elle est mariée, pourvu qu'elle soit autorisée de son mari ». *Ricard, sur l'art. 297 de la coutume de Paris. Ferriere, sur le même art. gl. I, n. 9, & suiv.*, dit » qu'il ne suffiroit pas qu'elle se fit autoriser par justice au refus
 » de son mari » ; parce que cette autorisation n'obligeroit pas le mari au paiement
 du reliquat du compte (pas même sur la moitié de sa femme dans la communauté,
 ni sur ses propres, dont il doit jouir tant que le mariage dure) ; » comme l'y oblige
 » celle qu'il donne lui-même ». *Saligny, sur l'art. 105 de Viery ; Buridan, sur l'art. 61 de Vermandois, in fine ; De Laitre, sur l'art. 89 de Chaumont, n. 4 ; l'a-
 nonyme, sur l'art. 16 du tit. II de Lorraine, note ppp ; & Canon, sur l'art. 20
 du même tit. n. 6,* tiennent aussi qu'une femme peut être chargée de l'exécution
 d'un testament ; & le dernier dit qu'il faut lui donner coadjuteur si elle se marie ;
 mais ce coadjuteur peut-il être autre que son mari ? *Faber, sur le même art. 20, n. 1567,*
 n'est pas d'un autre avis, quoiqu'il dise que la femme, qui est en puissance
 de mari, est incapable de cette exécution ; car il n'entend que celle qui n'est pas
 autorisée par son mari.

Pour moi, quoiqu'il y ait des auteurs qui n'admettent pas les femmes à cette
 fonction, je les en crois capables ; mais je voudrois que, quand elles sont en puis-
 sance de mari & non séparées, les maris se chargeassent de l'exécution, conjointe-
 ment avec elles, & fussent leurs coadjuteurs, pour me servir de l'expression de
 Canon ; & je ferois grande difficulté de la confier à une femme mariée, même
 autorisée par son mari, qui ne voudroit cependant pas répondre personnellement
 de la gestion de sa femme, ni s'obliger d'en rendre compte avec elle.

Si la femme nommée exécutrice est celle du testateur, on ne peut pas, dans les-

TIT. V
 Observ. 23

3.
 On peut ne
 point nommer
 d'exécuteur tes-
 tamentaire.

4.
 Comment elle
 peut être con-
 signée aux fem-
 mes.

TIT
Obfer. 200.

5.
Quand les conjoints ne peuvent s'avantager, ils ne peuvent laisser à la discrétion l'un de l'autre les distributions à faire sans en compter.

coutumes où les avantages entre conjoints sont prohibés, lui confier à elle seule la distribution des sommes destinées à des œuvres pies, & dont le testateur s'est entièrement rapporté à elle sans obligation d'en rendre compte. C'est la remarque de Dumoulin, cité par Ricard, sur l'art. 297 de la coutume de Paris. Et ce qui est dit ici de la femme, s'applique de même au mari; car la raison est la même contre lui que contre elle: confier à l'un des conjoints une distribution ordonnée par l'autre, sans l'obligation d'en compter, il est aisé de voir que ce seroit un moyen d'é luder la prohibition de s'avantager. Ainsi ce motif ne subsiste plus dans celles de nos coutumes où les avantages entre conjoints sont permis: & la remarque de Dumoulin ne s'y applique pas: à moins que la somme à distribuer ne doive être prise sur un bien dont le testateur pouvoit disposer pour œuvres pies; mais non au profit de son conjoint, quoiqu'il pût lui faire d'autres avantages. Mais elle s'applique, & on doit l'étendre à toutes les personnes, au profit desquelles on ne peut pas disposer par testament. Voy. Ferriere, sur l'art. 297, gl. 1, n. 14; & Ricard, part. 2, ch. 2, gl. 7, n. 89.

6.
Un mineur ne peut être chargé d'une exécution testamentaire.

A l'égard des mineurs, Faber, *ibid.* semble d'avis qu'ils sont incapables des fonctions d'exécuteurs testamentaires, puisqu'il n'y admet que les femmes majeures: & Buridan, *aussi ibid.* fait mention d'un arrêt qui l'a jugé ainsi; quoiqu'il semble d'avis contraire, suivant l'opinion commune que Ferriere, *ibid.* n. 8, adopte avec ce tempéramment, que « les créanciers & les héritiers peuvent empêcher que les mineurs ne soient saisis de tous les biens meubles, demeurés après le décès; mais seulement de ce qu'il faut pour l'accomplissement du testament ». Ce qui me paroît insuffisant; car si le mineur dissipe ce qui lui aura été confié, & ne paie pas les légataires, il me semble qu'on ne pourra leur donner ni à eux, ni aux héritiers aucune action contre lui, & qu'on ne pourra refuser de le restituer contre l'application de l'exécution testamentaire. Puisqu'elle produit des obligations, il faut être capable de s'obliger pour pouvoir la demander. Je pense donc qu'il seroit plus conforme aux règles d'en exclure les mineurs.

7.
Le religieux.

J'en dis autant des religieux, quoique Saligny & le commentateur anonyme de la coutume de Lorraine les en croient capables avec la permission de leurs supérieurs; même les mendiants, ajoute Faber, n. 1568, qui, aussi bien que l'anonyme, excepte les franciscains. Mais comme ils ne s'appuient que de quelques dispositions canoniques; & que, sur de pareils points, le droit canonique n'a aucune autorité parmi nous, je ne vois pas pourquoi on distingueroit des franciscains les autres mendiants, ni même tous les autres réguliers: & je crois avec Ferriere, *ibid.* n. 11, & les autres qu'il cite, que tout religieux étant incapable des effets civils, & ne pouvant obliger ni ses biens, puisqu'il n'en a aucuns, ni ceux de sa maison, au paiement du reliquat du compte de son administration, « les héritiers, pour leur sûreté, pourroient empêcher le religieux de prendre cette charge, quoique ce fut avec la permission de son supérieur ».

20. » Comme la charge d'exécuteur testamentaire n'est pas publique, elle peut être refusée sans cause ». Ferriere, *ibid.* n. 15 & 20; Buridan, *aussi ibid.* & De Laitre, *sur l'art. 89 de Chaumont*, n. 3. C'est la disposition de l'art. 20 du tit. 8 de la coutume de Metz, & de l'art. 20 du tit. 11 de celle de Lorraine, qui portent, que ceux qui refusent l'exécution, *en doivent faire déclaration lorsqu'ils en sont requis, afin qu'il y soit pourvu par justice.* Ce sont les termes de la coutume de Metz. Celle de Lorraine semble leur imposer l'obligation d'avertir le juge de leur refus, sans attendre qu'ils en soient requis » pour recevoir, ajoute-t-elle, *caution de l'héritier, s'il s'en veut charger; sinon y pourvoir autrement d'office.* La coutume de Sedan, art. 137, porte aussi que » *si les exécuteurs nommés au testament, ne veulent accepter la charge, la justice y pourra subroger ou commettre d'autres idoines, & capables en leur lieu* (1). Ancillon dit *sur notre art. 20*, que si celui qui est nommé pour l'exécution testamentaire la refuse, il doit le déclarer sans attendre qu'il en soit requis, lors de la lecture du testament, ou dans la huitaine; & que la justice peut y pourvoir, ou » en subrogeant une personne capable à la place de celui qui est nommé; ou en déléguant l'exécution testamentaire à l'héritier, en baillant par lui bonne & suffisante caution d'y satisfaire dans l'an. Pour moi, voici ce que je pense.

Si celui que le testateur a choisi pour exécuter son testament est présent à la publication, il déclare ordinairement, sans attendre qu'on l'en requière, s'il l'accepte ou s'il la refuse; lorsqu'il n'est pas présent à la publication, la communication qui lui est donnée du testament est une réquisition suffisante pour l'obliger de faire sa déclaration: & si en l'un & l'autre cas, il demandoit un délai pour se déterminer, il ne pourroit être bien long. Mais en cas de refus, je n'ai jamais vu dans aucune partie du ressort, subroger par le juge une autre personne à l'exécution testamentaire, ni exiger de l'héritier une caution que, nonobstant la disposition de quelques coutumes & l'opinion d'Ancillon, je ne crois pas qu'on puisse le forcer de donner; car comme Faber, malgré le texte de la coutume qu'il commente, le remarque, n°. 1569, » le vrai & légitime exécuteur d'un testament c'est l'héritier (2), lequel en appréhendant la succession, s'oblige à exécuter le testament, & y peut être contraint » par l'autorité séculière; & non par l'autorité ecclésiastique, comme cet auteur le dit, à cause de l'ancien abus qui attribuoit au juge d'église les causes testamentaires; ce qui, comme il en convient, n'est plus souffert. Voy. De Laitre *sur Chaumont*, art. 89, n. 7 & 8.

(1) Voy. la coutume de Meaux, art. 36 & 37.

(2) C'est par cette raison que le juge n'en nomme jamais quand le testateur n'en a point nommé. Or si on s'en passe en ce cas, pourquoi ne pourroit-on pas s'en passer lorsque celui que le testament nomme n'accepte pas la commission?

TIT. VII.
OBSERV. 201.

8.
L'exécuteur
peut refuser
l'exécution.

9.
Et alors il doit
le déclarer.

10.
Si, en ce cas,
l'héritier qui
s'en charge doit
donner caution:
ou si le juge
doit nommer
un autre exé-
cuteur.

TIT. VII.
 Obſerv. 102.

Pourquoi exiger de l'héritier une caution pour sûreté de l'exécution du testament ; puisque tous les biens de l'hérédité & ses biens propres en répondent ? Et qu'on ne dise pas que si l'exécuteur refuse, & que l'héritier ne donne pas caution, il pourra divertir & détourner les meubles ; car si celui que le testateur a choisi pour exécuter son testament refuse de s'en charger, & que les légataires aient quelques raisons apparentes de suspecter la solvabilité de l'héritier, ils peuvent faire saisir les meubles. Mais ils ne peuvent ni demander qu'il soit nommé un autre exécuteur par le juge, ni empêcher l'héritier d'exécuter le testament, faute par lui de vouloir donner caution. Ferriere, *sur l'art. 297, gl. 1, n. 18.*

11.
 Celui qui a
 commencé l'ex-
 écution, doit
 l'achever.

12.
 Celui qui la re-
 fuse, perd son
 legs.

• Si l'exécuteur testamentaire, sans avoir expressément accepté l'exécution, en a fait quelques actes, il ne peut plus y renoncer ; & il faut qu'il l'acheve. *Id. ibid. n. 22 ; Faber, n. 1573 ; Buridan, De Laitre & Ancillon, ubi sup.*

Buridan dit que l'exécuteur à qui il a été fait un legs » sous cette condition, doit » accepter la charge ou perdre son legs «. Canon, *sur l'art. 20 du tit. II de la coutume de Lorraine, n. 7*, n'impose de même l'obligation d'exécuter le testament » qu'à celui qui a accepté un légat à lui fait à cette condition «. Et Ancillon qui dit la même chose, ne parle que du legs donné à cette condition. Mais Ferriere, *n. 16*, décide plus généralement que » si l'exécuteur accepte le legs qui lui a été fait » par le testateur, il est obligé d'exécuter son testament « ; & je crois qu'il a raison ; car si on fait attention à l'intention du testateur, il est à présumer que, faisant un legs à celui qu'il charge d'exécuter son testament, il a voulu reconnoître par-là les peines que lui donneroit cette exécution ; & que, quoiqu'il ne l'ait pas dit, & que le legs paroisse pur & simple, il n'a cependant été fait *qu'en cette considération*. Et si on examine le refus du légataire, il paroitra presque toujours blâmable de vouloir profiter du bienfait, en refusant au bienfaiteur le service qu'il attendoit de lui.

Cependant il peut se trouver des circonstances assez fortes pour faire penser que le legs a eu d'autres motifs que ce service, & pour le faire regarder comme pur & simple, & indépendant de l'exécution testamentaire. Par exemple, s'il étoit fait à un parent ou à un ami intime ; & qu'outre le legs, le testateur eut ordonné que l'exécuteur seroit payé des salaires que les peines que lui donneroit l'exécution du testament pourroient mériter ; dans ce cas & autres semblables, pour peu que le légataire parut avoir quelque motif raisonnable de ne pas se charger d'exécuter le testament, le legs à lui fait purement & simplement, ne laisseroit pas de lui être dû.

13.
 Un des exécuteurs peut ac-
 cepter, les au-
 tres refusant.

14.
 Celui qui offre
 caution ne peut
 l'exiger des au-
 tres.

Ancillon dit encore, *ibid.* que » s'il y avoit plusieurs exécuteurs nommés, celui » d'entre eux qui voudroit seul en accepter la charge, seroit bien autorisé à la » remplir, les autres refusant «. Ce qui est sans difficulté.

Mais dans le même cas, si tous acceptent, l'un d'eux, en donnant caution, ne peut demander que ses co-exécuteurs donnent aussi caution, sinon qu'il soit autorisé à gérer seul. Ferriere, *ibid. n. 19 & suiv.*

J'adopte encore ce qu'il dit, n. 17, que la somme léguée conjointement à deux exécuteurs, dont l'un accepte & l'autre refuse, sera dûe toute entière au premier; mais que s'il est légué une somme à chacun d'eux séparément, l'acceptant ne profitera pas du legs du refusant. Ce qui est décidé de même par M. Le Camus, sur le même article, n. 7.

Enfin, *executor electus à testatore, qui onus suscepit, per alium illud perficere non potest; quia ejus industria electa est*, au notateur anonyme de la coutume de Lorraine, sur l'art. 20 du tit. 11 note cccc. Voy. aussi la note de La Fons que je vais citer. La raison sur laquelle le premier s'appuie, que ce sont les qualités personnelles de celui que le testateur a choisi, qui ont déterminé son choix, confirme, ce me semble, ce que j'ai dit que le juge ne doit pas déferer l'exécution à un autre, au refus de celui que le testateur a nommé. Mais quoique l'exécuteur doive, autant qu'il le peut, remplir ses fonctions par lui-même, on ne doit pas conclure qu'il ne peut terminer par procureur les choses à faire dans des lieux éloignés, où il ne pourroit se transporter qu'à grands frais.

Si l'exécuteur meurt dans l'année, & qu'il ait lui-même fait un testament, & nommé un exécuteur, Dumoulin, cité par Ricard sur l'art. 297, dit que ce second exécuteur, *erit saisitus, continuendo veterem executionem, si heredes primi defuncti patiantur; alias non, quia non transmittitur ad heredem, neque ad secundum executores*. Ferrière, sur le même art. gl. 2, n. 21, dit aussi que les héritiers de l'exécuteur décédé avant que d'avoir achevé l'exécution, sont tenus de rendre compte de ce qu'il a fait; mais ils ne peuvent la continuer contre la volonté de l'héritier. C'est toujours la suite de ce qui vient d'être dit, que le testateur n'a choisi un exécuteur que par la confiance qu'il avoit en lui personnellement. » En sorte que la charge d'exécuteur testamentaire est personnelle, & ne peut icelui la commettre à un autre, & » ne passe à l'héritier ». La Fons sur l'art. 62 de Vermandois, note 12, qui cite Godefroy & Chopin.

Il n'y a point de matière sur laquelle il y ait moins de variété entre nos coutumes que ce qui regarde les exécuteurs testamentaires. Tout ce qui se trouve écrit dans l'une, est à deux, ou trois exceptions près, observé dans les autres, quoiqu'elles n'aient pas la même disposition. C'est par cette raison que je parle peu dans cette observation 20e. des coutumes de l'intérieur du royaume. Les règles écrites dans celles de notre frontière sont des principes qu'on suit partout.

C'est en général que l'exécuteur doit faire inventaire, il doit y travailler » en diligence, si-tôt que le testament est venu à sa connoissance », portent les articles 297 de la coutume de Paris, & 66 des usages locaux de Toul. Ce que dit aussi Buridan, sur l'art. 61 de Vermandois; & c'est par-là qu'Ancillon sur l'art. 18 du tit. 8 de notre coutume; Vbo. *saisis*, &c. lui prescrit de commencer.

Tit. VII.
Observ. 20e.

15.
Legs fait à deux
exécuteurs.

16.
L'exécuteur ne
peut substituer
un autre à sa
place.

17.
Si l'exécuteur
meurt dans
l'année, son
exécuteur ne
peut achever
l'exécution que
du consente-
ment de l'héri-
tier.

18.
Les règles sur
cette matière
sont à peu près
les mêmes par-
tout.

19.
L'exécuteur
doit faire
promptement
inventaire.

Tit. VII.
Observ. 202.
20.
Il n'est fait
qu'après l'in-
ventaire.

Il n'est même fait qu'après l'inventaire, suivant les art. 105 de la coutume de Vitry; 61 de celle de Vermandois; 89 de celle de Chaumont; 103 de celle de Bar; 9 du tit. 10 de celle de l'Evêché, & 8 du tit. 4 de celle de St. Mihiel, Buridan, *ibid.* Ancillon aussi, *ibid.* sur l'art. 19, *Vbo. bon & loyal*, &c. en font une règle générale; & c'est avec raison que l'art. 4 du tit. 3 de la coutume de Ste. Croix, qui faisoit l'exécuteur avec, ou sans inventaire, a été corrigé par l'art. 123 de la nouvelle coutume de Verdun; & ne se pourront les créanciers, dit celle de Sedan, art. 139, *adresser auxdits exécuteurs, s'ils ne sont encore saisis.*

21.
Qui doit être
fait, l'héritier
présent ou ap-
pellé.

Cet inventaire doit être fait, l'héritier présomptif présent, ou duement appelé, Paris, art. 297; Metz, tit. 8 art. 19; Evêché, tit. 10, art. 9; Verdun, art. 123; Toul, art. 66; Lorraine, art. 16 du tit. 11; Sedan, art. 134; St. Mihiel, tit. 4, art. 7; Bar, art. 103, &c.

22.
Et s'il est ab-
sent, avec le
ministère pu-
blic.

Le même art. de la coutume de Lorraine exige que si l'héritier est absent, ou ne veut pas comparoître à l'inventaire, les procureurs du roi ou des hauts-justiciers y soient présents. Cette disposition se trouve aussi dans l'art. 107 de la coutume de Bar, & dans l'art. cité de celle de Sedan; dans l'art. 251 de celle de Meun; dans l'art. 106 de celle d'Etampes; dans l'art. 2 du chap. 33 de celle de Nivernois, &c. & s'observe par-tout. Voy. de Laitre, sur l'art. 90 de Chaumont, n. R.

23.
Mais non par
le juge.

Faber, ou plutôt celui à qui Faber a prêté son nom, & qui probablement étoit officier dans quelque bailliage de Lorraine, prétend même sur l'art. cité, n. 1585, que tout inventaire doit être fait par le juge, dans la crainte que l'exécuteur & l'héritier ne colludent au préjudice des créanciers & des légataires. Mais ce prétexte est frivole, parce que les créanciers & les légataires peuvent former opposition à la levée de scellés, & assister à l'inventaire si bon leur semble. Ainsi, quoique la coutume de Sedan, art. cité, attribue la confection des inventaires au bailli, son lieutenant, ou commis, il faut s'en tenir à ce que j'en ai dit, tom. 1, pag. 436, & suiv.

