16,636

TRAITÉ
DES
ELECTIONS D'HERITIER
CONTRACTUELLES
ET
TESTAMENTAIRES,

Par Messire Vedel, Conseiller au Parlement de Languedoc.

NOUVELLE EDITION,

Revûe & augmentée par M. [illegible] Conseiller au Parlement de Toulouse.

A TOULOUSE,

Chez { JEAN-FRANÇOIS FORGET, }
ET
{ GAUDRAN HENAULT, }

M. DCC. [illegible]

TRAITÉ
DES
ELECTIONS D'HERITIER, CONTRACTUELLES
ET
TESTAMENTAIRES;

Par Monsieur VULSON, *Conseiller au Parlement de Grenoble.*

NOUVELLE EDITION,

Corrigée & augmentée par M. *****, *Avocat au Parlement de Toulouse.*

ACADEMIE DE TOULOUSE
FACULTÉ DE DROIT

A TOULOUSE,

Chez { JEAN-FRANÇOIS FOREST, ET GASPARD HENAULT, } Libraires.

M. DCC. LIII.
AVEC PRIVILEGE DU ROY.

ACADEMIE DE TOULOUSE

A MONSEIGNEUR, MONSEIGNEUR LE MARQUIS DE MANIBAN, CHEVALIER, CONSEILLER DU ROI EN SON CONSEIL D'ESTAT, PREMIER PRESIDENT DU PARLEMENT DE TOULOUSE.

MONSEIGNEUR,

AUTANT vous êtes élevé au-deſſus des autres, autant votre bonté ſçait vous en rapprocher. C'eſt elle qui me permet de faire paroître

ſous votre Nom cet Ouvrage que je compoſai dans ma premiére jeuneſſe. Je craignois avec raiſon de vous préſenter une Offrande ſi peu digne de vous. Je voyois en vous, MONSEIGNEUR, *ce Magiſtrat, qui eſt depuis tant d'années l'organe & la voix de la Juſtice dans le ſecond Parlement du Royaume, en qui tant d'experience eſt jointe à tant de lumieres naturelles, & qui fut le ſujet conſtant de notre admiration, comme il l'a été de notre amour. Vous avez diſſipé ma crainte*, MONSEIGNEUR, *& de cet air dont vous ſçavez gagner les cœurs, vous vous êtes rendu le Protecteur de cet Eſſai tout foible qu'il eſt. Que ce jour doit m'être précieux, où il m'eſt permis de faire paroître mon nom à l'abri du vôtre! Je ſuis, avec un profond reſpect,*

MONSEIGNEUR,

Votre très-humble & très-obéïſſant ſerviteur.
SUDRE.

AVIS.

JE dois faire connoître d'où j'ai puisé les Arrêts que j'ai employez. Ceux qui ont quelque ancienneté ont été pris dans un Recuëil qui vient de Mr. de Ferrand, autrefois Conseiller au Parlement de Toulouse. Les autres, qui ont été rendus de mon temps, je les connois par les Mémoires que j'ai eus en main. Je me crois obligé d'observer qu'il y a trois Arrêts pour lesquels je ne puis donner beaucoup de certitude. Le premier est celui de Grifigni, dont il est question aux pages 14, 15 & 16. Je ne le connois que pour l'avoir vû employé dans des Mémoires fournis sur un Procès, dans lesquels on disoit avoir exactement verifié cet Arrêt au Greffe. Le second est celui du 28. Mai 1668. page 285. touchant la question si la Veuve remariée dans l'an du deüil perd la faculté d'élire. Je ne le connois que d'après des Mémoires dont je ne puis garantir l'autenticité. Le troisiéme est celui du 22. Mai 1655. qui est Rapporté par Albert, concernant la même question. Les éclaircissemens que j'ai fournis concernant l'espece de cet Arrêt, ne me sont venus que par des Instructions qui me furent données à l'occasion de l'affaire de Mr. de Saint Felix contre Mr. de Niquet, dans lesquels on disoit avoir exactement recherché l'espece sur laquelle cet Arrêt avoit été rendu.

JUGEMENT

EN execution des Ordres de Monſeigneur le Chancellier, du Manuſcrit qui a pour Titre : *Traité des Elections d'Héritiers Contractuelles & Teſtamentaires, par Monſieur* VULSON, *Conſeiller au Parlement de Grenoble* ; avec des Notes & des Augmentations, par un Avocat au Parlement de Toulouſe.

L'OUVRAGE de VULSON, dont celui-ci contient un Commentaire, avec un grand nombre d'Additions eſt eſtimé. Il y manquoit cependant quelques parties qui n'étoient point traitées du tout, & d'autres qui n'étoient pas ſuffiſamment éclaircies. Le nouveau Commentateur a travaillé à remedier à ces défauts. Il commence par une Diſſertation Préliminaire, où il examine quand eſt-ce que les Donateurs ou les Héritiers grevez de rendre ſont admis à un choix. Enſuite il donne un Commentaire ſur chacune des Queſtions qui ſont traitées par VULSON, & il y examine toutes les eſpeces qui peuvent ſe préſenter. L'Auteur écrit avec netteté ; il paroît inſtruit de ſa Matiére qu'il traite avec ſolidité. Ces motifs ont déterminé le ſouſſigné à donner ſon Approbation à ce Manuſcrit. A Paris ce vingt-cinq Février mil ſept cent quarante-neuf.

DELAVERDY.

PRIVILEGE DU ROY.

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU, ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE: A nos amés & féaux Conſeillers, les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaire de notre Hôtel, Grand Conſeil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans Civils, & autres nos Juſticiers qu'il appartiendra; SALUT. Notre amé MICHEL-ANTOINE DAVID, fils aîné, Libraire à Paris, Nous a fait expoſer qu'il déſiroit faire imprimer & donner au Public un Ouvrage qui a pour Titre: *Traité des Elections d'Héritiers Contractuelles & Teſtamentaires.* S'il Nous plaiſoit lui accorder nos Lettres de Privilege pour ce néceſſaires. A CES CAUSES, voulant favorablement traiter l'Expoſant, Nous lui avons permis, & permettons par ces Préſentes, de faire imprimer ledit Ouvrage, en un ou pluſieurs Volumes, & autant de fois que bon lui ſemblera, & de le vendre, faire vendre & débiter par tout notre Royaume, pendant le temps de neuf années conſécutives, à compter du jour de la datte deſdites Préſentes. Faiſons défenſes à tous Libraires, Imprimeurs & autres perſonnes de quelque qualité & condition qu'elles ſoient, d'en introduire d'impreſſion étrangere dans aucun lieu de notre obéiſſance. Comme auſſi d'imprimer ou faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire ledit Ouvrage, ni d'en faire aucun extrait ſous quelque prétexte que ce ſoit d'augmentation, correction, changement ou autres, ſans la permiſſion expreſſe & par écrit dudit Expoſant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiſcation des Exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenans; dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers audit Expoſant, ou à celui qui aura droit de lui, & de tous dépens, dommages & interêts; à la charge que ces Préſentes ſeront Enregiſtrées tout au long ſur le Regiſtre de la Communauté des Libraires & Imprimeurs de Paris dans trois mois de la datte d'icelles, que l'impreſſion dudit Ouvrage ſera faite dans notre Royaume & non ailleurs, en bon papier & beaux caracteres, conformément à la feüille imprimée, attachée pour modéle, ſous le contre-Scel des Préſentes, que l'Impétrant ſe conformera en tout aux Reglemens de la Librairie, & notamment à celui du 10. Avril 1725. qu'avant de l'expoſer en vente le Manuſcrit qui aura ſervi de Copie à l'impreſſion dudit Ouvrage ſera remis dans le même état où l'Approbation y aura été donnée ès mains de notre très-cher & féal Chevallier le ſieur Dagueſſeau, Chancellier de France, Commandeur de nos Ordres, & qu'il en ſera enſuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliothéque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, & un dans celle de notre très-cher & féal Chevallier le ſieur Dagueſſeau, Chancellier de France, le tout à peine de nullité deſdites

Préſentes : Du contenu deſquelles vous mandons & enjoignons de faire joüir ledit Expoſant, & ſes ayans cauſe, pleinement & paiſiblement, ſans ſouffrir qu'il leur ſoit fait aucun trouble ou empêchement : Voulons que la Copie des Préſentes, qui ſera imprimée tout au long au commencement ou à la fin dudit Ouvrage, ſoit tenuë pour dûëment ſignifiée, & qu'aux Copies Collationnées par un de nos amez, féaux Conſeillers & Sécrétaires foi ſoit ajoûtée comme à l'Original. Commandons au premier notre Huiſſier ou Sergent ſur ce requis, de faire pour l'exécution d'icelles, tous Actes requis & néceſſaires, ſans demander autre permiſſion, & nonobſtant Clameur de Haro, Charte Normande & Lettres à ce contraires ; car tel eſt notre plaiſir. DONNÉ à Paris le quatorziéme jour du mois d'Avril l'an de grace mil ſept cents quarante-neuf, & de notre Regne le trente-quatriéme.

Par le Roi en ſon Conſeil.

SAINSON.

JE ſouſſigné, Libraire à Paris, reconnois avoir cedé pour toûjours, & ſans aucune reſerve, le préſent privilege à Mr. FOREST, Libraire à Toulouſe, pour en joüir en mon lieu & place, comme de choſe à lui appartenante. Fait à Paris le 17. Avril 1749.

DAVID, l'aîné.

Regiſtré, enſemble la préſente Ceſſion, ſur le Regiſtre XII. de la Chambre Royale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N°. 130. Fol. 120. *conformement aux anciens Reglemens, confirmez par celui du* 28. *Février* 1723. *A Paris le* 18. *Avril* 1749.

G. CAVELIER, Syndic.

JE ſouſſigné, déclare avoir fait part au ſieur G. HENAULT, Libraire, du préſent Privilege, à moi cedé par Mr. DAVID l'aîné, Libraire à Paris. A Toulouſe le 3. Janvier 1753.

FOREST.

TABLE

TABLE DES CHAPITRES.

Si la faculté d'élire a lieu de plein droit dans les Substitutions conçûës sous un terme collectif, page 1

Si la faculté d'élire doit être bornée dans la ligne directe, ou si elle doit encore être admise, lorsque la restitution tombe dans la ligne collaterale, 12

Si la faculté d'élire doit avoir lieu dans les Fideicommis qui ont été conçûs en des termes directs & absolus, 18

Si la faculté d'élire a lieu lorsque la Substitution se rapporte à des Enfans qui étoient nés ou conçûs lors de la mort du Testateur, 21

Si les Enfans qui succedent par Transmission de leur Pere, sont sujets à l'élection de l'Heritier greve, 22

Examen de la Question par rapport aux Fideicommis Testamentaires, 25

Examen de la Question par rapport aux Donations, 28

Si les Dispositions qui sont faites au Singulier en faveur du Fils legitime & naturel du Donateur ou de l'Heritier, sont reputées collectives pour tous les En-

ſans, en ſorte qu'elles donnent ouverture au droit d'élire, 36

Si la faculté d'élire a lieu dans les Diſpoſitions qui appellent alternativement pluſieurs perſonnes, & ſi elle doit avoir lieu encore, lorſqu'après avoir déferé conjointement les Biens à pluſieurs, on ajoûte ces mots, ou à l'un d'eux, 40

Procès celebre, dans lequel la plûpart des Queſtions précedentes ont été agitées, 46

Expoſition du Fait, qui a donné lieu à Mr. Vulſon d'agiter les differentes Queſtions contenuës dans ce Traité, 54

Qu'en défaut d'élection tous les Eligibles ſont admis à recueïllir en concours, 64

Si la regle du concours en défaut d'élection doit avoir lieu, lorſque le droit d'élire a été déferé à un autre que celui qui étoit grevé du Fideicommis, 64

Si le concours doit ceſſer lorſqu'il paroît que le deſſein du Teſtateur a été de conſerver les Biens dans leur entier, 72

Si dans le cas que le concours demeure ouvert les Enfans qui ſont morts avant qu'il ait été agi en Jugement, ſont cenſez avoir tranſmis quelque choſe à leur Heritiers, 78

Si dans les Fideicommis faits ſous le terme collectif de Famille, les Biens en défaut d'élection doivent appartenir à tous les Parens ſans diſtinction de dégrès, 80

Examen de quelques cas particuliers, où dans le nombre même des plus proches, il y en a qui ne ſont point admis au concours, 88

Si les Enfans peuvent s'assurer du concours & le rendre necessaire, en convenant de partager également les Biens, sans avoir égard au choix que l'Heritier pourroit faire, 94

Si l'Heritier qui n'élit point, peut mettre obstacle au concours, en ordonnant que l'élection sera faite par son Heritier, 100

Que plusieurs peuvent être élûs, encore que l'Heritier ait été grevé de ne rendre qu'à un, 107

Que l'élection peut se faire en partie, 113

Que la Donation particuliere, ou le Legs des Biens dépendans du Fideicommis tiennent lieu d'élection, 114

Du pouvoir de varier lorsque la faculté d'élire a été renvoyée après la mort, 143

Lorsqu'il a été dit quand l'Heritier voudra, ou celui qu'il voudra, 156

Lorsqu'elle a été limitée à un temps certain, 159

Lorsqu'elle a été accordée purement & simplement, 160

Examen de quelques cas où l'on doute si l'élection ne doit pas devenir irrevocable, sous quelques termes que la faculté d'élire ait été conçûë, 162

Examen de quelques autres cas, où l'élection devient revocable quoiqu'elle ne le fût pas de sa nature, 169

Si l'élection est valide lorsqu'elle est faite par un Testament nul, 226

Nullitez qui resultent de la qualité de la personne élûë, 231

Nullité prise des vûës qui ont été apportées à l'élection, 238

Nullité prise du temps auquel l'élection a été faite, 247

Si l'institution generale tient lieu de choix, lorsque le Testateur ou le Donateur ont déclaré d'avance qu'ils vou-

loient qu'en défaut d'élection les Biens appartinſſent à l'aîné ou à quelqu'autre de leurs Enfans, 248
Differens cas où la faculté d'élire peut ſe perdre, 251
Si la faculté d'élire perit par la mort civile, 252
Si la faculté d'élire s'éteint lorſque l'Heritier s'abſtient ou eſt déchû de ſon inſtitution, 258
Si les Veuves remariées perdent la faculté d'élire qui leur a été laiſſée par leurs Maris, 262
Si les Veuves qui ſe remarient dans l'an de deüil peuvent être privées à titre de peine de la faculté d'élire qui leur a été commiſe par leurs Maris, 265
Si dans les cas, que les Veuves remariées avant la fin du deüil, ſeroient déclarées déchûës de la faculté d'élire; l'exemple de ce que l'on pratiqueroit à leur égard pourroit tirer à conſequence contre les Veuves qui ſe remarient ſans avoir ſatisfait aux obligations de la Tutele, 277
Si l'Héritier eſt déchû de la faculté d'élire, lorſqu'il a entrepris de faire acheter l'élection aux Subſtituez, 289
Si celui qui a été élû peut être grevé de rendre à un autre éligible, 290
Si les biens de l'élection ſont tacitement compris dans les Fidéicommis univerſels impoſez à l'élû, 305
Si la Trebellianique ſe prend ſur les biens donnez, 323
Arrêt qui a jugé que le droit d'élire a lieu en ligne collateralle, 327
Addition concernant la queſtion traitée à la page vingt-cinquiéme, ſi le droit d'élire a lieu entre les enfans ſuccedans par Tranſmiſſion, 332
Si l'Héritier qui eſt en demeure d'élire peut purger cette demeure, 337
Arrêt qui a jugé qu'un Héritier déchû de l'utilité de l'inſtitution, ne laiſſoit pas de conſerver le droit d'élire, 343
Arrêt rendu ſur le Procès dont il eſt queſtion à la page 46, 351

Fin de la Table des Chapitres.

AVERTISSEMENT.

AVERTISSEMENT.

DANS ce petit Traité que l'Auteur dit avoir composé à la priére d'un de ses amis, le plan qu'il s'étoit proposé ne lui a pas permis de s'étendre sur toute la vaste Matiére des Elections : il ne traite que quelques Questions particulieres, & il se contente de sémer sur tout le reste, les Principes d'où naissent les verités que les Auteurs & la Jurisprudence des Arrêts ont dévéloppées. Par exemple, il ne touche en rien les Questions qui concernent les Cas ausquels la faculté d'élire est censée avoir été reservée par le Donateur ou accordée à l'Heritier grevé. C'étoit là néanmoins la

portion la plus importante, la plus épineuſe, la plus fertile en belles conſéquences & celle dont il ſemble qu'il dût premiérement s'occuper. On tachera donc de ſuppléer à ſon défaut, & de faire connoître ce que lui-même n'auroit pas dû negliger.

DISSERTATION PRELIMINAIRE,

Où l'on examine quand eſt-ce que les Donateurs ou les Heritiers grevés de rendre ſont admis à faire un choix.

LES principales Queſtions qui ſe preſentent ſur ce ſujet ſont de ſçavoir, 1°. Si la faculté d'élire a lieu de plein droit dans les diſpoſitions qui ſont conçuës ſous le Terme collectif de *Famille* ou *d'Enfans*. 2°. S'il faut faire difference, lorſque la reſtitution des Biens tombe dans la Ligne directe & du Pere aux Enfans, & lorſqu'elle tombe dans la Ligne collaterale. 3°. S'il faut diſtinguer encore les Fidéicommis qui ont été exprimés dans des termes abſolus, indépendans du miniſtere de l'Heritier, d'avec ceux où la parole lui a été adreſſée. 4°. Si les Enfans qui étoient nés & connus quand la diſpoſition a été faite en leur faveur doivent également dépendre du choix de l'Heritier grevé. 5°. Si la même faculté doit avoir lieu dans le cas que les Enfans ſuccedent par tranſmiſſion de leur Pere ou Donataire ou Subſtitué. 6°. Si les

Diſpoſitions qui ſont faites au ſingulier en faveur *du Fils legitime & naturel* du Donateur ou de l'Heritier ſont reputées collectives pour tous les Enfans, en ſorte qu'elles donnent ouverture au droit d'élire. 7°. Si l'alternative appoſée dans une diſpoſition entre pluſieurs de la même qualité, ou d'une qualité differente, entraîne avec elle cette faculté. Enfin ſi l'élection doit avoir lieu, lorſqu'après avoir déferé conjointement les Biens à pluſieurs perſonnes, on ajoûte la Clauſe aſſez ordinaire, *ou à l'un d'eux.*

PREMIE'RE QUESTION.

Si la faculté d'élire a lieu de plein droit dans les Subſtitutions conçûës ſous un terme collectif.

I. *LA Loi admet tacitement cette faculté dans pluſieurs cas.*

II. *Difference entre les Fideicommis faits purement à la Famille, ou aux Enfans, & les Diſpoſitions où il n'y a qu'un ſimple ordre de conſerver les Biens dans la Famille, ou une défenſe de les aliener.*

III. *Explication de la Loi* 32. §. *dernier*, ff. de Leg. 2. *de la Loi* 77. §. 32. *du même Titre, & de la Loi* 57. §. *dernier*, ff. ad Treb.

IV. *Sentiment des Auteurs qui ont examiné la Queſtion relativement au Droit Romain.*

V. *Arrêts des Cours Souveraines qui ont interdit la faculté d'élire aux Heritiers chargés de rendre à la Famille ou aux Enfans.*

VI. *Le Parlement de Toulouſe ſuit une Juriſprudence contraire.*

VII. *Arrêts intervenus dans le cas des Donations faites au Pere & aux Enfans.*

VIII. *Autres Arrêts dans le cas des Enfans mis en la condition ſous la qualité de Mâles.*

IX. *Arrêts dans le cas d'un Fidéicommis exprès en faveur des Enfans.*

X. *Raiſons particulieres qui ont donné lieu à cette Juriſprudence.*

I. LA faculté d'élire a lieu lorſque le Teſtateur a chargé ſon Heritier de rendre les Biens à un de la Famille ou à un d'entre les Enfans. Elle a lieu encore, lorſqu'il lui a ſimplement ordonné de laiſſer les biens dans la Famille, ou qu'il lui a défendu de les en mettre dehors par des alienations; parce qu'il eſt vrai de dire, comme l'obſerve la Loi 114. §. 17. *de Leg.* 1. que les Biens reſtent dans la Famille & n'en ſortent point de-là qu'ils ſont donnés à un. *Verum eſt in familiâ reliquiſſe, licet uni reliquerit.*

II. De ces principes certains, il eſt né une grande erreur qui a paſſé pour maxime dans la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe. On a confondu les Diſpoſitions qui renferment un Fidéicommis abſolu en faveur de la Famille ou des Enfans, avec celles où il n'y a qu'un ordre donné à l'Heritier de laiſſer les Biens dans l'un ou l'autre de ces deux corps, ou une défenſe de les en faire ſortir; Et parce que les Loix ont decidé dans ces deux derniers cas que l'Heritier avoit la liberté de choiſir pour ſatisfaire à l'ordre qui lui étoit donné ou à la défenſe qui lui étoit faite, on a cru qu'il en devoit être de même dans l'eſpéce des Fidéicommis ſimples & abſolus. La difference eſt néanmoins bien ſenſible. Une ſubſtitution faite à la Famille, ne ſuppoſe point une ſimple obligation d'y laiſſer les Biens : elle forme un droit veritable pour tous les Sujets de la Famille, en obſervant ſeulement la difference de degrés : elle les appelle, & les ſaiſit tous, & il ne doit pas être permis à l'Heritier de priver les uns d'un avantage que la forme de la diſpoſition défere également à tous. Auſſi les Loix qui ont traité de ces ſortes de Fidéicommis, décident-elles conſtament que tous ceux qui ſont en degré utile, ſont reçus à concourir, ſans dépendre en rien de l'élection de l'Heritier.

III. La diſpoſition du Droit y eſt expreſſe en la Loi 32. §. *dernier*, *ff. de Leg.* 2. Si le Teſtateur, dit-elle, a ſubſtitué ſa Famille, on commence par admettre ceux qui ont été nommés dans le Teſtament; & s'il n'en eſt point qui ayent été nommés,

nommés, on admet indifféremment tous ceux qui rempliſſent le premier degré. *In fideicommiſſo quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem ejus admittuntur qui nominati ſunt, aut poſt omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo teſtator moreretur & qui ex his primo gradu procreati ſunt.*

Telle eſt auſſi la Doctrine de la Loi 77. §. 32. du même Titre. Je vous charge, diſoit une Femme à ſon Mari, de rendre les Biens aux Enfans qui naîtront de vous; ou ſi vous n'en avez point, je vous charge de les rendre ou à mes parens, ou aux vôtres, ou même à nos affranchis. La Loi déclare qu'il n'y a point d'élection à faire de la part du Mari, n'excluant pas ſeulement l'élection entre les degrés ou entre les differentes claſſes de Subſtitués qui ſont marquées dans le Teſtament, mais l'excluant auſſi entre les perſonnes du même degré. *Non eſſe datam electionem, ſed ordinem ſcripturæ factum ſubſtitutioni reſpondi.*

Enfin telle eſt la diſpoſition de la Loi 53. §. dernier, *ff. ad Sen. Treb.* Une Mere avoit été chargée par ſon Mary de rendre à leurs communs Enfans ou à l'un d'eux; & à leur défaut, elle étoit chargée de rendre à un de leurs petits-fils ou des Collateraux tel qu'elle le jugeroit à propos. *Peto de te, uxor cariſſima, uti cum morieris hæreditatem meam reſtituas filiis meis vel uni eorum, vel nepotibus meis cui volueris, vel cognatis meis, ſi cui voles ex totâ cognatione meâ.* Dans cette eſpéce, les Enfans n'avoient pas été ſoumis par exprès au choix de la Mere; mais la clauſe *ou à l'un d'entre eux, vel uni eorum*, ne ſembloit-elle pas inſinuer que la volonté du pere étoit également ſatisfaite, ſoit que les Biens fuſſent donnés à tous, ſoit qu'ils ne fuſſent donnés qu'à un? Le Juriſconſulte ne l'entend pourtant pas ainſi; & bien loin de penſer que la faculté d'élire fût tacitement attachée au terme collectif, il veut au contraire, plûtôt que d'introduire une faculté qui n'étoit point ouvertement exprimée, que la clauſe *ou à l'un d'entre eux* ſoit interpretée dans un tout autre ſens, qui eſt qu'encore que tous les Biens euſſent été déferés à tous les Enfans, le ſurvivant demeuroit néanmoins appellé à les recuëillir en entier,

par une espéce de substitution vulgaire, dans le cas que les autres seroient decedés avant l'ouverture du Fidéicommis. *Inter filios respondi substitutionem fideicommissi factam videri.*

Je sçai bien qu'il y a des Auteurs qui veulent que le Jurisconsulte ne l'ait ainsi decidé, que parce que la faculté d'élire ayant été expressément accordée dans les deux degrez des Petits-fils & des Collateraux, l'expression qui en avoit été faite dans ces degrés étoit, selon eux, une raison pour la rejetter dans le degré des Enfans où il n'en étoit point parlé. Mais je ne puis approuver cette maniere de raisonner; & je crois au contraire que si parmi les Romains le droit d'élire eût été naturellement attaché aux termes Collectifs, bien loin que l'expression de ce Droit dans les deux degrés des Petits-fils & des Collateraux eût dû servir à l'exclurre dans la premiére disposition qui concernoit les Enfans, elle auroit dû au contraire y faire accuëillir ce droit plus facilement; parce qu'il est de maxime que les clauses & les conditions qui sont apposées dans une partie du Testament ont une pente naturelle à se repeter dans toutes celles qui en sont également susceptibles. Quoiqu'il en soit, on peut bien douter si l'expression du Droit d'élire dans un degré seroit une raison suffisante pour l'accuëillir dans un autre où il ne seroit ni ouvertement exprimé ni tacitement contenu sous la forme de la disposition; mais si la disposition est conçuë en des termes qui renferment ce Droit par une énergie propre & naturelle, pourquoi l'expression qui en aura été faite ailleurs, apportera-t'elle quelque changement? Un Testateur ne se concerte pas toûjours avec tant de soin sur toutes les clauses; & si dans un endroit il lui est venu en pensée de parler ouvertement de la faculté d'élire, il a cru dans les autres qu'il lui suffisoit de s'en remettre à l'effet naturel que devoit produire la forme de sa disposition. Ainsi, dans l'espéce de la Loi citée, le Jurisconsulte ne s'est nullement determiné par des raisons de convenance & de comparaison; & s'il a declaré qu'il n'y avoit point de faculté d'élire entre les Enfans, c'est parce qu'il a cru en général que l'expression en étoit toûjours necessaire, & que les termes Collectifs ne pouvoient produire de leur nature cette faculté.

IV. C'eſt en effet ainſi que l'ont décidé tous les Auteurs qui ont examiné la Queſtion dans les purs principes du Droit Romain. Fuſarius *de fid. queſt.* 380. diſtingue avec ſoin les deux ſortes de diſpoſitions dont nous avons parlé. Les unes, quand le Teſtateur a ſimplement défendu d'aliéner les Biens de la Famille ou a ordonné de les y conſerver. *Quando teſtator prohibuit alienationem bonorum ut in familiâ remaneant, vel quando prohibuit bona alienari extra familiam.* Et les autres, quand il a établi au contraire une charge ſimple & abſoluë en faveur de la Famille ou des Enfans. *Quando teſtator gravavit hæredem ſi moriatur, reſtituere familiæ vel filiis & deſcendentibus patris.* Les diſpoſitions de la premiére eſpéce laiſſent, dit-il, la liberté de faire un choix, *Tunc poteſt in quemlibet de familiâ fieri alienatio*; mais s'il y a une ſubſtitution abſoluë en faveur de la Famille ou des Enfans, l'heritier eſt alors ſans miniſtére & ſans faculté, & tous ſont purement appellés dans leur degré. *Tunc non poteſt eligi, ſed proximiores gradatim dicuntur vocati.* Il eſt vrai que Fuſarius ſemble n'exclurre que la faculté de préferer les Parens éloignés à ceux qui ſont les plus proches, *non poteſt remotior eligi.* Mais en ſuivant attentivement le fil de la Doctrine de cet Auteur, il paroît qu'il n'a pas ſeulement entendu exclurre l'élection entre les degrés, qu'il a entendu l'exclurre auſſi entre les perſonnes du même degré, entre les proches qui ſe trouvent en rang utile pour recuëillir, puiſqu'il ajoûte que tous ſont conjointement appellés. Et c'eſt ce qu'il a encore mieux developpé dans la ſuite du même Chapitre, lorſqu'il dit que l'ordre de ſucceder par degrés exclut abſolument celui de ſucceder par élection. *Atqui ſi gravatus potuiſſet eligere, fruſtra daretur à lege hic ordo ſuccedendi.*

Peregrinus *de fid. art.* 14. *n.* 7. & 8. n'accorde pareillement la faculté d'élire que dans le cas de la ſimple défenſe d'aliener, ou d'un ordre donné de conſerver les Biens dans la Famille: car alors, dit-il, comme il ne reſulte de Fidéicommis en faveur de la Famille qu'autant que l'heritier a contrevenu à la volonté du Teſtateur en portant les Biens dans des mains étrangeres, il s'enſuit que la Famille n'a point de diſpoſition

pour elle & n'a par conſequent rien a prétendre tant que les Biens ſont conſervés à l'un de ceux qui la compoſent. *Multum autem intereſt inter Fideicommiſſum in caſu contrafactionis tantum, & inter Fideicommiſſum ſimplex reſtitutorium poſt mortem : nam primum ut dixi, non committitur niſi in caſu contrafactionis, idcirco factâ alienatione in unum de permiſſis quia non fit adverſus Teſtatoris prohibitionem, non committitur Fideicommiſſum, & alii non revocant, etiam propinquiores pro aliqua parte.* Mais il en eſt autrement, continuë-t'il, *Cum Fideicommiſſum reſtitutorium eſt, nam uni ex pluribus, etiamſi pares ſint, reſtitui non poteſt, ſed omnibus reſtituendum eſt paribus in gradu, alioquin quiſque ex eis portionem ſuam avocat.* Et ce qu'il y a de bien conſiderable, c'eſt que ni Fuſarius, ni Peregrinus, dont l'uſage eſt de citer en toute rencontre les Docteurs qui ſe ſont partagés en des avis contraires, n'en alleguent ici aucun qui ait penſé que dans les Fidéicommis *dont il s'agit* l'Heritier grevé dût joüir de la faculté d'élire : ce qui prouve que la Queſtion n'étoit point contreverſée chez les Anciens, & que malgré leur penchant à douter de tout, à ſubtiliſer ſur tout & à éluder ſouvent la Doctrine des Loix par des diſtinctions arbitraires, on avoit généralement reconnu la neceſſité de déferer ces ſortes de Fidéicommis par un ordre fixe de ſucceſſion, indépendant du ſuffrage de l'Heritier.

Le Preſident Faber en ſon Traité *De erroribus Pragmaticorum, déc. 53. err. 1.* dit auſſi *Prorſus eſſe differentiam Fideicommiſſum familiæ relinquere, & Fideicommiſſum ei dare cui ex familiâ hæres velit. Priore ſcilicet caſu Fideicommiſſum purè eſt omnibus iis datum qui Familiæ appellatione continentur, ſalvo tamen graduum ordine, nec proinde in hæredis arbitrio eſt cui det.* Telle eſt encore la Doctrine de l'Auteur des Loix Civiles, *tom. 2. liv. 5. tit. 3. ſect. 2. n. 9. Si le Fidéicommis*, dit-il, *eſt indéfini en faveur d'une perſonne de la Famille, ſans que le Teſtateur l'ait autrement deſignée, comme s'il avoit chargé ſon Heritier ou Legataire qui auroit des Enfans ou Petits-enfans de laiſſer à un d'eux une Maiſon ou quelqu'autre fonds, ce Fidéicommis indeterminé laiſſeroit au Legataire, ou à l'Heritier qui en eſt chargé, le choix de la perſonne. Mais ſi le Fidéicommis n'étoit pas borné à*

un de la Famille, comme ſi le Teſtateur avoit ſubſtitué indefiniment ceux de la Famille, tous ceux qui ſe trouveroient en même degré concourroient enſemble. Mr. Cujas en ſa Conſultation dix-neuviéme, a decidé pareillement qu'il n'y avoit point de faculté d'élire pour l'Heritier. *Si ſubſtitutio amplectitur liberos Titii, certiſſimum eſt non poſſe Mævium eligere ex iis quem voluerit.* Et ſi on lui a imputé d'en avoir jugé autrement dans ſa Conſultation cinquante-quatriéme, c'eſt parce qu'on n'a pas pris garde dans l'eſpéce de cette derniére Conſultation, qu'il n'y avoit qu'un ſimple ordre donné à l'Heritier de conſerver les Biens dans ſa deſcendance, *Ne quid horum alienaret extra familiam.*

V. Cette Doctrine eſt trop bien appuyée, pour qu'elle ait été généralement rejettée par toutes les Cours Souveraines. Rabot & Boneton ſur la Queſtion 184. de Guy-pape, font mention d'un Arrêt du Parlement de Grenoble du 16. Decembre 1539. dans la cauſe d'Aymar de Murein, Conſeiller en la même Cour, contre Gaſpard de Murein ſon frere, qui jugea qu'un pere chargé de Fidéicommis envers ſes Enfans, n'avoit pas pû faire d'élection. Fontanella dans ſon Traité de *Pactis nuptialibus, clauſ. 4. Gl. 9. part. 1. n. 7.* & ſuivans, rapporte auſſi trois Arrêts du Senat de Catalogne des 16. Mars 1601, 16. Octobre 1595. & 5. Juillet 1604. qui ont rejetté l'élection du pere. Enfin Perrier dans ſa Queſtion 48. rapporte un Arrêt du 22. Mars 1667. qui fait connoître que c'eſt encore aujourd'hui la Juriſprudence du Parlement de Dijon. Un frere avoit legué un fonds à ſa ſœur, à condition qu'elle ne pourroit point l'aliener au préjudice de ſes Enfans; la Mere legataire decede laiſſant un fils & une fille, & aſſigne le fonds en entier à ſon fils. La fille s'éleve contre cette élection : elle oppoſe que le Fidéicommis avoit été établi pour tous les Enfans, & non pour un d'eux en particulier. Elle ajoûte, qu'il n'en étoit pas de la prohibition d'aliéner au préjudice des Enfans, comme de la prohibition d'aliener au préjudice de la Famille ou de la deſcendance; que dans ce dernier cas, la Famille & la deſcendance ne ſont conſiderés qu'en corps ſans aucun égard aux Particuliers qui les compoſent; mais qu'il n'en eſt pas de

même de la prohibition d'aliener au préjudice des Enfans, qu'on ne peut dire alors que la prohibition se rapporte à un corps vague & indeterminé dont les interêts puissent être representés par un seul, qu'elle se rapporte à la personne même de tous les Enfans & que tous sont destinés à en recuëillir le profit. La fille fondoit cette difference sur la décision de la Loi 11. §. 9. *ff. de Leg.* 3. qui dans une espéce où le Pere avoit été seulement chargé de conserver les Biens pour qu'ils pûssent parvenir à ses Enfans, a déclaré qu'il resultoit de ces termes un Fidéicommis absolu en faveur des Enfans, car défendre d'aliener au préjudice des Enfans, n'est-ce pas de même qu'ordonner de leur faire parvenir les Biens ? & l'une & l'autre disposition n'emportent-elles pas la même idée ? L'Arrêt qui intervint, jugea que la Substitution telle que l'on vient de l'exposer, avoit été purement établie pour tous les Enfans ; & sans avoir égard à l'élection qui avoit été faite, la fille fut admise à partager avec son frere.

VI. Il faut convenir néanmoins que la Jurisprudence particuliére du Parlement de Toulouse, a été plus favorable aux Heritiers. Les Auteurs qui ont été nourris dans les Maximes de ce Parlement tels, que Fernand en son Traité des Institutions Contractuelles, *cap. 9. n.* 14. Ferriere sur la Question 184. de Guy-pape, déclarent que l'usage est de les admettre à la faculté d'élire, & cela généralement dans toutes les differentes sortes de dispositions qui peuvent emporter un Fidéicommis du Pere aux Enfans, soit qu'il s'agisse d'un Fidéicommis exprès, soit qu'il s'agisse de ces Fidéicommis tacites qui resultent de ce que les Enfans ont été mis en condition sous la qualité de mâles dans les Substitutions imposées à leur pere, soit enfin qu'il s'agisse des Fidéicommis qui sont censés contenus dans les Donations faites au Pere & aux Enfans.

VII. Mr. Maynard, *liv. 5. chap. 91.* en rapporte un premier Arrêt du mois de May 1578. dans le cas d'une Donation faite par Contrat de Mariage en faveur du Pere & des Enfans qui naîtroient de lui. De là resulte un Fidéicommis en faveur des Enfans ; & l'Arrêt authorisa l'élection que le

Pere avoit faite de l'un d'entre eux. Mr. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 14. rapporte dans la même eſpéce un Arrêt d'autant plus conſiderable qu'il y avoit en même-temps deux Donations, dont l'une venoit d'un Aſcendant, & l'autre d'un Oncle. Le Pere mariant l'unique mâle qui étoit né de lui, le déſigne & le nomme pour ſon Succeſſeur univerſel. Une Sœur ſe preſente pour demander part aux Biens donnés : elle oppoſe que le Fidéicommis qui étoit contenu dans les deux Donations, ſe rapportoit également à tous les Enfans ; mais l'Arrêt jugeant d'un côté que le Pere avoit pû élire, tant pour les Biens qui étoient provenus de l'Oncle, que pour ceux qui étoient provenus de l'Ayeul, & de l'autre, que la deſtination univerſelle qu'il avoit faite en faveur de ſon fils tenoit lieu d'une élection veritable, démit la Sœur du Partage auquel elle demandoit d'être admiſe.

VIII. Mr. Maynard, *liv.* 6. *chap.* 3. parle pareillement d'un Arrêt ſans datte, qui dans les cas des Enfans mis en la condition ſous la qualité de mâles, jugea que le pere en executant ce Fidéicommis tacite que la condition avoit produit en faveur de ſes mâles, avoit eu la liberté de faire un choix : & c'eſt encore ainſi que la Queſtion a été jugée par un Arrêt du 12. Juillet 1686. qui eſt rapporté par Mr. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 31. François Gineſte avoit été grevé de rendre à ſes Sœurs, dans le cas qu'il decederoit ſans Enfans mâles, d'où reſultoit une Subſtitution en faveur de ſes mâles. Il fit une donation univerſelle de ſes Biens à Jacques ſon fils aîné, & inſtitua enſuite pour ſon heritier François Gineſte qu'il avoit eu d'un ſecond mariage. On ne douta point que le Pere n'eût eu la faculté d'élire entre ces deux mâles ; on ne fut incertain que de ſçavoir ſi c'étoit dans cette rencontre la Donation faite à l'aîné, ou l'inſtitution du cadet, qui devoit tenir lieu de choix ; mais enfin la balance pencha pour l'aîné, & les Biens du Fidéicommis lui furent accordés en entier. Il eſt vrai que l'un & l'autre Arrêt ont été rendus dans des Subſtitutions attachées aux mâles, & Mr. Maynard ſemble même borner là ſa déciſion : il ſemble ne fonder la faculté d'élire,

que sur ce que la qualité de mâles, en faisant connoître que le Testateur s'est occupé de la conservation de son nom, donne lieu de presumer qu'il n'a point entendu que tous succedassent en concours ; de sorte que n'ayant determiné par lui-même aucun ordre particulier de Succession qui puisse servir à les regler, il faut necessairement s'en remettre au choix du Pere. Mais les Arrêts qui ont introduit la même faculté dans les Donations faites aux Peres & aux Enfans simplement, sont une preuve bien sensible que la qualité de mâles n'est entrée ici en consideration que pour produire un Fidéicommis en leur faveur ; mais que ce Fidéicommis une fois établi, c'est bien moins à raison de la qualité particuliére de mâles, qu'à raison du terme collectif qui les réünissoit, que les Peres ont été admis à faire un choix.

IX. Enfin Mr. Dolive ; *liv.* 5. *chap.* 14. fait mention d'un Arrêt du 25. Février 1630. qui paroît avoir mis le Sceau à cette Jurisprudence, en déclarant que la même faculté devoit avoir lieu dans les Fidéicommis exprès, auxquels les Enfans sont appellés sous le terme commun d'Enfans.

Quelles sont donc les raisons qui peuvent avoir donné lieu d'établir cette Jurisprudence si contraire aux principes du Droit ?

X. On a suivi l'Exemple des Loix qui en déclarant le droit de Patronage attaché à tous les Enfans du Patron, ont permis néanmoins aux Peres de l'assigner par préference à l'un d'entre eux. On a cru d'ailleurs que dans ces sortes de Fidéicommis le Testateur est moins censé avoir envisagé les personnes même qui souvent ne lui étoient point connuës, que la qualité vague ou d'Enfant ou de Parent que chacun represente toute entiere avec tous ses privileges & toute sa faveur. On a pris encore avantage des anciennes Loix concernant les secondes nôces, qui en condamnant les Meres remariées de conserver à leurs Enfans les Biens qu'elles avoient reçus de la liberalité de leurs maris, leur laissoient la liberté de choisir un d'entre les Enfans. La restitution imposée à la Femme par le Droit, est une espece de substitution legale pareille à celle qu'un Testateur lui-même auroit

auroit établie ; l'une & l'autre ſe rapportent aux Enfans en général ; & de là on a conclu que la faculté qui avoit lieu dans la diſpoſition de la Loi devoit pareillement s'appliquer aux diſpoſitions de l'homme. Mais plus que tout, on a cru que lorſqu'un Teſtateur ſubſtituë la Famille ou les Enfans, il n'a point d'autres idées que celui qui défend ſimplement d'aliener les Biens hors de la deſcendance, de la Famille, ou qui ordonne de les y conſerver ; de ſorte que les vûës de l'un & de l'autre ſont également ſatisfaites de là que les Biens ne paſſent point en une main étrangere.

Tels ſont les prétextes qui ont donné lieu à cette Juriſprudence. Mais de là ſont nés tous ces doutes ſubordonnés dont nous avons déja parlé. Sçavoir, ſi la faculté d'élire doit être bornée dans la Ligne directe, ou ſi elle doit encore être admiſe lorſque la reſtitution tombe en Ligne collaterale. Si elle doit avoir lieu quand le Fidéicommis a été conçu en des termes directs & abſolus qui n'intereſſent point le miniſtere de l'Heritier & ne ſuppoſent aucune reſtitution de ſa part. Si l'Heritier doit joüir de la même liberté, quand les Enfans à qui la Subſtitution a été déferée étoient déja nés & connus du Teſtateur lorſque le Fidéicommis a été impoſé. Et enfin, ſi les Enfans qui ſuccedent par tranſmiſſion de leur Pere, ſont ſujets à cette faculté. Tous doutes que l'on auroit prevenus en s'attachant à la rigueur des principes.

SECONDE QUESTION.

Si la faculté d'élire doit être bornée dans la Ligne directe, ou si elle doit encore être admise, lorsque la restitution tombe dans la Ligne collateralle.

I. *RAISONS de difference entre les Ascendans & les Collateraux.*

II. *Auteurs qui ont crû qu'il falloit distinguer les uns d'avec les autres.*

III. *Raisons qui établissent qu'il faut les traiter de même.*

IV. *Arrêts du Parlement de Toulouse par lesquels la Question a été jugée en faveur des Heritiers collateraux.*

I. IL y a des Auteurs qui ont estimé que ce droit d'élire établi par la Jurisprudence dans les Substitutions collectives ne devoit point être admis quand la restitution tombe en collaterale. Un pere, disent-ils, est l'Arbitre né de ses Enfans, & rien de plus naturel que de travailler à lui conserver leur obéïssance & leur respect en les faisant dépendre de son choix ; on est même bien assuré qu'il ne se portera jamais à determiner une préference, entre des Enfans qui lui sont également chers, que dans des vûës legitimes. Mais tout cela cesse, dit-on, lorsque c'est dans la Ligne collaterale que doit se faire la restitution. Un Oncle n'est point l'Arbitre né de ses néveux ou d'autres Collateraux encore plus éloignés ; il n'y a point à son égard de devoir d'obéïssance & de respect dont la Loi doive assés s'occuper pour faire violence en sa

faveur aux termes d'une disposition qui appelle également tous les Parens du même degré. Et d'ailleurs pourroit-on autant compter sur l'équité de son jugement que sur le suffrage d'un Pere ?

II. Ces considerations ont paru assez fortes à Bretonnier sur Henrys, *tom.* 3. *liv.* 5. *quest.* 78. pour déclarer que la faculté dont il s'agit devoit être bornée dans la Ligne directe. Duperier semble l'avoir pensé de même, & il prétend trouver un fondement de cet avis dans la Consultation 19. de M. Cujas, tandis que M. Cujas loin de s'occuper en cet endroit de la difference des Lignes, s'en rapporte au contraire à la décision du §. dernier de la Loi 57. *ad Treb.* qui prononce l'exclusion du droit d'élire, même dans un Fidéicommis en Ligne directe. Il faut convenir cependant que la plûpart des Auteurs, sans avoir précisement envisagé cette Question, semblent néanmoins avoir affecté de choisir l'espéce d'un Pere grevé de rendre à ses Enfans, pour y appliquer leur décision au sujet de la faculté d'élire. Voici comment s'est expliqué Guy-pape en la *quest.* 184. *n.* 3. *Casu quo liberi videntur substituti, remanet patri eligendi facultas* Ferriere sur la même Question parle aussi d'un Pere. *Pater qui gravatus est tacite vel expresse liberis restituere, potest unum eligere.* M. Maynard semble s'attacher encore plus précisement aux Substitutions faites en Ligne directe, quand il dit au Livre 6. chap. 3. *Que le Pere ou autre ascendant chargé de Substitution envers ses mâles a droit d'élire celui qu'il juge à propos*, parce qu'en remontant ainsi de la personne du Pere à celle des autres ascendans, il semble avoir voulu faire une espéce d'extension, & il en borne les effets dans la Ligne directe. Enfin ce qu'il y a de plus considerable, de tous ces Arrêts que rapportent Mrs. Maynard, Dolive & Cambolas, il n'y en a pas un seul où il ne soit question d'un Fidéicommis imposé à un ascendant.

III. Mais s'ensuit-il pour cela que ces Auteurs & que les Arrêts l'eussent décidé differemment par rapport à des Collateraux ? Et si la Question ne s'est presentée à juger que pour des ascendans, si les Auteurs de leur côté ont choisi plus parti-

culiérement la Ligne directe pour y placer l'état de la Question, eſt-ce une conſequence que le Jugement qui en a été porté, ne doive pas s'étendre à toute ſorte d'heritiers ? Je vois au contraire que ſoit qu'il s'agiſſe d'un Pere ou d'un Collateral, on retrouve toûjours la même raiſon, ſçavoir que le Subſtituant en appellant vaguement la Famille & les Enfans eſt cenſé avoir moins affecté les perſonnes que la qualité. Je vois encore que le droit d'élire n'a été admis dans ces ſortes de Subſtitutions collectives, que parce qu'on a cru qu'elles n'emportent dans le fonds qu'un ſimple ordre de laiſſer les Biens dans la Famille ou dans le degré des Enfans. Voilà quel a été le fondement de cette faculté. Or nous avons une foule de Loix, entre autres la Loi 94. *ff. de Leg.* 3. qui ont déclaré qu'un tel ordre donné non-ſeulement à un Collateral mais encore à un pur étranger lui laiſſe une pleine liberté de choiſir. Je vois enfin que ceux d'entre les Auteurs que l'on peut regarder comme les Fondateurs de cette Juriſprudence privilegiée, ont indifferemment traité des Fidéicommis qui ſont adreſſés à la Famille & de ceux qui ſont adreſſés aux Enfans. Tel eſt Fernand, ſuivi en cela par M. de Cambolas, *liv.* 5. *chap.* 2. & par Ricard des Subſtitutions, *Tom.* 2. *Traité* 3. *chap.* 11. *n.* 63. Or ces Auteurs ne ſentoient-ils pas bien que les Fidéicommis faits à la Famille pouvoient auſſi-bien tomber dans la Ligne collaterale, que dans la Ligne directe, & cependant ils déclarent ſans diſtinction que la faculté d'élire y doit avoir lieu. Enfin M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 14. propoſe comme une maxime générale de Juriſprudence, que *le droit d'élection eſt toûjours accordé à celui qui eſt chargé de Fidéicommis en faveur de pluſieurs ſous un nom collectif.*

IV. La Queſtion a été ainſi jugée par un Arrêt du Parlement de Toulouſe rendu au rapport de M. Dumas le 29. Mai 1698. en faveur de Gilibert de Grifi, Sieur de Juvignac, contre Jacques de Grifi ſon frere & la Dame Colombe de Grifi veuve de M. le Préſident d'Arennes. Voici quelle eſt l'eſpéce qui y donna lieu.