24.
Si les meubles
doivent être
inventoriés,
quoiqu'ils
soient tous lé-
gués.

Quoique tous les meubles soient légués, Dumoulin cité par Ricard, sur l'art. 297 de Paris, décide que les enfans ou autres héritiers peuvent requérir qu'ils soient inventoriés, pour qu'on puisse régler la portion des dettes (dont quelques-unes peuvent être inconnues), qui sera à la charge du légataire universel. Cette raison ne s'applique pas à celles de nos coutumes, où les dettes se paient entièrement par celui qui prend les meubles, & dans lesquelles par conséquent l'héritier immobilier n'a aucun intérêt d'empêcher celui à qui ils appartiennent en vertu de la loi, ou du testament, de les prendre sans inventaire; puisqu'en le faisant, il s'oblige indéfiniment d'acquitter toutes les dettes, sans aucun recours sur les immeubles. Ainsi, dans ces coutumes, l'héritier collatéral immobilier ne pourroit empêcher le légataire universel de dispenser l'exécuteur du testament de faire inven-

faire. Mais les enfans font en droit de le requérir, quand il y a lieu de douter, si ce qui leur reste les remplit de leur légitime : l'inventaire devenant alors nécessaire pour en fixer le montant.

Lorsqu'il ne l'est que pour savoir de quoi l'exécuteur testamentaire sera comptable, si l'héritier veut lui mettre en mains des deniers, ou des meubles en suffisance pour exécuter pleinement le testament, il peut empêcher l'exécuteur de se saisir du surplus du mobilier, du moins dans la plupart des coutumes. Vermandois, *art. 61*; Bar, *art. 103*; Metz, *tit. 8, art. 18*; Sedan, *art. 135*; Verdun, *art. 125*; St. Mihiel, *tit. 4, art. 8*. Il semble qu'il en soit autrement dans la coutume de Vitry, dont l'*art. 106* porte que supposé, que l'héritier offre... de laisser *ès mains de l'exécuteur* autant que se monte le *clair dudit testament*, l'exécuteur toutefois dedans l'an & jour ne sera deffaisi. Mais c'est une singularité de cette coutume, assez peu fondée; car pourquoi dépouiller l'héritier de plus qu'il n'est nécessaire, pour remplir toutes les dispositions du testament; la coutume de l'Evêché bien opposée, & plus juste, dit, *art. 9 du tit. 10*, que l'exécuteur est saisi des meubles, *jusqu'à concurrence des charges & donations du testament*. D'autres coutumes ont la même disposition. Ricard ne cite que celle de Senlis, *art. 148*. Mais on peut y ajouter Dourdan, *art. 103*; Châlons, *art. 74*; St. Quentin, *art. 25*; Montargis, *chap. 13, art. 5*; & quantité d'autres.

Or, quand l'exécuteur n'est nanti que de la somme nécessaire pour exécuter le testament, & que l'héritier prend tout ce qui excède, l'inventaire de cet excédent devient inutile, & la coutume de Vermandois autorise l'héritier à l'empêcher. Mais si la rémanence est léguée aux pauvres, ou doit être distribuée en autres œuvres-pies, il n'est plus possible de ne pas faire inventaire, *art. 62 de la même coutume*: parce que c'est la base du compte que l'exécuteur testamentaire doit rendre, (1).

Malgré la disposition des coutumes que je viens d'indiquer, & à laquelle on ne peut se dispenser de se conformer dans leur ressort; Ricard, *des donat. 2e. part. ch. 2, gl. 6, n. 82 & suiv.* soutient qu'en général l'héritier ne peut pas empêcher l'héritier de se saisir des meubles, en lui mettant en mains une somme suffisante pour l'exécution du testament. La raison qu'il en donne, est que cette somme pourroit être faite par les créanciers, ce qui mettroit l'exécuteur hors d'état de payer les legs. Cette raison suppose que le paiement des dettes ne fait point partie de l'exécution; & si en conséquence l'héritier n'avoit à remettre à l'exécuteur que le montant des legs, l'objection seroit sans réplique. Cependant Ferrière, *sur l'art. 297, gl. 1, n. 38*, pense que moyennant ces offres, l'héritier peut empêcher l'exécu-

TIT. VII.
Oblerv. 202.

25.
Si l'héritier
fournissent de
quoi exécuter
le testament,
peut empêcher
l'exécuteur d'être
saisi du sur-
plus.

26.
Coutumes qui
ne laissent
l'exécuteur que
jusqu'à con-
currence de ce
qu'il faut pour
remplir sa com-
mission.

27.
Ce qui com-
prend les det-
tes & les legs.

(1) Il est de même indispensable d'inventorier la rémanence quand elle revient à un mineur. Mais ce n'est plus qu'à cause du compte que son tuteur doit lui rendre.

TIT. VII.
 §. lxxv. 209.

teur de se saisir des meubles : mais ajoutant , » pourvu qu'il n'y eut rien à craindre » que les deniers mis entre ses mains fussent saisis , & pourvu que l'héritier fut solvable ». Mais la saisine sera-t-elle pas à craindre dès qu'il y a des dettes passives ; & les créanciers ne seront-ils pas tentés de prendre cette voie courte , & sûre d'être payés promptement ? Je crois donc qu'il faut dire que l'héritier doit nantir entre les mains de l'exécuteur une somme suffisante pour l'acquit de toutes les charges de la succession , c'est-à-dire des dettes , comme des legs ; & je le crois d'autant plus que je pense , comme je le dirai ci-après , que le paiement des dettes est une des fonctions de l'exécuteur testamentaire.

J'avoue pourtant qu'il peut y avoir des dettes inconnues , mais outre qu'on ne doit pas le présumer , une simple possibilité ne me paroît pas suffire pour retarder la jouissance de l'héritier , à moins qu'il ne soit notoirement insolvable. Il y a cependant des coutumes qui ne lui permettent pas de dessaisir l'exécuteur , même en le nantissant d'une somme suffisante. Meaux , *art. 35* ; Troyes , *art. 99* ; Chaumont , *art. 190*.

28.
 On n'écoute pas les offres de l'héritier , d'exécuter le testament , & de donner caution.

Il ne suffit jamais à l'héritier , pour empêcher la saisine de l'exécuteur , d'offrir d'exécuter lui-même le testament , & de donner pour sûreté bonne & suffisante caution ; Bar , *art. 103* ; St. Mihiel , *tit. 4, art. 8* ; Vitry , *art. 106* ; Faber , *sur l'art. 16 du tit. 11, n. 1580* ; La Fons *sur l'art. 61 de Vermandois, n. 11* ; &c. car le testateur ne s'en est pas rapporté à son héritier de l'exécution de ses dispositions , & a voulu qu'elle fut faite par celui qu'il a choisi.

29.
 Cas où l'exécuteur n'est saisi que d'une somme fixe.

Il y a un second cas où l'exécuteur n'est saisi que d'une somme fixe. C'est lorsque le testateur l'a ainsi ordonné. Les coutumes de Paris , *art. 297* ; de Verdun , *art. 122* ; de Toul , *art. 64* ; de Clermont , *art. 64* ; & autres , le disent expressément ; & il est très-évident que leur disposition doit être suivie par-tout , puisque l'exécuteur ne peut avoir d'autre droit que celui qu'il tient du testateur. Voy. Buridan , *sur l'art. 61 de Vermandois*.

30.
 Si l'exécuteur peut être dispensé de l'inventaire par le testateur.

Cependant » c'est une question si le testateur peut valablement dispenser l'exécuteur » de faire inventaire ». Ferriere qui la propose *sur l'art. 297, gl. 2, n. 7* , se détermine pour la négative , à cause de l'intérêt des créanciers , au droit desquels le testateur ne peut déroger , & de celui de l'héritier , à qui les quatre quintes des propres pourroient ne pas rester. Faber est de même avis , *ubi sup. n. 1582* ; ainsi que De Laitre , *sur l'art. 89 de Chaumont, n. 6* , & Ancillon , *sur l'art. 19*. Mais Ricard , *des donat. part. 2, ch. 2, gl. 7, n. 86 & suiv.* est d'avis contraire ; je crois cependant que l'opposition qui est entre ces auteurs n'est qu'apparente ; car Ricard ne prétend pas qu'un testateur puisse ordonner que son exécuteur prendra sans inventaire tout son mobilier ; en sorte que ne présentant aux créanciers & à l'héritier que ce qu'il jugera à propos , il pourra faire tomber sur les biens non disponibles telle portion des dettes qu'il voudra ; d'un autre côté , Ferriere & les autres ne pensent pas sans doute qu'un exécuteur à qui le testateur pouvoit léguer proprié-

tairement tous les biens disponibles, ne puisse pas les prendre sans inventaire, quand le testateur l'a ainsi ordonné, pourvu qu'il paie les dettes, & les legs, & qu'il laisse à l'héritier tous les biens non disponibles. Je crois donc qu'il faut dire, non, qu'il n'est pas permis de dispenser son exécuteur de faire inventaire, mais que l'exécuteur qui en vertu de cette dispense n'en fait point, s'oblige par là de payer les dettes du testateur, & tous ses legs; & d'en décharger pleinement l'héritier des biens non disponibles.

L'inventaire fait, l'exécuteur testamentaire est saisi durant l'an & jour, des biens meubles que le défunt a délaissés. Paris, *art. 297*; Vitry, *art. 106*; Bar, *art. 103*; St. Mihiel, *tit. 4, art. 8*; Verdun, *art. 122*; Toul, *art. 64*; Evêché, *tit. 10 art. 9*; Metz, *tit. 8, art. 18*; & Lorraine, *tit. 11, art. 16*.

TIT. VII.
Observ. 200.

31.
L'exécuteur est
saisi durant l'an
& jour.

C'est en ceci que nous allons plus loin que les Romains: » par l'ancien droit, les » exécuteurs testamentaires ne faisoient que prêter leur ministère, en prenant les » choses léguées des mains de l'héritier, pour les livrer aux légataires: en sorte » qu'ils n'étoient saisis d'aucuns effets de la succession. Ferrière, *sur l'art. 297, gl. 1, n. 22*. La nomination d'un exécuteur n'étoit donc que l'interposition d'une tierce personne, pour la délivrance des legs: circuit qui ne rendoit cette délivrance ni plus assurée ni plus prompte, puisque l'héritier pouvoit refuser ou retarder la remise des choses léguées à l'exécuteur, comme aux légataires; c'est pourquoi on imagina d'insérer dans les testamens que le testateur se défaisoit de ses biens disponibles, ez main de ceux qu'il choissoit pour ses exécuteurs testamentaires, & se constituoit possesseur en leurs noms; Ferrière en rapporte deux exemples, l'un de la fin du 13e. siècle, l'autre du commencement du 14e., & y joint un texte du grand coutumier, dont le sens est que le testateur ne pouvant plus se défaire après sa mort ez mains de ses légataires, se défaisoit de son vivant, ez mains de ses exécuteurs, par la tradition de son testament.

Cette clause devient donc de style; & comme les clauses de style se suppléent ordinairement, lorsqu'elles sont omises, il passa en maxime dans toutes les coutumes que les exécuteurs des testamens étoient saisis de plein droit des meubles délaissés par les testateurs.

Cette saisine, comme je l'ai dit, dure an & jour; la plupart des coutumes le portent: & la coutume de Lorraine qui ne le dit pas dans l'art. 16 du tit. 11, le suppose dans l'art. 18, & comme ce terme est d'un usage universel, il est sous-entendu dans les coutumes qui n'en parlent pas, comme celle de Metz. Ancillon *sur l'art. 18 du tit. 8, Vbo. saisis, &c. & sur l'art. 19, Vbo. rendre compte, &c.*

Paris & St. Mihiel font expressément commencer l'an & jour au décès du testateur. Il est certain cependant que, dans ces coutumes, non plus que dans les autres, il ne commence qu'au tems où l'exécuteur peut se mettre en possession des meubles, & par conséquent, qu'après l'inventaire. Si même il y a procès sur la va-

32.
Quand com-
mence l'an &
jour.

Ter. VII.
Observ. 209.

lidité du testament pendant lequel l'héritier doit, comme le dit la coutume de Lor-
raine, demeurer saisi des biens de l'hoirie, en donnant caution de satisfaire aux
legs & charges du testament, s'il est confirmé, *ne court l'an de l'exécution d'icelui,*
que dès le jour de la difficulté définie : demeurant toujours l'exécuteur en sa charge,
jusqu'après l'an & jour de ladite définition ; art. 18 du tit. 11. Si le testament n'est
querellé qu'en quelques clauses, peuvent les exécuteurs passer outre à ce qui est liquide.

Tout ceci est encore d'un usage universel, & a lieu non-seulement dans cette
coutume, sur laquelle, *art. 16, n. 1576*, Faber dit qu'il » faut noter que l'an &
» jour de l'exécution testamentaire ne commence que du tems que l'exécuteur a
» été saisi, & que les empêchemens de l'héritier ont cessé ; & que partant, l'an de
» l'exécution est utile ». Mais aussi dans celles qui n'en parlent pas, comme
Vermandois, sur l'art. 61, de laquelle Buridan dit que » le tems accordé à l'exé-
» cuteur ne commence à courir que du jour de la science & avertissement qu'il a
» eu de sa nomination, & non du jour du décès du défunt, comme aucuns ont
» voulu dire. D'autres, continue-t-il, ont mieux dit, du jour de l'inventaire ; mais
» il faut encore ajouter, & que l'exécuteur a été actuellement saisi des meubles ;
» afin que le retardement qu'en auroit fait l'héritier ne lui puisse profiter ». Voy.
aussi Ferriere, *sur l'art. 297, gl. 1, n. 28.*

33.
S'il ne suffit pas
à le proroger.

D'un autre côté, l'an & jour n'est pas un délai fatal. » Le testament, dit tout
» de suite Buridan, se doit exécuter dans l'an & jour, si faire se peut ; mais si l'or-
» donnance testamentaire étoit telle qu'elle ne pût être accomplie dans ledit tems ;
» comme si le défunt avoit ordonné que quelque bâtiment à œuvres pieux fut fait
» sur ses biens, & que l'exécuteur en auroit la charge, le bâtiment ne pouvant être fait
» dans l'an & jour, ladite charge ne laisseroit pourtant de durer après l'an ». De même,
si l'exécuteur est chargé de faire pendant plusieurs années consécutives des distribu-
tions pieuses. La Fons, *sur le même art. n. 12. De Laitre, sur l'art. 90 de la cou-*
tume de Chaumont, n. 3, dit qu'il est particulier à cette coutume que l'an & jour
ne doit commencer que du jour de la clôture de l'inventaire. Ce qui est de parti-
culier à cette coutume, c'est qu'elle le porte expressément ; mais il me paroît que
cette règle est si juste & si nécessaire, qu'elle doit avoir lieu par-tout. Il dit lui-
même au n. suiv. que l'année doit être utile.

Cependant je crois que si le testament ne peut être exécuté dans l'an, à compter
du jour auquel chaque coutume le fait commencer, l'exécuteur ne peut retenir que
les sommes nécessaires pour ce qui reste à faire, & qu'il doit remettre le surplus à
l'héritier, dont la non-jouissance ne peut être sous ce prétexte prolongée au-delà du
tems fixé par la coutume.

34.
L'exécuteur
doit se désaisir
lois que l'exécu-
tion est faite.

Réciproquement : » si le testament est exécuté avant l'an, l'exécuteur peut être
» contraint par l'héritier de lui remettre entre les mains les biens de la succession ». *Ferriere, ibid. n. 30*, qui cite Ricard. La raison qu'ils en donnent, que l'exécuteur
n'est saisi à autres fins que pour l'exécution du testament ; & que dès qu'elle est
finie,

faite, la possession doit cesser, établit invinciblement leur décision. Voy. aussi De Laitre, *ibid.* n. 5.

TIT.
Observ. 2.

Presque toutes les coutumes ne saisissent les exécuteurs testamentaires que des meubles. Cependant les clauses insérées dans les anciens testamens, & qui étant devenues de style, ont donné lieu d'établir que les exécuteurs sont saisis de plein droit, ne bornoient pas cette saisine aux meubles. Ferriere transcrit les termes de deux de ces testamens. Le premier fait en 1291, portoit : « desquels meubles & » héritages je baille la saisine à mes exécuteurs « : & le second fait en 1307, *me, de meis bonis mobilibus conquestibus & quinta totius terræ, & hereditatis meæ, in manu dictorum executorum dissaicus, ipsosquæ, & quemlibet ipsorum investicus.* Le grand coutumier parloit aussi des meubles & conquêts. Ainsi, le droit de l'exécuteur paroïssoit devoir être étendu à tous les biens disponibles. C'est ce qu'a fait la coutume de Lorraine dans l'art. 16 du tit. 11 : « Exécuteurs du testament, après le décès du testateur, sont saisis des meubles & acquêts par lui délaissés, & de ce de l'ancien qu'il a pu léguer, ou en faveur de famille, ou en légats pieux ».

35.
De quoi l'exécuteur est saisi

Cette disposition va plus loin que la plupart des coutumes; mais elle n'est pas sans exemple. Les exécuteurs sont saisis des conquêts par l'art. 74 de la coutume de Sens. Celle de Nivernois a la même disposition, art. 2 du chap. 33 : à cela près qu'elle ne saisit l'exécuteur des acquêts qu'au cas que les meubles ne fussent. C'est aussi jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire, ou jusqu'à la valeur & accomplissement du testament, qu'il est saisi des immeubles, (par où on ne peut entendre que ceux qui sont disponibles) par l'art. 232 de la coutume d'Auxerre, & des conquêts par l'art. 5 du chap. 13 de celle de Montargis, &c.

Dans les coutumes qui n'ont pas la même disposition, la saisine de l'exécuteur est bornée aux meubles. Il peut bien agir contre l'héritier pour le forcer à faire la délivrance des immeubles valablement légués. Ferriere, *sur l'art. 297, gl. 1, n. 36.* Mais il n'en est pas saisi; quand même le testateur l'auroit ordonné, *id. n. 37*, non plus que des revenus des immeubles échus postérieurement au décès du testateur, *n. 34.*

Mais « sous ce mot de *meubles*, on comprend non-seulement les meubles » meublant, l'or & l'argent monnoyé & non monnoyé, mais encore les cédules » & obligations, & généralement tout ce qui est réputé mobilier ». De Laitre, *sur Chaumont, art. 89, n. 5.* Ferriere dit la même chose, *ubi sup. n. 33*, & ajoute, nommément le revenu des immeubles, échu lors du décès du testateur. Ce que dit aussi Ancillon sur notre *art. 18*; Vbo. *saisis*, &c.; & c'est ainsi qu'il faut entendre ce que dit Ricard, *sur l'art. 297 de la coutume de Paris*, que les exécuteurs sont saisis, non-seulement des meubles, mais du revenu des immeubles; « car les » fruits pendans par les racines au tems du trépas, sont réputés de même nature » que le fonds duquel ils font partie ». Buridan, *sur l'art. 64 de Vermandois, vers la fin.* Cette limitation aux fruits perçus ou échus, est suffisamment exprimée dans

36.
Il est saisi tout le mobilier.

TIT. V II.
Observ. 20e.

les art. 122 de la coutume de Verdun, & 64 des usages de Toul, qui saisissent en général l'exécuteur de tout ce qui est mobilier au tems du décès du testateur.