La Dame de Grifi, veuve de M. de Ranchin Conſeiller en

la Cour des Aydes de Montpellier, par ſon Teſtament du 6. Novembre 1647. inſtitua Suzanne de Gimbal ſa petite-niéce pour ſon heritiére. Elle lui ſubſtitua en cas de decès ſans Enfans Loüiſe Grifi ſa ſœur, veuve du ſieur de Treguier : & chargea Loüiſe elle-même de rendre les Biens à Gilibert de Grifi de Saint George Preſident en la Cour des Aydes & à François-Antoine de Grifi Sieur de Juvignac ſes freres, ou aux leurs. Tous les differens cas que la Teſtatrice avoit prévus arriverent. Le decès dé Suzanne Gimbal, heritiére inſtituée, fit paſſer les Biens à Loüiſe de Grifi. Loüiſe mourut enſuite ſans Enfans ; mais les deux freres qui lui avoient été ſubſtitués, ſçavoir les ſieurs Grifi de Saint George & Grifi de Juvignac étoient morts avant elle ; & il ne reſtoit pour recuëillir le Fidéicommis que des Enfans iſſus du ſieur de Juvignac. Loüiſe leur Tante élût Gilbert de Grifi qui étoit l'aîné, par deux Actes des 6. Octobre 1674. & 22. Mai 1676. Après le decès de Loüiſe, Jacques de Grifi, frere de Gilbert, prétendit que Loüiſe, qui n'étoit qu'une collaterale, n'avoit pas eu la liberté de donner la préference à l'un d'entre eux. Il obtint même une Sentence le 4. Septembre 1686. qui caſſant les Actes d'élection, le maintint en une portion des Biens ſubſtitués. Gilbert appella de cette Sentence au Parlement, où il eut à combattre une ſeconde Partie, la Dame Colombe de Grifi ſa ſœur, veuve de M. le Préſident d'Arenes, qui s'étoit jointe à Jacques.

Tout le Procès conſiſta à ſçavoir, ſi une Tante grevée de rendre aux Enfans de ſon frere, avoit pû s'attribuer un droit d'élection que le Teſtament ne lui donnoit pas ; l'Arrêt reformant la Sentence dont étoit l'appel, jugea que de-là que la Subſtitution étoit conçûë ſous un terme collectif l'heritier devoit également joüir du droit d'élire & dans la Ligne directe & dans la Ligne collaterale.

Tel paroît être auſſi l'eſprit qui regne dans l'Arrêt que rapporte M. de Catellan au Chapitre 26. de ſon ſecond Livre. Un Oncle étoit chargé de rendre à des néveux qui ſuccedoient par tranſmiſſion de leur Pere. L'élection qu'il avoit faite de

l'un d'entre eux pour recuëillir le Fidéicommis fut veritablement caſſée. Mais elle ne le fut ſelon M. de Catellan, que parce que la tranſmiſſion eſt pour les Enfans une eſpéce de droit ſucceſſif qui les ſaiſit tous. On penſa donc alors que ſi les choſes avoient été autrement diſpoſées & que les Enfans n'euſſent pas ſuccedé par tranſmiſſion mais de leur chef & par une Subſtitution qui ſe fût perſonnellement rapportée à leur degré, la qualité de l'heritier grevé n'auroit pas été un obſtacle à la validité de l'élection.

Enfin le même principe fut unanimement adopté dans le jugement d'un Procès dont l'eſpéce avec tous les motifs qui influerent ſur la déciſion, ont été pris dans les Recuëils d'un célébre Magiſtrat. Me. Meynier, pere de Marguerite, Marie & Claire Meynier, inſtituë ſes trois filles ſes heritieres égales, & les charge d'un Fidéicommis reciproque dans le cas qu'elles décèderoient ſans enfans. Marie meurt la premiere ſans laiſſer de poſterité. Claire meurt enſuite du vivant de Marguerite, laiſſant trois Enfans, Jean, Simon & Marguerite, à qui elle tranſmit l'eſperance de la Subſtitution. Marguerite premiére, qui n'étoit qu'une tante, intervient dans le Contrat de mariage de Jean ſon néveu, & lui fait donation de tous ſes Biens. Mais Jean étant mort avant l'heritiere & ſes créanciers ayant compris les Biens du Fidéicommis dans la Saiſie générale qu'ils firent de ſon patrimoine, les deux autres Enfans ſe préſenterent pour en demander la diſtraction. L'affaire portée en la ſeconde Chambre des Enquêtes, il intervint partage. M. de Chalvet Rapporteur fut d'avis de déclarer la Subſtitution ouverte en leur faveur, & M. de Lucas au contraire, étoit d'avis de déclarer les Biens irrevocablement acquis à la Succeſſion de Jean. L'un & l'autre convinrent que Marguerite, heritiére grevée, avoit eu le droit d'élire entre ſes néveux ; & tout le partage conſiſta à ſçavoir d'un côté, ſi la Donation univerſelle tenoit lieu de choix ; & de l'autre, ſi ce choix tacite n'étoit pas devenu caduque par le predecès de celui qui en avoit été honoré. Voilà quels étoient les Points fixes de la conteſtation. Le partage fut vuidé à la premiére Chambre des Enquêtes

le 27. Juin 1678. & ſans avoir égard à l'élection de Jean, la Subſtitution fut déclarée ouverte au profit des deux autres Enfans. Si l'on ne conſideroit que l'Arrêt en ſoi, il ſemble que l'on pourroit bien plûtôt le citer pour combattre le droit d'élection des Heritiers collateraux que pour le favoriſer ; mais au lieu de s'arrêter aveüglement aux termes de l'Arrêt, il faut remonter juſques au partage qui y donna lieu, examiner ce qui étoit convenu entre les Juges & ce qui étoit conteſté, voir enfin à quoi le partage avoit été reduit ; & l'on a déja remarqué que le Magiſtrat qui nous a conſervé cet Arrêt, rend témoignage que dans l'un & l'autre avis on ſuppoſoit également que Marguerite avoit eu le droit d'élire, en ſorte que la difficulté tomboit ſur des moyens qui n'intereſſoient point la liberté de l'heritiére.

TROISIE'ME QUESTION.

Si la faculté d'élire doit avoir lieu dans les Fidéicommis qui ont été conçus en des termes directs & absolus.

I. *OPINION des Auteurs qui ont cru que la faculté d'élire ne doit point avoir lieu en ce cas.*

II. *Doctrine des anciens Jurisconsultes dans une espéce approchante.*

III. *Raisons pour admettre la faculté d'élire, sans s'attacher à la difference des termes dans lesquels le Fidéicommis a été conçû.*

IV. *Que la Jurisprudence du Parlement de Toulouse s'est rangée à cet avis.*

I. RICARD, *tom.* 2. *part.* 2. *chap.* 11. *n.* 63. a pensé que l'Heritier ne pouvoit être admis au droit d'élire que quand le Fidéicommis lui a été imposé en des termes obliques qui intereſſent son ministere & suppoſent une reſtitution de sa part. C'eſt ce qui s'éclaircira mieux en propoſant deux Exemples. Si le Teſtateur charge son Heritier de rendre & reſtituer les Biens à la Famille ou aux Enfans, voilà un Fidéicommis dont l'heritier eſt déclaré le miniſtre & l'executeur; & c'eſt en ce cas que Ricard admet la faculté d'élire. Mais il en eſt autrement, continuë-t'il, quand le Teſtateur a dit ſimplement qu'il ſubſtituë les Biens à la Famille ou aux Enfans; il n'y a pour lors rien à faire de la part de l'heritier, les Biens ſont directement déferez aux Enfans & le Teſtateur les en ſaiſit de lui-même. Pourquoi l'heritier interpoſeroit-il ſon miniſtere dans une diſpoſition où le Teſtateur ne le mêle & ne l'intereſſe pour rien? L'opinion que Ricard ſoûtient

ſoûtient dans cet endroit avoit été déja imaginé par un ancien Interprête, Joſephus de *Ruſticis* dont Barri rapporte le langage au Livre 8. de ſon Traité des Succeſſions, *tit.* 8. *n.* 1. *Diſtinguendum eſt an Teſtator gravaverit hæredem ut in Familiâ relinqueret, an dixerit ut poſt mortem filii, hæreditas foret illorum de Familiâ vel nepotum ſuorum. Hoc caſu negat electionem competere, illo concedit. Rationem diverſitatis, ait, eſſe quod, ultimo caſu, directo Teſtator reliquerit, adeo ut omnibus qui poſt hæredem vocati ſunt jus competat, & quod è contra primo caſu gravando filium, reponat in ejus arbitrio qualiter relinquat, dummodo relinquat.*

On peut rappeller encore à ce ſujet les principes que quelques anciens Juriſconſultes avoient ſuivis ſur une Queſtion approchante. Un Teſtateur legue alternativement un fonds à deux perſonnes. La choſe leguée doit-elle appartenir à l'un & à l'autre, ou faut-il laiſſer le choix à l'Heritier ? M. Cujas ſur la Loi penultiéme, *Cod. de verb. ſign.* dit qu'il y eut autrefois des Juriſconſultes qui diſtinguoient les Legs où le Teſtateur a adreſſé la parole à l'Heritier, d'avec ceux qu'il a conçus en des termes directs & abſolus. Si le Teſtateur avoit dit qu'il chargeoit ſon Heritier de donner à un tel, ou à un tel, *illi aut illi fundum dato*, l'Heritier devoit avoir la faculté d'élire ; mais il n'en étoit point de même quand la forme du Legs étoit directe & abſoluë, *illi aut illi fundum do lego*, ou bien, *fundum illi aut illi capiunto* ; ils ne permettoient pas que l'Heritier pût ſe mêler alors d'aucun choix.

III. Telle étoit la maniére de penſer de ces anciens Juriſconſultes. M. Cujas nous apprend qu'elle étoit reprouvée par le plus grand nombre. Elle a même été rejettée dans les derniers temps par une Loi expreſſe de l'Empereur Juſtinien. Et je crois qu'il ne faut pas faire plus de grace parmi nous aux Auteurs qui ont prétendu la faire revivre dans une autre eſpéce de diſpoſition. Car enfin, que les Fidéicommis ſoient conçus en des termes obliques ou directs, ils n'en ſont pas moins de même nature ; c'eſt toûjours une charge de rendre qui ne peut s'executer que par le miniſtere & par les mains de l'Heritier ; & les termes les plus directs & les plus abſolus ne

ſçauroient autoriſer les Subſtitués à s'emparer des Biens de leur autorité. Ainſi eſt-il naturel que le Teſtateur ait entendu attacher quelque fineſſe à une difference de mots qui n'en apporte point dans le fonds de ſa diſpoſition. D'ailleurs, il faut revenir encore en cet endroit aux Loix d'où la faculté d'élire a tiré ſon origine. Qu'un Teſtateur ordonne en termes directs, ſans adreſſer la parole à l'Heritier, ſans intereſſer en rien ſon miniſtere, que ſes Biens ſoient conſervés dans la Famille, *volo ut bona in familiâ remaneant*, l'Heritier n'en joüit pas moins du droit de laiſſer les Biens à un ſeul. Voilà donc la Queſtion formellement decidée, puiſqu'il eſt reçu aujourd'hui que les Fidéicommis expreſſément faits à la Famille ou aux Enfans, ſont de même nature que quand il a été ſimplement ordonné que les Biens ne ſeroient point alienés hors de la Famille.

I V. C'eſt ainſi que la Juriſprudence l'a conſtament determiné. Les Arrêts rapportés par Maynard, *liv. 5. chap. 91.* & *liv. 6. chap. 3.* & par M. de Catellan, *liv. 2. chap. 14.* ſont dans l'eſpéce d'une Donation faite au Pere & aux Enfans. De là reſulte un Fidéicommis en faveur des Enfans, mais un Fidéicommis conçu dans les termes les plus directs, les plus abſolus & les plus indépendans du miniſtere du Pere ; c'eſt le Donateur qui leur défere lui-même les Biens, & cependant les Arrêts n'ont pas laiſſé d'accorder au Pere la faculté d'élire.

QUATRIE'ME QUESTION.

Si la faculté d'élire a lieu, lorſque la Subſtitution ſe rapporte à des Enfans qui étoient nés ou conçus lors de la mort du Teſtateur.

I. *OPINION de Fernand Dolive ſur cette Queſtion.*
II. *Opinion contraire de M.*
III. *Le Parlement de Toulouſe juge ſelon ce dernier avis.*

I. LE Docteur Fernand, ſuivi en cela par Duperier, *liv. 3. queſt. 2.* & par M. de Cambolas, *liv. 5. chap. 2.* veut que la faculté d'élire ceſſe en ce cas ; & la raiſon qu'il en donne, c'eſt que de-là que le Teſtateur a connu les Enfans, il eſt cenſé les avoir cheris pour eux-même & avoir eu autant le deſſein d'honorer leurs perſonnes que leur qualité.

II. M. Dolive a contredit ſur ce point la Doctrine de Fernand. Il ne reconnoît point d'autre diſtinction que de ſçavoir ſi les Enfans ont été nommés en détail dans le Teſtament, ou s'ils ont été appellés ſous la qualité vague d'Enfans. L'Expreſſion des Perſonnes impoſe, dit-il, à l'Heritier la neceſſité de rendre à tous ceux qui ont été nommés dans la Subſtitution ; Mais au ſecond cas il ſoûtient que de-là que les Enfans n'ont été appellés que ſous cette qualité, le Teſtateur eſt reputé n'avoir eu en vûë que la qualité ſeule d'Enfans ; qu'ainſi ſoit qu'ils ayent été connus de lui, ſoit qu'ils ne l'ayent pas été, le droit d'élire doit être également accordé à l'heritier.

III. L'Arrêt du 15. Février 1634. que M. Dolive rapporte, le jugea de même ; on ne peut douter, dans l'eſpéce de cet Arrêt, que les Enfans n'euſſent été parfaitement connus, puiſqu'il s'agiſſoit du Teſtament d'une Mere.

CINQUIE'ME QUESTION.

Si les Enfans qui ſuccedent par tranſmiſſion de leur Pere ſont ſujets à l'élection de l'Heritier grevé.

LA Queſtion peut ſe rencontrer, ou dans le cas d'une Inſtitution contractuelle, ou dans les Fidéicommis Teſtamentaires, ou dans l'eſpéce des Donations.

EXAMEN DE LA QUESTION par rapport aux Inſtitutions contractuelles.

I. *SI dans les Inſtitutions contractuelles les Enfans ſont veritablement admis du chef & par ſucceſſion de leur Pere, & raiſons pour faire voir que c'eſt le Pere qui leur en tranſmet le droit.*

II. *Raiſons au contraire pour établir que les Enfans ſuccedent de leur propre chef, en vertu d'une diſpoſition tacite par laquelle ils ſont cenſés perſonnellement apellés.*

III. *Arrêts qui ont jugé ſur le fondement de cette maxime que la faculté d'élire devoit avoir lieu à leur égard.*

I. TOUT dépend de bien penetrer quel eſt le droit qui fait admettre les Enfans dans le cas du predecès du Pere. Il ſemble dabord que les Enfans ſuccedent du chef du Pere. Que le Pere a été ſaiſi de l'Inſtitution, & qu'il

la leur a transmise avec tous les autres droits de son patrimoine. En effet, les institutions dont il s'agit sont des Contrats, elles participent à la nature des Donations entre-vifs. Il est vrai que leur execution est suspenduë jusqu'après la mort. Mais telle est la nature des Dispositions contractuelles, qu'encore qu'elles soient suspenduës par un terme, ou par une condition, elles ne laissent pas d'être acquisesdès le premier moment à celui qu'elles regardent & de faire partie de ses Biens, de sorte que l'esperance qui s'est formée sur sa tête passe librement à ses heritiers. Ainsi il semble que tous les Enfans, si tous ont succedé au Pere, doivent concourir dans l'utilité de cette institution, ou que s'il ne laisse qu'un heritier, celui-là seul doit en recueillir le profit; mais que dans l'un ni dans l'autre cas, les Enfans ne doivent pas dépendre du choix de celui qui a fait l'institution.

II. Quoique ce raisonnement soit fondé sur les premieres regles des Conttats, il est pourtant vrai de dire que le Pere n'a été réellement saisi de rien qu'il ait peu transmettre à ses Enfans. Ce n'est pas que les institutions dont il s'agit ne forment veritablement un Contrat, mais c'est un Contrat qui porte sur une heredité & sur le titre d'Heritier. Or une heredité qui suppose le transport de l'universalité des Biens & de tous les droits personels actifs & passifs ne peut être jamais acquise qu'à la mort, parce qu'il n'y a point de maxime plus certaine que celle que nul ne peut avoir un heritier de son vivant. De-là vient que tous les Auteurs ont généralement convenu que les Institutions contractuelles devenoient caduques par le prédecès de l'Heritier institué: & cette caducité n'auroit pas été moins déclarée à l'égard des Enfans qu'à l'égard des Heritiers étrangers, si l'on n'avoit été retenu à leur égard par des considerations particulieres, qui sont que l'institution n'étant jamais que dans un Contrat de mariage, on présume que celui qui l'a faite, n'a pas seulement envisagé le Pere, mais encore les Enfans qui devoient naître de lui, & que son dessein a été de les appeller dans le cas que leur Pere décederoit avant que d'avoir recueilli. Les Enfans ne sont donc point admis à raison de leur pere, ils

le ſont de leur propre chef, & par l'effet d'une diſpoſition tacite qui ſe rapporte perſonnellement à eux. Telle eſt l'idée que nous en donne Ricard, *Tom.* 1. *chap.* 4. *ſect.* 2. *diſt.* 3. *n.* 1075. *L'Inſtitution*, dit-il, *ne devient point caduque à l'égard des Enfans, parce qu'étant faite par un Contrat de mariage, il eſt à preſumer qu'on a auſſi bien conſideré le fruit qui en devoit provenir que les perſonnes qui contractent.* C'eſt dans ce même ſens que raiſonne Coquille en ſa Queſtion 172. & Duperier, *liv.* 4. *queſt.* 6. Mais il n'y a aucun Auteur qui nous donne une idée auſſi détaillée & auſſi parfaite que Lebrun des Succeſſions, *liv.* 3. *chap.* 2. *n.* 34. *Le Pere ne peut rien tranſmettre*, ſelon lui, *parce qu'il n'y a rien d'échu de ſon vivant, & les Enfans ne ſont reçûs à ſucceder que parce qu'on les regarde comme ayant été perſonnellement appellés ; de ſorte*, continuë cet Auteur, *que les Enfans ne ſuccedent pas du chef du Pere, mais de leur propre chef, & tiennent tout directement de celui qui a fait l'inſtitution.*

III. Cela poſé, rien de plus facile que de décider la Queſtion dont il s'agit. Car de-là que les Enfans ſont cenſés appellés par une diſpoſition propre & particuliére, il s'enſuit que cette diſpoſition tacite qui ſe rapporte collectivement à tous, doit les ſoumettre à la faculté d'élire. C'eſt en effet ainſi que la Queſtion a été jugée par deux Arrêts du Parlement de Toulouſe, l'un du mois de Septembre 1632. rapporté par M. Dolive, *liv.* 5. *chap.* 14. aux Annotations ; & l'autre du premier Mars 1721. rapporté par M. Furgole en ſes Obſervations ſur l'Article XIII. de l'Ordonnance des Donations.

EXAMEN DE LA QUESTION par rapport aux Fidéicommis Teſtamentaires.

I. *LE Parlement de Toulouſe a reçu la tranſmiſſion dans les Fidéicommis en Ligne directe.*

II. *Que les Enfans qui ſuccedent par cette Tranſmiſſion privilegiée, ne doivent pas être plus favorablement traités que ceux qui ſuccedent en vertu d'une diſpoſition expreſſe.*

III. *Arrêt néanmoins qui a jugé que la faculté d'élire ne pouvoit avoir lieu à l'égard des Enfans qui ſuccedent par tranſmiſſion de leur Pere.*

IV. *Refutation des raiſons que M. de Catellan employe pour appuyer la déciſion de cet Arrêt.*

V. *Arrêt contraire lors duquel on poſa pour principe que la faculté d'élire avoit lieu.*

I. TOUT le monde ſçait qu'au Parlement de Toulouſe, les Loix qui ont déclaré les Fidéicommis caduques par le prédecès des Subſtitués ont reçu une exception dans le cas des Subſtitutions en Ligne directe, c'eſt-à-dire, que les Enfans ſuccedent à l'eſperance des Fidéicommis dont leur pere avoit été honoré par un aſcendant. On a long-temps prétendu que cette Juriſprudence pouvoit trouver un fondement dans le Droit. On citoit pour cela la Loi unique *Cod. de his qui ante apert. Tabul.* qui ne décidoit pourtant autre choſe, ſinon, que les Enfans, heritiers inſtitués par leurs Peres, tranſmettroient les Biens de la Succeſſion à leurs Deſcendans, quoiqu'ils fuſſent décedés avant qu'il eût été procedé à l'ouverture du Teſtament. On donnoit encore la torture à bien d'autres Loix pour y trouver des ſémences de cette tranſmiſſion irreguliére ; mais enfin on a reconnu le peu de juſteſſe de tous ces argumens, & l'on eſt tombé d'accord que la tranſmiſſion dans les Fidéicommis conditionnels n'eſt qu'un paſſedroit que les Enfans ont, pour ainſi dire, ſurpris.

II. Dans cette ſituation, ne ſemble-t'il pas qu'après avoir

fait l'injure aux Heritiers de porter les Fidéicommis dont ils ſont grevés à des Enfans qui ne ſont point appellés, il falloit, loin d'appeſantir cette charge, chercher au contraire à les dedommager en la rendant auſſi legere qu'il ſeroit poſſible : que puiſqu'on jugeoit à propos de les grever envers des Enfans à qui ils ne devoient rien, ils meritoient du moins qu'on leur laiſſât la ſatisfaction de pouvoir faire un choix qui leur tint lieu d'une liberté plus entiere ? Pourquoi en effet des Enfans qui ne ſont admis qu'à titre de grace & contre la diſpoſition de la Loi, ſeroient-ils plus avantageuſement traités que ceux qui ont pour eux une diſpoſition expreſſe ? Et de-là que ceux-ci, malgré la diſpoſition expreſſe qui les appelle tous, ſont ſoûmis à l'élection de l'Heritier grevé, pourquoi les autres à qui il n'eſt rien dû en ſeroient-ils affranchis ?

III. C'eſt néanmoins ce que le Parlement de Toulouſe a fait par un Arrêt du mois de Juin *1676.* qui eſt rapporté par M. de Catellan, *liv. 2. chap. 26.* on jugea que l'Heritier grevé n'avoit pas le droit d'élire entre les Enfans qui ſuccedent par tranſmiſſion à un Fidéicommis. M. de Catellan allegue pour appuyer cet Arrêt, que les Enfans ne ſont point admis en ce cas au Fidéicommis de leur propre chef, mais du chef de leur Pere, en ſorte que c'eſt pour eux une eſpéce de droit réel patrimonial & ſucceſſif qui les ſaiſit également tous. Il ajoûte que la tranſmiſſion eſt pour les Enfans un Benefice de la Juriſprudence indépendant de la volonté du Teſtateur. Ainſi, continuë-t'il, la faculté d'élire qui prend ſon fondement dans la volonté du Teſtateur, peut bien avoir lieu à l'égard de ceux que le Teſtateur a lui-même honorés ; mais elle ne ſçauroit être admiſe contre l'interêt de ceux qui ſuccedent indépendament de lui.

IV. Rien de plus foible que l'une & l'autre de ces deux raiſons. Car en premier lieu les Enfans qui ſuccedent par tranſmiſſion ne pourroient être cenſés recuëillir du chef de leur Pere qu'autant que lui-même auroit été ſaiſi avant ſon décès. Or toutes les Loix nous apprenent que les diſpoſitions Teſtamentaires ne donnent de droit qu'après que la condition

dition ou le terme dont le Teſtateur les a fait dépendre ſont échus & arrivés, & c'eſt ce qui a fait dire à la Loi 42. *ff. de acq. rer. dom.* qu'une Subſtitution qui n'eſt point encore échuë n'eſt point dans nos Biens. *Subſtitutio quæ nondum competet, extra bona noſtra eſt.* On a ſi bien reconnu que les Enfans ne ſuccedent point par un droit provenu de la perſonne de leur Pere, que les Arrêts ont jugé d'un côté que tous ſoit qu'ils ſoient heritiers ſoit qu'ils ne le ſoient point participent également au Benefice de la tranſmiſſion; & de l'autre, que les Biens dépendans de cette tranſmiſſion ne ſont pas compris dans les Fidéicommis que le Pere lui-même a impoſés à ſes Enfans. En ſecond lieu, c'eſt une erreur de croire que le privilege dont il s'agit ſoit indépendant de la volonté du Teſtateur. Il prend au contraire ſon fondement dans la volonté. On n'admet les Enfans que parce qu'on préſume en vertu de la pieté naturelle, que le Teſtateur a entendu les appeller en défaut de leur pere, ou plûtôt, parce qu'on preſume qu'il n'auroit pas manqué de les appeller, s'il avoit préveu que leur Pere eût dû mourir avant que d'avoir recuëilli. Ainſi c'eſt la même ſituation que dans le cas de l'inſtitution contractuelle; c'eſt dans l'un & dans l'autre cas, une diſpoſition tacite qui fait ſucceder les Enfans, & de-là par une conſequence naturelle, il eſt vrai de dire que la faculté d'élire doit être reçuë dans l'un comme dans l'autre.