37.
Et des dettes
actives mobi-
liaires.

» Sous le mot de meubles, dit aussi Faber, sur l'art. 16 du tit. 10, n. 1577, » sont comprises les dettes actives mobilières du défunt. L'art. 18 du tit. 8 de notre coutume de Metz porte : *meubles, titres & obligations délaissés par icelui*. Sur ces mots, Ancillon dit que » les titres concernent les immeubles, dont les exécuteurs du testament ne sont pas saisis. Il rappelle l'art. 17 du tit. II de la coutume de Lorraine, suivant lequel les exécuteurs ne sont pas saisis des titres délaissés par le testateur ; sinon du testament ou autres que le testateur aura déclaré leur vouloir être mis en mains. C'est pourquoi il veut qu'à Metz on entende ce mot *titres* des documens & pièces justificatives qui concernent les meubles ou les contrats de constitutions, obligations & promesses.

38.
De quels titres
il est saisi.

Le mot *d'obligations*, joint dans notre coutume à celui de titres, conduit à en limiter la disposition aux titres des dettes actives mobilières. Je ne l'étends pas même, comme Ancillon, aux titres des contrats de constitutions en général, mais seulement à ceux des rentes tenant nature de gagière, qui sont meubles, art. 10 du tit. 5 ; & comme telles disponibles ; à la différence de celles qui tiennent nature de tréfonds. Notre coutume ainsi entendue me paroît beaucoup mieux réfléchie que celle de Lorraine, qu'il faudroit pouvoir restreindre aux titres des immeubles ; ce que les termes de la disposition ne permettent qu'à grande peine. Eh ! comment si une dette active est léguée, l'exécuteur pourra-t-il faire la délivrance de ce legs, s'il n'est par nanti du titre de la somme léguée ? Comment, s'il est de son devoir de faire rentrer les dettes actives exigibles, voudroit-on qu'il s'en acquittât, s'il n'en a pas les titres en mains. Or, il est certain qu'il peut se faire payer du montant de ces dettes, puisque nous avons vu qu'il en est saisi. Voy. Buridan, sur l'art. 62 de Vermandois vers la fin, & De Laitre, sur l'art. 91 de Chaumont, n. 2. Les art. 18 du tit. 8 de la coutume de Metz ; 106 de celle de Bar ; & 138 de celle de Sedan, disent expressément qu'il peut les recevoir. La dernière porte même que les titres doivent lui être baillés par inventaire ; & dès qu'il peut s'en faire payer, il le doit toujours ; par la raison qu'il en est saisi ; ce qui l'oblige de veiller à ce qu'il n'en périsse rien par sa faute : en sorte que si un débiteur, en état de payer lorsque l'exécuteur a commencé sa gestion, devenoit insolvable, non-seulement pendant le terme à lui accordé par l'exécuteur, mais même pendant le retard des poursuites qui les a rendu infructueuses, je ne doute pas que l'exécuteur répondroit de la dette ; Ferrière, sur l'art. 297, gl. 2, n. 23, ne croit pas qu'il soit tenu de sa faute très-légère ; & je ne le crois pas non plus que lui. Mais avoir la complaisance d'accorder du tems à un débiteur, dont la solvabilité actuelle peut s'éclipser d'un moment à l'autre, & même différer de le poursuivre tandis qu'on le pouvoit utilement ; c'est au moins une imprudence, une négligence qui passe ce qu'on appelle en droit *culpam levissimam*, & dont l'exécuteur, qui est

39.
Il doit les faire
rentrer.

40.
De quelle au-
te il est tenu.

un procureur ordinairement récompensé de ses soins par un legs, peut demander des salaires, me semble responsable. *L'exécuteur*, dit Faber, sur l'art. 20 du tit. II, n. 1574, est tenu de tout ce qu'il a négligé.

» L'exécuteur doit procéder à la vente des meubles ; mais il doit auparavant appeler l'héritier, & lui signifier la vente, en lui faisant savoir le jour qu'il commencera d'y faire procéder. Ferriere, *ibid.* n. 8. Sur quoi j'observe, 1°. que si l'héritier est présent, & assiste à la vente, il n'y a point de signification à lui faire ; 2°. que la vente doit être publique, & à qui plus, hors celle de la vaisselle d'argent, qu'il est défendu de vendre de cette manière. Quelques-uns concluent de-là qu'il faut porter la vaisselle d'argent à la monnoie ; c'est une erreur. Si l'exécuteur trouve un orfèvre ou autres qui lui en donne plus que le billon n'est taxé à la monnoie, il fera le bien de la succession, en la lui vendant à main ferme : & il le peut ; car tout ce qui est défendu, c'est de la vendre à l'encan ; 3°. l'exécuteur ne peut & ne doit faire vendre les meubles qu'au cas qu'il ne se trouve pas assez d'argent, ou comptant, ou qui puisse être facilement & promptement recouvré, pour satisfaire aux charges de la succession, & accomplir le testament : ou que l'héritier ne soit éloigné, & ne puisse pas veiller à la conservation des meubles, & qu'il ne lui convienne pas de les garder ; car l'exécuteur doit agir en bon pere de famille, & en travaillant pour les légataires, il est obligé de ménager l'intérêt légitime de l'héritier. Si donc cet intérêt exige que les meubles lui soient conservés, & que la vente n'en soit pas nécessaire, ni par rapport à sa minorité, ni pour l'accomplissement du testament, l'exécuteur ne doit pas y faire procéder.

Si elle a lieu, il ne doit pas y comprendre les meubles légués *in specie*, & qui doivent être délivrés en essence aux légataires, à moins qu'il n'y soit forcé par les créanciers, & par la multitude & la force des dettes passives.

Si, au contraire, le produit de la vente & du recouvrement des dettes actives ne suffit pas pour éteindre les charges, & acquitter les legs, l'exécuteur testamentaire doit requérir les héritiers de lui fournir promptement les deniers nécessaires pour achever d'accomplir le testament. S'il ne le juge pas à propos, il doit leur demander leur consentement, pour emprunter ces mêmes sommes, soit à titre de constitution, ou autrement, sous l'hypothèque des immeubles de la succession qui sont de libre disposition, ou pour engager, ou vendre quelques-uns de ces immeubles. Ce consentement lui suffit si ces héritiers sont majeurs. Mais s'il y en avoit qui fussent mineurs, il faudroit que l'autorité du juge intervînt. *Saligny sur l'art. 107 de Vitry* ; de même si les héritiers refusent le consentement demandé, l'exécuteur doit les faire assigner, pour voir dire qu'il sera autorisé par le juge, ou à emprunter, ou à vendre.

Après cette autorisation obtenue, soit contradictoirement ou par défaut, il doit chercher d'abord à emprunter : & s'il ne trouve pas de prêteurs, procéder à la vente de quelques héritages qui puissent lui fournir la somme dont il a besoin ; en

TIT. VII.
Observ. 20e.

41.
Quand & comment il doit faire vendre les meubles.

42.
Comment il doit se pourvoir si le mobilier ne suffit pas.

préférant ceux qui suffisent pour cela, à ceux qui seroient d'un plus grand prix : » le tout au plus grand profit de l'héritier, & sans charger l'un plus que l'autre « dit la coutume de St. Mihiel que je vais citer : c'est à dire qu'il doit choisir les biens dont l'aliénation sera la moins dommageable aux héritiers ; & que s'il y en a de diverses especes, comme des paternels & des maternels, il doit, autant que faire se peut, en vendre de chaque ligne à proportion de ce qu'elle doit contribuer aux charges qui sont à acquitter. C'est pourquoi il est très-à propos qu'il somme les héritiers de lui indiquer les immeubles qu'il mettra en vente. Ce n'est qu'en cas qu'ils ne veulent les désigner, qu'il peut les choisir lui-même : encore voudrois-je qu'en ce cas son choix fut confirmé par le juge : & alors il doit plutôt vendre un bien entièrement disponible, que la portion indivise d'un bien qui n'est disponible qu'en partie (1). Enfin s'il est possible de trouver à vendre à faculté de rachat, il vaut mieux vendre, même à moindre prix, à cette condition, qu'incommutablement : & de quelque manière que l'exécuteur vende des immeubles, ce doit être pardevant le juge, après des affiches & des publications, & au plus offrant : à moins que les héritiers, tous majeurs, ne lui aient expressément donné pouvoir, par écrit, de vendre autrement. C'est la substance & l'esprit des coutumes de Bar, art. 104 ; de Vitry, art. 107 ; de Chaumont, art. 91 ; de Lorraine, tit. 11, art. 19 ; de St. Mihiel, tit. 4, art. 9 ; de Sedan, art. 136, & autres. Et je ne fais pourquoi cette disposition qui se trouvoit dans le tit. 3, art. 4, a été omise dans la nouvelle coutume de Verdun, où elle ne doit pas moins être observée qu'ailleurs ; car c'est aussi ce que disent les auteurs, non-seulement ceux qui ont écrit sur les coutumes qui en parlent, comme Le Paige, Saligny, & De Laitre, mais aussi ceux qui ont travaillé sur les coutumes qui n'en disent rien. Voyez Ferrière sur Paris, art. 297, gl. 1, n. 35. Buridan sur Vermandois, art. 64. Ancillon sur Metz, art. 3 du tit. 8, Vbo. titres & obligations, &c.

43.
Doit payer les
frais funéraires,
& ordonner les funé-
raires, suivant
l'usage.

Le premier emploi que l'exécuteur doit faire des deniers qu'il a en mains, c'est le paiement des frais funéraires qui sont une dette privilégiée. Si, comme il arrive souvent, le testateur s'en est rapporté à lui pour les funérailles, il doit les ordonner suivant l'usage ordinaire, pour les personnes de la qualité du défunt, & éviter également le faste déplacé & l'épargne sordide. » L'exécuteur auquel on a laissé la disposition de faire prier Dieu, bailler des aumônes, & gouverner les choses à sa discrétion, ne peut pas pourtant faire des profusions de dépenses insolites :

(1) On conçoit bien que s'il y a des deniers suffisans pour éteindre les dettes, & qu'ils ne manquent que pour l'acquit des legs, on ne peut pas vendre les immeubles dont le testateur ne pouvoit pas disposer. Si même il n'y a pas assez pour payer les dettes, je crois que l'exécuteur ne peut vendre les immeubles qu'autant qu'il y est forcé par les poursuites dont il est menacé par les créanciers.

« *quia sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus, vel dignitate defuncti.* Saligny, Tit. VII.
Obsev. 206.
ibid.

Cependant si l'héritier souhaite des dépenses plus fortes que celles qui sont d'usage, & que la succession puisse les supporter, sans diminution des legs, l'exécuteur du testament peut satisfaire la piété de l'héritier, son affection pour la mémoire du défunt, ou sa vanité. Mais si, au contraire, l'héritier vouloit, par esprit d'intérêt, retrancher les choses usitées, & sur-tout les cérémonies de piété, l'exécuteur ne doit pas se prêter à ses vues sordides. Je n'ai pas pu approuver l'exécuteur du testament d'une dame d'un rang distingué, qui ayant eu d'abord la complaisance de retarder les services ordinaires à cause de l'absence de l'héritier, a depuis consenti, à sa prière, de les supprimer tout-à-fait, quoiqu'ils aient été en quelque sorte remplacés par un nombre de messes basses, parce que ces messes ayant été ordonnées par la testatrice, ne devoient pas servir de prétexte pour retrancher les services solennels qui sont d'usage.

L'exécuteur testamentaire doit ensuite payer les autres dettes de l'hérédité. Tous nos auteurs en conviennent. Mais quelques-uns prétendent que c'est « une ancienne » erreur de croire qu'elles soient directement de l'exécution testamentaire, si le » testateur ne l'a pas ainsi pareillement ordonné. Entre autres, Ricard, *des donat. part. 2, ch. 2, gl. 5, n. 80*, qui dit que cette opinion procède de ce que les ecclésiastiques » croyant qu'il y alloit du repos de l'ame du testateur que ses dettes » fussent exactement payées, ne manquoient jamais de faire mettre dans les testa- » mens... que les exécuteurs payeroient toutes les dettes & torts faits du défunt. Peut-on conclure de-là que le paiement des dettes du testateur n'est pas aujourd'hui directement de la fonction de son exécuteur testamentaire ? L'usage dont parle Ricard est fort ancien. Le testament de la comtesse de Blois que Ferrière rapporte & dont j'ai déjà fait mention deux fois, portoit : *je baille la saisine à mes exécuteurs... jusqu'à tant que toutes mes dettes & tous mes forfaits, tous mes legs, toutes mes aumônes, tous mes dons, toutes mes promesses... soient accomplies entièrement, & à la conscience de mes exécuteurs.* Dans la plupart des testamens de nos jours on lit encore que le testateur veut que ses dettes soient payées, & ses torts réparés par son exécuteur : & puisque cette clause étoit autrefois écrite dans tous les testamens, & qu'on la retrouve aujourd'hui dans un grand nombre, ne doit-on pas la regarder comme de style, & par conséquent la suppléer dans ceux où elle est omise ? Puisque tout le monde convient que l'exécuteur doit faire rentrer les dettes actives, & qu'il est saisi par an & jour; il s'enfuit, ce me semble, qu'il est de son devoir de payer, le plus promptement qu'il est possible, les dettes passives, exigibles, soit pour prévenir les poursuites des créanciers dont les frais retomberoient sur la succession, soit pour se mettre en état de délivrer les legs, auxquels les dettes sont toujours préférables. Lorsqu'on a accordé un an pour l'exécution testamentaire, étoit-ce donc en vue que, tandis qu'il y a des dettes de la succession à acquitter,

44.
Il doit payer les dettes.

45.
Si elles sont directement à sa charge.

art. VII.
Observ. 206.

L'exécuteur peut en conserver pendant toute cette année les deniers clairs qu'il a fait rentrer, oisifs pardevers lui, ou les faire valoir à son profit personnel ? Si on pouvoit interroger le testateur, répondroit-il que son intention a été que son exécuteur ne se mêlât pas du paiement de ses dettes ? Pourroit-il même le répondre ; puisqu'en ce cas, tant qu'il plairoit à l'héritier de retarder le paiement des dettes, il lieroit les mains à l'exécuteur, qui ne peut délivrer les legs qu'après les dettes acquittées ? Toutes ces réflexions me paroissent décider que le paiement des dettes fait essentiellement partie des fonctions de l'exécuteur testamentaire. Les auteurs qui le nient, disent que s'il les paie, c'est parce que les créanciers peuvent saisir entre ses mains. Mais qu'ils saisissent ou non, comme ils sont » privilégiés & préférables à » l'exécution testamentaire, il faut nécessairement que l'exécuteur les acquitte auparavant que de pouvoir exécuter le testament ». Ce sont les termes de Ricard. Voy. aussi Ferrière, sur l'art. 297, gl. 2, n. 15, qui dit de même que c'est à l'exécuteur à payer les dettes, quoiqu'il n'en ait pas le pouvoir en vertu de sa charge. J'avoue que je ne conçois pas que la charge d'exécuteur puisse ne pas donner pouvoir de faire ce qu'il faut nécessairement que l'exécuteur fasse.

Au reste, puisque personne ne nie que c'est à l'exécuteur testamentaire à payer les dettes, que ce paiement soit directement ou indirectement de l'exécution, ce n'est plus qu'une vaine & inutile question, sur laquelle je crains d'en avoir trop dit, & dont je n'ai parlé que pour justifier notre coutume de Metz, qui porte, art. 18 du tit. 8, que l'exécuteur reçoit ce qui est dû à la succession, pour satisfaire aux charges d'icelle ; celle de Bar qui dit, art. 106, qu'il peut payer les dettes passives du testateur dûement connues, & autres coutumes semblables dont Ferrière indique quelques-unes.

46.
S'il ne peut les
payer que du
consentement
de l'héritier.

Il faut faire attention à ces termes de la coutume de Bar, *dûement connues* ; car » comme les dettes prétendues par quelques créanciers, pourroient être contestées » par l'héritier, l'exécuteur testamentaire ne peut en payer aucune que ce ne soit de » son consentement, à moins que le testateur ne les ait déclarées expressément par son » testament ». C'est ce que dit Ferrière, *ibid.* n. 17. Surquoi je remarquerai, 1^o, que cela me paroît ne devoir être entendu que des dettes, sur lesquelles il peut s'élever quelques doutes ; car pour celles qui sont incontestablement établies par des titres inattaquables, je crois que l'exécuteur n'a pas besoin du consentement de l'héritier, & qu'il doit les payer ; à moins que l'héritier ne s'y oppose formellement. En ce cas l'exécuteur, dit Buridan sur la coutume de Vermandois, art. 62, » doit travailler » promptement, & faire condamner par justice l'héritier qui empêche, ou fait refus d'y » satisfaire... Toutefois... si l'exécuteur reconnoît que la dette soit douteuse, pour n'être » bien avérée par contrat, obligations ou promesse du défunt, le plus sûr est qu'il se » laisse en cette qualité condamner par justice ».

2^o. Je ne crois pas non-plus que l'annoncion d'une dette passive dans un testament, fait un certain tems avant la mort du testateur, suffise toujours pour la rendre

certaine ; parce qu'il n'est pas impossible qu'elle ait été acquittée dans l'intervalle. Cela se présumerait même en certains cas : par exemple, s'il étoit constant que le testateur avoit fait son billet au créancier, qui ne pût pas le représenter, &c.

J'ai dit que les dettes devoient être payées avant qu'on pût délivrer les legs. Mais il faut ajouter, comme Buridan, *ibid.* » à moins qu'on ne laisse de quoi les acquitter ; pour ce qu'on ne peut dire y avoir aucuns biens qui lui aient pu appartenir (au testateur) pour en pouvoir disposer par son testament, si non les dettes déduites «.

Les exécuteurs testamentaires, suivant l'art. 124 de la coutume de Verdun, ne peuvent faire aucune délivrance de legs, que l'héritier n'ait acquiescé au testament, ou qu'il n'ait été homologué avec lui. Cela est vrai par-tout : & pour peu que les legs soient considérables, il faut que l'exécuteur s'y comporte avec discrétion.., & se garde bien de les délivrer, sinon l'héritier appelé «. Buridan, sur l'art. 61 de Vermandois. Cependant, dans le ressort, ce n'est gueres qu'à Verdun que les testaments sont presque toujours homologués par justice. Ailleurs, il est très-rare que les héritiers mettent, par leur résistance ou par leur silence, les exécuteurs dans le cas de le demander, à moins qu'ils ne croient avoir des moyens pour faire annuler le testament.