V. Tels ſont en effet les principes qui furent adoptés lors de l'Arrêt de Partage du 27. Juin 1678. dont il a été parlé ſur la fin de la ſeconde Queſtion. La conteſtation étoit entre des Enfans qui n'avoient part au Fidéicommis que par tranſmiſſion de leur Pere, & l'on ne douta pas que Marguerite Meynier heritiere inſtituée n'eût pû faire un choix. On ne ſe partagea dans les avis que pour ſçavoir d'un côté, ſi la donation univerſelle tenoit lieu d'élection & de l'autre, ſi l'élection qui en pouvoit reſulter n'étoit pas devenuë caduque par le predecès de celui qui avoit été choiſi.

EXAMEN DE LA QUESTION par rapport aux Donations.

I. *DANS les Donations faites à un Donataire present & acceptant, le Donateur n'a point le droit d'élire après le decès du Donataire entre les Enfans qui sont nés de lui & qui lui ont succedé.*

II. *En doit-il être de même des Donations faites aux Enfans à naître, lorsque les Enfans du premier degré qu'elles regardoient, decedent avant le Donateur, laissant au monde des petits-fils ?*

III. *Si les Donations de cette espéce saisissent les Enfans au moment de leur naissance, ou si elles ne les saisissent qu'au temps qui a été marqué pour leur execution.*

IV. *Raisons qui établissent qu'elles sont comme des dispositions de derniere volonté qui n'attribuent de droit qu'après l'évenement du terme & de la condition.*

V. *Que c'est sur ce principe général que roule toute la Jurisprudence établie dans cette matiére.*

VI. *Doctrine des Auteurs qui l'ont pensé & decidé de même.*

VII. *Arrêt qui a jugé que dans ces sortes de Donations les Enfans qui decedent après le Donateur, mais avant l'accompliſſement de la condition apposée à la Donation, ne transmettent rien à leurs Successeurs.*

VIII. *Conclusion tirée de ces principes que le petits-fils en défaut de leur Pere, ne succedent point à ces Donations du chef du Pere qui n'avoit rien acquis, mais qu'ils sont admis de leur propre chef, par une transmission privilegiée, telle que dans les Fidéicommis Testamentaires & dans les institutions contractuelles.*

IX. *La transmission est pourtant plus avantageuse dans les Donations faites par Contrat de mariage que dans les Fidéicommis Testamentaires, en ce qu'elle fait admettre les petits-fils au préjudice même de leurs Oncles ou en concours avec eux.*

X. *Raisons de cette difference.*

XI. *Que la faculté doit avoir lieu entre les petits-fils qui succedent aux Donations dont-il s'agit, en défaut des Enfans du premier degré.*

I. SI la Donation a été faite à un Donataire preſent & acceptant, tout le monde convient que le Donateur n'acquiert point par le predecès du Donataire la liberté de choiſir entre les Enfans qui ſont nés de lui & qui lui ont ſuccedé. En effet, les Biens ont été acquis au Donataire ; les Enfans les ont trouvés dans ſon Patrimoine ; il n'eſt donc permis au Donateur de priver aucun d'eux d'une portion qui leur eſt acquiſe par la voye legitime de la ſucceſſion. C'eſt ainſi que la Queſtion a été jugée par un Arrêt du premier Mars 1731. que M. Furgole rapporte ſur l'Article XIII. de l'Ordonnance de 1731.

II. Mais en ſera-t'il de même des Donations faites à des Enfans à naître ? Et s'ils viennent à deceder, le Donateur aura-t'il la faculté d'élire entre les petits-fils ? L'idée commune eſt que ces ſortes de Donations quoique faites à des Donataires qui n'exiſtant point encore, n'ont pû ni les connoître, ni les accepter, ont pourtant tout le caractere de diſpoſitions contractuelles ; qu'elles ſaiſiſſent les Enfans, qu'elles forment un droit certain en leurs perſonnes, enfin qu'elles les rendent veritablement Donataires. Et dans cette idée les petits-fils recevroient les Biens de la main de leur Pere par la voyede la Succeſſion, ce qui interdiroit toute faculté d'élire au Donateur.

III. Mais quelque reçuë que ſoit cette maniere de penſer, elle m'a toûjours paru directement contraire à la nature des Diſpoſitions dont s'agit, & je croi que ces Donations n'ont le caractere de Donations entre-vifs que vis-à-vis du Donateur, pour lui interdire la liberté de diſpoſer des Biens autrement qu'il ne l'a deſtiné par le Contrat de mariage ; mais que pour ce qui concerne les Enfans, elles ſont de pures Donations à cauſe de mort, qui ne leur donnent de droit qu'au tems précis que le Donateur a marqué. C'eſt ce qui s'établit également, ſoit par les principes généraux du Droit, ſoit par l'eſprit de la Juriſprudence Françoiſe.

IV. Quelle eſt en effet la raiſon pour laquelle les diſpoſi-

tions portées par les Codicilles & les Teſtamens ne donnent de droit qu'après l'écheance de la condition ou du terme que le Teſtateur a poſés , au lieu que les Diſpoſitions contractuelles ſaiſiſſent incontinent & ſans attendre que la condition ou le terme ſoient échus. Il ne faut pas penſer que cette difference vienne de la nature même des Actes , elle eſt uniquement fondée ſur la differente maniere dont les choſes s'y traitent. Les Contrats ſe forment par le concours de deux Parties , dont l'une accepte , tandis que l'autre promet. Ainſi par la force de cette ſtipulation la Partie intereſſée doit acquerir dabord un commencement de droit ſur ce qui lui eſt promis , elle realiſe ſoudain l'eſperance que l'autre a bien voulu lui donner. Mais il en eſt autrement des Codicilles ou des Teſtamens où toute la ſubſtance des diſpoſitions reſide purement dans la volonté de celui qui diſpoſe ; car de-là que les Heritiers ou les Legataires n'ont rien à raiſon d'eux-même , qu'ils tirent tout de la volonté du Teſtateur , il s'enſuit neceſſairement qu'il ne peut y avoir pour eux de droit acquis qu'à l'inſtant précis où cette volonté deſcend & ſe porte pour ainſi dire vers eux , par l'accompliſſement de la condition ou l'écheance du terme qui l'a tenoient ſuſpenduë. Telle eſt la raiſon de la difference entre les Contrats & les Teſtamens ; & cette difference , comme on voit , ne derive nullement de la nature même des Actes , elle n'eſt fondée que ſur la difference de l'ordre qui y regne. De ſorte que s'il arrive que les Contrats prenant la nature des Teſtamens , on y admette des Diſpoſitions qui ne ſoient fondées que ſur la volonté de celui qui s'oblige ou qui promet , il s'enſuivra , dans ce genre irregulier de Contrat , que les Diſpoſitions ainſi que dans les Teſtamens n'auront la vertu de ſaiſir ceux au profit de qui elles ſont faites que lorſque le temps preſcrit par la volonté ſera écheu.

V. Or ce que les Romains n'avoient admis que dans les Teſtamens , ſe trouve autoriſé parmi nous dans les Contrats de mariage. On y admet des Diſpoſitions où celui qui donne , fait tout par le mouvement de ſa volonté. On y donne à des

Enfans qui n'exiſtant point encore ne peuvent ni connoître ni accepter. Enfin le Donateur n'eſt lié que par ſon propre ſuffrage, & il eſt tel qu'un Teſtateur qui diſpoſe ſeul dans un Teſtament ou un Codicille. Il eſt vrai qu'il y a cette difference, que la Donation eſt irrevocable par le privilege du Contrat, au lieu que les Diſpoſitions Teſtamentaires peuvent être revoquées. Mais cette difference ne change rien, & pour s'en convaincre, il n'y a qu'à faire attention qu'encore que les Diſpoſitions Teſtamentaires deviennent pareillement irrevocables par la mort du Teſtateur, elles ne ſaiſiſſent pas mieux les Heritiers & les Legataires, juſqu'après l'échéance du terme ou de la condition. Ainſi puiſque les Donations faites aux Enfans à naître, ſont de même nature que les Diſpoſitions Teſtamentaires, c'eſt-à-dire, que les unes & les autres ne conſiſtent également que dans la ſeule volonté de celui qui diſpoſe, il s'enſuit que l'effet des unes & des autres doit ſe regler ſur les mêmes principes, que le droit n'y doit être acquis qu'au temps qui a été marqué dans le Teſtament ou dans le Contrat.

VI. Tel eſt l'eſprit de la Juriſprudence Françoiſe. Car ne décide-t'on pas conſtament d'un côté, que ces ſortes de Donations deviennent caduques par le predecès des Enfans; & de l'autre, que le predecès des uns fait accroître les Biens à ceux qui ſurvivent? Or cette caducité & cet accroiſſement ſuppoſent d'une maniere bien ſenſible que les Enfans n'avoient encore rien acquis. Autrement leur mort n'auroit point l'effet de rendre les biens libres dans les mains du Donateur, ou d'en enrichir les freres ſurvivans : elle feroit paſſer leur portion à leurs Heritiers. On voit en effet que le Docteur Fernand a été reduit d'en venir à cette extremité, lorſqu'il a voulu ſoûtenir dans ſon Traité des Inſtitutions contractelles, *chap.* 10. *n.* 5. que les Donations & Subſtitutions contractuelles ſaiſiſſoient dabord les Enfans.

VII. Enfin c'eſt ainſi que la nature des Donations dont il s'agit a été expliquée par deux Auteurs bien recommandables. Valla *de Rebus dubiis*, Traité ſecond ſur la fin, enſeigne

en termes exprès ce que j'ay dit au commencement, que les Donations dont il s'agit, ne ſont conſiderées comme des Donations entre-vifs, que par l'irrevocabilité qui les affranchit de l'inconſtance du Donateur, mais que par rapport aux Enfans, elles ſe reduiſent en vrayes Donations à cauſe de mort, & ne ſaiſiſſent que ceux qui ſe trouvent en état au temps du décès. *Suſtinetur autem iſta donatio in perſonâ eorum liberorum qui patri ſupervixerunt, quaſi mortis cauſâ facta ſit.* Mr. Cujas tient le même langage dans ſa Conſultation 58. Il ne comprend pas que la Donation puiſſe prendre le caractere de Donation entre-vifs en la perſonne d'un fils qui n'eſt point encore & qui n'a pas peu l'accepter ; elle eſt donc, dit-il, à ſon égard une pure Donation à cauſe de mort, & la mort eſt le ſeul temps qui lui défere quelque droit. *Dicebam non eſſe donationem inter vivos quæ facta eſt ei qui in rebus humanis nondum eſſet ; & quamvis filio nondum concepto donari poſſit exemplo inſtitutionis, tamen effectum donatio non habet antequam naſcatur . . . . & vires accipiat ex morte patris.* On trouve enfin les mêmes principes repandus & developpés dans Fontanella *de pact. nupt. Clauſ.* 4. *Gloſ.* 9. *n.* 18. *& ſuivans.* Dans Molina *De primogen. hiſp. liv.* 1. *chap.* 12. Dans Gregorius Toloſanus *In ſuo ſyntagmate Juris, liv.* 41. *cap.* 7. *n.* 17. Et Fernand lui-même au Traité cité, *cap.* 9. *n.* 2. ſemble avoir abandonné ſes premiers principes, puiſqu'il déclare que les Donations de cette eſpece ne ſont pas ſuſpenduës ſeulement pour l'execution, mais auſſi pour la ſubſtance de la diſpoſition. *Mortuo patre effectum dumtaxat habet & executionem.* Voilà qui regarde l'execution. Mais Fernand ajoûte, *nec vires habent niſi poſt mortem.* Et voilà qui denote ſenſiblement que la ſubſtance de la diſpoſition eſt ſuſpenduë.

VIII. A toutes ces autorités ſe joint celle d'un Arrêt celebre de l'année 1679. qui eſt rapporté par M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 27. Un Pere fait une Donation par ſon Contrat de mariage à l'un des Enfans qui ſeroit nommé par lui ou par ſon Epouſe, & en défaut d'élection, il ordonne d'avance que les Biens appartiennent à l'aîné. Le Pere ne fait aucun choix, & la Femme après lui meurt pareillement ſans avoir

élû. C'étoit là le cas auquel la Donation avoit été deſtinée à l'aîné. L'aîné ayant encouru la mort civile avec confiſcation des Biens dans l'intervalle du décès du Pere à celui de la Mere, Mr. le Procureur général pretendit que le Fiſc en qualité de ſucceſſeur de ce Fils, devoit être maintenu dans les Biens donnés. La Queſtion n'auroit point été ſuſceptible de doute en ſuppoſant qu'il fût vrai que les Donations à un Enfant à naître ſoient de la nature des ſtipulations, qui quoique ſuſpenduës par un terme incertain, ou par une condition, ſaiſiſſent incontinent & ſans délai ceux en faveur de qui elles ſont faites. Mr. le Procureur général auroit juſtement ſoûtenu que la Donation avoit ſaiſi d'avance l'aîné, que l'eſperance lui en avoit été acquiſe, qu'elle avoit fait partie de ſon Patrimoine, qu'ainſi elle étoit paſſée au Fiſc avec le reſte de ſes Biens. La pretention de Mr. le Procureur général paroiſſoit même d'autant plus raiſonnable que lors de la mort du Pere Donateur, l'aîné joüiſſoit encore de ſa capacité; & l'on pouvoit douter ſi l'intention du Pere n'avoit pas été de rendre la Donation preſente en faveur de l'aîné au moment précis de ſon décès, en permettant ſeulement à la Mere de le dépoüiller après coup par un choix contraire. Mais l'Arrêt n'en jugea pas de même. On jugea qu'aux termes du Contrat la Donation avoit dû être ſuſpenduë juſqu'au temps du décès de la Mere, & que tant qu'elle avoit reſté ſuſpenduë, nul des Enfans n'avoit été ſaiſi d'aucun droit; enfin que le droit ne s'étoit determiné qu'au moment que le Pere avoit marqué pour l'accompliſſement de la Donation. Ainſi la demande du Fiſc fut rejettée & ſans avoir égard à la perſonne de l'aîné qui avoit, pour ainſi dire, ceſſé d'être avant que la Donation ne fût échuë, les Biens furent déferés à l'aîné de ceux qui ſe trouverent capables lors du décès de la Mere.

IX. Après avoir ainſi prouvé que les Donations dont il s'agit ne ſaiſiſſent point, il s'enſuit par une conſequence bien naturelle que lorſqu'en défaut des Enfans on admet les petits-fils à recuëillir les Biens donnés, ce n'eſt nullement par les regles d'une tranſmiſſion réelle & proprement dite; qu'on ne les admet

point du chef de leurs Peres qui n'ont jamais rien acquis qu'ils ayent été en état de tranſmettre ; enfin qu'on les admet de leur propre chef , de la même maniere qu'ils ſont admis dans les Inſtitutions contractuelles ou dans les Fidéicommis teſtamentaires. Mais s'il en eſt ainſi , dira-t'on , pourquoi la Succeſſion des petits-fils , dans ces Donations , eſt-elle plus avantageuſe que dans les Fidéicommis teſtamentaires ? Car dans les Fidéicommis teſtamentaires , les petit-fils ne ſont admis qu'autant qu'il ne ſe trouve point d'Enfans du premier degré qui ſoient capables de ſucceder ſans le ſecours de cette tranſmiſſion privilegiée ; au lieu que dans les Donations ou les Subſtitutions contractuelles , les Arrêts ont decidé que les néveux concourent avec leurs Oncles , ou leur ſont même preferés. Ainſi M. de Catellan , *liv.* 2. *chap.* 15. rapporte un Arrêt rendu en la premiére Chambre des Enquêtes le 31. Mars 1631. qui jugea que les Enfans de l'aînée predecedée devoient recueïllir la Donation faite à l'aîné preferablement à une ſeconde fille qui avoit ſurvêcu à ſon Pere. Ainſi par un autre Arrêt rendu en l'année 1655. rapporté par Albert , *lett. T. chap.* 53. dans une Donation qui avoit été faite aux mâles & puis aux filles , les petites-filles nées des mâles , obtinrent la préference ſur leurs Tantes filles du Donateur. Et telle eſt auſſi la déciſion de M. de Cambolas , *liv.* 2. *chap.* 10. qui l'a emprunté de Fernand au Chapitre 10. de ſon Traité des Inſtitutions contractuelles , *n.* 9.

X. La raiſon de la difference eſt belle & ſubtile. Elle nous eſt expliquée par Lebrun des Succeſſions , *liv.* 3. *chap.* 2. *n.* 36. elle eſt priſe de la difference des vûës qui regnent dans les Contrats de mariage & dans les Teſtamens. Comme les Contrats de mariage ſont le fondement d'une alliance de laquelle on eſpere une longue poſterité , on preſume dans les diſpoſitions qui y ſont faites en faveur des Enfans , qu'on a moins eu en vûë les Enfans eux-mêmes que les branches dont ils doivent être les chefs. Mais il n'en eſt pas ainſi des Teſtamens qui n'ont pas le même rapport à l'établiſſement de la Famille : un Pere eſt cenſé ne s'y occuper que de ceux qu'il appelle expreſſement ;

expreſſement ; il eſt cenſé n'enviſager qu'eux ſeuls dans l'ordre de ſucceſſion qu'il preſcrit. En un mot, les Diſpoſitions des Contrats de mariages ſont cenſées affecter la branche ; au lieu que celles des Teſtamens ſont limitées aux perſonnes. Et de-là cette difference que dans les Contrats de mariage les petits-fils ſont naturellement appellés à la même préference qui avoit été deſtinée à ceux qu'ils repreſentent ; au lieu que dans les Teſtamens où la préference eſt bornée aux perſonnes, les petits-fils n'ont aucun droit pour s'appliquer cette preference ; & c'eſt bien aſſés que par un privilege ſingulier, on ſupplée d'office un ſecond degré en leur faveur dans le cas du décès de tous les Enfans du premier degré.

XI. On demandera peut-être à quoi doit aboutir cette vaſte diſſertation. Mais eſt-il bien difficile de le penetrer ? Et s'il eſt vrai que dans les Donations dont il s'agit, la ſucceſſion à laquelle les petits-fils ſont admis en défaut du pere, ne ſoit point le fruit d'une tranſmiſſion réelle & veritable, mais que les petits-fils ſuccedent de leur propre chef par une diſpoſition tacite que l'on ſous-entend en leur faveur ; n'eſt-il pas ſenſible que l'execution de cette volonté tacite qui les affecte vaguement, ſous la qualité collective d'Enfans, doit être la même qu'on a déja repreſentée pour les Inſtitutions contractuelles & les Fidéicommis teſtamentaires, c'eſt-à-dire, qu'elle doit les ſoumettre à la faculté d'élire ?

SIXIE'ME QUESTION.

Si les Diſpoſitions qui ſont faites au ſingulier en faveur du Fils legitime & naturel du Donateur ou de l'Heritier, ſont reputées collectives pour tous les Enfans, en ſorte qu'elles donnent pareillement ouverture au droit d'élire.

I. *SENTIMENT de Guy-pape ſur cette Queſtion que tous les Enfans ſont cenſés appellés.*

II. *Exception de cet Auteur dans le cas que le Fils a été appellé ſous la qualité de mâle & chargé de porter le Nom & les Armes.*

III. *Arrêt du Senat de Catalogne en faveur de tous les Enfans.*

IV. *Raiſons qui ſemblent devoir faire reſtraindre de pareilles diſpoſitions à la perſonne de l'aîné.*

V. *Suite des raiſons qui favoriſent la cauſe de l'aîné.*

VI. *Reponſe aux Loix que Guy-pape & ſes adherans employent pour le ſoutien de leur opinion.*

I. LA Queſtion a été traitée par Guy-pape dans une eſpéce où la Donation avoit été accompagnée de la charge de porter le Nom & les Armes ; & d'abord cet Auteur decide que regulierement tous les Enfans ſont cenſés appellés ſous le mot ſingulier de fils. *Videtur quod ambo liberi debeant admitti ad dicta bona poſtquam duo reperiuntur filii, ita quod ſingularitas in pluralitatem reſolvatur.* Il ſe fonde ſur deux Loix, dont la premiere porte qu'un Pere qui donne un Tuteur à ſon fils,

eſt cenſé le donner à tous ; & la ſeconde, que lorſqu'un Pere a fait un Legs par ſon Teſtament au fils ou à la fille qui pourroit naître de lui, tous les Enfans qu'il met au monde ſont reçus à demander un Legs égal, à moins qu'il ne paroiſſe clairement que ſon deſſein a été de ne donner qu'àun. *Niſi evidens ſit contraria Teſtatoris voluntas.*

II. C'eſt de l'exception portée par les derniers termes de cette Loi que Guy-pape tire ſa déciſion pour l'eſpece particuliere qui lui étoit propoſée. Le Donateur avoit impoſé la charge de porter ſon Nom & ſes Armes, & il avoit joint la qualité de mâle à celle de fils. Or, dit-il, la qualification de mâle jointe à la charge de porter le Nom & les Armes, donne clairement à connoître que ſous ce Nom de fils, le Pere n'a entendu appeller que le premier Enfant qui naîtroit de lui. *Attamen conſideratâ voluntate Teſtatoris qui voluit dictum proprium filium arma ſua & cognomen portare debere, eſt veriſimile ipſum teſtatorem intellexiſſe de unico tantum, & ita de primogenito.* La Doctrine de Guy-pape a été ſuivie par Ferriere & Matheus ſes Commentateurs par Benedicti ſur le Chapitre Raynutius *in verbo in Eod. Teſt. ſect.* 1. *n.* 174. *& in verb. de Clera. n.* 46. par Tiraquau *in Tract. de jure prim. queſt.* 64. par Bretonnier ſur Henrys, *Tom.* 3. *liv.* 5. *queſt.* 117. qui tous decident qu'il n'y a que la double conſideration de la qualification des mâles, & de la charge de porter le Nom & les Armes qui puiſſent faire limiter en ce cas la Diſpoſition à la perſonne de l'aîné.

III. Le Docteur Fontanella en ſon Traité *de pact. nupt. clauſ.* 4. *Gloſ.* 9. *pag.* 5. *n.* 7. dit auſſi que la Queſtion ſe preſenta de ſon temps au Senat de Catalogne. Il s'agiſſoit d'une Donation faite par Contrat de Mariage au fils ou à la fille qui en proviendroit. La Diſpoſition étoit au ſingulier ; & l'Arrêt ne laiſſa pas de juger qu'elle ſe rapportoit à tous les Enfans.

IV. Ainſi l'autorité des Arrêts ſe joint ici à la Doctrine des Auteurs ; & cette Doctrine eſt ſi generalement reçuë, que je n'oſerois la combattre de front. Mais pour ne pas trahir entierement ma penſée, ne ſemble-t'il pas que lorſqu'on a declaré que de pareilles Diſpoſitions étoient cenſées embraſſer tous les

Enfans, on n'a pas trop cherché à penetrer dans le cœur humain, ni trop refléchi sur les vûës que peut avoir un Pere qui parle *de son fils* au singulier ? Le Pere Donateur n'ignoroit pas qu'il pouvoit naître de lui plusieurs Enfans ; mais dans le nombre, il en distingue un à qui il donne d'une maniere plus éminente le Nom & le titre de Fils, & ce sentiment là ne designe-t'il pas ouvertement l'aîné qui est reputé le fils par excellence ?

V. D'ailleurs la Loi 17. §. 1. *ff. de Leg.* 1. nous enseigne que les Dispositions dont il s'agit sont également susceptibles de deux sens qui dependent de la presomption de la volonté, & que suivant la determination de la volonté on peut, ou les entendre de tous les Enfans, ou les borner à la personne du premier qui est saisi dans l'ordre de la naissance. C'est pour cela qu'elle dit que tous les Enfans ne demeurent appellés qu'autant que la volonté ne paroît pas contraire, *Nisi evidens sit contraria voluntas Testatoris.* Or que faut-il autre chose pour établir ici que le Pere n'a point entendu affecter tous les Enfans, que l'usage constant de toutes les Familles de rapporter aux aînés les Donations qui se font dans les Contrats de mariage. On fait alors par le Contrat de mariage ce qu'on auroit fait dans la suite par son Testament ; on regle l'état de la Succession, l'on se destine d'avance un heritier ; & ce titre d'heritier n'est-il pas dans les vœux de tous les Peres le prix de la Primogeniture & l'appanage du premier né ? Enfin on peut dire que si-tôt qu'il naît un fils au Donateur ou à l'Heritier, la Disposition trouvant desormais un sujet auquel elle s'applique, se porte naturellement vers lui, elle reçoit desors une determination certaine ; & dans cet état, il ne faut plus s'occuper s'il naît encore d'autres Enfans.