Dès que l'exécution testamentaire est finie, l'exécuteur doit en rendre compte. Metz, art. 19 du tit. 8. Il y est obligé par-tout, dès qu'il ne reste plus rien à faire, encore que l'année ne soit pas révolue ; car, comme je l'ai dit, n. 33, il n'est saisi que pour exécuter le testament ; & sa commission étant remplie, il doit se dessaisir de ce qui lui reste en mains. Il seroit très-injuste qu'il empêchât l'héritier de jouir de ce qui est à lui, pour profiter des choses sur lesquelles sa qualité d'exécuteur ne lui donne aucun droit personnel. Voy. Ferrière, sur l'art. 297, gl. I, n. 30, & Ricard qu'il cite.

Plusieurs coutumes portent expressément qu'il doit compter après l'an & jour. Bar, art. 105 ; Sedan, art. 139 ; Verdun, art. 126 ; Toul, art. 66 ; St. Mihiel, tit. 4, art. 9 ; Lorraine, tit. 11, art. 19, &c. Ce qui a lieu par-tout, & ce que je crois devoir être entendu, même dans le cas où il y a eu des choses qui n'ont pas été exécutées dans l'année ; car encore qu'alors il puisse garder les deniers nécessaires pour achever ce qui reste à faire, si ce sont choses dont le testateur l'a expressément chargé, il n'est pas moins obligé de compter du surplus, & de se dessaisir de tout ce dont il n'a plus besoin. A plus forte raison, s'il n'est pas spécialement chargé de ce qui reste à faire, & que ce soit chose qui puisse être finie par l'héritier ; car alors l'année finie, il ne se doit plus mêler de rien. Ferrière, *ibid.* n. 32, qui s'appuie de l'autorité de Dumoulin. Cela doit être observé même dans la coutume de Metz, qui ne fixe pas la durée de l'exécution testamentaire, mais où cepen-

Tit. VII.
Observ. 106.

47.
Comment on peut payer les legs avant les dettes.

48.
L'acquiescement de l'héritier, ou l'homologation du testament doit précéder la délivrance du legs.

49.
Quand l'exécuteur doit rendre compte.

Tit. VII.
Obſerv. 20e.

dant elle doit, comme ailleurs, finir dans l'année. Ancillon, *ſur l'art. 19 du tit. 8*; Vbo. *rendre compte*, &c.

50.
S'il y a ſolidité
entre eux.

S'il y a pluſieurs exécuteurs, ſont-ils obligés ſolidairement au paiement du reliquat ? Je diſtingue : ou l'exécution leur a été déſérée pour le tout & conjointement, & ils l'ont acceptée de même ; ou la commiſſion a été diviſée entr'eux. Au premier cas, je les crois obligés ſolidairement, quoique quelques auteurs penſent le contraire. Je me fonde ſur ce que chacun d'eux a été chargé du ſoin du tout ; parconſéquent eſt comptable du tout. Mais ſi le teſtateur a diviſé entr'eux l'exécution, ou qu'ils n'en aient accepté l'un que certaine partie, & l'autre qu'une autre partie, il me paroît qu'on doit les admettre à rendre compte ſéparément de ce que chacun d'eux a pu & dû gérer. C'eſt l'avis d'Ancillon, *ſur l'art. 19 du tit. 8 de notre coutume* ; Vbo. *rendre compte*.

51.
Si l'héritier a
hypothèque
ſur les biens de
l'exécuteur.

Ferriere, *ubi ſup.*, *gl & n. 27*, qui cite Bacquet & Chopin, prétend que l'héritier n'a pas hypothèque ſur les biens de l'exécuteur pour le reliquat de ſon compte : & il eſt vrai qu'aucune loi ne donne cette hypothèque, & qu'ordinairement il n'y a d'hypothèque légale que quand elle eſt accordée par la loi. Il me ſemble cependant que l'équité exige que les biens de l'exécuteur, à l'exemple de ceux du tuteur, ſoient obligés pour ſûreté de ſa geſtion. En tout cas, l'hypothèque conventionnelle n'avoit lieu dans le droit romain que quand elle étoit expreſſément ſtipulée. Mais il n'en eſt pas ainſi parmi nous. C'eſt l'authenticité des actes indépendamment de toute ſtipulation qui donne chez nous cette hypothèque. Ainſi nul doute, ſuivant moi, que l'héritier n'ait une hypothèque conventionnelle, lorſque, comme il arrive preſque toujours, l'exécution a été acceptée par un acte pardevant notaires. Ferriere convient que c'eſt l'avis de Chopin, & il ne le déſapprouve pas. Si cela eſt, je ne crois pas qu'on puiſſe refuſer la même hypothèque aux légataires.

52.
Il eſt contrai-
nable par
corps.

Ferriere dit, *n. 25*, que l'exécuteur peut être condamné par corps ; ce qui a été jugé par arrêt du 8 Août 1673, qu'indiquent auſſi Le Paige *ſur Bar*, *art. 105*, & De Laitre, *ſur Chaumont*, *art. 91, n. 12*. Un exécuteur teſtamentaire, dont je tairai le nom, par égard pour ſon état & ſa famille, reſuſoit de payer le *debee* clair du compte qu'il avoit été condamné de rendre, & qui montoit à 7,311 liv. 16 ſols 7 den., dont ſa recette excédoit ſa dépenſe, telle qu'il les avoit couché dans ce compte : & pour conſerver cette ſomme, il prétextoit que ſon compte n'étoit pas appuré ; que les héritiers en conteſtoient différens articles, & que comme ils étoient domiciliés en Languedoc, s'il ſe deſſaiſſoit de ce qu'il avoit en mains, il auroit peine à récupérer les dépens auxquels il eſpéroit les faire condamner. Par arrêt du 26 Mars 1768, le parlement de Metz rebutant ce vain ſubterfuge, le condamna avec indignation & par corps à payer la ſomme dont ſon compte le conſtituoit débiteur, en réſervant aux héritiers la liberté de fournir contre le compte tels débats qu'ils jugeroient à propos.

Les coutumes que j'ai citées & autres, diſent que c'eſt à l'héritier que le compte
de

de l'exécution testamentaire doit être rendu. Cependant, comme il n'a ordinairement pour objet que le mobilier, ou tout au plus les immeubles disponibles, dont rien ne revient à l'héritier lorsqu'il y a un légataire universel, c'est avec raison que De Laitre, sur l'art. 91 de Chaumont, n. II, dit que » c'est aux héritiers ou » au légataire universel, s'il y en a, que le compte doit être rendu ». C'est même ce dernier que les coutumes désignent sous le nom d'héritier, qu'on lui donne dans le langage ordinaire, même dans les pays où l'institution d'héritier n'a pas lieu : quoiqu'exactement parlant, il ne lui convienne pas dans ces provinces où les jurifconsultes le lui refusent.

L'art. 126 de la coutume de Verdun veut que le compte soit rendu *aux héritiers, ou, à leur défaut, à la partie publique, quand même le testateur en auroit expressément déchargé son exécuteur testamentaire*. Cet article est assez mal rédigé. Le sens de ces mots à défaut des héritiers n'est pas qu'en cas que les héritiers soient absens, ou qu'ils refusent ou diffèrent d'entendre le compte, il doit ou peut être rendu à la partie publique ; mais c'est à la partie publique à l'entendre lorsque le reliquat ne revient ni à l'héritier du sang, ni à un ou plusieurs légataires universels, mais aux pauvres ou au public, dont les procureurs du roi & ceux des seigneurs doivent faire valoir les droits, & soutenir l'intérêt. En tous autres cas, même quand le compte intéresse l'église, ou des mineurs à qui la rémanence de la succession est laissée, c'est aux administrateurs ou aux tuteurs à l'entendre & à l'appurer, sauf s'il y a contestation, les fonctions ordinaires du ministère public.

C'est encore dans le seul cas où la partie publique doit entendre le compte de l'exécution testamentaire, que celui qui en est chargé ne peut être dispensé par le testateur de compter de sa gestion. Dans tout autre cas, cette décharge est valable, même à Verdun, pourvu néanmoins que l'exécuteur ne soit pas personne prohibée & incapable de profiter des dispositions que le testateur auroit faites en sa faveur. Si même un testateur ordonnoit que l'exécuteur de son testament distribueroit la rémanence de la succession, ou une certaine somme, soit aux pauvres, ou en autres œuvres pies, suivant les intentions qu'il lui a déclarées, sans obligation d'en rendre compte ; & que l'exécuteur, homme d'une réputation intacte, assurât par serment que la disposition ne contient aucun fidéicommis secret en faveur d'aucune personne prohibée, je crois que la partie publique ne seroit pas fondée à prétendre que l'exécuteur doit lui en rendre compte. Voy. Ricard, part 2, ch. 2, gl. 7, n. 90 ; Ferrière, sur l'art. 297, gl. 2, n. 19, & ce que j'ai dit ci-devant, n. 29.

L'héritier peut encore, ce me semble, exiger que l'exécuteur, & même l'institué qui sont chargés de distribuer certaines sommes en aumônes, ou autres œuvres pies, dont le testateur s'est entièrement rapporté à eux, affirment qu'ils ont employé ou employeront toute la somme, suivant l'intention du défunt, sans en rien retenir, ou convertir à leur profit. D'Abocourt, fol. 281, Rto. rapporte un jugement de l'an 1306.

TIT. VII.
Observ. 208.
53
A qui le compte doit être rendu.

54.
Quand il doit être à la partie publique.

55.
Si l'exécuteur peut en être dispensé par le testateur.

TIT. VII.
Observ. 20e.

56
s'il lui est dû
des salaires.

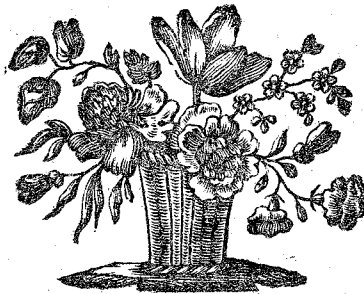
» Mais, demande Buridan à la fin de son commentaire *sur l'art. 62 de Vermandois* : » l'exécuteur sera-t-il tenu de faire toutes les vacations *gratis*, & sans salaires ? Il répond que si le testateur lui a fait un legs, il faut qu'il s'en contente : mais que s'il ne lui a rien été légué, le juge peut lui passer une somme, qu'il doit arbitrer selon la qualité de la personne, la difficulté des affaires, & les facultés du défunt, parce qu'encore que » l'exécuteur n'entreprenne l'exécution, comme louant ses œuvres, néanmoins par bienfaisance, il en doit tirer quelque récompense honnête. Ancillon sur l'art. 19 du tit 8 de notre coutume, dit même que s'il y a un legs fait à l'exécuteur, il peut en y renonçant, déclarer qu'il n'accepte l'exécution qu'à la condition qu'il sera payé de ses salaires raisonnables. Pour moi, je pense que celui qui prie quelqu'un d'exécuter son testament, lui demande un service d'ami, qui naturellement doit être gratuit : en sorte que loin que la bienfaisance exige que celui qui rend ce service *en tire une récompense honnête*, l'honnêteté empêchera toute personne d'un certain rang, qui aura quelque délicatesse de sentimens, de demander que son tems & ses peines soient payés, & l'obligera de se contenter de ses déboursés dans son compte. Si même le legs devoit être considéré comme un salaire, les personnes dont je parle ne pourroient décentement l'accepter. Mais il doit être envisagé sous un autre aspect.

Le testateur demandant un service d'ami, il est naturel qu'il témoigne lui-même de l'amitié à celui de qui il l'attend : le legs qu'il lui fait doit donc être regardé comme une marque de bienveillance ; & cette gratification, ordinairement assez légère, est très-convenable dans la circonstance, & peut être acceptée par l'ami à qui elle est faite, sans qu'il s'avilisse, même dans le cas où le legs paroîtroit n'être fait qu'en reconnaissance du service que le testateur demande au légataire ; car du côté du défunt la bienfaisance exige qu'il reconnoisse le service que son ami lui rendra : & c'est probablement ce qu'Ancillon a voulu dire, mais il seroit contre toute bienfaisance qu'un homme d'une condition honnête ne rendit ce service qu'en vue *d'en tirer une récompense*.

Quant aux personnes d'un étage inférieur, & d'une fortune si médiocre qu'ils ne peuvent employer leur tems aux affaires d'autrui, sans en souffrir, on ne peut pas les blâmer s'ils demandent des salaires ; & on doit leur en accorder de modérés, pourvu néanmoins qu'il ne leur eût été fait aucuns legs ; car quoiqu'encore une fois, ces legs ne soient pas des salaires, on doit supposer qu'en les faisant, les testateurs ont voulu reconnoître le service qu'ils demandoient, & que c'est à la somme ou à la chose léguée qu'ils l'ont évalué. Je crois donc qu'ayant fixé eux-mêmes la reconnaissance qu'ils ont cru devoir témoigner à celui de qui ils espéroient ce service, le juge ne peut pas aller plus loin ; que c'est à l'exécuteur nommé à choisir, ou d'accepter le legs, & l'exécution, ou de renoncer à l'un & à l'autre ; & que, quoi qu'en dise Ancillon, il ne peut pas dans la vue d'obtenir plus que le testateur n'a eu dessein de lui donner, en considération de la commission dont il le chargeoit,

accepter l'exécution , & renoncer au legs. On peut le comparer à un procureur , *ad negotia*. Et certainement si la récompense des peines & des soins qu'on demande à ce procureur étoit fixée dans la procuration , tout le monde conviendrait que ce procureur ne pourroit la diviser , & qu'il faudroit ou qu'il refusât la commission , ou qu'il s'en chargeât moyennant la somme à lui offerte , sans pouvoir en exiger une plus forte.

TIT. VII.
Observ. 1^{es}.



TIT. VII.
Objet, 210.

OBSERVATION XXI.

De la Regle que le Legs ne saisit pas.

Les légataires ne peuvent, de leur chef, se mettre en possession de leurs legs.

LA délivrance des legs devant être faite par l'exécuteur testamentaire, il est aisé d'en conclure que les légataires ne sont pas saisis des choses léguées, & ne peuvent s'en mettre en possession de leur autorité: beaucoup de coutumes le portent expressément. Metz, *tit. 8, art. 16*; Evêché, *tit. 10, art. 10*; Vermandois, *art. 63*; Bar, *art. 101*; Lorraine, *tit. 11, art. 15*; Sedan, *art. 133*, &c. & c'est la regle & l'usage dans celles qui n'en parlent pas; comme celle de Paris, dont l'art. 295 portant que l'héritier se contentant des quatre quints des propres, les légataires prendront le surplus, sembloit masquer qu'ils n'étoient pas tenus d'en demander la délivrance. Mais Ferriere qui le remarque *sur cet article, gl. 2, n. 1, & suiv.* avouoit que ce n'est pas l'intention de la coutume de Paris, & que l'usage est contraire.

Il faut donc restreindre au droit écrit ce qu'Ancillon dit sur notre art. 16, Vbo. *ne saisit point*; que « la propriété de la chose léguée passe de la personne du défunt » testateur à celle de son légataire, *ipso jure* ». Rien de moins conforme que cette transmission immédiate, & de plein droit de la chose léguée du testateur, au légataire; rien, disje, de moins conforme à l'esprit du droit coutumier (1); & quoique je vienne de dire, elle me paroît même contraire à celui du droit écrit; car, *legatum... est donatio... ab herede præstanda*, §. *inst. de legat.* Il est vrai qu'Ancillon ne parle que de la propriété qui passe du testateur au légataire. Mais elle n'y passe, selon moi, même en pays de droit écrit, que comme la possession, c'est-à-dire médiatement, & par la délivrance qui doit être faite ou par l'héritier, ou par l'exécuteur testamentaire. A plus forte raison, en pays coutumier, où, en vertu de la regle *le mort saisit le vis*, tout ce qui appartenoit au défunt passe immédiatement de sa personne à celle de l'héritier légitime dans la plupart des coutumes, ou institué dans le petit nombre de celles qui admettent l'institution; en sorte que dans les unes & dans les autres, l'héritier est le seul à qui tout ce qui dépend de l'hérédité, sans exception, appartienne *pleno jure*.

(1) Voyez le texte de Cujas que je cite plus bas, n. 10.

Il suit delà , & du principe , que l'exécuteur testamentaire est saisi par an & jour de tout le mobilier ; que c'est à l'un ou à l'autre que les légataires doivent demander la délivrance des choses à eux léguées , selon la différence des legs , s'il s'agit de meubles ou de choses mobilières , & dans un très-petit nombre de coutume , d'immeubles disponibles , c'est des mains de l'exécuteur testamentaire qu'ils doivent les recevoir , & ce n'est qu'au cas qu'il n'y en ait point qu'ils doivent s'adresser à l'héritier. Mais dans la plupart des coutumes , c'est l'héritier seul qui peut leur faire la délivrance des immeubles dont le testateur a disposé , & pu disposer à leur profit. *Legs testamentaire* , porte l'art. 63 de la coutume de Vermandois , *ne saisit le légataire : mais convient que réelle délivrance en soit faite par l'héritier , ou par justice , au refus dudit héritier ; & ne suffit que la délivrance en ait été faite par l'exécuteur du testament , s'il y a héritier ; si-non que tel legs fut de meubles , ou il suffit la seule tradition , & délivrance faite par ledit exécuteur.* Faber fait la même distinction sur l'art 15 de la coutume de Lorraine , n. 1630 & 1631. Ce qui n'est pas réfléchi , puisque cette coutume est du petit nombre de celles auxquelles la distinction ne peut être appliquée ; car elle n'est fondée que sur ce qu'ordinairement l'exécuteur du testament n'est saisi que du mobilier. Mais cela n'a pas lieu dans quelques coutumes , comme je l'ai remarqué , obs. 20 , n. 34 , & entre autres dans celle de Lorraine , où par l'art. 16 du même tit. 11 , la saisine de l'exécuteur comprend non-seulement les meubles , mais aussi les acquêts , & même les portions de l'ancien qui ont pu être léguées , ou en faveur de famille , ou à la cause pie ; or à quoi bon l'en saisir , s'il étoit dans l'interdit d'en faire la délivrance ?

Faber ajoute au même endroit , avec plus de vérité , qu'il faut que l'héritier consente à la délivrance qui se fait par l'exécuteur ; c'est à-dire , qu'il ait acquiescé au testament ; si-non qu'elle soit ordonnée avec lui contradictoirement , ou par défaut. Voy. ci-dessus obs. 20 , n. 47.

Il dit encore que la demande en délivrance doit être formée pardevant le juge de l'héritier , & non de la chose léguée , ou du décédé. Mais malgré l'arrêt du 12 Juin 1654 , qu'il cite en preuve , & l'opinion de Buridan qui , sur l'art. 63 de Vermandois , dit aussi , après Bacquet , que le juge de cette action est celui du domicile de l'héritage , ou de l'exécuteur , avec cette modification cependant , que » si les héritiers » paroissent sur le lieu où la succession est jacente , les légataires les y pourront » venir pour avoir la délivrance de leurs legs « ; nous tenons indistinctement dans le ressort que toutes les contestations qui concernent l'hérédité , sont de la compétence des juges du lieu où elle est ouverte.

Ce n'est pas même toujours à l'héritier que les légataires particuliers doivent s'adresser , & » c'est au légataire universel qui a obtenu la délivrance de son legs , à faire » celle des legs... particuliers , Ferriere *ubi sup.* n. 9.

La nécessité de la délivrance cesse même en deux cas » si le légataire se trouvoit » en possession de la chose à lui léguée lors du décès du testateur , il ne seroit pas

TIT. VII.
Observ. 21^e.

2
Les légataires doivent demander les legs mobiliers à l'exécuteur.

3.
Et les immobiliers à l'héritier.

4.
Non en Lorraine , & dans quelques autres coutumes.

5.
Comment l'exécuteur peut délivrer les legs.

6.
Quel est le juge.

7.
Celle des légataires particuliers doit être formée contre le légataire universel.

8.
La délivrance n'est pas nécessaire si le légataire

TIT. VII.
 Observ. 21e.
 L'heritier est en
 possession de
 son legs.

» tenu de la rendre à l'héritier, pour la recevoir ensuite de lui ». *Ancillon sur l'art. 16 du tit. 8 de la coutume de Metz, Vbo. en demande, &c.* La coutume de Lorraine, *tit. 11 art. 15*, dit aussi que le légataire n'est pas saisi, *si ce n'est qu'au tems du décès du testateur, que le testament a pris sa force, le légataire fut gardien, ou autrement saisi de la chose léguée; ou qu'étant débiteur du testateur de quelque chose, la quittance lui ait été léguée*

Ricard, *des donat. 2e. part. ch. 1, sect. 2, n. 11 & suiv.* tient cependant que la possession de fait n'est pas capable d'acquérir la possession de droit, & ne dispense pas le légataire de demander la délivrance. Mais comment l'héritier la lui feroit-il; si ce n'est pas lui, mais le légataire qui détient la chose qu'il demande? Faudra-t-il donc que le légataire la remette d'une main à l'héritier pour la recevoir de lui de l'autre main? Ricard étoit trop judicieux pour le penser. Il estime que l'héritier ne peut pas demander sans intérêt, d'être saisi réellement de la chose léguée, pour en faire de suite & incontinent la délivrance; que la bonne foi de notre jurisprudence ne souffre pas les actions inutiles, & frustratoires: mais que, pour accomplir la rigueur de la loi, elle feindroit que le légataire a ressaisi l'héritier, & qu'ensuite l'héritier en a fait la délivrance au légataire » sans requérir que toutes ces cérémonies s'exécutassent réellement ». *Ferriere, ibid. n. 6, & Buridan, sur l'art. 63 de Vermandois*, disent à peu près la même chose. Leur autorité me paroît toujours d'un grand poids. J'oserois cependant demander à quoi bon recourir à une fiction, qui n'ayant aucune réalité, vise au ridicule: qu'elle en est la nécessité, ou l'utilité? Il faut sans doute accomplir la loi. J'avoue même qu'il faut l'accomplir à la rigueur. Mais 1°. cette obéissance à la loi doit-elle être réelle, ou seulement imaginaire & fictive? 2°. Pour se conformer à la loi, n'est-ce pas à son esprit qu'il faut s'attacher, par préférence aux termes? Or, l'esprit de celle qui oblige les légataires de demander la délivrance des choses à eux léguées est de les empêcher de s'en emparer de leur autorité privée, & par voies de fait. Si donc il se trouve en avoir légitimement la possession au moment du décès du testateur, & qu'ainsi il n'y ait plus de voie de fait à craindre de leur part, le motif de la loi cessant, il n'y a plus de raison de les obliger à demander qu'on leur délivre ce qu'ils détiennent. Puisque, comme Ricard en convient, il ne résulteroit des cérémonies dont il parle, aucun fruit, ni utilité pour aucune des parties. Non-seulement on ne peut pas demander qu'elles soient observées, mais je ne vois pas à quoi il serviroit de feindre contre vérité, qu'elles l'ont été. » Il a été jugé où la coutume permet d'être héritier & légataire » re; que l'héritier est bien saisi par la coutume; mais au même instant, il doit ré-saisir son cohéritier légataire, *reclâ via*, sans avoir eu la possession actuelle au préalable, par arrêt du 9 Août 1604 ». *La Fons sur Vermandois, art. 63, n. 14, qui cite Mornac & Chopin*, il venoit de dire immédiatement auparavant après Coquille, que » le légataire peut, par justice, contraindre l'héritier de lui faire délivrance, *verbo & brevi manu*, sans qu'au préalable il soit réellement saisi de la chose

« léguée ». Il suffit donc que l'héritier ait eu la saisine de droit, sans qu'en aucun cas il puisse refuser la délivrance sous prétexte qu'il n'a pas celle de fait. Or si cette dernière n'est jamais nécessaire, quel besoin y a-t-il de feindre faussement qu'il l'a eue.

Le second cas où il n'y a point de demande en délivrance à former est celui de l'art. 64 de la même coutume de Vermandois. *L'exécuteur testamentaire se peut payer par ses mains, du legs mobilier à lui fait ; mais où il seroit immeuble, doit être baillé par l'héritier.* La première partie de cet article a lieu par-tout. Ferrière, sur l'art. 297, gl. 2, n. 11, mais non la seconde ; car la raison pour laquelle l'exécuteur se peut payer de son legs mobilier, c'est pour ce qu'il est saisi des meubles, & que c'est lui qui délivre aux autres légataires les legs mobiliers. La Fons sur led. art. n. 15. Ainsi dans les coutumes où il est aussi saisi des acquêts, & autres meubles disponibles, & où il en fait la délivrance à ceux à qui ils sont légués, il peut aussi se la faire à lui-même, sans être obligé de la demander à l'héritier.

Mais dans les cas ordinaires, la délivrance est d'une nécessité si absolue que c'est une question, si le testateur peut dispenser ses légataires de la demander, & leur accorder la saisine. Ricard, *ubi sup.* n. 9, tient la négative, parce que la possession de droit des héritiers est en leur faveur ; & contre la liberté du testateur. D'où il s'ensuit qu'il n'est pas en son pouvoir de se dispenser lui-même d'une loi qui lui est imposée, de ne point saisir de plein droit ses légataires. Il est suivi par Ferrière, *ubi sup.* n. 4. Par Ancillon sur l'art. 16 du tit. 8 de notre coutume, & par Buridan sur l'art. 63 de celle de Vermandois. Ricard & Ferrière conviennent que le judicieux Coquille est d'avis contraire : & Buridan cite pour cette dernière opinion, quoiqu'il s'en écarte, Bartole & Guy-Pape. La Fons l'adopte aussi sur le même article de Vermandois, note 13, & s'appuie encore de l'autorité de Julius Clarus, & de Cujas. *Quod moribus Gallie receptum est*, dit le dernier, *conf. 32, ut defuncti possessio concessim sequatur successorem, sine facto, vel adminiculo ullo alio ; in successore juris, id est herede, vel bonorum possessore locum habet, non in legatario vel fideicommissario : nisi forte expressim testator voluerit à se protinus ad legatarium, possessionem rectâ viâ transfere.* Faber dit sur l'art. 15 du tit. 11, n. 1635, que c'est la commune opinion des docteurs, & que Decius tient même que le testateur peut déroger à cette solemnité de la délivrance, non-seulement par volonté expresse, mais aussi par taishible volonté.

Cependant je me rangerois sans balancer à l'opinion de Ricard, si, comme il le suppose, il y avoit une loi qui, gênant la liberté du testateur, lui défendit de saisir de plein droit ses légataires. Mais y a-t-il quelque loi qui approche de cette prohibition, sinon la règle *le mort saisit le vif* ? Je n'en connois point : & Ferrière n'en cite pas d'autres. Or, si j'ose, non pas décider la question, mais dire ce que j'en pense, il me semble que cette règle n'est point conçue en termes prohibitifs, &

TIT. VII.
Observ. 210.

9.
Ni s'il est lui-même exécuteur des testaments.

10.
Si le testateur peut ordonner que ses légataires seront saisis.

TIT. VII.
Observ. 210.

qu'elle ne contient aucune interdiction aux testateurs qui gêne le pouvoir de disposer. Il est absolu pour tous les biens dont nos coutumes permettent de tester. *Disponat, & erit lex.* Notre droit françois restreint ce principe à certains biens. Mais quand le testateur n'a pas touché aux autres, sa disposition n'est pas moins inviolable parmi nous que chez les Romains. La saisine de l'héritier est introduite en sa faveur, j'en conviens : mais quoique, *illud in heredis favorem à jure introductum fuerit ; merito potest testator illi derogare*, dit Jul. Clarus, *sententiarum, lib. 3, §. testamentum quest. 68, n. 1.* Il renvoie à la question 64, où il prouve que le testateur a ce pouvoir, par cette raison qui me paroît sans réplique, que puisque le testateur peut disposer des biens même de son héritier, il peut, à plus forte raison, renoncer à ce qui est introduit en faveur de son héritier.

11.
Comment la
saisine de l'exé-
cuteur se con-
cilie avec celle
de l'héritier.

Le mort saisit le vif : oui. Mais cette saisine n'empêche pas le testateur d'en donner une autre à ceux qu'il choisit pour exécuter son testament. Celle-ci est de fait ; l'autre, pendant la durée de l'exécution, n'est que de droit : ou comme le dit De Laitre, sur l'art. 90 de Chaumont, n. 2, » l'héritier a la possession civile... en vertu » de la règle, le mort saisit le vif ; & l'exécuteur testamentaire en a la possession » naturelle en vertu de la disposition du testateur, à qui les coutumes donnent le » pouvoir de la lui transmettre ». Cette saisine de fait suffit pour que l'exécuteur soit autorisé à se délivrer à lui-même son legs. Or, outre qu'il n'est pas aisé de comprendre comment le testateur qui peut saisir l'exécuteur de son testament, ne pourroit pas saisir son légataire, il est hors de doute qu'il peut confier à l'un telle partie qu'il veut de l'exécution de ses dispositions, & choisir une autre personne, une troisième, &c., pour en exécuter le surplus. Si donc il ordonnoit que tel ou tel légataire seroit l'exécuteur de la partie du testament qui le regarde personnellement, ce légataire pourroit se délivrer à lui-même son legs. Je l'ai prouvé sous le n. 9 ; & n'est-ce pas précisément ce qu'il fait, quoiqu'en d'autres termes, lorsqu'il autorise quelqu'un de ses légataires à se mettre lui-même en possession de son legs, sans être obligé d'en demander la délivrance ?

12.
Le légataire
universel n'est
pas saisi dans
la plupart des
coutumes.

L'obligation de la requérir dans le cas où elle est nécessaire, n'est pas moins imposée par la plupart des coutumes au légataire universel, qu'aux légataires particuliers. *Ferriere, ibid. n. 5.* Ancillon applique ceci à notre coutume. Il va même plus loin, & prétend, vers la fin de ses observations sur l'art. 6 du tit. 8, qu'on ne peut donner la qualité d'héritier à celui qui est institué par testament, & qu'il ne peut » être considéré que comme un légataire universel des meubles & acquêts de » gagiers, qui doit demander la délivrance à l'héritier légitime » ; & sur l'art. 1 du tit. 11 ; Vbo. *héritiers*, &c., après avoir dit qu'un » légataire universel ne doit » pas, en toutes choses, être comparé à l'héritier légitime, il donne pour première » différence que la qualité d'héritier légitime saisit, mais qu'il faut demander la dé- » livrance du legs universel ». Cette opinion, vraie ailleurs, me paroît ne pouvoir être admise dans la coutume de Metz ; & quoique j'aie déjà combattu cette erreur, observ.

13.
Il n'est dans
celle de Metz.

Observ. 1, n. 23, & observ. 7, n. 2 & suiv., j'essayerai de la réfuter plus particulièrement ici par les principes de notre coutume qui sont avoués par Ancillon lui-même.

TIT. VII.
Observ. 21.

Pourquoi les légataires sont-ils obligés de demander la délivrance ? M. D... expliquant ces mots de l'art. 16 du tit. 8 de la coutume de Metz, *le legs testamentaire ne saisit point*, dit « que, dans les pays coutumiers, on n'admet pas les héritiers testamentaires. C'est ce qu'ont voulu dire la plupart des coutumes par ces mots, *institution d'héritier n'a lieu*; & cette maxime qui est du droit françois, n'a pas moins de force dans celles qui n'en parlent pas. Ainsi de cette autre maxime, *le mort saisit le vif*, qui a lieu aussi dans toutes les coutumes, & même dans celles qui, comme la coutume de Metz, n'en disent rien, l'on a formé la règle générale, que l'héritier *ab intestat* étant saisi de plein droit de tous les effets & biens de la succession, c'est à ceux qui prétendent quelques legs particuliers d'en demander la délivrance à cet héritier, ou à l'exécuteur testamentaire, s'il s'agit de chose mobilière ».

Ce magistrat n'impose donc l'obligation de demander la délivrance qu'à ceux qui prétendent quelques legs particuliers. J'avoue qu'il auroit pu dire plus clairement, qu'à Metz, le légataire universel n'y est pas obligé. Cela méritoit bien de n'être pas oublié. Mais quoiqu'il ne l'exprime pas formellement, on ne peut douter que ce ne fut son sentiment. *Qui de uno dicit, de altero negat*. D'ailleurs, & ceci est bien plus important, si dans d'autres coutumes les légataires universels ne sont pas saisis, M. D... nous dit que ce qui leur rend la délivrance nécessaire, ce sont les deux maximes, *institution d'héritier n'a lieu*, & *le mort saisit le vif*; la dernière ne s'entend dans ces autres coutumes que de l'héritier *ab intestat*; & ce qu'il n'eut pas été mal-à-propos que M. D... observât ici, on l'étend à Metz à l'héritier testamentaire: & on y rejette entièrement la première maxime; puisque *l'institution d'héritier a lieu à Metz, quoiqu'elle n'y soit pas nécessaire*; art. 1 du tit. 8, 1 & 2 du tit. II. Ainsi les raisons qui fondent ailleurs l'obligation imposée au légataire universel de demander la délivrance, cessent absolument. Or, *ubi cessat ratio legis, cessat legis dispositio*.

14.
L'héritier testamentaire y est saisi.

C'étoit certainement le sentiment de M. D...; car ce qu'il omet ou rend un peu plus obscurément ici, il l'explique & l'éclaircit ailleurs. Il dit, sur l'art. 1 du tit. 8, que ces termes, *institution d'héritier n'est nécessaire*, n'y sont pas employés pour signifier que la coutume prohibe cette institution, & par conséquent il la regarde comme permise & valable à Metz. Il dit sur l'art. 2 du tit. II, que « quoi-que notre coutume ne dise pas que le mort saisit le vif, ainsi que l'art. 318 de celle de Paris, cette règle générale a lieu parmi nous, soit en faveur de l'héritier légitime, soit en faveur de l'héritier testamentaire. Il est vrai, continue-t-il, que Ferrière... & Le Brun... sont d'avis que l'héritier testamentaire n'est pas saisi, à moins qu'il n'ait encore pour lui le droit du sang; mais nous observons le cen-

TIT. VII.
Observ. 21e.

» traire à Metz sur deux principes : l'un de l'usage, qui est constant & notoire à
 » Metz, n'y ayant pas d'exemple qu'un étranger institué par un testament à l'égard
 » des meubles & gagieres, ait été tenu de recourir au juge pour s'en faire mettre
 » en possession ; l'autre, du texte du présent art. 2, qui (portant que *l'héritier tes-*
 » *tamentaire est préféré au légitime non institué, en ce dont le testateur a pu disposer*)
 » lui donne par conséquent tous les avantages dûs à l'héritier légitime, auquel il le
 » préfère. Aussi Le Brun reconnoît que, dans plusieurs coutumes, l'héritier testa-
 » mentaire est saisi, &c. «.

Tout cela est incontestable & avoué, ou plutôt établi par Ancillon sur l'art. 1 du
 tit. 11. Il y distingue les testamens solennels & les olographes. » Quant aux pre-
 » miers, comme ils sont, dit-il, passés pardevant personnes publiques (1), après que
 » lecture a été faite... , il semble que cela suffit à l'héritier institué pour lui donner
 » le droit de se dire saisi des biens du défunt ; mais à l'égard des testamens ologra-
 » phes, si... les héritiers légitimes refusent d'en reconnoître l'écriture & la signature,
 » il faut se pourvoir en justice... Mais après la vérification..., le testament olographe
 » doit avoir le même effet que le solennel «.

Il remarque cependant quelque variété de sentiment entre les auteurs. Après quoi
 il ajoute, ce que M. D... a imité : » la résolution se doit prendre en notre coutume
 » de deux principes : l'un est l'usage constant & notoire ; & l'autre est textuel en
 » l'art. 2 du présent titre. Par l'usage constant, l'héritier légitime est saisi de droit
 » & de fait des biens du défunt ; & par ledit article 2, l'héritier testamentaire est
 » préféré au légitime non institué... ; de sorte que l'étranger de la famille, institué
 » héritier, se peut dire saisi des biens du défunt dans cette coutume ; ce qui est au-
 » torisé par l'usage... L'héritier testamentaire est dit saisi en pays de droit écrit ;
 » mais en pays coutumier, le seul habile à succéder est saisi ; notre coutume ayant
 » embrassé en cette matière la disposition du droit romain ; permettant d'instituer
 » héritiers par testament, il en faut juger à cet égard comme au pays de droit écrit.
 » Et nous voyons aussi que les coutumes... qui reçoivent l'institution d'héritier par
 » testament, donnent à cet héritier le même avantage qu'au légitime, qui est d'être
 » saisi des biens de la succession, sans aucune appréhension de fait. On tient à pré-
 » sent que cela est général en France (2) «. Sur quoi il cite l'auteur des loix ci-
 viles.

17°
Et le légataire
universel dont
il ne diffère que
de nom.

Comment Ancillon, après avoir si solidement établi qu'à Metz l'héritier testamen-
 taire est saisi, a-t-il pu refuser le même avantage au légataire universel ? C'est faire
 dépendre les suites de la disposition non du sens, ni de l'intention du testateur,

(1) Il y a des testamens réputés solennels qui ne sont pas passés pardevant des personnes
 publiques, comme ceux reçus par les curés, &c. Mais ils doivent être déposés chez un notaire.