VI. A l'égard des deux exemples que Guy-pape employe pour autoriser son avis, je ne crois pas qu'on en doive être beaucoup touché. La dation de la Tutele est une chose indifferente ; & le Pere n'avoit point des raisons pour distinguer l'aîné à cet égard d'avec ses autres Enfans ; au lieu qu'il s'agit ici d'une Donation anticipée sur laquelle les aînés ont, pour ainsi dire, un droit naturel de preference. L'exemple du

Legs mentionné dans la Loi 17. §. 1. *ff. de Leg.* 1. n'a guere rien de plus déciſif & de plus frappant. C'étoit un Legs legitimaire que le Pere devoit également à tous ſes Enfans. Il étoit donc naturel de penſer, malgré le terme de fils ou de fille qu'il avoit employé, que ſon deſſein avoit été de pourvoir également à la legitime de tous les Enfans qui naîtroient de lui ? Ainſi je pancherois beaucoup à croire que Guy-pape & ceux qui ſont venus après lui, ont donné des bornes trop étroites à leur opinion, lorſqu'ils ont exigé la double circonſtance de la qualité de mâle apoſée dans le Contrat, & de la charge de porter le Nom & les Armes, pour attacher les Diſpoſitions dont il s'agit à la perſonne de l'aîné : & que dans tous les cas l'aîné eſt le ſeul qui doive être admis à les recuëillir, de ſorte qu'il n'y a point de choix à attendre de la part du Pere.

SEPTIE'ME QUESTION.

Si la faculté d'élire a lieu dans les Diſpoſitions qui appellent alternativement pluſieurs Perſonnes, & ſi elle doit avoir lieu encore, lorſqu'après avoir déferé conjointement les Biens à pluſieurs, on ajoûte ces mots, *ou à l'un d'eux.*

I. *DISPOSITION de la Loi* 2. Cod. de verborum ſign. *qui ordonne que tous ſoient admis en concours.*

II. *Exception dans le cas qu'il ſe trouve une ſubordination de degré ou de faveur entre les perſonnes.*

III. *Que le concours n'a lieu qu'entre perſonnes égales, ou lorſque le Teſtateur en les nommant a interverti l'ordre naturel de la ſubordination.*

IV. *Si cet ordre de ſubordination doit avoir lieu lorſque l'heritier a été chargé de diſpoſer en faveur du Pere ou des Enfans.*

V. *Diſpoſition des anciennes Loix qui interpretoient la clauſe* ou à l'un d'eux, *dans le ſens d'une Subſtitution vulgaire ſans y attacher aucune faculté d'élire.*

VI. *Que la diſpoſition de ces Loix eſt fondée ſur des principes propres à l'ancien Droit.*

VII. *Changemens dans la Juriſprudence Romaine qui doivent aujourd'hui faire operer un droit d'élire à la clauſe dont il s'agit.*

I. LA premiere des deux Queſtions qui viennent d'être propoſée a été une ſource de diſſenſions entre les anciens Juriſconſultes. L'Empereur Juſtinien dans la Loi 4. *Cod. de verb. ſign.* rapporte quels étoient leurs ſentimens. Les uns

laiſſoient à l'Heritier la faculté d'élire. Les autres l'a lui refuſoient. Et parmi ceux-ci, il y en avoit qui detruiſant la nature de l'alternative, admettoient en concours tous ceux qui avoient été nommés, tandis que les autres n'admettoient que le premier nommé ou le dernier, ou celui qui auroit prevenu dans la poſſeſſion des Biens. L'Empereur Juſtinien a fini cette eſpéce de Guerre civile qui avoit ſi long-tems duré dans la Juriſprudence, en ordonnant que ſoit qu'il fût queſtion d'une inſtitution d'Heritier d'un Legs ou d'un Fidéicommis, les Biens ſeroient également livrés à tous ceux qui ont été compris dans la Diſpoſition.

II. La déciſion de cette Loi a reçu néanmoins une modification qui trouve ſon origine dans les anciennes Loix, mais qui eſt encore plus fondée dans la volonté dont la connoiſſance forme la Loi la plus legitime en matiere de Teſtamens. On examine quelle eſt la condition de ceux qui ſont renfermés dans la Diſpoſition, & s'il n'y a point entre eux quelque ſubordination que le Teſtateur ſoit cenſé avoir prétendu conſerver dans l'ordre qu'il a gardé en les nommant, ſubordination qui ne ſe tire pas ſeulement de la difference des degrès, mais même de la ſimple difference de qualité entre les perſonnes. Ainſi, lorſqu'on appelle *le Pere ou ſes Enfans*, *l'aîné ou les cadets*, *les mâles ou les filles*, il n'y aura dans ce cas ni concours ni élection; mais le Pere, l'aîné, & les mâles, ſont admis par preference, en ſorte qu'il n'y a que leur predecès qui puiſſe donner lieu d'admettre les Enfans, les filles, ou les cadets. Le Pere eſt cenſé avoir été plus cheri que ſes Enfans, parce qu'il étoit plus proche; & pour ce qui eſt de l'aîné & des cadets, des mâles & des filles, quoique leur degré ſoit le même, la difference de leur qualité fait juſtement preſumer que le Teſtateur ne les a pas tous enviſagés du même œil. Tels ſont les exemples les plus ordinaires de la double ſubordination qui naît de la difference de degrés ou de qualité. Et l'on trouve en effet cette double ſubordination formellement recommandée dans la celebre Loi 57. §. dernier, *ff. ad Treb. ſen.* & dans la Loi 77. §. 32. *ff. de Leg.* 2. Une femme eſt chargée par ſon

mari de rendre à leurs Enfans ou aux petits-fils, aux Parens de l'agnation ou aux Cognats. Il ne faut pas presumer, dit le Jurisconsulte, que l'alternative ait été apposée pour laisser la liberté à la femme de porter les Biens où elle jugera à propos. Le Testateur n'a fait que lui marquer l'ordre qu'elle devoit suivre dans la restitution, en sorte que les petits-fils n'ont rien à pretendre qu'en défaut des Enfans du premier degré, & les Cognats qu'en défaut des parens de l'agnation. La preference des Enfans est fondée sur le degré; à l'égard des Agnats & des Cognats dont le degré peut fort bien se trouver le même, la preference naît de la qualité.

III. Le Docteur Fontanella dans son Traité *de pact. nup. clauſ.* 4. *Gloſ.* 23. *n.* 20. & suivans, propose à ce sujet une espece particuliere que j'ai vû revivre dans une Consultation composée de trois celebres Avocats. Il s'agissoit de sçavoir si l'Heritier est assujetti à suivre l'ordre des personnes, lorsque le Testateur s'est expliqué en des termes qui semblent le rendre l'Arbitre du Fidéicommis; par exemple, lorsque au lieu de le charger de rendre au Pere ou aux Enfans, il dit simplement qu'il le charge de disposer en faveur du Pere ou des Enfans. Il semble dabord qu'un Heritier à qui il est permis de disposer, soit d'une condition plus avantageuse que celui qui est grevé d'une Substitution absoluë; l'Heritier n'est dans ce dernier cas que le Ministre & l'executeur d'un Fidéicommis déja établi & reglé; mais ce mot *de disposer* laisse quelque chose à la volonté, & semble par consequent devoir donner la liberté à l'Heritier de resoudre & determiner l'ordre de la restitution entre les appellés. En effet quelle Disposition y auroit-il de sa part, s'il ne lui restoit que de se prêter passivement à une simple restitution où la volonté ne tient aucun rang? Mais Fontanella n'est point ébranlé par toutes ces raisons, & plus attaché à la volonté qu'aux termes équivoques dont le Testateur a pû ne pas prevoir l'effet, il decide que l'Heritier qui a été chargé de disposer en faveur du Pere ou des Enfans, n'est pas moins astraint à suivre l'ordre des degrés, que s'il avoit été chargé d'une Substitution absoluë. La charge de dis-

poser

poſer n'eſt ſelon lui qu'une ſimple charge de rendre. *Gravatus diſponere idem eſt ac ſi gravatus eſſet relinquere.* Elle ſuppoſe les mêmes vûës dans le Teſtateur, les mêmes obligations en la perſonne de l'Heritier, le même ordre dans l'execution ; & c'eſt en effet ainſi que la Queſtion fut determinée dans la Conſultation dont il vient d'être parlé.

IV. Quel eſt donc le cas auquel doit avoir lieu le concours que la Loi 4. *de verb. ſign.* a établi entre ceux qui ont été compris dans la Diſpoſition ? C'eſt lorſque la Diſpoſition regarde des perſonnes égales ſoit pour le degré ſoit pour la qualité ; en ſorte que l'on ne puiſſe point preſumer que l'ordre dans lequel elles ont été nommées ſoit parti d'une difference d'affection de la part du Teſtateur. Les Docteurs propoſent encore un autre cas, lorſque le Teſtateur, en nommant le Pere ou les Enfans, l'aîné ou les cadets, les mâles ou les filles, a interverti l'ordre de l'affection ou du degré, ou n'a ſuivi pour mieux dire aucun ordre. C'eſt alors une preuve qu'il les a tous conſiderés à raiſon d'eux-même, & ſans aucun rapport à leur qualité ou à leur degré. Ainſi toute ſubordination ceſſe, & leur condition devenant égale, ils doivent être admis en concours.

V. La Queſtion devient plus difficile, quand l'Heritier a été chargé de donner ou rendre à pluſieurs, *ou à l'un d'entre eux.* Car ne ſemble-t'il pas que cette clauſe ne puiſſe avoir d'autre objet, que de temperer la premiere Diſpoſition qui confondoit tous les appellés, & de laiſſer le droit à l'Heritier d'avantager l'un preferablement aux autres ? Nous avons néanmoins une foule des Loix qui ont decidé le contraire. Elles déclarent que tout l'effet de la Clauſe dont il s'agit, eſt d'établir une Subſtitution vulgaire entre les appellés, & faire que le ſurvivant ſoit admis à tout recueillir, dans le cas que les autres decederont avant que d'avoir reçu leurs portions. C'eſt ainſi que la Loi 57. §. dernier, *ff. ad Treb.* l'a decidé à l'égard d'une femme chargée de rendre à ſes Enfans, *ou à l'un d'entre eux.* Il n'y a point, dit cette Loi, de choix à faire de la part de la Mere, tous les Enfans ſont fixement appellés,

& ces mots *ou à l'un d'entre eux*, ne ſont cenſés avoir été écrits que pour introduire une Subſtitution vulgaire dans le Fidéicommis. *Reſpondi ſubſtitutionem Fideicommiſſi factam videri.* Les Loix 24. & 25. *ff. de hæred inſt.* le décident de même dans le cas d'une inſtitution de pluſieurs heritiers, *ou de l'un d'entre eux.* Mais comme ce qui eſt decidé pour l'inſtitution de deux Heritiers, n'auroit point tiré à conſequence, parce qu'il ne ſe trouve point dans cette eſpéce d'Executeur & de Miniſtre qui pût être chargé du choix, la Loi ſuivante conforme en ce point à la Loi 81. §. 8. *ff. de Leg* 1. ajoûte qu'il en eſt de même dans les Legs & dans les Fidéicommis.

VI. Voilà des déciſions bien formelles & biens ſoûtenuës parmi les Juriſconſultes Romains. Je doute néanmoins que l'on s'y arrêtât parmi nous, & qu'aujourd'hui un Heritier qui auroit été chargé de rendre à pluſieurs, *ou à l'un d'entre eux*, ne fût point admis à faire un choix. La raiſon de la difference vient des changemens qui ſont intervenus dans la Juriſprudence Romaine. Aux termes de l'ancien Droit, la clauſe dont il s'agit avoit deux effets à produire qui en rempliſſoient aſſés l'étenduë, ſans que l'on y attachât encore une faculté d'élire en faveur de l'Heritier. Le premier de ces effets étoit de prevenir la rigueur des Loix caduquaires, qui ſans avoir égard au Droit d'accroiſſement déferoit au Fiſc toutes les portions que le décès des Collegataires rendoient vacantes. Le ſecond étoit de conſerver en la Perſonne du ſurvivant les charges que le Teſtateur avoit impoſées aux Heritiers ou Legataires predecedés; car il n'y avoit que la Subſtitution vulgaire qui operât ce tranſport des charges, & le droit d'accroiſſement, avant qu'il eût été aboli par les Loix Caduquaires n'avoient point la même vertu. Ainſi tant que les choſes ont reſté dans cet état, la clauſe dont il s'agit étoit neceſſaire ſoit pour conſerver au ſurvivant des Collegataires les portions de ceux qui predecederoient, ſoit pour le ſoumettre, en lui conſervant ces portions, à ſupporter les charges qui y avoient été attachés; & de-là vient qu'on preſumoit dans le doute que le Teſtateur en diſant qu'il donnoit à tous, *ou à l'un d'entre eux*,

n'avoit eu d'autre objet que d'établir une Subſtitution vulgaire qui pût aſſurer ces deux effets.

VII. Mais aujourd'hui les choſes ont bien changé de face. Il ne reſte plus de Loix caduquaires à prevenir ou à éluder, le droit d'accroiſſement a été retabli dans ſa premiere force ; & de plus par les dernieres Loix ce droit a été égalé à la Subſtitution en ce qui concerne le tranſport des charges, de l'un des Coheritiers ou des Collegataires à l'autre. Peut-on donc penſer deſormais que le Teſtateur, en appoſant la clauſe *ou à l'un d'eux*, ait eu en vûë d'établir une Subſtitution indifferente, & qui n'ajoûteroit rien à ce que la Loi ou la ſeule forme de la Diſpoſition introduiſent d'office entre les appellés ? Il faut donc trouver un autre ſens à cette clauſe pour ne pas la laiſſer vuide, inutile & ſans objet. Et quel autre ſens y a-t'il que de dire que le Teſtateur a entendu temperer cette Diſpoſition abſoluë qui auroit produit un concours entre les Collegataires & les Subſtituez, en laiſſant la liberté à ſon Heritier d'honorer l'un à l'excluſion des autres ?

PROCE'S CELEBRE,

Dans lequel la plûpart des Queſtions précedentes ont été agitées.

I. II. III. IV. *EXPOSITION du fait qui y donna lieu, & de la clauſe de la Subſtitution.*

V. *Raiſons pour ſoûtenir l'élection.*

VI. *Premiere raiſon. Que par le Droit la faculté d'élire a lieu dans les Fidéicommis collectif, tant en Ligne collaterale qu'en Ligne directe.*

VII. *Seconde raiſon. Que la volonté preſumée du Teſtateur étoit pareillement en faveur de l'élection.*

VIII. *Troiſiéme raiſon. Que le Teſtament en renfermoit une diſpoſition expreſſe.*

IX. *Raiſons au contraire pour debattre l'élection.*

X. *Reponſe à ce qui étoit objecté au ſujet du Droit commun établi dans les Subſtitutions collectives.*

XI. *Reponſe aux preſomptions de volonté qui étoient oppoſés.*

XII. *Reponſe aux clauſes deſquelles on pretendoit induire une Diſpoſition expreſſe.*

XIII. *Arrêt qui rejette l'élection.*

IV. *Quel eſt le motif qui peut y avoir donné lieu.*

I. IL y a eu il n'y a pas long-tems un Procès celebre en la Premiere Chambre des Enquêtes au rapport de Mr. de Senaux, dans lequel la plûpart des Queſtions qui peuvent ſe preſenter touchant les cas auſquels la faculté d'élire a lieu, ont été diſcutées. Voici l'eſpéce. Geraud de Segui I. par ſon Teſtament du 3. Juin 1648. inſtituë *Denis* ſon fils à la charge de rendre les Biens à l'un de ſes Enfans mâles. Denis n'eut que deux mâles, *Geraud* II. & *Dominique*. Il inſtituë Geraud II.

pour ſon heritier, & lui impoſe une Subſtitution conçuë en ces termes. *Je veux & entends que Geraud laiſſe mon heredité à un de ſes Enfans mâles qu'il voudra choiſir, ou à un de ſes petits-fils mâles, & en défaut d'élection s'entendra à l'aîné. De telle façon que j'entends faire une Suſtitution graduelle, autant qu'elle peut s'étendre aux mâles deſcendans de Geraud l'un après l'autre. Avec le pouvoir d'élire que j'ai donné à Geraud, & que j'étends à ſon fils qu'il aura élû pour élire un de ſes Enfans mâles, en telle ſorte qu'il n'y en ait qu'un ſeul qui ſuccede, & en défaut d'élire, s'entendra de l'aîné. Ce que je veux être obſervé dans les Degrés de generation où par les Ordonnances ſe peut étendre la Subſtitution graduelle.*

Et en cas ledit Geraud meure ſans Enfans mâles, ou ſes Enfans mâles en quel degré qu'ils ſe trouvent, ſans Enfans mâles, je veux que mon heredité parvienne à Dominique Seguy, ou l'un de ſes Enfans mâles, avec la même Subſtitution graduelle en faveur des Enfans mâles de Dominique que j'ai fait ci-deſſus en faveur des Enfans mâles dudit Geraud, avec le même pouvoir d'élire que j'ay donné ci-deſſus, & en défaut s'entendra toûjours de l'aîné.

Et en défaut de mâles de Dominique, je ſubſtituë les filles dud. Geraud, n'entendant néanmoins que pluſieurs ſuccedent à la fois, mais une ſeule après l'autre, ne voulant que jamais mes Biens ſoient partagés dans aucun cas ni degré d'aucune Subſtitution, ni que les filles dudit Geraud ni les deſcendans d'icelles, non plus que celles de Dominique, ſuccedent tant qu'il y aura des mâles deſcendans de mâles dudit Geraud & Dominique.

II. On voit que cette Subſtitution tomboit partie en Ligne directe & partie en Ligne collaterale. Que le droit d'élire étoit expreſſement donné dans les degrés en Ligne directe, quand la reſtitution étoit ordonnée du Pere aux Enfans ; mais que lorſqu'il eſt queſtion de faire paſſer les Biens d'une branche à l'autre, de celle de Geraud en celle de Dominique, ou de la branche de Dominique en celle des filles, il n'eſt pas dit un mot de cette faculté d'élire ; & qu'ordonnant ſimplement que les Biens n'appartiendroient jamais qu'à une ſeule, le Teſtateur negligea d'ajoûter la maniere dont ce Subſtitué unique devoit être determiné.

III. Geraud II. heritier inſtitué ne laiſſa que deux filles ; *Henriette* de Seguy qui étoit l'aînée & *Marie-Loüiſe*. Ainſi Dominique recuëillit la Subſtitution par le décès de ſon frere ſans Enfans mâles ; mais n'ayant point lui-même d'Enfans, il intervient le 8. Juin 1731. dans le Contrat de mariage de Marie-Loüiſe fille cadette de Geraud, avec Mr. le Preſident Daguin, & l'a nomme pour recuëillir le Fidéicommis appoſé dans le Teſtament de Denis. Henriette fut mariée avec le ſieur de Nogarede.

IV. Après le decès de Dominique, la Dame de Nogarede en qualité de fille aînée de Geraud attaque l'élection de ſa ſœur, prétendant que Dominique n'avoit point eu le droit d'élire entre les filles de ſon frere, & que la diſpoſition par laquelle les filles de Geraud avoient été appellées l'une après l'autre, devoit ſe regler par l'ordre de primogeniture. Tel étoit l'état de la conteſtation.

V. La Dame Daguin intereſſée à établir le pouvoir de ſon Oncle, ſoûtenoit que la faculté d'élire lui avoit appartenu & par le Droit commun, & par la volonté preſumée du Teſtateur, & même par la diſpoſition expreſſe du Teſtament.

VI. Elle diſoit dabord que la faculté d'élire étoit reçûë de droit dans les Subſtitutions qui ſont conçuës ſous les termes collectifs de Famille, d'Enfans, de Fils ou de Filles, ſoit que la reſtitution tombe dans la Ligne directe ou dans la Ligne collaterale ; puiſque dans la Loi *94. ff. de Leg.* 3. ce droit eſt donné même à un pur étranger qui étoit grevé de rendre à la Famille des Affranchis ; & parce que c'eſt en l'un & l'autre cas la même raiſon, que le Teſtateur eſt moins cenſé avoir affecté les Perſonnes que la qualité même d'Enfans. Elle repreſentoit avec cela, qu'il pouvoit arriver des cas dans la ſuite de cette Subſtitution où l'on ne pouvoit nier que la faculté d'élire ne dût avoir lieu, par la Diſpoſition du Teſtateur, en la Ligne collaterale, puiſque cette faculté étoit donnée dans tous les Degrés des deux premiers ordres de Subſtitution établis dans les deux branches de mâles de Geraud & de Dominique. Or, ne pouvoit-il pas arriver dans ces deux Branches de mâles que la

reſtitution tombât en collaterale, & que le dernier poſſeſſeur decedant ſans Enfans, demeurât grevé de rendre à des néveux ou à des couſins ?

VII. La Dame Daguin ajoûtoit que la Diſpoſition du Droit devenoit d'autant plus puiſſante dans l'eſpéce particuliere, qu'elle étoit ſecondée par la volonté preſumée du Teſtateur.

Car eſt-il permis de penſer que les filles ayent été plus favoriſées que les mâles ? Et tandis que les mâles ont été ſoûmis à la faculté d'élire, faudra-til preſumer que les filles en ayent été exemptées ?

A cette premiere conjecture, la Dame Daguin en ajoûtoit une autre, que la Diſpoſition par laquelle le Teſtateur avoit ordonné que les Biens ne paſſeroient qu'à l'une des filles, ne pouvoit s'executer que par l'une de ces voyes, ou en s'attachant à l'ordre de primogeniture, ou en admettant la faculté d'élire. Or il paroît par toutes les clauſes de la Subſtitution que le Pere n'y a point reconnu d'ordre de primogeniture abſolu, & n'a jamais affecté les aînés qu'en défaut d'élection ; ainſi ſeroit-il naturel que changeant de maniere de penſer dans le dernier degré qui regarde les filles, il eût entendu admettre un ordre tout nouveau ?

En un mot, les mêmes vûës ſuppoſent le même plan dans l'execution ; & comme le Pere n'a fait que repeter dans la branche des filles la prohibition de diviſer les Biens qu'il avoit déja prononcée dans la branche des mâles, il eſt cenſé avoir attaché l'execution de cette indiviſibilité aux mêmes moyens qu'il avoit déja marqués ; c'eſt-à-dire qu'il entendit que l'on n'eut recours à l'ordre de primogeniture qu'autant qu'il ne ſe trouveroit point d'élection qui réünit les Biens ſur la même tête.

VIII. Enfin la Dame Daguin pretendoit trouver une diſpoſition expreſſe dans cette clauſe de la premiere partie du Fidéicommis, par laquelle le Teſtateur, après avoir donné la faculté d'élire à Geraud ſur ſes Enfans & au fils que Geraud éliroit ſur les Enfans qui naîtroient de lui, ajoûta généralement, *ce que je veux être obſervé dans tous les degrés de generation, ou par les Ordonnances ſe peut étendre la Subſtitution gra-*

duelle. Voilà, disoit-elle, une faculté ouvertement établie pour tout le cours de la Substitution, & pour tous les degrés qui l'a composent ; & comme les filles font partie de la Substitution qu'elles en composent un degré principal, elle soûtenoit qu'il n'en falloit pas davantage pour les soumettre au droit d'élire.

IX. La Dame de Nogarede repondoit au contraire que ce ce droit n'appartenoit à Dominique ni par la Loi, ni par la volonté presumée du Pere, & que moins encore y avoit-il de Disposition expresse qui pût lui servir d'appui.

X. A l'égard du Droit commun, elle disoit que c'est contre les principes que la faculté d'élire a été admise dans les Substitutions collectives ; mais aussi que les raisons qui ont porté la Jurisprudence à introduire ce privilege extraordinaire, ne regardent que les Peres chargés de rendre à leurs Enfans ; & que les Collateraux ne peuvent point aspirer à la même faveur. Elle soûtenoit même que la faculté d'élire n'avoit été reçuë que dans les Fidéicommis dont le Testateur a confié l'execution au ministere de son Heritier en le chargeant par des termes obliques & Fidéicommissaires ; mais qu'il en est autrement, quand ainsi que dans l'espéce particuliere, la Substitution a été conçuë en des termes directs & absolus, parce qu'elle ne laisse rien à faire à l'Heritier, qu'elle saisit par elle-même les Substitués, qu'ainsi il n'est pas naturel que l'Heritier mêle son ministere dans une restitution où le Testateur ne l'a point interessé.

XI. Quant aux présomptions qui lui étoient opposées, elle disoit que bien loin que l'expression de la faculté d'élire dans les deux branches de mâles de Geraud & de Dominique, pût servir de conjecture utile à sa sœur, c'étoit une raison pour ne point admettre cette faculté dans le degré des filles où elle n'étoit point exprimée.

Elle appuyoit cette idée sur la fausse interpretation qu'elle donnoit au §. dernier de la Loi 57. *ff. ad Trebel.* & elle ne cessoit de s'écrier que ce que le Testateur avoit exprimé dans les deux premiers ordres de la Substitution, il n'auroit pas manqué

manqué de l'exprimer dans le troiſiéme, s'il avoit voulu que l'on ſe conduiſît de la même maniere.

Mais, ajoûtoit-elle, la ſituation étoit trop differente, pour que le Teſtateur y dût appliquer les mêmes vûës ; parce que dans les deux premiers ordres de Subſtitution, c'eſt aux Peres même qu'il donnoit la faculté d'élire ſur les Enfans ; au lieu qu'un Collateral ne devoit pas joüir de la même autorité ſur une Branche étrangere.