(2) Il détruit ici ce que j'ai rapporté de lui n. 13.

mais des mots dont il s'est servi pour l'exprimer ; celui qui dit, *j'institue Pierre mon héritier*, & celui qui dit, *je nomme Pierre mon légataire universel*, veulent certainement la même chose. L'intention de l'un & de l'autre est de laisser à Pierre tous leurs biens disponibles. Or, ne seroit-il pas déraisonnable de donner à la volonté de deux testateurs, exactement & absolument la même, des effets opposés ; parce que les expressions qu'ils ont employées n'ont pas le même son : quoique non-seulement dans leur esprit, mais dans la réalité de la chose, elles aient le même sens ? Il est très-vrai que, dans les coutumes où l'institution n'a pas lieu, celui qui nomme un légataire universel, ne fait pas un héritier ; & que, pour peu qu'il soit instruit, il ne croit pas en faire un. Mais à Metz, où l'on peut faire un véritable héritier, soutenir qu'on n'en fait un que lorsqu'on dit, *j'institue*, ce seroit faire dépendre la valeur de la disposition d'une formule de rigueur contre la règle écrite dans toutes les loix, que l'effet de la disposition est le même, de quelques termes que le testateur se soit servis, pourvu qu'ils fassent connoître sa volonté, je n'en citerai qu'une seule. *Omne verbum significans testatoris legitimum sensum... utile atque validum est; sive directis verbis... sive precariis utatur testator...; nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus. L. 2., cod. commun. de legat.* Prétendre qu'à Metz on ne fait pas un héritier, & qu'on n'a pas dessein d'en faire un, lorsqu'on dit, *je lègue la rémanence*, c'est, je pense, ce qu'on ne persuadera à personne ; car chez nous, il n'y a pas un testateur, pas un notaire ou autre instrumentaire, qui ne regarde cette manière de disposer comme équivalente à celle-ci, *j'institue pour mon héritier*, & qui n'emploie indifféremment l'une ou l'autre de ces expressions : *héritier institué* ou *légataire universel*, comme synonymes. Or, *cum... manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensus existat. L. 3, cod. de liber. præter. vel exhered.*

Et comment pourrions-nous, à Metz, distinguer dans la manière ordinaire de parler, l'héritier institué du légataire universel ? » La plupart des coutumes, dit M. D..., sur l'art. 1 du tit. 11 de la nôtre, différentes en cela du droit romain, donnent bien le nom d'héritier à ceux à qui l'ordre & la proximité du degré défèrent les biens de ceux qui meurent sans en avoir disposé ; mais elles ne donnent que celui de légataire universel à ceux qui ne tirent leur droit que d'un testament. » La coutume de Metz ne s'arrête pas à cette différence qui, chez nous, ne consiste, » à proprement parler, que dans le nom ». Or, une différence purement labiale, peut-elle en mettre une réelle dans la substance de la disposition, & dans son effet ?

Il y a plus ; quoique la remarque de M. D... soit vraie, cependant, dans le langage ordinaire, on donne communément le nom d'héritier au légataire universel, même dans les coutumes qui rejettent l'institution ; & ce qui est encore plus fort, ces coutumes elles-mêmes désignent quelquefois le légataire universel sous le nom d'héritier. Nous en avons vu un exemple, observ. 20, n. 52. Ces coutumes s'ex-

priment alors, non avec l'exacritude scrupuleuse des juriconsultes, mais suivant l'usage commun : & leur expression n'est pas impropre ; car le légataire universel succède, quant aux biens disponibles, à tous les droits du testateur, & *hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit.* L. 62, ff. de reg. jur. L. 24, ff. de verb. sign.

Ajoutons que, dire comme Ancillon que l'héritier testamentaire ne peut être considéré que comme un légataire universel, c'est confondre les deux titres ; c'est élever l'un à l'autre, c'est dire que tout ce qui convient à l'héritier testamentaire convient aussi au légataire universel. En les distinguant il admet que si, par un legs universel, on ne peut faire un véritable héritier dans notre coutume, on peut en faire un par une institution ; & en le confondant, il prétend que l'institution ne peut chez nous faire qu'un légataire universel, & non un véritable héritier. Ainsi il est tombé dans une contradiction palpable.

Si on restreint la qualification d'héritier à ceux qui sont appelés à la succession par la loi & par le sang, il a raison de la refuser à celui qui est institué par testament. C'est aussi ce qu'il fait, en soutenant sur l'art. 6 du tit. 8, que l'institué n'a pas les droits de l'héritier ; qu'il ne représente pas la personne du défunt, & qu'il ne peut rien prétendre dans les immeubles (par où il entend sans doute les tréfonds) de la succession ; de ces trois remarques, la seconde est fautive, l'institué représente la personne du défunt, comme l'héritier du sang ; celui-là pour toutes les actions mobilières, actives & passives, & pour celles qui concernent des biens de gagere ; celui-ci pour les immobilières ; attachés aux héritages de tréfonds. Tous deux succèdent *in universum jus quod defunctus habuit* : mais chacun à son égard ; & l'un a ce droit universel sur les biens disponibles, comme l'autre sur les biens non disponibles. Quant à la première & à la troisième remarque d'Ancillon, il n'y dit précisément que la même chose, en des termes différens ; car en quoi l'institué n'a-t-il pas les droits de l'héritier légitime, uniquement en ce qu'il n'a rien à prétendre dans les tréfonds : c'en est assez pour qu'on ne puisse pas confondre la qualité d'héritier légitime avec celle d'institué. Mais quand notre commentateur veut ôter à l'institué le nom générique d'héritier, il oublie qu'à Metz il y a deux sortes d'héritiers : les uns testamentaires qui dépendent de la seule volonté du défunt... ; les autres... légitimes, qui succèdent au défunt intestat : & que l'héritier testamentaire est préféré aux légitimes, art. 1 & 2 du tit. 11.

Ancillon a raison de dire qu'il n'y a chez nous aucune différence entre l'héritier testamentaire & le légataire universel. Mais que conclure de-là ? qu'il faut réduire l'institué à la simple qualité de légataire universel, ou élever le légataire à la qualité d'héritier institué. On ne peut pas ôter à l'institué ni la qualité d'héritier, ni aucuns des droits qui en dérivent. Ce seroit heurter la coutume de plein front, puisqu'elle reconnoît deux sortes d'héritiers, & préfère les testamentaires aux légitimes. La seule conséquence qu'on puisse tirer de ce que l'héritier ne diffère en rien du légat

taire universel, c'est donc qu'à Metz le légataire universel a tous les droits de l'institué ; ce qui reçoit d'autant moins de difficulté que les héritiers testamentaires *dependent*, dit l'art. 1 du tit. 11, *de la seule volonté du défunt*, & dans celui qui dit, *je nomme un tel mon légataire universel* : ces deux dispositions doivent opérer le même effet. En sorte que la dernière fait un héritier aussi nécessairement que la première.

Je le répète, Ancillon est tombé dans des contradictions inexcusables. Il prouve parfaitement qu'à Metz l'héritier testamentaire est saisi ; il prétend que cet héritier n'est rien de plus, & par conséquent n'a pas plus de droit qu'un légataire universel ; & il veut que le légataire universel ne soit pas saisi. En faudroit-il davantage pour rejeter son sentiment sur le dernier point ?

Enfin une très-bonne preuve, par laquelle nos deux commentateurs établissent que l'héritier testamentaire est saisi, c'est l'usage. Or l'usage n'est ni moins constant, ni moins notoire pour le légataire universel que pour l'institué : & il est sans exemple, à Metz, qu'on ait exigé d'un légataire universel de demander la délivrance à l'héritier légitime, qui n'est saisi que des biens de tréfonds, lorsqu'il y a un testament, qui destine à un autre l'universalité des meubles & des gagées.

Ce que je viens de dire de la coutume de Metz s'applique à toutes celles où on peut faire des héritiers testamentaires ; comme sont celles de l'Evêché & de Luxembourg ; & s'appliquera même au pays Tulois, (si on admet ce que j'ai proposé, obs. 1, n. 28, qu'un testament peut valoir à Toul, sans institution formelle, au moyen de la clause codicillaire), même en ce qui regarde la saisine du légataire universel.

16.
Ce qui a lieu dans toutes les coutumes qui admettent l'institution d'héritier.



OBSERVATION XXII.

De la Révocation des Dispositions testamentaires.

TIT. VII.
Observ. 226.

1.
Les donations exigent le concours de deux personnes.

LA donation par contrat diffère de la donation par testament, en ce que l'essence de l'une est d'avoir un effet présent, & celle de l'autre de n'en avoir aucun que dans l'avenir. La première est une convention, dont la base est la volonté actuelle & réciproque du donateur qui se défait de la propriété de la chose donnée, & du donataire qui l'accepte. C'est comme dans tous les autres contrats, le consentement mutuel, & simultané des deux parties qui les engage. La volonté de l'une ne peut rien sans celle de l'autre : mais leur réunion forme un lien qui ne peut être dissous sans le consentement de ceux qui ont directement intérêt qu'il subsiste. De-là vient que la donation entre vifs est imparfaite & révocable, tant qu'elle n'est point acceptée, & d'une exécution nécessaire, dès qu'elle l'est. De-là vient encore que les institutions contractuelles, & les autres donations à cause de noces, quoiqu'acceptées par écrit, ou verbalement, sont nulles, si le mariage ne s'ensuit ; & essentiellement irrévocables dès que le mariage est célébré, quand même elles n'auroient pas été autrement acceptées : parce que c'est dans l'accomplissement du mariage que se forme le concours des volontés mutuelles, & que c'est par conséquent ce qui donne à ces donations leur entière perfection.

2.
Les testaments dépendent de la volonté d'un seul.

3.
Et sont détruits par la preuve du changement de volonté.

4.
On ne peut s'engager à ne jamais révoquer une disposition testamentaire.

Au contraire, les testaments & toutes les autres dispositions purement testamentaires, sont l'ouvrage d'une seule personne, & tirent toute leur force de la seule volonté de celui qui les a faites. Ainsi il n'a besoin du concours de personne, pour les détruire : & la volonté qui leur a donné l'être, ne doit être suivie qu'autant que le testateur y a persévéré jusqu'à sa mort, ou du moins qu'il n'y a pas de preuve qu'il ne vouloit plus, en mourant, ce qu'il vouloit en testant. La seule qualification qui convienne à ces actes, est celle de dispositions de dernière volonté. C'est donc de la volonté du testateur dans le dernier instant de sa vie, que dépend leur validité.

Faber s'est évidemment trompé, lorsque sur l'art. 5 du tit. 11 de la coutume de Lorraine, n. 1557 ; il a regardé comme valable la clause par laquelle un testateur promettrait de ne jamais révoquer un legs, & déclaroit qu'au cas qu'il vint dans la suite à le révoquer, il vouloit que dès à présent, il tint lieu de donation entre vifs. Cette clause seroit inutile, parce qu'on ne peut donner entre vifs, dans un testament dont il n'est pas possible de revêtir les dispositions des formalités nécessaires pour la validité des donations entre vifs. Ainsi ces dona-

tions portées par un testament, ou un codicille, restent nécessairement testamentaires ; & on ne peut jamais les révoquer, pas même par serment. C'est ce qui est avoué même par ceux qui, comme Canon, *sur le même art.*, n. 2, tiennent qu'un premier testament, dans lequel le testateur a juré de ne point le révoquer, ne peut pas l'être, » si au second, ou dernier n'est apposée clause révocatoire de tel jurement « ; car ils conviennent au moins que le testateur, nonobstant son serment, peut révoquer avec cette clause. Mais je ne la crois point du tout nécessaire ; parce qu'on ne contracte avec personne dans un testament, & qu'ainsi la promesse y continue, & confirmée par serment, n'est faite à personne, & n'oblige envers personne ; parce que le serment ne fait jamais valoir une promesse nulle, & contraire aux loix. Parce que le serment ne peut pas changer la nature des dispositions testamentaires, dont l'essence est de ne lier jamais celui qui dispose. Voy. Ancillon sur l'art. 17 du tit. 8 de notre coutume, où il établit très-bien cette maxime. En un mot, on ne peut donner irrévocablement par un acte de dernière volonté, parce que ce seroit promettre (ce qui ne dépend pas du donateur), qu'il voudra en mourant ce qu'il veut actuellement (1).

TIT. VII.
Observ. 22e.

5.
Même par serment.

(1) Je crois que tout homme raisonnable conviendra qu'il ne dépend pas de lui de vouloir demain ce qu'il veut aujourd'hui. Ainsi ce qu'on dit communément que les volontés sont libres ne signifie pas qu'on peut vouloir, ou ne pas vouloir à son gré : on éprouve tous les jours le contraire : & d'ailleurs ce seroit dire qu'on peut vouloir, ou ne pas vouloir : ou en d'autres termes qu'on peut vouloir, ou ne pas vouloir avec telle, ou telle volonté qu'on a véritablement : ce qui est manifestement faux. Mais les volontés sont libres, en ce sens, qu'on est libre de ne pas faire ce qu'on veut. Voy. Locke *Essay sur l'entendement humain*, liv. 2, ch. 21, §. 25 & suiv. » Voici, dit-il, en quoi consiste la liberté. C'est en ce que nous sommes capables d'agir, ou de ne pas agir en conséquence de notre choix, ou volition «. Il entend par ces derniers mots l'acte de notre volonté, ou l'usage actuel que nous faisons de la puissance que nous avons de vouloir. *Ibid.* §. 5. Mais, dira-t-on, puisqu'on est libre de ne pas faire ce qu'on veut, pourquoi ne pourroit-on pas s'engager de ne pas révoquer son testament, quand même on le voudroit ? Je réponds que le testament étant essentiellement la dernière volonté du testateur, son essence seroit détruite si cette dernière volonté n'étoit plus conforme à ce qui est écrit ; en sorte qu'en ce cas le testament seroit détruit & anéanti, quand même il ne seroit pas révoqué. Je crains que ces raisonnemens, quoique aisés à comprendre, ne paroissent un peu trop métaphysiques. Mais devois-je pour cela me les interdire ? Les principes de droit sont fondés sur des notions plus évidentes que les idées métaphysiques : & le jurisconsulte doit éviter les subtilités trop abstraites. Mais toutes les sciences se prêtent mutuellement leurs lumières ; & celles de toutes les parties de la philosophie peuvent éclairer le jurisconsulte qui ne doit craindre que de se livrer à des recherches inutiles, en voulant en creuser trop avant les profondeurs ; l'avocat lui-même peut s'en aider, pourvu néanmoins qu'il puisse les rendre intelligibles à ceux mêmes à qui ces matières ne sont pas familières.

TIT. VII.
Observ. 22e.

La révocabilité des testamens n'est donc pas fondée précisément sur ce que les motifs qui ont engagé un testateur à disposer, comme il a fait, les circonstances où il se trouvoit, sa fortune ; celle des personnes en faveur desquelles il a testé, leur conduite, soit générale, ou vis-à-vis de lui en particulier, &c. peuvent n'être plus les mêmes, au tems de la révocation, qu'à la date du testament qu'il révoque : elle provient essentiellement de la nature de cet acte, qui n'est substantiellement autre chose que la dernière volonté de celui qui dispose ; & de la nature de la volonté qui, par un attribut dont il est impossible de la séparer, peut varier jusqu'à la mort. Rien de plus ordinaire aux hommes, même aux plus sages, que de cesser de vouloir dans un tems ce qu'ils vouloient dans un autre, sans que les circonstances soient changées : & si le testateur ne veut plus, en mourant, ce qu'il vouloit lorsqu'il a testé. La contrariété qui se trouve entre sa dernière volonté & un acte qui ne pouvoit valoir que comme sa dernière volonté, l'anéantit nécessairement.

6.
Clauses déro-
gatoires. Ce
que c'étoit.

On ne peut pas même gêner la révocation. Un testateur se la rendoit autrefois plus difficile, par ce qu'on appelloit *la clause dérogatoire*. C'étoit une disposition par laquelle le testateur vouloit qu'on n'eût aucun égard à celle qu'il pourroit faire dans la suite, si on n'y trouvoit pas certains mots arbitraires & de fantaisie. Les uns admettoient cette invention ultramontaine, comme Faber sur l'art. 5 du tit. II de la coutume de Lorraine. Les autres la rejettoient : & les mots qui devoient être insérés dans les actes postérieurs, pouvant être très-facilement oubliés, cette clause m'a toujours paru beaucoup plus propre à faire valoir un testament suggéré, qui en prescrivait la nécessité, qu'à prévenir la suggestion d'un testament postérieur. Ancillon sur l'art. 17 du tit. 8 de notre coutume, *Vbo. les premiers*, &c. dit que » dans cette coutume où les clauses dérogatoires sont inconnues, le premier testa-
» ment qui en contiendrait une, seroit valablement révoqué par un second qui
» n'en seroit aucune mention ». Il estime cependant qu'on pourroit y avoir égard dans certains cas. Mais il seroit inutile de m'y arrêter, parce que ces clauses ont été très-fagement prosrites par tout, par l'art. 76 de l'ordonnance de 1715.

7.
L'usage en est
aboli.

8.
Chez les Ro-
mains un testa-
ment n'étoit
révoqué que
par un autre.

Les dispositions testamentaires peuvent être révoquées expressément, ou tacite-
ment. » Par la disposition du droit romain, un testament ne se pouvoit révoquer
» que par un autre testament solennel ; & tout autre acte par lequel un testateur
» auroit déclaré qu'il ne vouloit pas que le testament qu'il avoit fait eût
» lieu, . . . n'étoit point capable d'opérer cette révocation ». Ricard, part. 3,
ch. 2, sect. 2, n. 120. Cette règle n'étoit pas cependant sans exception, & n'étoit
pas contraire à ce que je viens de dire, que toute la force du testament réside
dans la persévérance du testateur, à vouloir jusqu'à son décès, ce qu'il vouloit lorsqu'il a testé. Les Romains n'exigeoient un testament solennel, pour en révoquer un
autre, que parce qu'ils attachoient rigoureusement la foi des actes à l'observation
des

des formes prescrites par la loi , & qu'ils regardoient tout autre acte qu'un testament solennel , comme incapable de prouver la nouvelle volonté d'un testateur ; par la même raison qu'il auroit été insuffisant pour la première.

Mais comme notre jurisprudence est moins pointilleuse & moins formaliste , il n'y a point de difficulté que... nos testamens peuvent être révoqués par un simple acte , qui fasse foi de changement de volonté , *id. ibid. n. 123*. Aussi , continue-t-il , je trouve dans l'autorité des choses jugées , que la cour l'a décidé de la sorte ; & jugé qu'un simple acte passé pardevant notaires sans aucune forme testamentaire étoit capable de révoquer un testament . Il en rapporte deux arrêts des 29 Mai 1608 , & 3 Mars 1611. » Il faut toutefois prendre garde que , pour produire cette révocation , il est nécessaire qu'il y ait un acte précis & formel , duquel le changement de volonté du testateur puisse être induit & justifié . C'est encore ce qu'il dit , *n. 133*. Ainsi il n'y avoit aucune difficulté dans l'espece dont Faber fait mention *sur l'art. 5 du tit. II de la coutume de Lorraine* . Un testateur... enquis par son confesseur , s'il vouloit faire testament , répond qu'il se trouvera en son buffet , avec un mémoire. Son décès advenu , ce testament se trouve formellement fait , & dans icelui un mémoire écrit de sa main non signé.. où ces mots sont écrits : *j'ote à ma niece les heritages que je lui ai légués par testament*.