La Dame de Nogarede n'étoit pas plus allarmée de la ſeconde conjecture. Elle convenoit que quand le Teſtateur avoit ordonné dans les deux Branches deſcendantes de Dominique & de Geraud, que les Biens demeuroient reünis ſur la tête d'un ſeul deſcendant, il déclara que l'on ne s'attacheroit à l'aînée pour le maintien de cette indiviſibilité, qu'autant qu'il ne ſe trouveroit point de Subſtitué determiné par une élection, en telle ſorte que l'ordre de primogeniture étoit ſubordonné à celui de l'élection. Mais tout cela, diſoit-elle, ne regarde que le cours que les Biens devoient avoir dans chaque branche, & de-là que le Teſtateur n'a plus parlé d'élection lorſqu'il a été queſtion de faire paſſer les Biens d'une Branche à l'autre, il eſt cenſé avoir diſpoſé ſur un plan different, & avoir attaché purement le tranſport des Biens à l'ordre de Primogeniture.

XII. Enfin la Dame de Nogarede repondoit que la clauſe générale appoſée dans la premiere partie du Fidéicommis ne ſe rapportoit qu'aux degrés qui pouvoient avoir lieu dans la deſcendance de Geraud ; & c'eſt ce qu'elle prouvoit par trois Obſervations.

La premiere étoit priſe du fil par lequel cette clauſe eſt liée à ce qui precede. Le Teſtateur donne la faculté d'élire à Geraud ſur ſes Enfans. Il l'a continuë au fils qui ſeroit élû par Geraud, ſur ſes petits-fils. Et puis il ajoûte, *Ce que je veux être obſervé dans tous les degrés de generation où ſe peut étendre la Subſtitution graduelle.* N'eſt-il pas ſenſible que l'unique objet de cette clauſe a été de proroger à tous les deſcendans de Geraud la même faculté d'élire qui venoit d'être exprimée pour les deux premiers degrès, & qu'ainſi le Teſtateur n'a conſideré que le cours

particulier que la Subſtitution pouvoit avoir dans cette Branche maſculine de Geraud ?

La ſeconde Obſervation ſe tire du mot de *Génération* qui eſt employé dans la clauſe. Le Teſtateur ne dit pas que la faculté d'élire auroit lieu généralement dans tous les degrés du Fidéicommis, mais dans tous les degrés de *Génération*. Et c'eſt ce qui fait bien connoître, diſoit-on, qu'il n'a regardé qu'à la ſuite & à la continuation de la poſterité de Geraud.

La troiſiéme Obſervation reſultoit de ce qu'il y a une pareille clauſe appoſée pour la Branche de Dominique. Car après avoir ordonné que tous les Deſcendans mâles y ſeroient ſubſtitués de degré en degré, il eſt ajoûté, *Avec la même faculté d'élire que j'ay donné ci-deſſus.* Pourquoi parler de nouveau dans cette Branche de la faculté d'élire, ſi le Teſtateur avoit crû y avoir déja pourvû pour tous les degrés du Fidéicommis ? Et cette repetition ne fournit-elle pas une preuve ſenſible, que dans l'une & l'autre Branche la clauſe portant la faculté d'élire étoit limitée à la Branche même ?

La Dame de Nogarede prenoit même de-là occaſion, de nier qu'au cas que dans les deux Branches maſculines de Geraud ou de Dominique, la Subſtitution fût tombée de la perſonne d'un Oncle en celle de pluſieurs néveux, la faculté d'élire eût dû avoir lieu en faveur de l'Oncle, parce que dans ces Branches même la faculté d'élire ſe trouvoit limitée entre le Pere & les Enfans.

XIII. Sur toutes ces raiſons, il intervint Arrêt le 23. du mois d'Août 1743. qui rejetta l'élection faite par Dominique ; & comme le Teſtateur avoit indiqué l'aîné pour recuëillir les Biens dans tous les cas où les Biens ne ſeroient pas déferés par ordre d'élection, le Fidéicommis fut déclaré ouvert en faveur de la Dame de Nogarede.

Les Queſtions avoient été ſçavamment diſcutées de part & d'autre ; mais je crois que ſans beaucoup approfondir tant de Queſtions qui ſouvent ſervent plûtôt à obſcurcir la volonté qu'à la mettre dans ſon jour, l'Arrêt s'eſt uniquement decidé ſur le plan général auquel le Teſtateur paroiſſoit s'être conſtamment attaché. Toute la Subſtitution rouloit ſur deux ſitua-

tions générales. La premiere, celle où les Biens après être entrés dans une Branche, devoient s'y tranſmettre de degré en degré. Et la ſeconde, celle où par l'extinction d'une Branche, les Biens devoient être tranſmis & paſſer dans une autre. Or on voit que le Teſtateur avoit diſtingué avec ſoin ces deux ſituations. S'il inſtituë Geraud II. il veut que dans le cours de la Subſtitution graduelle qu'il commence en ſa perſonne, Geraud II. & ſes Enfans après lui joüiſſent ſucceſſivement du droit d'élire ſur leurs deſcendans. Il en eſt de même lorſque ſuppoſant la Branche de Dominique déja ſaiſie des Biens, il y établit une pareille Subſtitution qui devoit s'étendre de degré en degré. Mais le Teſtateur change de langage ſi-tôt qu'il enviſage la ſeconde ſituation & qu'il ne s'agit plus de faire ſucceder les Enfans à leur Pere dans la même Branche, mais d'appeller une ſeconde Branche par l'extinction de la premiere. Il ne parle plus alors de droit d'élire. Il ne laiſſe rien à faire au dernier mâle de la Branche défaillante. Enfin il diſpoſe par lui-même des Biens ; & s'il ne nomme pas ouvertement l'aîné, les clauſes par leſquelles il avoit ſi ſouvent affecté la primogeniture, faiſoient bien connoître que c'eſt ſur la tête de l'aîné qu'il avoit entendu commencer la Subſtitution de la nouvelle branche qu'il étoit queſtion d'admettre.

EXPOSITION DU FAIT QUI A DONNÉ LIEU à Mr. VULSON d'agiter les differentes Questions contenuës dans ce Traité.

„ AU Contrat de Mariage d'un Gentilhomme, la plûpart
„ des Biens duquel consistoient en Jurisdiction & Fiefs
„ nobles ; entr'autres conventions, en fait une en ces
„ termes. *Item*, a été convenu que ledit Sieur Epoux sera tenu
„ faire donation de la moitié de ses Biens, Meubles & immeubles,
„ presens & avenir quelconques, à l'un des Enfans mâles pro-
„ cedé du present Mariage, lequel qu'il lui plaira nommer &
„ élire, comme de present par la teneur du present Contrat il
„ donne, & ce par Donation irrevocable qui se dit être faite
„ entre-vifs : Et en cas que ledit Sieur Epoux decedât sans le
„ nommer, celui cas avenant, dès à cette heure, & pour lors
a fait son Heritier de la moitié de sesdits Biens presens &
„ avenir, le premier Enfant procedé du present Mariage, s'il est
„ capable ; & s'il n'est capable, fait heritier son second Enfant
„ mâle. Et au défaut des mâles, les femelles qui seront proce-
„ dées du present Mariage, en semblable qualité que dessus.

„ Dudit Mariage sont sortis deux fils & trois filles.

„ Ledit Donateur a toûjours tenu & possedé lesdits Biens,
„ s'en est dit Seigneur, & tel a été tenu, & même n'a fait par
„ acte d'entre-vifs aucune élection ou nomination.

„ Mais par ſon Teſtament poſterieur, ſans faire aucune men-
„tion de ladite Donation, il legue certaine ſomme d'argent à
„ ſon ſecond fils, & à ſes trois filles, & en icelle les inſtituë
„ ſes Heritiers particuliers, ſans qu'ils puiſſent demander autre
„ choſe : Et en tous ſes autres Biens, inſtituë heritier univerſel
„ ſon fils aîné ; au cas qu'il vint à mourir ſans Enfans mâles,
„ lui ſubſtituë ſon autre fils : auquel auſſi mourant ſans Enfans
„ mâles, ſubſtituë ſon poſthume mâle, & fait pluſieurs autres
„ degrés de Subſtitution, préferant toûjours les mâles, & entre
„ iceux les aînez.

„ Audit Teſtament eſt appoſée la clauſe codicillaire, & encore
„ une autre, par laquelle le Teſtateur déclare vouloir que ſondit
„ Teſtament ſoit dicté & corrigé par gens ſages en Droit, la ſubſ-
„ tance d'icelui non changée.

„ Ledit premier fils heritier inſtitué, après avoir accepté ladite
„ heredité par le moyen de ſa Mere & Tutrice, ſeroit decedé
„ ſans Enfans, & ſans faire Teſtament, ſurvivant ſon frere &
„ ſeſdites trois ſœurs, qui ſont en differend de l'hoirie de leurdit
„ frere aîné.

„ Mêmes leſdites filles mettent en difficulté le Teſtament de
„ leurdit Pere, & le débattent de nullité, pour défaut de quel-
„ ques ſolemnitez, & à cauſe que l'Original ne ſe trouve point,
„ mais ſeulement l'Extrait, écrit néanmoins & ſigné par le No-
„ taire qui le reçut.

„ Il eſt donc queſtion de ſçavoir.

„ 1. Premierement, ſi ladite Inſtitution univerſelle ſera bonne
„ & ſervira pour élection, encore que ledit Teſtament ne ſeroit
„ bon pour inſtitution hereditaire ; & par conſequent, ſi le ſe-
„ cond cas dudit Contrat de Mariage, portant inſtitution du pre-
„ mier Enfant à naître, ſi le Donateur mouroit ſans faire élec-
„ tion, n'eſt arrivé, étant la condition défaillie.

„ 2. Secondement, ſi ladite Subſtitution ou Fidéicommis uni-
„ verſel, ſervira auſſi d'élection au profit du ſecond fils, puiſque
„ la condition eſt arrivée, en ſorte que leſdits Biens donnez
„ ſoient compris au Fidéicommis univerſel.

„ 3. En troiſiéme lieu, & au cas que leſdits Biens donnez

„ ſoient compris audit Fidéicommis univerſel, au profit du ſecond „ fils, s'il les aura entierement ſans que les Heritiers du pre- „ mier puiſſent pour raiſon d'iceux diſtraire aucune quarte Tre- „ bellianique.

„ Pour reſoudre clairement & facilement les Queſtions qui „ reſultent du fait propoſé, il faut avant toute œuvre voir qu'elle „ a été l'intention des Contractans, puiſque la Donation dont „ eſt queſtion a été faite au Contrat de Mariage du Donataire, & „ qu'elle en eſt une dépendance, & l'une des conventions d'icelui.

„ Or quant à l'Epouſée & à ſes parens, il eſt évident que „ telle convention a été requiſe & ſtipulée de leur part, en faveur „ des Enfans qui naîtroient dudit Mariage, afin d'aſtraindre & „ lier l'Epoux, en ſorte qu'il fût contraint de leur laiſſer du „ moins la moitié entiere de tous ſes Biens, & ainſi au préju- „ dice des Enfans d'un autre lit, ou d'un Heritier, ou Dona- „ taire étranger.

„ Voilà pourquoi ils ne ſe contentent pas que ledit Epoux „ donne à l'un des mâles, mais y font inſerer la clauſe ſuivante; „ & à défaut des mâles les femelles qui ſeront procrées du pre- „ ſent Mariage à ſemblable qualité que deſſus.

„ Quant audit Epoux & Donateur qui pour le deſir d'accom- „ plir ledit Mariage, étoit porté à faire ladite Donation & Pro- „ meſſe, ſon inclination étoit ſuivant la naturelle inclination de „ tous les Hommes, & principalement des Nobles, de n'engager „ ſa liberté que le moins qu'il pourroit. *Item*, de conſerver lon- „ guement ſon Nom, ſa Dignité & ſes Armes; Et finalement „ de maintenir ſon Bien uni, conſiſtant en Fiefs nobles & Juriſ- „ dictions.

„ C'eſt pourquoi il ne fait pas donation de tous ſes Biens, „ mais de la moitié ſeulement.

„ Ne donne pas en général à tous les Enfans procréés dudit „ Mariage, mais ſe reſtraint aux mâles.

„ Même il ne veut pas que tous les mâles ſoient Donataires „ à la fois, mais un ſeulement.

„ Ne donne pas à l'aîné, mais ſe reſerve expreſſement le choix „ & élection libre entre les Enfans mâles.

„ Ne reſerve pas de pouvoir élire & nommer une ſeule fois, „ mais de pouvoir changer ſa nomination & élection juſques à „ ſa mort.

„ Et afin que s'il venoit à mourir ſans faire nomination tous „ ſes Enfans mâles ne fuſſent ſes Donataires également, & par „ ce moyen s'en enſuivit la diviſion & partage de ſeſdits Biens, „ il pourvoit à cet inconvenient, & audit cas inſtituë ſon Heri- „ tier en la moitié de ſeſdits Biens le premier Enfant (cela s'en- „ tend mâle) & non tous.

„ Et encore audit cas n'inſtituë-t'il purement & ſimplement „ ledit premier né en ladite moitié de Biens, mais y ajoûte une „ condition, s'il eſt capable.

„ Et au cas que ledit aîné ne ſoit capable, n'inſtituë pas tous „ ſes autres Enfans mâles, mais ſeulement le ſecond.

„ Et finalement à défaut de mâles (par leſquels mots ſans „ doute il fait pluſieurs dégrez de mâles, au cas qu'il y en eût „ eu plus de deux) il inſtituë les femelles, non toutes, mais „ en ſemblable qualité & ordre qu'il avoit exprimé és mâles.

„ Voilà quelle a été la volonté & intention des Contractans, „ & ce qui a été convenu & accordé entr'eux.

„ Et partant preſupoſant que leſdites Convention, Donation „ & Promeſſe ſoient bonnes & irrevocables, voyons mainte- „ nant ce qui s'en eſt enſuivi, & en quoi les exceptions & reſerva- „ tions faites par ledit Epoux ont eu lieu ſelon le Fait propoſé.

„ Premiérement, puiſque dudit Mariage ſont ſortis des Enfans „ mâles qui ont ſurvécu audit Epoux & Donateur, il eſt certain „ que les femelles ne peuvent rien pretendre en ladite Donation, „ ſoit que le Donateur ait élû (car il ne pouvoit pas élire les „ femelles, parce que la Donation n'eſt faite qu'aux mâles, & „ que ſeulement entre iceux, & non entre les femelles, il s'étoit „ reſervé le droit de faculté & d'élire) ſoit qu'il ſoit mort ſans „ faire élection, d'autant que les femelles ne ſont appellées qu'à „ défaut de mâles. Vrai eſt, que ſi tous les mâles euſſent été „ incapables (ce qu'on ne dit pas) il y eût quelque difficulté.

„ Secondement, ſi le Donateur a fait élection entre leſdits „ Enfans mâles, il s'enſuit que le ſecond cas de ladite conven-

„ tion a défailli, auquel le premier Enfant étoit institué en ladite „ moitié : à sçavoir si ledit Donateur mouroit sans faire élec- „ tion ; & ainsi l'affaire sera reduit à ce point, & le faudra „ examiner tout ainsi que si la Donation eût été faite simple- „ ment à l'un des Enfans mâles procréés dudit Mariage, tel que „ le Donateur voudroit élire avant que mourir, sans passer plus „ outre.

„ 1. Faut donc voir premierement, si ladite élection a été „ faite par le Donataire.

„ 2. En après, & au cas qu'il ait élû, examiner la force & „ condition de ladite élection, & avant toute œuvre resoudre „ cette Question, si celui qui a donné certains Biens à l'un de „ ses Enfans mâles, & s'est reservé le droit & faculté de le „ choisir & de changer souvent & jusques à la mort son élec- „ tion & nomination, peut nommer l'un de ses fils, & le char- „ ger de rendre lesdits Biens donnez après certain temps, ou „ s'il meurt sans Enfans mâles, à un de ses autres fils.

„ 3. En troisiéme lieu, si notre Donateur a eu intention de „ faire une telle élection, & si d'effet il a élû son premier fils, „ à la charge s'il mouroit sans Enfans mâles, de rendre les Biens „ donnez à son second fils ; & par consequent si les Biens donnez „ sont compris au Fidéicommis universel.

„ 4. En quatriéme lieu, si la Quarte Trebellianique se dis- „ traira par les heritiers du premier élû, aussi bien desdits Biens „ donnez, comme des autres, dont le Testateur étoit demeuré „ proprietaire.

„ Lesquelles Questions ne semblent pas fort mal-aisées à resou- „ dre & decider, en tenant pour veritable ce que nous avons „ dit ci-dessus.

„ Mais d'autant que quelques-uns en pourroient douter, & „ mêmes poser des Maximes contraires, pour ne bien distinguer „ entre l'Acte de Donation, & celui de l'élection ; & aussi à cause „ que le droit ou faculté d'élection est assez subtil, & ne se „ trouve pas traité par les Docteurs tout en un lieu ; & pour „ tant mieux éclaircir la volonté & intention du Donateur ; Et „ finalement pour tâcher de satisfaire la priere de l'un de mes

„ singuliers

„ Amis, je délibere de traiter par ordre les Queſtions ſuivantes, „ pour ſervir de baze & fondement à la reſolution des precedentes.

„ 1. Si notre Donateur a pû choiſir & élire ſes deux fils, ou „ un ſeulement.

„ 2. S'il a pû faire ladite élection conditionnellement, & nom- „ mer l'un purement, & l'autre ſous condition, ou bien tous „ deux ſous diverſes conditions.

„ 3. S'il eut pû changer d'élection & nomination, ſoit en tout „ ou en partie, & y ajoûter quelque condition par un autre Acte „ poſterieur.

„ 4. Si l'élection tacite, faite par le moyen d'une inſtitution „ univerſelle, eſt revoquée par une poſterieure inſtitution uni- „ verſelle.

„ 5. Si une ſpeciale & expreſſe élection eſt changée par une „ poſterieure inſtitution univerſelle.

„ 6. Si du moins telle élection expreſſe eſt changée par un „ poſterieur Acte de Donation, ou de Legs de la choſe aupara- „ vant donnée.

„ 7. Et au cas que tels Legs ou Donation particuliere en la „ perſonne d'un autre, que de celui qui avoit été élû revoquent „ l'élection precedente, ſi ce ſera en tout ou en partie ſeulement, „ de ſorte que tous deux ſoient élûs également.

„ 8. Au cas que notre Donateur fût mort ſans faire aucune „ élection; ſi par le ſecond chef de la convention portant inſti- „ tution du premier Enfant en la moitié de ſes Biens, la Dona- „ tion par lui auparavant faite à ſes Enfans mâles, eût été revo- „ quée tout ainſi que s'il eût dit: Et au cas que je décede ſans „ le nommer, je revoque ladite Donation, & inſtituë le pre- „ mier né en la moitié de mes Biens.

„ 9. Ou ſi nonobſtant ce, ladite Donation fut demeurée vala- „ ble au profit des deux Enfans mâles, & néanmoins l'inſtitu- „ tion eut auſſi lieu de l'autre moitié des Biens, au profit de „ l'aîné ſeul.

„ 10. Ou ſi ladite Donation fût demeurée en la force, & „ ladite inſtitution eût ſeulement ſervi d'élection, tout ainſi que

„ ſi ledit Donateur eût dit : Et au cas que je décede ſans faire „ autre nomination, dès-maintenant comme pour lors, je nomme „ & élis le premier de mes Enfans.

„ 11. Et par conſequent ſi ledit Epoux & Donateur ſeroit „ mort inteſté, de ſorte que l'autre moitié ne fût accruë au „ Donataire élû, par droit d'accroiſſement, non plus que ſi „ ſimplement une moitié lui eût été donnée.

„ 12. Ou ſi telle inſtitution particuliere eût ſervi d'élection „ pour le regard des Biens donnez, & néanmoins d'inſtitution, „ en ſorte que l'autre moitié lui fut auſſi acquiſe par droit d'ac- „ croiſſement.

„ 13. Si audit cas que notre Donateur fût mort ſans faire élec- „ tion, & que dudit Mariage fût premierement ſortie une fille, „ & en ſecond lieu un mâle, ſi ladite fille eût été inſtituée ou „ élûë en ladite moitié de ſes Biens, attendu qu'il n'y eſt fait „ mention de mâles, mais ſimplement il inſtituë le premier „ Enfant, s'il eſt capable.

„ 14. S'il n'y eût point eu d'Enfans mâles dudit Mariage, „ mais ſeulement des filles, ſi la Donation eût été nulle & cadu- „ que, veu qu'elle n'étoit faite qu'aux mâles, & par conſe- „ quent ſi l'élection qu'il eut faite entr'elles eût été nulle.

„ 15. Si l'inſtitution contractuelle faite par notre Donateur, „ au cas qu'il vînt à déceder ſans faire élection entre ſes Enfans „ mâles, eſt pure ou conditionnelle.

„ 16. Et au cas même qu'elle eût été pure, & néanmoins „ revocable ſous condition, ſi ladite condition n'eſt pas arri- „ vée, & par conſequent cette precedente élection revoquée „ par l'inſtitution univerſelle faite par ledit Donateur en ſon „ dernier Teſtament, ſoit que ledit Teſtament ſoit bon ou non, „ qui eſt la premiere des quatre ſuſdites Queſtions principales, „ après laquelle ſuivront les autres trois. Toutes leſquelles „ Queſtions nous examinerons par ordre.

L'AUTEUR a extremement enveloppé l'eſpéce qui fait le fondement des differentes Queſtions qu'il a agitées ; mais il a encore plus enveloppé le point fixe d'où dependoit l'interêt de la Partie qu'il avoit en vûë de défendre. Voici en deux mots à quoi toute la conteſtation ſe reduiſoit.

UN Pere par ſon Contrat de mariage fait Donation de la moitié de ſes Biens à l'un des Enfans qui en proviendroient. Il ajoûte, qu'au cas il decederoit ſans avoir fait de choix, la Donation appartiendroit à l'aîné. Que ſi l'aîné n'étoit point capable, elle appartiendroit au ſecond. Et qu'en défaut des mâles, elle appartiendroit aux filles. De ce Mariage naiſſent deux mâles & pluſieurs filles. Le Pere par ſon Teſtament inſtituë l'aîné pour ſon heritier, ſans parler des Biens donnés. Il ſubſtituë le cadet, dans le cas que l'aîné decedera ſans Enfans mâles ; & au cadet, il ſubſtituë les filles ; ajoûtant dans toutes ces differentes Branches un long progrés de Subſtitutions, accompagnées de clauſes de preference en faveur des mâles & des aînés. L'aîné heritier inſtitué decede ſans Enfans, & ſon heredité eſt recuëillie *ab inteſtat* par ſon frere cadet & par ſes ſœurs ; mais le cadet demandoit l'ouverture de la Subſtitution appoſée dans le Teſtament du Pere, & il pretendoit que cette Subſtitution devoit renfermer les Biens donnés, de même que les Biens libres. Il ajoûtoit que la Quarte Trebellianique pour l'heredité de ſon frere aîné, ne devoit ſe prendre que ſur la moitié des Biens dont le Pere avoit reſté le maître, & que ſon frere avoit recuëillie par l'inſtitution d'heritier. C'eſt à ces deux Queſtions que ſe reduiſoit tout l'interêt des Parties ; mais pour les diſcuter plus utilement, notre Auteur a crû devoir s'engager dans la plûpart de celles que renferme la vaſte Matiere du droit d'élire.

PREMIERE QUESTION.

„ QUANT à la premiere, il n'y a point de difficulté que
„ notre Donateur n'ait pû élire & nommer ses deux
„ Enfans mâles ; (*a*) car encore qu'il semble que la Donation
„ soit faite à un seul, toutefois la verité est qu'il donne à tous
„ ses mâles, sinon qu'il aime mieux faire choix entr'eux. Voilà
„ pourquoi les Jurisconsultes tiennent pour resolu, que lors
„ que j'ay donné quelque chose à un de la Famille, ou à celui
„ de la Famille que bon me semblera ; j'en puis choisir un
„ ou plusieurs, voire tous, & un ou en partie seulement, ou
„ pour le tout ; & que si je ne fais point d'élection, ou que
„ j'élise un étranger (qui est tout un) tous ceux de la Famille
„ sont Donataires également. Et si j'en élis un pour une partie
„ seulement, il aura & cette partie en laquelle il aura été élû,
„ & encore sa rate-part du surplus, & ainsi on peut faire élec-
„ tion en partie, (*b*) & en partie non soit expressement ou
„ tacitement. Comme par exemple, posant que la Donation
„ faite par notre Epoux en son Contrat de Mariage, consistât
„ en quatre cens écus, il eût pû élire expressement son fils aîné
„ en deux cens écus, & pour raison d'iceux l'élection eût été
„ bien bonne ; & pour le regard des deux autres cens, il n'y
„ eût point eu d'élection, mais chacun des deux freres en eût
„ eu cent, *Vt fit in milite qui partim testatus partim intestatus*
„ *decedit.*

„ 2. De même, s'il eût donné ou legué à sondit fils aîné
„ deux cens écus de quatre cens compris en ladite premiere

(a) *L. si quis* 17. *l. cum quidam* 24. *l. unum* 67. §. *itaque* §. *si duos & §. rogō l. cum pater* 77. §. *hereditatem D. de leg.* 2. *l. labeo* 21. §. *ult. de stat. liber. gl. Bart. omnes ad. d. l. unum. Cujac.* 15. *obs. c.* 2. *Simon de prat. lib.* 3. *inter. p.* 1. *dub.* 3. *sol.* 1. *nu.* 9. *& inter. p.* 3. *dub.* 4. *sol.* 1. *n.* 74.