Cet écrit prouvoit , tout au plus , que le testateur avoit eu la pensée de révoquer le legs fait à sa niece. Mais le défaut de signature & de date , marquoit que s'il en avoit formé le projet , il n'avoit pas voulu le consommer ; & qu'il avoit voulu prendre le tems d'y réfléchir plus mûrement. Le discours prétendu tenu au confesseur étoit trop vague pour donner au mémoire une force qu'il n'avoit pas par lui-même. Il n'y avoit d'ailleurs d'autre preuve de ce discours , que le témoignage du confesseur , qui ne peut pas plus être prouvé par témoins (1) , que la disposition partant , & sans doute dit avec raison , Faber , que le testament est valable , & n'est révoqué par ledit mémoire invalable . Mais on ne peut pas donner , comme il semble le faire , cet exemple pour preuve , qu'un testament ne peut être révoqué que par un autre testament solennel & parfait. Cette maxime de la jurisprudence romaine n'est pas suivie en pays coutumiers. A l'autorité de Ricard on peut joindre celle de Saligny , à la fin de son commentaire *sur l'art. 102 de la coutume de Vitry* , & de Ferrière , *sur l'art. 14 de la coutume de Paris* , §. 5 , *n. 13 & suiv.* où il rapporte l'opinion contraire de ceux qui se sont attachés à la jurisprudence romaine ; & établit la nôtre par plusieurs autorités. Elle vient d'être suivie en contestation dans une espece singulière & très-récente.

TIT. VII.
Observ. 220.

9.
Parmi nous il peut l'être par un simple acte.

10
Pourvu qu'il soit formel , & fasse preuve.

(1) Voy ci après n. 18 & suiv.

TIT. VII.
Observ. 22e.

Le sieur Rousseau, directeur de la saline de Dieuze, homme très-opulent, alors veuf & sans enfans, fait un testament olographe. Plusieurs mois après, il se remarie, & écrit de sa main à la marge du testament, que s'étant marié, ce testament ne sert plus à rien. Il date & paraphe avec la première lettre de son nom. Consulté avec M. Harvier & M. Röederer, nous avons pensé que la note marginale de la main du défunt, & qui exprimait la cause de la révocation du testament, étant datée, & suivie de la première lettre du nom du testateur & de son paraphe; qu'il avoit regardé comme suffisante pour prouver son changement de volonté, le prouvoit en effet suffisamment; & que tout ce qui suffisoit pour justifier d'une manière certaine le dessein d'annuler un testament, en opéroit la révocation; les avocats de Nancy ont donné une consultation conforme, & ceux qui étoient intéressés à soutenir le testament, ont consenti que la succession fut partagée comme *ab intestat*, quoique la différence fut très-considérable pour quelques-uns d'eux.

17.
Le dernier testament révoque les précédens, à moins qu'il ne les confirme.

J'ai dit que les testamens pouvoient être tacitement révoqués. Ainsi » s'il se trouve » plusieurs testamens d'un défunt, les premiers sont tenus pour révoqués par le dernier, orés qu'il n'en soit fait expresse mention par icelui « *Metz, tit. 8, art. 17.* » Cependant en pays coutumiers, plusieurs testamens peuvent subsister ensemble, pourvu que le testateur l'ordonne. Par conséquent » les premiers sont censés être » révoqués par le dernier, s'il n'est dit par exprès qu'ils doivent demeurer en leur » force « *Lorraine, tit. II, art. 5; Evêché, tit. 11, art. 8.* » A la vérité, ces actes » ont une antipathie l'un contre l'autre, qui résulte de la faculté qui domine, qui » est la volonté, dont la seconde détruit naturellement la première, lorsqu'elles ont » eu pour motif un même objet (1); de sorte que le second testament rendant témoignage du changement de volonté du testateur, il détruit le premier de plein » droit, & sans qu'il soit nécessaire qu'il contienne aucune dérogation spéciale ou » générale « Ce sont les termes de Ricard, *ibid.* n. 117; & le fondement de notre coutume de Metz conforme au droit écrit (2), & à ce que disoit D'Abocourt,

(1) L'objet de celui qui teste en faveur de son neveu, & qui postérieurement teste au profit de sa niece, a pour motif de laisser ses biens dans le premier acte à son neveu, & dans le second à sa niece. Ainsi ces actes n'ont pas pour motif le même objet. Cependant l'un détruit l'autre. Ce n'est donc pas de cet objet dont parle l'auteur. Voici, je crois, le sens de ces expressions qui sont un peu obscures. Celui qui fait successivement deux testamens avoit pour motif dans le premier de disposer de ses biens. C'est encore ce qu'il se propose dans le second testament. Ainsi les deux dispositions ont eu pour motif le même objet. C'est de-là qu'il conclut que la volonté qu'il a eu de tester la dernière fois, détruit celle qu'il avoit eu précédemment, & qui étoit aussi de tester. Ce qui suppose qu'il ne veut plus que ce soit son premier testament qui règle sa succession.

(2) *Testamentum . . . rumpitur alio testamento, L. 1, ff. de injus, rup. & irr. fac. test. §. 2. inst. quib. mod. test. infirm. 3. &c.*

fol. 281 r^o. : » Entre testamens bien & dûment faits, le dernier annulle les premiers, par jugement de l'an 1447 «. Ce qui auroit lieu quand même celui qui a été institué héritier universel par le premier testament, le seroit aussi par le second ; attendu qu'en ce cas, la volonté du testateur seroit que la succession passât à celui à qui il la destine, en vertu de sa dernière disposition, & non de la précédente.

Mais de la source même de cette annihilation des premiers testamens par le dernier, qui est la nouvelle volonté du testateur, il s'ensuit que si le testateur a témoigné, en testant une seconde fois, qu'il persistoit en tout ou en partie dans la même volonté qu'il avoit lorsqu'il a testé la première fois, le second testament ne doit plus annuler le précédent. Ainsi, » lors même que le testament est révoqué par un postérieur, & par la volonté expresse du testateur, il peut valablement ordonner que le premier, ou telle partie qu'il lui plaira, ne laissera pas d'avoir lieu «. *Ricard, ibid. sect. 3, n. 154.*

Un testament ne révoque pas un codicille subséquent. On conçoit aisément que cela doit être ainsi dans les termes du droit écrit, ou ce qui constitue un testament, c'est l'institution d'héritier ; & où, au contraire, les codicilles ne peuvent contenir que des legs & des fidécummes ; car différens legs peuvent compatir ensemble, ou avec une institution : au lieu que deux institutions ne pouvant subsister ensemble, (quand même elles ne seroient faites que pour une partie de la succession ; parce qu'en ce cas les institués ne laisseroient pas de prendre le tout ; voy. observ. 10, n. 2) ; la seconde détruit nécessairement la première.

Mais puisque dans la plupart de nos coutumes l'institution d'héritier n'a pas lieu, & qu'en conséquence, tous nos auteurs disent que les testamens n'y sont que des codicilles ; comment est-il vrai dans ces coutumes que les testamens, & non pas les codicilles, sont révoqués par un testament, & non pas par un codicille postérieur ? *Ricard* répond, *ibid. sect. 2, n. 119*, que » quoique tous nos testamens ne soient proprement que des codicilles ..., néanmoins nous ne laissons pas de les distinguer par... la façon de laquelle il paroît que le testateur a eu dessein de disposer : s'il a eu la pensée de changer absolument de volonté, en faisant un nouveau testament pour révoquer le premier, ou... seulement... d'éclaircir, augmenter, ou diminuer le testament qu'il avoit déjà fait... ; au premier cas..., les dernières dispositions révoquent les premières ; & au second..., les premiers actes sont confirmés par les derniers : de sorte qu'en ce cas, nous appellons la première disposition le testament du défunt « ; (encore qu'elle ne contienne point d'institution d'héritier), & celles qui ont suivies (& qui ne comprennent ni l'universalité, ni une quotité de la succession) les codicilles.

Cette réponse de *Ricard* montre la vérité de ce que j'ai dit, observ. 7, n. 2 : & c'est ce qui a fait confirmer toutes les dispositions du sieur abbé François de July, dont j'ai parlé au long, *ibid. n. 5* ; parce qu'encore qu'il y en eut deux

12.
Les codicilles ne sont pas révoqués par les testamens, & ne les révoquent pas.

TIT. VII.
Observ. 22e.

qui contenoient des legs universels, comme ils étoient à peu près au profit des mêmes légataires : que le surplus ne contenoit que des legs particuliers ; & que le testateur paroissoit avoir eu intention que toutes fussent exécutées conjointement ; ce qui l'avoit engagé à les dater toutes du même jour, quoique faites en tems différens, ce n'étoit pas le cas de dire que les premières révoquoient les précédentes.

13.
Quand un second testament nul révoque le premier.

Quod nullum est, nullum producit effectum. Ainsi, alors que le dernier testament est nul, il semble qu'on ne devroit jamais regarder le premier comme révoqué. Mais puisqu'on peut révoquer son testament par un simple acte non revêtu des formalités des testamens, comme il vient d'être établi, n. 10, il s'ensuit qu'un second testament peut être nul, & cependant opérer la révocation d'un testament précédent ; pourvu qu'il suffise pour prouver pleinement que le testateur a changé de volonté. En particulier, on ne peut douter de ce que dit Saligny sur Vitry, art. 102 à la fin ; » où le dernier testament ne seroit nul que par la qualité « ; c'est-à-dire, par l'incapacité du légataire universel, » le premier ne laisseroit pas d'être » suffisamment annullé ». Cela est vrai en termes de droit, non-seulement lorsque l'institué étoit capable au tems du testament, mais encore lorsqu'il ne l'étoit pas même au tems de l'institution ; pourvu que d'ailleurs ce second testament se trouve accompli de toutes les formes : comme l'a remarqué Ricard, *ibid.* n. 128 & 129.

Il faut même dire en général que, comme cet excellent auteur l'établit au nombre suivant, que dès que le second testament suffit pour justifier que la volonté du testateur n'étoit plus que le premier fut exécuté, » ceux qu'il avoit institués par ce » premier testament... restent sans titre pour autoriser leurs prétentions, puisqu'ils » ne peuvent prendre droit à la succession, qu'en vertu de la... volonté du testa- » teur, qu'ils trouvent contraire à leur dessein » ; mais cela n'est vrai qu'au cas que les secondes dispositions prouvent suffisamment que la volonté absolue du testateur a été d'annuler les premières ; & s'il paroissoit au contraire qu'il n'a voulu les annuller que *conditionnellement*, pour ainsi dire, & au cas seulement que les secondes sortissent leur effet, le dernier testament ne révoqueroit pas le précédent, tacitement & de plein droit.

L'arrêt rendu entre le sieur Duval & la Dlle Tercy, sa sœur utérine, dont j'ai exactement détaillé les circonstances, observ. 14, n. 3. & suiv., est en plus forts termes. On y a pu voir que la dame Tercy, leur mere commune, avoit fait six testamens, dont les cinq derniers contenoient une révocation expresse des précédens ; ainsi l'exécution d'aucun des cinq premiers testamens ne pouvoit être ordonnée, quoique le sixieme fut nul ; parce qu'il suffisoit pour prouver que la testatrice n'avoit pas voulu qu'aucun de ces premiers testamens subsistât. Mais l'injuste & violente passion à laquelle elle s'étoit livrée, & qui annulloit le dernier testament, & l'averfion qu'elle avoit conçue contre sa fille en haine de son mari, ne paroissoit que dans les trois derniers testamens. On ne voyoit dans les trois précédens qu'une prédilection très-excusable pour son fils, que par des motifs raisonnables, elle gra-

étoit d'un prélegs du tiers de la seigneurie de Burtoncourt. Ainsi la cour, sans ordonner l'exécution d'aucuns des premiers testamens; ce qu'elle ne crut pas pouvoir faire, parce que la testatrice les avoit annullés, laissa au sieur Duval un préciput que sa mere paroïssoit avoir eu dans tous les tems, & persévérément intention de lui donner: intention dont la preuve n'étoit pas détruite par la révocation des premiers testamens. Ceux qui douteront si cet arrêt est bien conforme à la rigueur des principes de droit, conviendront au moins qu'il a été dicté par l'équité, qui exige quelquefois qu'on se relâche de cette rigueur.

C'est aussi par l'équité & par l'intention du testateur, que je crois qu'on doit résoudre une question jugée par arrêt du 2 Décembre 1679, qu'Ancillon rapporte, pag. 259 de son recueil d'arrêts, & qu'on trouvera dans mes extraits de ce recueil, page 60, n. 91. Nicole Sorlet avoit testé pardevant notaires au profit de son neveu, le 30 Octobre 1665. Le 9 Avril 1672, elle avoit fait un second testament dans la même forme, où elle a reconnu devoir à Anne Hollé 300 liv., & lui avoit légué ses meubles meublans, laissant le surplus de ses biens à ses héritiers, & révoquant tous autres testamens. Trois jours après, elle avoit révoqué ce second testament par un simple acte passé pardevant le même notaire qui l'avoit reçu. La question étoit de savoir si la révocation du second testament faisoit revivre le premier. L'affirmative fut jugée: & je crois que, dans cette espece, elle ne faisoit point de difficulté. En annullant son second testament, Nicole Sorlet n'avoit ni témoigné ni donné lieu de présumer qu'elle vouloit mourir *ab intestat*. Au contraire, en révoquant le second testament qui contenoit la révocation du premier, elle avoit révoqué cette révocation, & par conséquent fait revivre son premier testament. Si un testament annullé par la loi ne peut pas devenir valable, celui qui n'est annullé que par le fait du testateur, reprend toute sa force dès que le testateur paroît avoir eu dessein de la lui rendre, & qu'on peut l'induire de ses dernières dispositions. Voy. Ricard, *ibid.* sect. 14, n. 164 & suiv.; & Ferrière, *sur le tit. 14. de la coutume de Paris*, §. 5, n. 22.

Mais l'aveu fait par Nicole Sorlet dans son second testament, qu'elle devoit 300 liv. à Anne Hollé, subsistoit-il malgré la révocation de ce testament? Ancillon, *sur l'art. 17 du tit. 8 de la coutume de Metz*; *Vbo. les premiers sont tenus*, &c. dit que « les confessions & reconnoissances faites par le testateur, pour la restitution » d'un bien d'autrui, & en faveur des pauvres & de la cause pieuse, ne laissent pas » d'avoir leur effet, quoique le testament soit révoqué ». D'où on peut conclure qu'il pensoit qu'elles ne subsistoient plus dans les autres cas: & si elles étoient faites au profit d'une personne prohibée, il est d'abord certain qu'elles n'opéreroient rien même dans un testament non révoqué; & à plus forte raison, qu'elles sont détruites par la révocation. Mais si elle est faite au profit d'une personne non-prohibée, soit qu'elle soit colorée ou non, d'un prétexte de restitution, ou en faveur des pauvres, ou de la cause pie (ce qui est assez difficile, à moins qu'il ne s'agisse de resti-

TIT. VII.
Observ. 220.

14.
Si la révocation
du dernier tes-
tament fait re-
vivre les pré-
cédens.

15.
Si l'aveu d'une
dette dans un
testament sub-
siste malgré la
révocation.

TIT. VII.
Observ. 226.

tution), je crois que la question, si elle est détruite par la révocation du testament qui la contient, dépend absolument des circonstances qui peuvent conduire ou à faire présumer la réalité de la dette, auquel cas elle est exigible; ou à faire regarder la confession comme une donation déguisée & annullée par la révocation du testament. Voy. au surplus mes opuscules, tom. I, pag. 322 & suiv., & les auteurs que j'y ai cités.

16.
Les dispositions différentes, d'une même date, se détruisent mutuellement.

Ricard, *ubi sup. sect. 2, n. 138*, dit que » s'il se trouve deux testamens différens (1), d'une même date... il n'y a point de difficulté que, par leur mutuel » concours, ils empêchent l'effet l'un de l'autre, & dans l'incertitude qu'elle est la » volonté du défunt, il est réputé décédé *ab intestat*... L'on prétend néanmoins que » celui dans lequel les enfans sont appelés, ou qui conserve l'égalité entre les en- » fans, doit être préféré... Mais il me semble que la cause pie ne doit pas suffire » pour donner la préférence aux testamens dont la priorité est incertaine: comme » quelques-uns le pensent; *sed male* «: entr'autres, Faber, *sur l'art. 5 du tit. II, n. 1549*, qui, au surplus, convient que, toutes choses égales, deux testamens de même date s'empêchent l'un l'autre, & sont tous deux invalides. Je crois cependant comme Canon, *sur le même art. n. 1*, que » quand il peut apparoir lequel a » été fait le dernier, le dernier prévaudra «.

Je ne relève pas ce que ces auteurs disent de plusieurs testamens non datés. Tous sont nuls, comme je l'ai établi, observ. 3, n. 43, & observ. 6, n. 22.

17.
Le legs est révoqué si le testateur dispose entre vifs de la chose léguée.

Les donations testamentaires sont encore tacitement révoquées, si, depuis la confection du testament, le testateur a disposé autrement entre vifs des choses dont il avoit testé. Un testateur lègue son office à l'un de ses neveux. Postérieurement, il passe sa procuration *ad resignandum* de ce même office au profit d'un autre de ses neveux. Jugé par arrêt du 13 Mai 1622, que le legs étoit révoqué. Ferrière, *ibid. n. 13*.

18.
Quand la rature & la lacération du testament le détruisent.

Les testamens rayés, biffés ou déchirés par le testateur sont aussi tacitement révoqués. *Id. ibid. n. 6*. Canon, *sur l'art. 5 du tit. II de la coutume de Lorraine, n. 4*; Ricard, *ubi sup. n. 134*. Mais » il faut observer qu'il est nécessaire que cette » destruction du testament arrive par le fait du testateur, & qu'en le rayant & biffant, il ait dessein de le supprimer, & de le rendre sans effet «, ajoute Ricard, *n. 136*. Je crois même qu'il faut qu'il y ait lieu de penser que le testateur a eu intention d'annuler purement & simplement son testament, & qu'on ne puisse pas présumer qu'il ne l'a rayé que pour en faire un autre contenant les mêmes dispositions, ou des dispositions plus fortes en faveur des mêmes personnes; car alors il

(1) Dans leurs dispositions; car quand ils contiennent les mêmes dispositions, ou des dispositions compatibles, tous doivent être exécutés, comme il a été jugé pour ceux du sieur abbé François. *Observ. 7, n. 5 & suiv. & ci-dessus n. 12.*

n'auroit voulu que les premières restâssent sans effet que pour faire exécuter les secondes. Ce seroit donc une espèce de condition de la révocation tacite résultant de la rature du premier testament : & s'il se trouvoit que le second ne pût avoir lieu, la révocation qu'il auroit faite ne pourroit plus rien opérer, à cause du défaut de la condition sous laquelle elle étoit faite, & qui manqueroit. Voilà, ce me semble, le motif de l'arrêt du 30 Avril 1731, dont j'ai parlé observ. 3, n. 43 & suiv. La Dlle. Joulain avoit fait deux testamens, l'un le 18 Juin 1730 ; l'autre daté du 19 Août, sans expression de l'année, tous deux pardevant notaires, & contenant à peu près les mêmes dispositions, excepté quelques legs qui étoient plus forts dans celui du 19 Août que dans l'autre. Le défaut de date de l'année fit déclarer celui-là nul : l'autre étoit lacéré dans le milieu des feuilles. Il y avoit même tout lieu de croire que cette lacération n'avoit été faite que du consentement de la testatrice & en conséquence du testament du 19 Août ; mais qu'elle ne l'avoit fait lacérer que dans la présupposition que ce testament du 19 Août auroit son exécution : & la cour pensa que la lacération de cet autre testament ne prouvoit pas que la testatrice l'eût voulu révoquer purement & simplement ; qu'au contraire, il paroïssoit suffisamment qu'elle n'avoit pas voulu mourir intestat ; & en conséquence, elle ordonna l'exécution du testament du 18 Juin 1730, quoique déchiré.