(b) *Roman. sing.* 454. *Fernand. in c. de fil. nat. ex matr. ad morg. cap.* 9. *n.* 7.

„ Donation, d'autant que tels Actes ſont (*a*) élection tacite, „ ſoit qu'ils ſoient faits par celui qui a fait la Donation, ou „ par autre, auquel il ait concedé la faculté d'élire.

„ 3. D'où s'enſuit que l'Acte d'élection a double effet, l'un „ envers celui qui eſt élû, & le ſecond envers les autres, decla- „ rant cetui-là Donataire, & privant ceux-ci de la Donation. „ *Ut in ſimili dicit Juriſconſultus* (*b*) *tranſlationem legati, legatum* „ *eſſe & ademptionem legati. Antea res erat in ſuſpenſo, an unus* „ *tantùm, an vero omnes donatarii eſſent, & qua ex partè: poſt* „ *electionem apparet electis fuiſſe purè donatum: aliis verò ſub con-* „ *ditione, quæ defecta eſt.*

L'Auteur établit dans ce Capitre 1°. Qu'en défaut d'élection, tous les éligibles concourent & ſont admis à recuëillir les Biens. 2°. Que pluſieurs peuvent être élûs, encore que l'Heritier ait été grevé de rendre à un. 3°. Que l'élection peût ſe faire en partie, & qu'alors celui qui a été élû, ne laiſſe point de concourir avec les autres pour le ſurplus des Biens. 4°. Que la Donation ou le Legs des Biens dependans du Fidéicommis emportent une élection ſuffiſante.

(a) *L. unum 67. §. ſi duos verſ. non magis D. de leg. 2. l. cum pater 77. §. à filia eod. l. ſi maritus 12. C. de donat. inter virum & uxorem.*

(b) *L. ſicut 5. D. de adim. leg.*

PREMIER POINT.

Qu'en défaut d'élection tous les Eligibles ſont admis à recueillir en concours.

L'AUTEUR ne dit qu'un mot concernant cette Maxime: elle donne pourtant lieu à un grand nombre de Queſtions importantes que l'on ſe propoſe de developper.

§ PREMIER.

Si la regle du concours en défaut d'élection, doit avoir lieu, lorſque le droit d'élire a été déferé à un autre que celui qui étoit grevé du Fidéicommis.

I. *QUELLE eſt l'eſpéce des Loix qui ont établi la regle du Concours.*

II. *Que la faculté d'élire eſt tantôt déferée à l'Heritier même, & tantôt à un tiers qui en eſt chargé comme d'un ſimple miniſtere.*

III. *Si les Diſpoſitions accompagnées de la faculté d'élire, doivent paſſer pour conditionelles dans leur ſubſtance.*

IV. *Opinion des Auteurs qui ont cru que dans ces ſortes de Fidéicommis, il falloit ſous-entendre une premiere Diſpoſition par laquelle tous les éligibles ſont purement appellés.*

V. *Raiſons contre cette opinion.*

VI. *Qu'elle eſt contraire aux maximes générales du Droit.*

VII. *Explication du Paragraphe* Rogo *de la Loi* unum ex familia.

VIII. *Que regulierement de pareils Fidéicommis devroient être déclarés caduques en défaut d'élection.*

IX. *Qu'il a fallu un Reſcript particulier des Empereurs pour les faire ſubſiſter par voye de Concours en faveur de tous les éligibles.*

X. *Motif particulier qui a donné lieu à cette Diſpoſition, pris de la fraude & de la mauvaiſe foi de l'Heritier.*

XI. *Que nulle Loi n'a ordonné le même Concours, dans le cas que le droit d'élire a été donné à un autre qu'à l'Heritier.*

XII. *Que ce que les Loix n'ont pas jugé à propos d'ordonner, ne doit pas être ſupplée par une preſomption Arbitraire.*

XIII. *Que c'eſt même ici un privilege extraordinaire qui ne peut recevoir d'extention.*

XIV. *Objection priſe de la Loi* Utrum 7. §. 1. ff. de reb. dub.

XV. *Reponſe.*

XVI. *Explication de la Loi* 10. *du même titre, qui eſt comme la clef de cette Queſtion.*

I. LES Loix qui ont établi la Maxime du Concours, ſont toutes dans le cas, que la faculté d'élire a été commiſe à l'Heritier ou au Legataire qui étoit grevé de rendre. *Si hæres damnatus eſſet decem uni ex libertis dare, & non conſtitueret cui daret, hæres omnibus eadem decem præſtare cogendus eſt.* C'eſt ainſi que s'exprime la Loi 17. §. 1. *ff. de Leg.* 2. La Loi 24. du même Titre parle pareillement d'un Heritier grevé : *Rogo reſtituas liberis meis quibus voles.* Et telle eſt encore l'eſpéce du §. *Rogo* de la Loi *Unum ex familiâ. Rogo fundum, cum morieris reſtituas ex liberis quibus voles.* En ſorte que ſi l'on n'eût pris le parti de donner les Biens à tous, quand ce Legataire ou cet Heritier grevés de rendre ont omis d'élire, il ſeroit arrivé qu'on leur auroit laiſſé la recompenſe de leur mauvaiſe foi, & qu'ils auroient eu une voye aſſurée pour rendre les Biens libres à leur profit.

II. C'eſt une obſervation qui merite d'être peſée avec ſoin ; elle peut fournir des vûës extremement utiles ; car enfin la faculté d'élire ne ſe donne pas toûjours à l'Heritier, il arrive quelquefois qu'elle eſt ſeparée de l'inſtitution, qu'elle eſt donnée à un tiers comme un ſimple miniſtere.

On peut demander ſi dans ce dernier cas, le défaut d'élection

doit donner auſſi ouverture à tous les éligibles, comme quand la faculté d'élire a été donnée à l'Heritier.

On ſera peut-être ſurpris de trouver une controverſe ſur un point qui juſqu'ici a paſſé pour tellement conſtant, qu'il n'y a point d'Auteur qui l'ait agité ; mais ſi l'on approfondit les principes de cette Matiére, il n'y a perſonne qui ne ſoit convaincu que la Queſtion n'eſt du tout point mépriſable, & qu'elle reçoit un doute bien legitime.

III. Il eſt d'abord certain que les Diſpoſitions qui ſont accompagnées de la faculté d'élire, ſont conditionnelles dans leur ſubſtance ; parce que nul des Enfans ou de la Famille n'étant cenſé appellé qu'autant qu'il ſera élû, l'évenement incertain de cette élection forme une condition neceſſaire de laquelle depend l'évenement du Fidéicommis.

IV. Il eſt vrai que la plûpart des Auteurs en ont jugé differemment. Ils ont penſé que dans ces Fidéicommis il falloit ſous-entendre une premiere Diſpoſition par laquelle tous les éligibles ſont cenſés purement appellés, en ſorte ſeulement que l'Heritier a reçû la faculté d'exclure les uns, pour donner la préference toute entiere à l'un d'entr'eux. C'eſt ſelon ces Auteurs, un bien qui eſt donné à tous purement & ſimplement, mais qui leur eſt ôté ſous condition, *pure datum & ſub conditione ablatum.*

Telle eſt la Doctrine de Ricard, *Tom. 2. Traité 5. p. 2. chap. 11. n. 65. Bien que*, dit-il, *la faculté d'élire donnée à l'Heritier de choiſir un Fidéicommiſſaire entre pluſieurs, faſſe une condition à l'égard de celui qui doit être élû, il eſt pourtant pur & ſimple à l'égard de tous en général, en ſorte qu'il ne leur peut être ôté que ſous cette condition.* Ricard avoit puiſé cette Doctrine dans M. Cujas, qui ſur le §. 1. de la Loi *unum ex familiâ*, déclare que les Diſpoſitions dont il s'agit doivent s'entendre de ſorte, que le Teſtateur eſt cenſé avoir deſtiné le Bien à tous, content néanmoins que la reſtitution ſoit faite du moins à un d'eux, *Quod Fidéicommiſſum uni relictum ſit, hæc verba ſic accipiuntur, ut vel uni reſtituat ex familiâ, & quodammodo duplex videtur eſſe Fideicommiſſum, uni, vel ſi non eligeret, omnibus.* Notre Auteur paroît

paroît avoir ſuivi la même Doctrine, lorſqu'il dit, qu'*encore qu'il ſemble que la Donation ſoit faite à un ſeul, toutefois la verité eſt qu'il donne à tous, ſinon qu'il aime mieux faire un choix entr'eux.* Et tel eſt encore le langage de M. de Maynard, *liv. 2. chap. 89. n. 2.*

V. Mais cette opinion, pour être ſi généralement reçûë, n'eſt pour cela ni mieux fondée ni plus ſûre. Elle eſt formellement condamnée par les maximes de Droit, & par la diſpoſition textuelle de la Loi.

VI. A l'égard des Maximes du Droit, il eſt certain qu'il n'eſt point permis de rien ſuppléer dans les Teſtamens, ni d'en étendre les Diſpoſitions. Car autre choſe eſt d'interpreter, & autre choſe de ſuppléer & d'étendre. On interprete une volonté qui eſt écrite, mais qui a quelque obſcurité. Il n'eſt jamai permis de ſuppléer des Diſpoſitions que le Teſtateur a omiſes, & qui n'ont point de fondement dans la lettre du Teſtament. Peut-on donc dans un Fidéicommis qui n'appelle qu'un des Enfans, ſuppléer d'office une premiere Diſpoſition par laquelle tous les Enfans ſoient cenſés appellés ?

VII. Mais cette opinion eſt encore mieux condamnée par le fameux §. *Rogo* de la Loi *Unum ex familiâ*, dans lequel le profond Juriſconſulte Papinien déclare dans les termes les plus abſolus, que le Fidéicommis n'eſt donné qu'à un ſeul, *Fideicommiſſum uni datum eſt*; & prevoyant le cas où l'Heritier qui a omis d'élire met la Loi dans la neceſſité d'abandonner les Biens à tous, il ajoûte que ſi-bien tous les Enfans ſont admis, ils n'étoient pourtant pas appellés, *ita omnes petent quod non omnibus datum eſt.*

Le Preſident Faber a parfaitement developpé le ſens de ce Texte dans ſon Traité *de erroribus pragmaticorum, déciſ. 53. cap. 5. & 6.* où il enſeigne qu'on ne peut ſuppoſer, ſans bleſſer en même-tems les termes du Teſtateur, & ſa volonté, que des Fidéicommis ainſi conçus ayent été tacitement déferés à tous. La forme de la Diſpoſition y reſiſte, parce qu'elle ne ſe rapporte qu'à un ſeul, & la volonté, qui ne peut être que ce que les termes annoncent, forme un obſtacle encore plus puiſſant. *Fit*

non ſolum præter verba, ſed etiam præter voluntatem, ſi quis dicat Fideicommiſſum omnibus datum eſſe.

La Doctrine du Preſident Faber a trouvé bien des défenſeurs. Elle a été ſuivie par Hentys, *Tome* 3. *liv.* 5. *queſt.* 117. *& liv.* 6. *queſt.* 52. Par Bornier ſur Ranchin *in verbo Fideicomm. art.* 18. & par Maynard lui-même qui changeant de penſée au Livre 6. chapitre 9. déclare que dans l'ordre de la volonté, de même que dans le ſens des termes, de pareils Fidéicommis ſe rapportent enſſentiellement à un ſeul.

VIII. De ce principe ne s'enſuit-il pas cette conſequence, & c'eſt auſſi celle que tirent le Preſident Faber & Henrys, que les Fidéicommis dont il s'agit ſont en effet conditionnels dans leur ſubſtance, puiſque c'eſt l'évenement incertain d'une élection qui doit determiner cette perſonne unique à laquelle les Biens ſont deſtinés. Cela poſé, le premier pas qui conduit au dénoument de la Queſtion propoſée, c'eſt que regulierement le défaut d'élection devroit rendre caduque un tel Fidéicommis, parce que nul des Enfans n'ayant été appellé qu'autant qu'il ſeroit élû, nul auſſi ne ſemble avoir de qualité pour être admis toutes les fois qu'il n'y a point d'élection. Et c'eſt ce que paroît bien annoncer le §. 2. de la Loi *Unum ex familiâ*, où le Juriſconſulte Papinien expliquant les ſuites d'une élection, dit que tous ceux qui ne ſont point élûs, demeurent déchus de la condition qui devoit les faire admettre *Uno electo cæteri conditione deficiunt.* Il fait entendre par-là que l'élection étoit une condition neceſſaire pour chacun des appellés. Ainſi on peut dire avec la même juſteſſe que par le défaut d'élection, tous ſont déchus de la condition du Fidéicommis, *Nemine electo omnes conditione deficiunt.*

IX. Telle étoit effectivement la regle du Droit. Et de-là vient qu'il a fallu un Reſcrit exprès des Empereurs pour faire ordonner contre les Heritiers qui negligeroient d'élire, que les Biens ſeroient abandonnés à tous les appellés. Les Reſcrits des Empereurs étoient employés, pour ayder à la volonté dans le concours de certaines circonſtances, pour ſuppléer ce qui manquoit, & pour porter du remede à des cas extraordinaires

que les Teſtateurs n'avoient pas prévûs. On trouve ce Reſcrit dans la Loi 21. §. dernier, *ff. de Statu liberis. Si nullum elegiſſet cui reſtitueret, omnibus deberi Imperator Antoninus conſtituit.* Il faut obſerver, touchant ce Reſcrit, que les Juriſconſultes qui ont écrit depuis, ſemblent en avoir trouvé les expreſſions peu juſtes ; parce que l'Empereur ayant dit que le Fidéicommis eſt dû à *tous*, il ſembloit inſinuer par ces mots, qu'il y a quelque choſe dans la forme intrinſeque de la Diſpoſition, par-où les éligibles pouvoient être cenſés avoir été appellés en concours. Auſſi les Juriſconſultes plus exacts dans leurs expreſſions, ſe ſont bien gardés d'employer un terme, tout équivoque, qui pouvoit donner lieu de mettre ſur le compte de la Diſpoſition, ce qui ne doit être mis que ſur le compte de la Loi : ils ſe ſont contentés de dire que tous les éligibles ſont admis à demander les Biens, que l'Heritier eſt condamné pour peine de ſa demeure & de ſa mauvaiſe foi, à reſtituer également à tous. *Petent omnes*, comme dit le Juriſconſulte Papinien dans le §. *Rogo*, ou comme dit Ulpien dans la Loi 24. du même Titre, *Ad petitionem Fideicommiſſi omnes admitti videntur*, ou bien encore, comme dit un autre Juriſconſulte dans le §. 1. de la Loi 17. du même Titre, *Hæres omnibus præſtare cogendus eſt.*

X. La raiſon qui a donné lieu à cette Loi par laquelle le Fidéicommis eſt garanti en ce cas de la caducité dont il étoit menacé ; c'eſt ce qui a été déja annoncé, qu'on n'a pas voulu que l'Heritier pût profiter de ſa perfidie & de ſa mau-vaiſe foi, qu'il pût avoir le droit de rendre les Biens libres dans ſes mains, en negligeant de faire l'élection dont le Teſtateur l'avoit chargé.

C'eſt une raiſon qui n'a point lieu quand la faculté d'élire a été donnée à un Miniſtre étranger. Il ſemble donc que les choſes étant alors reduites aux termes d'une condition ſimple & ordinaire qui vient à défaillir, le Fidéicommis doit être abſolument laiſſé à ſa propre deſtinée. C'eſt une conſequence qui s'affermit par deux ou trois Obſervations.

XI. La premiere, que les Romains n'étoient pas moins accoûtumés que nous les ſommes, à voir la faculté d'élire

déferée à de tierces perſonnes. *Legatum*, dit la Loi 43. §. 1. *de leg.* 1. *In alienâ voluntate poni poteſt.* Pourquoi donc les Loix qui ont parlé de ce défaut d'élection, n'ont-elles pas prononcé dans les termes d'une déciſion générale ? Pourquoi ſe ſont-elles reſtraintes & limitées à la perſonne des Heritiers ? N'eſt-ce pas une preuve certaine que les Romains ne ſuivoient plus les mêmes vûës lorſqu'il étoit queſtion d'un Miniſtre étranger ?

XII. La ſeconde Obſervation eſt priſe de cette Maxime que nous avons déja remarquée, qu'il eſt contre les regles de rien ſuppléer dans les Teſtamens ſans l'autorité d'une Loi préciſe. Donc, les Loix qui ont ordonné à l'égard des Heritiers qu'en défaut de choix de leur part les Biens demeureroient abandonnés à tous les éligibles, n'ayant rien ordonné de pareil dans le cas que l'élection a été commiſe à un tiers ; quelle autorité peut faire ſuppléer d'office ce nouvel ordre de ſucceſſion que le Teſtateur n'a point prevû, & dont il n'a jetté aucune ſémence dans ſon Teſtament ?

XIII. La derniere Obſervation eſt que les Loix qui derogent aux regles ordinaires pour introduire un privilege & un paſſedroit, ne peuvent s'étendre d'un cas à un autre, principalement lorſqu'il y a difference de raiſon. C'eſt ce qui s'applique parfaitement à l'eſpéce preſente, parce qu'il n'y a point à prevenir ou à punir en la perſonne d'un Miniſtre étranger la même mauvaiſe foi qui a armé la rigueur de la Loi contre les heritiers.

XIV. Il eſt vrai qu'on peut oppoſer que le Teſtateur a voulu que les Biens paſſaſſent à ſa Famille ou à ſes Enfans, & qu'il l'a voulu déterminément & ſans condition, parce que la condition ne regarde que ce choix par lequel un ſeul pouvoit être preferé ; qu'ainſi le défaut d'élection ne doit pas éteindre ce qu'il y a de determiné dans la volonté, & qu'il vaut encore mieux donner les Biens à tous, que de tromper les vûës du Teſtateur en ne les donnant à perſonne. *Neceſſitas eſt dandi*, comme dit la Loi *Utrum* 7. §. 1. *ff. de Rebus dubiis*, *& ſolius diſtribuendi*, *arbitrium conceſſum eſt.*

XV. On repond qu'il n'y a qu'une Loi expreſſe qui ait la

liberté de manier ainſi à ſon gré les Diſpoſitions des hommes; & que ſi le Teſtateur a fait la faute, par le ſentiment d'une aveugle confiance pour le Miniſtre étranger qu'il a nommé, de ne pas regler quel ſeroit le ſort de ſes Biens dans le cas du défaut d'élection, il n'eſt pas permis de ſe mettre à ſa place pour ſuppléer un ordre de Succeſſion dont il n'a point parlé. Malheureuſement ſa diſpoſition ſe trouve incapable de recevoir ſon effet en la forme qu'il l'a conçûë; & la rigueur du Droit ne permet pas de la remplacer par une autre que lui-même n'a point établie.

XVI. Au fond, il eſt de maxime en Droit que les Diſpoſitions, qui ont été faites en faveur d'un d'entre pluſieurs, ne s'executent que dans cette forme; en ſorte que s'il n'eſt pas poſſible de determiner celui qui doit recuëillir, on les laiſſe tomber & s'aneantir, plûtôt que de donner les Biens en commun à tous ceux de la même claſſe. Parmi une foule d'exemples, on ſe borne à ceux que nous preſente la Loi 10. *ff. de reb. dub.* Un Teſtateur fait un Legs au premier de ſes Parens qui montera au Capitole, & deux y montent dans le même temps. Un autre fait un Legs à celui de ſes Parens qui lui fera conſtruire un Monument, & deux d'entr'eux ſe hatent de remplir telle tâche. Enfin un autre nomme dans ſon Teſtament Sempronius ſon ami, & il ſe trouve deux Sempronius qui lui étoient liés par le nœuds de l'amitié. Ne pouvoit-on pas dire dans tous ces cas qu'il valoit mieux diviſer le Legs entre l'un & l'autre *Sempronius*, entre les deux Parens, que de les en priver tous les deux, puiſqu'il eſt certain, qu'il eſt *determiné*, que le Teſtateur a voulu donner à l'un? Le Juriſconſulte repond, que c'eſt preciſement parce que le Teſtateur n'a voulu donner qu'à un, que ce concours met obſtacle à l'effet de la Diſpoſition; & comme dit la Loi 27. du même titre, c'eſt une neceſſité que tous ſoient exclus, de-là qu'il ne reſte point de voye pour determiner la perſonne unique que le Teſtateur a voulu favoriſer. *Si quis de pluribus unum manumitti voluerit, nec appareat de quo ſenſerit Teſtator eorum, Fideicommiſſa non competit libertas.*

L'opinion que je viens d'établir eſt ſi neuve, que quelque

ſolide qu'elle me paroiſſe, je la ſoumets volontiers au jugement du Public & des Sçavans, reſolu de ſoumettre mon ſuffrage aux lumiéres de tous ceux qui prendroient la peine de me faire appercevoir que je me ſuis trompé.

§ SECOND.

Si le Concours doit ceſſer lorſqu'il paroît que le deſſein du Teſtateur a été de conſerver les Biens dans leur entier.

I. *AUTEURS qui ont cru que la préference devoit apartenir en ce cas à l'aîné.*

II. *Raiſons ſur leſquelles Henrys fonde cette opinion.*

III. *Que les propres principes de Henrys conduiſent à la faire rejetter.*

IV. *Suite de la refutation du raiſonnement de Henrys.*

V. *Arrêts qui ont jugé que le concours doit toûjours avoir lieu.*

VI. *Premiere Exception dans le cas des Diſpoſitions en faveur* de l'aîné, *ou* de tel autre des Enfans *qu'il plairoit à l'Heritier de choiſir.*

VII. *Seconde Exception dans le cas que le Teſtateur a preſcrit un ordre de ſucceder entre les Enfans.*

VIII. *Troiſiéme Exception quand l'ordre de primogeniture a été recommandé dans quelque partie du Teſtament.*

I. TOUS les Auteurs, après avoir decidé qu'en défaut de choix de la part de l'Heritier, les Biens appartiennent à tous les éligibles, ajoûtent qu'il n'en eſt pas de même, quand il paroît determinément par quelques circonſtances, que le deſſein du Teſtateur a été que ſes Biens ne fuſſent pas diviſés; ils déclarent qu'en ce cas la préference doit être accordée d'office à l'aîné.

Les circonſtances qu'ils font valoir, ſont 1°. Quand l'Heritier a été chargé de rendre taxativement à un ſeul. 2°. Quand

le Teſtateur a déclaré en termes exprès, qu'il ne vouloit pas de diviſion de ſes Biens. 3°. Lorſqu'il a prohibé la detraction de la Trebellianique. 4°. Lorſqu'il a enjoint à celui qui ſeroit élû de porter ſon Nom & Armes. Enfin, lorſqu'ayant parlé pluſieurs fois de celui qui ſeroit élû, il s'eſt exprimé conſtamment au ſingulier.

Telle eſt la Doctrine de Fernand en ſon Traité des Inſtitutions Contractuelles, *art. 9. n. 7.* De Tonduti en ſes Reſolutions diverſes, *lib. 2. cap. 50. & 51.* De Molina en ſon Traité de *Primog. hiſp. lib. 2. cap. 4. n. 45. & 54.* De Covarruvias, *lib. 3. Var. Reſol. cap. 5.* De Cancerius *Variar. Reſol. p. 3. cap. 7. de Pactis, n. 126.* De Maynard, *liv. 2. chap. 89. n. 2.* De Bornier ſur Ranchin *in verbo Fideicommiſſum, art. 18.* De Fuſarius de *Fideicom. ſubſt. quæſt. 380.* Du Commentateur de Perrier, *quæſt. 288. n. 19.* Enfin de Henrys, *tom. 3. liv. 5. quæſt. 117. & liv. 6. queſt. 52.* C'eſt encore ce que M. Maynard paroît avoir entendu, *lib. 6. cap. 3.* lorſqu'il a dit que la vocation des mâles dans les Fidéicommis, en faiſant connoître que le Teſtateur a travaillé à la conſervation de ſa Famille, produit par elle-même un ordre électif ou ſucceſſif; ce qui ſignifie qu'en défaut d'une élection qui reüniſſe les Biens ſur la tête d'un ſeul, il faut determiner le Fidéicommis par l'ordre de la naiſſance.