» On n'est pas reçu, dit Ancillon, sur l'art. 17 du tit. 8 de notre coutume ; Vbo. » les premiers, &c. à vérifier par témoins la révocation d'un testament. Il le prouve par un arrêt de notre parlement, du 17 Mars 1677, qui a infirmé une sentence du bailliage de Verdun, par laquelle on avoit admis la preuve testimoniale du fait posé par Jean Millet & consors, que depuis le testament fait en 1671, par Gillette Vauvelet, leur tante, femme de Jean Rouyer, il y avoit eu un acte de révocation ; que Jean Rouyer s'en étoit saisi & l'avoit jetté au feu, & avoit forcé sa femme de faire, le 25 Novembre 1674, un codicille confirmatif de son testament. Il rapporte aussi cet arrêt, pag. 174 de son recueil, & y en ajoute, pag. 244, un autre du 23 Mars 1679, par lequel il fut jugé que la preuve par témoins n'est point recevable d'un testament olographe qu'on disoit avoir été déchiré & supprimé par le mari de la testatrice, qui faisoit paroître un testament solennel, où sa femme le nommoit légataire universel.

Pour moi, je pense que si on demande simplement à prouver par témoins que le testateur a déclaré verbalement qu'il révoquoit son testament, cette preuve ne doit pas être admise ; car comme on ne peut pas tester verbalement, on ne peut pas non plus révoquer sans écrit. Révoquer son testament, c'est en quelque sorte en faire un autre en faveur de ses héritiers naturels & légitimes. Il y a plus de difficulté de rejeter la preuve du fait qu'il y a eu un testament postérieur à celui qu'on veut faire tomber, ou un acte révocatoire de ce testament. Ricard, *ubi sup.* n. 174, dit même qu'on » prétend qu'on peut prouver par témoins la revoca- » tion d'un testament « : & que cela a été jugé par deux arrêts des 9 Juillet 1607,

19.
Si la preuve de
la révocation
peut se faire
par témoins.

TIT. VII.
Observ. 22e.

& 20 Janvier 1625. Mais il ajoute deux conditions ; l'une qu'il y ait quelque commencement de preuve par écrit ; l'autre que le fait soit bien circonstancié, & non vague. C'est de la preuve de la révocation dont il parle, (& sans doute d'une révocation écrite), & je croirois qu'il faut en effet de fortes circonstances, & un commencement de preuve par écrit pour la faire admettre.

Mais quand on n'en reste pas là, & que c'est moins la révocation du testament qu'on articule, que la suppression de l'acte révocatoire, par celui qui avoit intérêt de faire subsister le testament, ou la violence qu'il a employée pour empêcher le testateur de le révoquer, ou d'en faire un autre ; alors on pose des faits, des fautes punissables, des crimes assez graves pour qu'on soit fondé à demander d'en faire informer, & c'est la voie que je conseillerois toujours de prendre, comme beaucoup plus sûre que la voie civile ; parce que si les faits sont bien prouvés par l'information, il n'y a point de juge qui prononce, en connoissance de cause, l'absolution des accusés. Tout ce qu'ils peuvent espérer de plus favorable, c'est que la procédure soit civilisée, s'il y échec, ce qui laissera subsister la preuve.

Mais quand même on demanderoit d'y être admis par la voie civile, comme il s'agit de faits qui ne peuvent être justifiés que par témoins, je ne vois pas sur quel fondement on pourroit le refuser ; les arrêts de 1677 & de 1679 ont été sans doute fondés sur les particularités de l'espece. Dans celle du premier, les héritiers du sang avoient acquiescé au testament qu'ils a traquoient, & reçu les legs qu'il contenoit en leur faveur. Les moyens proposés dans les lettres de restitution qu'ils avoient prises contre leur acquiescement, ne parurent pas apparemment assez forts pour les faire entériner, & il faut sans doute attribuer le second arrêt à quelque motif semblable.

Fin du second Volume.

T A B L E

DES TITRES ET OBSERVATIONS

Contenus dans ce second Volume.

T ITRE QUATRIEME. Des Mineurs, Tuteurs, Curateurs & Gardiens.	Page 1
Observation premiere. De la Tutelle légitime du Pere.	Ibid.
Observ. II. De la Tutelle légitime de la Mere & des Aïeux.	15
Observ. III. De la Tutelle testamentaire.	27
Observ. IV. De la Tutelle dative, & de la Confirmation des Tutelles légitimes & testamentaires.	34
Observ. V. Du Juge des Tutelles.	44
Observ. VI. Des Protuteurs.	53
Observ. VII. Des Obligations des Tuteurs, & de l'Aliénation des Biens des Mineurs.	58
Observ. VIII. Des Comptes des Tutelles & des Intérêts d'intérêts dus par les Tuteurs.	91
Observ. IX. De l'Hypothèque du Mineur, de celle du Tuteur, & des Intérêts qu'il peut prétendre.	106
Observ. X. Des Curateurs, des Subrogés Tuteurs, & des Tuteurs honoraires.	112
Observ. XI. De la Fin des Tutelles, Curatelles, & de l'Age où l'on contracte sans espérance de restitution.	122
Observ. XII. Des différentes especes de Gardes, de leur Origine, & des Coutumes par lesquelles ce Droit est régi.	132
Observ. XIII. De ceux à qui la Garde est déferée, & de son Acceptation.	137
Observ. XIV. Des Droits du Gardien noble & bourgeois.	157
Observ. XV. Des Obligations du Gardien, & des Charges de la Garde, &c.	169
Observ. XVI. De la Fin de la Garde noble & bourgeoise.	192
TITRE CINQUIEME. De la Différence des Biens & des Droits des Créanciers sur ceux de leurs Débiteurs.	196
Observ. I. Des Biens dont il s'agit dans ce Titre, & de leurs Divisions.	Ibid.
Observ. II. Des Meubles, & sur tout de ceux qui sont réputés Immeubles.	200
Observ. III. Des Droits, des Actions & des Créances dont le Capital est exigible.	212
Observ. IV. Des Rentes.	216
Observ. V. Des Contrats pignoratifs ou Engagemens, & des Ventes à faculté de Rachat.	225
Tome II.	R r r r r

<i>Observ. VI. De la Distinction des Tréfonds & des Gagieres dans la Coutume de Metz.</i>	237
<i>Observ. VII. Suite de la précédente : Comment on doit prouver qu'un Immeuble est Gagiere, & dans quels Actes la Clause de Gagiere est nécessaire.</i>	245
<i>Observ. VIII. Suite des précédentes : De la Conversion des Gagieres en Tréfonds, & des Tréfonds en Gagieres.</i>	253
<i>Observ. IX. De la Nature des Biens de Gagieres.</i>	274
<i>Observ. X. Des Créances hypothécaires.</i>	276
<i>Observ. XI. De la Suite par Hypotheque, & de la Distribution du prix des Biens, & sur-tout des Meubles des Débiteurs entre leurs Créanciers.</i>	298
<i>Observ. XII. Des Créances privilégiées.</i>	313
<i>Observ. XIII. De la Distinction des Propres, Anciens ou Biens de ligne, & des Acquêts.</i>	356
TITRE SIXIEME. Des Donations entre Vifs, des Dons mutuels & des Démissions.	379
<i>Observ. I. De l'Essence des Donations, & de leurs diverses especes.</i>	Ibid.
<i>Observ. II. De ceux qui peuvent donner entre Vifs, & des Biens qui peuvent être la matiere de ces Donations.</i>	386
<i>Observ. III. Suite. A qui on peut donner entre Vifs, & quels Biens peuvent être donnés suivant la Différence des Personnes.</i>	397
<i>Observ. IV. Des Donations par Contrats de Mariage en faveur des Conjoints, ou des Enfans à naître d'eux; & des Donations entre Vifs entre Conjoints pendant le Mariage.</i>	406
<i>Observ. V. Des Formalités des Donations entre Vifs, & sur-tout de la Tradition.</i>	417
<i>Observ. VI. Du Don mutuel en général.</i>	434
<i>Observ. VII. De la Différence entre les Coutumes, dont la plupart rejettent & quelques-unes admettent le Don mutuel en cas d'Enfans.</i>	439
<i>Observ. VIII. De la Différence des Coutumes sur les Biens dont on peut disposer par Don mutuel.</i>	443
<i>Observ. IX. De la nécessité de la Santé, & de l'égalité de l'Age & des Biens des Conjoints pour le Don mutuel.</i>	446
<i>Observ. X. De la Veuve qui réunit les qualités de Douairiere & de Donataire mutuelle.</i>	459
<i>Observ. XI. Des Cas où le Donataire mutuel est obligé de faire inventaire.</i>	462
<i>Observ. XII. Des Donataires mutuels qui doivent Caution.</i>	466
<i>Observ. XIII. Des Coutumes où le Don mutuel saisit, & de celles où il ne saisit pas.</i>	470
<i>Observ. XIV. Des Charges du Don mutuel. Digression sur le Pouvoir de disposer qu'il laisse au Mari.</i>	474
<i>Observ. XV. De la Nature, de la Forme & de l'Irrevocabilité du Don mutuel.</i>	484

T A B L E.

<i>Observ. XVI. Par quelle Coutume le Don mutuel est régi.</i>	867
<i>Observ. XVII. Des Démissions.</i>	492
TITRE SEPTIEME. Des Testamens.	495
<i>Observ. I. Des Testamens en général, & de l'Institution d'Héritier.</i>	519
<i>Observ. II. Suite de la précédente : Si & comment les Substitutions testamentaires ont lieu dans les Coutumes.</i>	Ibid.
<i>Observ. III. Des Formalités requises en Pays coutumiers dans les Testamens pardevant Personnes publiques.</i>	533
<i>Observ. IV. De ceux qui peuvent faire fonction d'Instrumentaires dans les Dispositions testamentaires : & de quelques especes de Testamens aujourd'hui autorisées ou abrogées.</i>	540
<i>Observ. V. De ceux qui peuvent servir de Témoins dans les Testamens.</i>	571
<i>Observ. VI. Des Testamens olographes.</i>	591
<i>Observ. VII. Des Codicilles.</i>	606
<i>Observ. VIII. Du Dépôt, de la Publication & de la Transmission des Dispositions testamentaires.</i>	621
<i>Observ. IX. De ceux qui peuvent tester.</i>	634
<i>Observ. X. Des Choses dont on peut disposer par Testament, & de l'Effet que peuvent produire les Dispositions qui ont pour objet des Biens non disponibles.</i>	648
<i>Observ. XI. Des Dispositions testamentaires des Epoux au profit l'un de l'autre.</i>	673
<i>Observ. XII. De quelques autres Personnes au profit desquelles on ne peut pas disposer par Testament.</i>	721
<i>Observ. XIII. De la Légitime des Enfants.</i>	729
<i>Observ. XIV. Des Testamens faits ab irato Testatore.</i>	743
<i>Observ. XV. Des Coutumes où l'égalité est ou n'est pas nécessaire entre Enfants & entre les autres Héritiers.</i>	764
<i>Observ. XVI. De la Légitime des Ascendans.</i>	787
<i>Observ. XVII. De l'Exhérédation.</i>	800
<i>Observ. XVIII. Du Sens & de l'Effet qu'on donne à certaines Dispositions testamentaires.</i>	807
<i>Observ. XIX. Du Paiement des Dettes du Testateur, & comment les Héritiers ou les Légataires y contribuent.</i>	811
<i>Observ. XX. De l'Exécution des Testamens.</i>	818
<i>Observ. XXI. De la Regle que le Legs ne saisit pas.</i>	822
<i>Observ. XXII. De la Révocation des Dispositions testamentaires.</i>	844
	854

Fin de la Table du second Volume.

E R R A T A.

- P**AGE 4, ligne 25, *ne filias*, lisez *nec filius*.
- Page 8, ligne 8, gardes de nobles, lisez gardes nobles.
- Page 28, ligne première, il est donc, lisez il en est donc.
- Ibid ligne 24, Buridau, lisez Buridan par-tout où vous trouverez ce nom-propre.
- Page 29, ligne 17, donnés par testament, lisez par testament.
- Page 30, ligne 22, soit rapporté, lisez seroit rapporté.
- Page 41, ligne 7, de majorités, lisez des majorités.
- Page 49, ligne 29, faire valoi, lisez faire valoir.
- Page 51, ligne 11, parties, lisez les parties.
- Page 53, ligne 23, l'épurement, lisez l'appurement.
- Page 59, ligne 16, M. Angran, lisez M. Angran.
- Page 63, ligne 8, qu'ils veulent, lisez qu'ils veillent.
- Page 68, ligne 13, de denier, lisez du denier.
- Page 73, ligne 6, le tuteur, lisez que le tuteur.
- Page 80, ligne 37, reversaire, lisez recursoire.
- Page 94, ligne 32, anatofisme, lisez anarocisme toutes les fois que vous trouverez ce mot.
- Page 98, ligne 8, de se le faire, lisez de se faire.
- Page 102, ligne 11, l'ufure. Entre, lisez l'ufure, entre.
- Ibid. ligne 12, qui leurs, lisez qui leur.
- Page 104, ligne 33, amande, lisez amende.
- Page 105, ligne 24, tient, ajoutez une, après tient.
- Page 107, ligne 10, laiffiblement, lisez tacitement.
- Page 158, ligne 8, la premier, lisez le premier.
- Page 159, ligne 31, ait une jouiffance, lisez est une jouiffance.
- Page 160, ligne 8, a jouiffance, lisez la jouiffance.
- Page 162, ligne 23, étendue, lisez étendu.
- Page 191, ligne 7, le procès commencé, lisez le procès est commencé.
- Ibid. ligne 10, & il est de même, lisez & il en est de même.
- Page 192, ligne 19, font situés, lisez soient situés.
- Page 197, ligne 11, civiles, lisez civiles.
- Page 202, ligne 35, s'enrichir, lisez s'enrichir.
- Page 203, ligne 4, l'acception, lisez l'exception.
- Page 211, ligne 18, de rentes, lisez des rentes.
- Page 212, ligne 18, eadem, lisez eadem.
- Page 213, ligne 7, eadem, lisez eadem.
- Page 220, ligne 4, gagiere, lisez gagieres.
- Ibid. ligne 7, gagiere, lisez gagieres.
- Page 228, ligne 28, ms., lisez manuscrit.
- Page 231, ligne 18, envoyé, lisez renvoyé.
- Page 241, ligne 31, interdiction, lisez interdiction.
- Page 245, ligne 21, decrtes, lisez decrets.
- Page 260, ligne 17, Chaveling, lisez Chevaling.
- Page 264, ligne 8, Retoufay, lisez Retonfcy par-tout.
- Page 386, ligne 24, quoiqu'il, lisez quoiqu'ils.
- Page 387, ligne 12, Tolbert, lisez Talbert.
- Page 431, ligne 31, deniers, lisez derniers.
- Page 448, ligne 18, conséquences, lisez conséquence.
- Page 474, ligne 14, exprsément, lisez expressément.
- Page 475, ligne 12, quem sequentur, lisez quem sequuntur.
- Page 476, ligne 14, héretiers, lisez héritiers.
- Page 485, ligne 14, post facta, lisez post facto.
- Page 501, ligne 18, & entérinement, lisez en entérinement.
- Page 503, ligne 34, quelquesfois, lisez quelquefois.
- Page 512, ligne 28, fon, lisez font.
- Page 518, ligne 11, La Moignon, lisez Lamoignon.
- Page 519, ligne 17, avaatages, lisez avantages.
- Page 523, ligne dernière, loix romains, lisez loix romaines.
- Page 530, ligne 17, condicilis, lisez condicillis.
- Page 536, ligne 7, Brocard, lisez brocard.
- Page 540, ligne 22, legatorios, lisez legatarios.
- Page 574, ligne 17, contrevention, lisez contravention.
- Page 579, ligne 6, des prêtre, lisez des prêtres.

- Page 588, ligne 10, ez son testament, *lisez* est son testament.
- Page 598, ligne 6, un peut, *lisez* un peu.
- Page 617, ligne 37, voloaté, *lisez* volonté.
- Page 628, ligne dernière, Conciance, *lisez* ce nom propre par-tout Conscience.
- Page 629, ligne 4, Audre, *lisez* ce nom propre par-tout Andry.
- Page 631, ligne 13, fauffeté, *lisez* fausseté.
- Page 633, ligne 7, Mme. la procureuse générale, *lisez* Mme. la Procureuse-Générale.
- Page 642, ligne 20, Maugin, *lisez* Maugin.
- Page 647, première ligne, *dominum*, *lisez* *dominium*.
- Page 654, ligne 21, jouissans, *lisez* jouissantes.
- Page 659, ligne 7, on ne peut, *lisez* ou on ne peut.
- Page 663, ligne 17, coutume St. Mihiel, *lisez* coutume de St. Mihiel.
- Ibid. ligne 34, compris, *lisez* précis.
- Page 673, ligne 19, *nuncias*, *lisez* *uncias*.
- Page 706, ligne 13, Boufporn, *lisez* Boucheporn.
- Page 730, ligne 35, la cause, *lisez* la clause.
- Page 736, ligne 6, *Sparius*, *jure civile*, *lisez* *Spurius*, *jure civili*.
- Page 738, ligne 15, *prodendum*, *lisez* *prodendum*.
- Page 739, ligne 9, ettangers, *lisez* étrangers.
- Ibid. ligne 31, *jure postinginii*, *lisez* *jure postliminii*.
- Page 741, ligne 4, acquis; à des tiers, *lisez* acquis à des tiers,
- Page 747, ligne 12, à ceux de Me. Bertrand de Boufporn, *lisez* aux conclusions de M. Bertrand de Boucheporn.
- Ibid. ligne 21, loix. Ledites, *lisez* loix, lesdites.
- Ibid. même ligne, homologuées, *lisez* homologués.
- Page 753, ligne 19, avoir été par arrêt, *lisez* avoir été, par arrêt.
- Ibid. ligne 36, laissent, *lisez* laissant.
- Page 771, ligne 19, texte, *lisez* texte.
- Page 778, ligne 31, Chasseneuz, *lisez* Chassané.
- Page 781, ligne 4, à Deux-Ponts, *lisez* aux Deux-Ponts.
- Page 794, ligne 2, d'Agonert, *lisez* Dagobert.
- Page 797, ligne 3, *craveta*, *lisez* *Graveta*.
- Page 800, addition re., en droit, *lisez* en droit écrit.
- Page 804, ligne 18, *Romanorum*, *lisez* *Romanorum*.