II. De tous ces Auteurs, Henrys eſt celui qui a le plus approfondi la Queſtion. Il reconnoît dabord avec le Juriſconſulte Papinien, que dans les Fideicommis adreſſés à l'un de la Famille ou à un des Enfans, le Teſtateur eſt cenſé n'avoir entendu donner qu'à un ſeul. Que pour établir la preſomption de cette volonté limitée, il n'eſt pas neceſſaire qu'il s'y joigne des circonſtances particulieres. Que cela eſt ſuffiſamment determiné, par la forme même de la Diſpoſition, de-là qu'elle n'a été rapportée qu'à un. Qu'ainſi quand la Loi admet en concours tous les éligibles en défaut d'élection, elle ne ſuit en cela ni les termes ni la volonté, qu'elle ne deſcend à cette extremité que parce qu'il ne lui eſt pas poſſible de faire mieux, *Petent omnes quod non omnibus datum eſt.*

De ces principes, Henrys tire une conſequence bien éloignée

de celle qu'il auroit dû tirer. Il conclud que ſi à cette volonté qui reſulte de la forme de la diſpoſition, il ſe joint quelques circonſtances qui ſoient propres à faire voir de plus fort que le Teſtateur a entendu que ſes Biens demeurent reünis, il faut pour ſatisfaire à cette volonté connuë, remplacer le défaut d'élection en déferant les Biens à l'aîné.

III. J'avouë que j'ay peine à retrouver en cette rencontre le jugement ordinaire de cet Auteur, ſi grave d'ailleurs & ſi reſpectable; puiſqu'après avoir apperçu que dans les Fidéicommis de cette eſpéce le partage eſt toûjours reputé contraire aux vûës & à la volonté du Teſtateur qui n'a appellé qu'un ſeul Fidéicommiſſaire; de-là que cette volonté bien connuë par les Loix, n'a pas empêché d'ordonner que le Fidéicommis ſeroit partagé entre tous les Enfans; il devoit ſi naturellement conclure que les circonſtances acceſſoires qui pourroient ſe joindre pour témoigner encore cette volonté, ne ſeroient pas plus en état de mettre obſtacle à ce concours.

IV. Henrys auroit dû raiſonner tout differemment pour faire autoriſer l'opinion qu'il avoit entrepris de défendre. Il auroit dû ſuppoſer que la Loi n'ordonne le concours, que parce que les Diſpoſitions pour rendre à un de la Famille ou des Enfans, ne prouvent point d'une maniere aſſez déterminée, que le Teſtateur ait eu dans la volonté que les Biens ne fuſſent point poſſedés par pluſieurs. Il eſt vrai, devoit-il dire, que le Teſtateur n'a appellé qu'un de la Famille ou des Enfans; mais il a pû en uſer ainſi dans la penſée ſeulement de favoriſer l'Heritier en lui laiſſant la liberté du choix, tandis qu'au fonds il a eu de ſon côté un deſir que tous fuſſent admis. C'eſt ce doute, auroit-il continué, qui fait qu'en général quand il ne ſe rencontre point de circonſtances particulieres, on ne s'attache pas à conſerver l'unité, en ſuppléant une élection en faveur de l'aîné.

Voilà quelle eſt la maniere dont Henrys auroit dû raiſonner pour appuyer ſon avis; mais il a reconnu que ce raiſonnement ſeroit trop contraire aux maximes du Droit, *uni datum eſt*. La Loi étoit trop claire pour s'en pouvoir écarter.

En

En un mot, Henrys a confondu deux choſes bien differentes, la connoiſſance de la volonté, & l'effet que cette connoiſſance peut produire. Les circonſtances ſemées dans le Teſtament peuvent ajoûter à la connoiſſance de la volonté, & faire voir de plus en plus que le deſſein du Teſtateur a été de conſerver ſes Biens ſans partage. Mais les Loix qui ont démêlé ſuffiſamment cette volonté, ſans nulle circonſtance, dans les Fidéicommis les plus ſimplement conçus, de-là qu'ils ont été ordonnés en faveur d'un d'entre pluſieurs qui ſeroit élû, n'ont-elles pas déclaré que l'on ne pouvoit en prendre prétexte pour determiner une preference en faveur de l'aîné ? La volonté, quelles que ſoient les marques qui la mettent en jour, reſte impuiſſante & inutile, de-là que la voye que le Teſtateur a choiſie pour lui procurer ſon accompliſſement n'a pas été miſe en uſage ; & appeller d'office l'aîné ce ſeroit contre la défenſe expreſſe du Droit ſuppléer une Diſpoſition qui n'eſt point écrite ni indiquée dans le Teſtament.

V. C'eſt ainſi que la Queſtion a été decidée par la Juriſprudence des Arrêts. Peleus en ſes Queſtions illuſtres, *queſt.* 58. en rapporte un du Parlement de Paris du 7. Septembre 1558. dans l'eſpéce d'une Subſtitution, où celui qui devoit être élû avoit été chargé de porter les Nom & Armes. L'aîné des mâles pretendoit les Biens en défaut de nomination, il n'avoit à combattre que des filles ; & quoique la charge de porter les Nom & Armes ſoit, ſelon les Auteurs, la principale des circonſtances qui doivent operer cette determination du Fidéicommis en faveur de l'aîné, les filles ne laiſſerent pas d'être admiſes à partager les Biens.

Le Parlement de Paris l'a encore jugé de même le 15. Mai 1592. Il eſt vrai que Robert qui rapporte ce ſecond Arrêt, *liv.* 4. *rer. jud. cap.* 4. ne dit point que le Teſtateur eût attaché à la Subſtitution la charge de porter le Nom & les Armes. Mais cette circonſtance n'a point échappé à Peleus, qui rapportant auſſi ce ſecond Arrêt, aſſure que l'eſpéce en étoit la même que dans celui de 1592. Et Ricard, dont l'exactitude eſt ſi connuë, en rend encore témoignage au Tome 2. *Traité* 3. *chap.* 11. *part.* 2. *n.* 65.

Telle a été auſſi la déciſion d'un Arrêt du 3. Avril 1662. rapporté par Boniface, *Tom.* 2. *liv.* 3. *tit.* 4. *chap.* 2. dans cette eſpéce. Noble Gaſpard de Boniface, Sieur de Peynier, étoit chargé de rendre à l'un de ſes Enfans ſous la charge de porter les Nom & Armes. Il rend une partie des Biens à l'aîné, & puis, il transfere le reſte à un cadet. On demanda ſi ce partage devoit avoir lieu, & quoique le Teſtateur eût affecté la maſculinité, quoique dans le deſſein de faire mieux connoître l'intention qu'il avoit de conſerver l'éclat de ſa Famille, il eût ajoûté l'obligation de porter les Nom & Armes, l'Arrêt jugea que nul des deux freres n'étoit en droit d'attirer à lui la portion de l'autre.

VI. Il y a néanmoins deux ou trois cas dans leſquels j'embraſſerois volontiers l'opinion commune.

Le premier eſt quand le Fidéicommis a été fait au profit de l'aîné, ou de tel autre d'entre les Enfans qu'il plaira à l'Heritier de choiſir. Il n'eſt pas douteux alors qu'en défaut d'élection la préference ne doive être accordée à l'aîné ; & la raiſon eſt qu'il y a une premiére Diſpoſition pure & ſimple en ſa faveur, avec faculté ſeulement d'y pouvoir déroger par le choix d'un autre Enfant ; d'où il s'enſuit que toutes les fois qu'il n'y a point eu de choix contraire, cette premiere Diſpoſition qui regardoit l'aîné demeure dans ſa force. On peut voir à ce ſujet Guy-pape & ſes Commentareurs en la Queſtion 505. Henrys & Bretonnier, *Tome* 3. *liv.* 5. *queſt.* 117. & le Commentateur de Perrier au lieu cité.

VII. Le ſecond cas, c'eſt quand le Teſtateur a fait entendre dans ſon Teſtament, quelque liberté qu'il ait paru laiſſer à l'Heritier dans le choix des Enfans, qu'il ſouhaitoit néanmoins que ce choix tombât par préference ſur l'aîné. Par exemple, lorſqu'après avoir dit qu'il appelle tel des Enfans qui ſeroit nommé par ſon Heritier ; établiſſant enſuite un progrès de Subſtitutions, il met l'aîné à la tête, le regarde & le traite comme devant être le premier poſſeſſeur, & lui ſubſtituë de ſuite tous les cadets, ſans revenir jamais ſur ſes pas pour le ſubſtituer lui-même à quelque autre. En nommant ainſi le fils aîné à la tête

de la Subſtitution, & appellant après lui tous les cadets, n'eſt-ce point une preuve ſenſible du deſſein qu'il a eu que les Biens lui fuſſent donnés avant de paſſer ſur une autre tête ? Et cet ordre marqué par le Teſtateur, doit être conſervé toutes les fois que l'Heritier ne l'aura point troublé en uſant de la faculté d'élire qui lui a été commiſe. C'eſt la déciſion de Henrys, *Tom.* 3. *liv.* 5. *queſt.* 16. *&* 78.

VIII. Le troiſiéme cas eſt lorſque le Teſtateur ayant affecté l'ordre de Primogeniture dans une partie de la Subſtitution, a vaguement appellé l'un des Enfans dans quelque autre partie. Il eſt alors naturel, une partie du Teſtament ſervant à interpreter l'autre & à en regler l'execution, que la préference en défaut de choix demeure acquiſe à l'aîné.

La raiſon en eſt que le concours eſt un ordre étranger qui vient purement de la Loi, que la Loi ſupplée ſeulement parce qu'il n'eſt pas poſſible de mieux faire, & pour empêcher que la Diſpoſition du Teſtateur ne ſoit trompée. Elle doit donc laiſſer à l'écart cet ordre de ſucceder, quand il en paroît un autre qui peut être fondé ſur la lettre du Teſtament ; & puiſqu'elle ne cherge qu'à ayder à la volonté, elle doit préferer les vûës que la volonté lui preſente, à celles qu'elle pourroit ſuppléer de ſon chef ; la proviſion de l'homme fait ceſſer, dit-on, communement celle du Droit.

C'eſt la déciſion de l'Arrêt celebre de Gorrevod que Bretonnier rapporte avec étenduë dans ſes Obſervations ſur la Queſtion 114. du cinquiéve Livre de Henrys. Laurens de Gorrevod après avoir declaré par ſon Teſtament, que ſon deſſein étoit de maintenir l'éclat de ſon Nom & de ſon Agnation, inſtituë Jean de Gorrevod ſon couſin, à la charge de rendre les Biens à l'aîné de ſes mâles. Il établit enſuite dans la Branche de cet aîné & dans celle des autres mâles, une Subſtitution que l'on jugea devoir être graduelle & perpetuelle ; & dans le cas que les mâles viendroient à défaillir, il avoit ſubſtitué l'une des filles au choix de ſon heritier. La Subſtitution tombe dans le degré des filles par le decès d'un arriere petit-fils de l'Heritier ; mais il n'y avoit eu d'élection ni de la part de l'Heritier à qui le choix

ſembloit avoir été particulierement commis, ni de la part du dernier poſſeſſeur. Les Deſcendans des differentes Branches des filles ſe preſentent pour demander l'ouverture de la Subſtitution. Mais parce que dans la premiere partie de la Subſtitution qui regardoit les mâles, Laurens de Gorrevod avoit affecté la Primogeniture; on jugea qu'en défaut de choix entre les filles, c'eſt à cet ordre de Primogeniture, connu & recommandé par le Teſtateur, qu'il falloit recourir, plûtôt qu'à celui du concours qui vient de la Loi. Ainſi par Arrêt du 13. Juillet 1712. la préference fut accordée à la Branche de la fille aînée, & l'on choſit même l'aîné de cette Branche pour le maintenir ſeul dans les Biens.

§ TROISIE'ME.

Si dans le cas que le Concours demeure ouvert, les Enfans qui ſont morts avant qu'il ait été agi en jugement, ſont cenſés avoir tranſmis quelque choſe à leur Heritier.

I. *DISTINCTION des Loix entre les Fidéicommis purs & ſimples, & ceux qui ſont conçus avec trait de temps.*

II. *Que dans les Fidéicommis purs & ſimples l'Heritier devoit élire ſans délai, & qu'autrement le droit étoit acquis à tous les Enfans.*

III. *Que nous ne reconnoiſſons point cette diſtinction des Loix Romaines, & que parmi nous tous les Fidéicommis univerſels ſont toûjours cenſés conditionnels.*

I. LES Loix diſtinguoient les Fidéicommis qui ſont conçus avec trait de tems, par exemple, quand l'Heritier n'a été chargé de rendre qu'à ſa mort, ou quand il voudra, ou à tel des Enfans qu'il voudra; d'avec ceux qui ſont conçus

purement & ſimplement. Au premier cas, l'Heritier avoit tout le temps de ſa vie pour choiſir ; on ne pouvoit le preſſer ſur le choix, & les Enfans ne recuëilloient en concours qu'autant qu'il ne ſe trouvoit point d'élection au tems de ſa mort. *Rogo fundum, cum morieris, reſtituas ex libertis quibus voles ; quod ad verba ipſius erit electio, nec petere quiſquam poterit quamdiu præferri alius poteſt, defuncto eo priùs quam eligat, petent omnes.* Mais il n'en étoit pas de même dans le cas des Fidéicommis purs & ſimples ; on ne laiſſoit à l'Heritier que l'intervalle qu'il lui falloit pour peſer mûrement ſur le choix qui lui étoit commis ; & cet intervalle paſſé, il étoit déchu de la faculté d'élire, & la pourſuite du Fidéicommis ouverte à tous les éligibles. Telle eſt la diſpoſition de la Loi 24. *ff. de Leg.* 2. *Niſi offerat cui hæres velit, & ſtatim offerat ſine aliquo ſcilicet intervallo, aut cum juſtum tempus præteriit quo potuit eligere cui offerat, ſtatim competet omnibus petitio.* La Loi 17. §. 1. du même Titre dit pareillement *Si hæres damnatus eſſet decem uni ex libertis dare, nec conſtiterit cui daret, omnibus eadem decem præſtare cogendus eſt.*

II. De cette difference, il en naiſſoit une autre qui eſt marquée par les mêmes Loix, que dans les Fidéicommis conçus avec trait de tems, les Biens n'étoient donnés en défaut d'élection, qu'à ceux des Enfans qui ſe trouvoient en vie lors du decès de l'Heritier, parce qu'il eſt de maxime que les Subſtitutions deviennent caduques pour ceux qui decedent avant qu'elles ne ſoient ouvertes ; au lieu que dans les Fidéicommis purs & ſimples, le ſort de la diſpoſition étant arrêté, ſi-tôt que le délai modique qui étoit donné à l'Heritier pour ſe determiner étoit écoulé, tous ceux qui avoient ſurvécu à cet inſtant étoient tellement ſaiſis des Biens, qu'ils tranſmettoient enſuite leur portion à leurs Heritiers ou Succeſſeurs. La Diſpoſition n'étoit ſuſpenduë que juſqu'à l'expiration de ce délai, & il n'y avoit que ceux qui étoient decedés dans cet intervalle qui fuſſent déchus.

III. Nous ne reconnoiſſons plus aujourd'hui ces préciſions & ces differences, parce que nous tenons pour maxime que les Fidéicommis univerſels quoiqu'ils ſoient conçus purement &

ſimplement, ſont cenſés renvoyés après la mort. Telle eſt la Doctrine de M. Maynard, *liv.* 5. *chap.* 47. Boniface, *Tom.* 5. *liv.* 2. *tit.* 6. *chap.* 2. dit pareillement que *parmi nous tous les Fidéicommis ſont conditionnels, & qu'il n'y a preſque point dans notre uſage de ceux que le Droit Romain appelle purs & ſimples.* Enfin nous trouvons dans M. Dolive, *liv.* 5. *chap.* 12. & dans M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 70. des Arrêts qui ont formellement jugé que des Subſtitutions ſimplement conçuës n'étoient ouvertes qu'après le decès. Ainſi il eſt vrai parmi nous qu'en tous les cas l'Heritier a tout le tems de ſa vie pour determiner ſon choix, qu'il n'y a par conſequent que les Enfans qui lui ont ſurvêcu qui puiſſent être admis en défaut d'élection, & que la Subſtitution eſt caduque pour tous les autres.

§ QUATRIE'ME.

Si dans les Fidéicommis faits ſous le terme collectif de Famille, les Biens, en défaut d'élection doivent appartenir à tous les Parens ſans diſtinction de degrès.

I. *DOCTRINE de M. Cujas en faveur des Parens de tous les degrès.*

II. *Que les Loix au contraire n'admettent que les plus proches.*

III. *En doit-il être de même dans le cas de la repreſentation?*

IV. *Auteurs & Arrêts qui ont reçu la repreſentation dans les Fideicommis collectifs.*

V. *Auteurs & Arrêts qui l'ont rejettée.*

VI. *Raiſons contre la repreſentation.*

VII. *Que les Loix l'ont excluë en n'admettant taxativement que les plus proches.*

VIII. *Que la repreſentation n'a jamais eu lieu dans les ſucceſſions attachées à la proximité.*

IX. *Inconveniens qui naiſſent de l'avis favorable à la repreſentation.*

X. *Si le mot*, Enfans, *eſt un*

terme collectif qui puiſſe donner lieu à la repreſentation dans les ſentimens de ceux qui veulent que les Fidéicommis ſoient ſuſceptibles de ce droit ſingulier.

XI. *Que le mot*, Enfans, *eſt limité de ſa nature aux Enfans du premier degré.*

XII. *Diſpoſition de l'Ordonnance de* 1735. *qui a fixé dans ce ſens l'étenduë du mot*, Enfans.

XIII. *Concluſion que quand même la repreſentation auroit lieu dans le Fidéicommis, elle ne pourroit jamais être admiſe dans ceux qui ſont conçus ſous le mot* Enfans.

I. LE Docte M. Cujas, ſur la Loi *Unum ex familiâ*, a penſé que le concours devoit avoir lieu en faveur des Parens de tous les degrés, & n'a apporté qu'une exception, lorſque la Famille eſt ſi nombreuſe que l'on ne pourroit admettre ce partage général, ſans rendre le Fidéicommis illuſoire & aneantir, pour ainſi dire, les Biens.

II. Il n'y a pas lieu d'être ſurpris que l'opinion de ce ſçavant Interprete n'ait été reçuë ni par les Auteurs ni par la Juriſprudence des Arrêts, puiſqu'elle eſt ſi formellement condamnée par le Texte des Loix. La Loi 32. §. dernier, *ff. de leg.* 2. porte par exprès, ſans diſtinguer ſi la parenté eſt trop nombreuſe, que dans les Fidéicommis en faveur de la Famille, il n'y a que les plus proches qui ſont admis *Qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo Teſtator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſint.* Et telle eſt encore la déciſion de la Loi *69.* §. 3. du même Titre.

III. Mais on demande ſi du moins, dans les degrès de la repreſentation, les plus éloignés ne concourent pas avec ceux qui les précedent, ſi le néveu ſuccede conjointement avec ſon Oncle ? Les Auteurs ont été extremement partagés ſur cette Queſtion, & les Cours Souveraines ne le ſont pas moins. On convient que la Queſtion n'a jamais lieu dans les Fidéicommis où les Perſonnes ſont particulierement deſignées par leur nom; que tout eſt alors borné à la Perſonne appellée, & que ſon predecès aneantit, ſans eſpoir pour ſes deſcendans, la Diſpoſition dont le Teſtateur l'avoit honoré. La difficulté ne regarde que

les Fidéicommis conçus ſous les termes collectifs de Famille, de Ligne, de Deſcendans de Parens, par leſquels tous les Deſcendans, ou tous ceux de la Ligne, de la Famille & de la Parenté ſont appellés, enſorte qu'il n'eſt queſtion que de regler l'ordre dans lequel ils doivent être admis.

IV. La plûpart des Anciens ont cru que la repreſentation devoit avoir lieu dans ces ſortes de Fidéicommis. On les trouve cités en grand nombre par Mantica, Fuſarius, Peregrinus. Et parmi les Modernes, Ricard, *Tom.* 2. *p.* 378. Le Commentateur de Perier, *queſt.* 344. *n.* 4. *&* 22. Lapeyrere, *lettre S. n.* 98. Lebrun à la page 456. de ſon Traité des Succeſſions, ont adopté cette Doctrine. Elle eſt ſuivie au Senat de Chambery, ſelon les Arrêts rapportés par Faber en ſon Code, Titre des Fidéicommis, *définit.* 7, 8. 10. 12. Elle l'eſt encore au Parlement de Provence ſelon les Arrêts rapportés par Boniface, *Tom.* 2. *liv.* 2. *tit.* 2. *chap.* 8. *& Tome* 5. *liv.* 2. *tit.* 16. *chap.* 1. *&* 2. Et les Arrêts par leſquels le Parlement de Paris a jugé ſelon Ricard, qu'il faut obſerver dans ces ſortes de Fidéicommis toutes les regles de la Succeſſion *ab inteſtat*, le double Lien, les Preciputs ordinaires, le Droit d'aîneſſe, ſont une preuve que l'on y admet auſſi la repreſentation. On dit, pour établir cette Doctrine, que tout Teſtateur qui appelle vaguement ſa Famille ou ſa deſcendance, ſans regler aucun ordre de Succeſſion, eſt cenſé s'en être remis à celui dans lequel ſes Heritiers legitimes lui auroient ſuccedé *ab inteſtat.*

V. Il n'y a pas un moins grand nombre d'Auteurs celebres & d'Arrêts, pour exclure cette repreſentation dans les Fidéicommis. *Quis neſcit*, dit M. Cujas en ſa Conſultation 15. *jus repræſentationis habere tantum locum in ſucceſſionibus ab inteſtato, non in ſubſtitutionibus.* Le Preſident Faber *de error. pragm. decad.* 55. *err.* 3. dit qu'il n'y a que des Praticiens ignorans qui puiſſent ſoutenir le contraire. *Sic putant plerique ex pragmaticis noſtris, ſed imperitioribus.* Enfin Henrys ſemble s'être attaché à défendre ce ſentiment dans pluſieurs endroits de ſes Ouvrages, & principalement dans les Queſtion 25. 62 & 71. de ſon cinquiéme Livre.

A l'égard des Cours Souveraines, il y a dans Brodeau ſur Loüet, *lettre S. ſomm.* 2. un Arrêt du Parlement de Paris du 5. Mars 1620. qui jugea, pour un Fidéicommis où les Enfans & les leurs étoient appellés, que les petits-fils ne pouvoient eſperer de concourir avec leurs Oncles par repreſentation de leur Pere. Taiſand dans ſon Commentaire ſur la Coûtume de Bourgogne, *tit.* 7. *art.* 19. *n.* 6. atteſte auſſi que le Parlement de Bourgogne ne reçoit point de repreſentation dans les Fidéicommis. Enfin Maynard, *liv.* 5. *chap.* 45. rapporte un Arrêt celebre du Parlement de Toulouſe qui a ſuivi cette Juriſprudence. Voici quelle eſt l'eſpéce qui y donna lieu. François Maynaguet, Pere de trois Enfans, Pierre, Jacques & Simon, inſtituë les deux premiers à la charge de rendre les Biens à Simon leur frere ou à ſes deſcendans. Simon decede du vivant de ſes deux freres heritiers inſtitués, laiſſant un fils appellé François & une fille nommée Claire. La fille meurt enſuite, & laiſſe un fils, qui après le decès des deux Heritiers, pretendoit concourir dans la Subſtitution avec ſon Oncle François. La Subſtitution appelloit les deſcendans de Simon. Mais falloit-il n'admettre que le deſcendant le plus proche, ou falloit-il par le benefice de la repreſentation admettre l'arriere petite-fille avec le petit-fils ? Telle étoit la Queſtion, & l'Arrêt qui eſt du 3. Septembre 1658. jugea que la repreſentation ne pouvoit avoir lieu.

VI. Les raiſons qui appuyent ce dernier avis m'ont toûjours paru bien ſuperieures à tout ce qu'on oppoſe pour l'opinion contraire. Elles ſe prennent dabord de la differente nature de la Succeſſion Teſtamentaire & de la Succeſſion legitime. Dans les Succeſſions *ab inteſtat*, c'eſt la Loi qui regle tout par elle-même, & elle le regle comme elle le juge à propos, elle fait toutes les fictions qu'elle juge convenables. Il n'en eſt pas de même des diſpoſitions Teſtamentaires. On s'attache à la volonté, & un Teſtateur eſt cenſé avoir eu un ſentiment de préference pour ceux qui lui tenoient de plus près. Ses ſentimens dictés par la nature, ſuivent l'ordre & le cours de la nature ; l'affection pour les petits-fils

trouve une premiere affection établie dans ſon cœur pour les Enfans du premier degré, elle n'y obtient qu'un rang ſubordonné ; & c'eſt ſur cette diſpoſition de ſon cœur que doit ſe regler l'ordre qu'il a entendu ſuivre dans le Fidéicommis.

VII. De-là vient que les Loix ont ordonné, dans ces Subſtitutions qui regardent la Deſcendance ou la Famille, que l'on s'attachât uniquement à la proximité. *Qui ex his*, dit le §. dernier de la Loi 32. *ff. de Leg.* 20. *Primo gradu procreati ſint.* La Loi *69.* §. 1. dit auſſi *Proximus quiſque videtur invitatus.* Et l'Empereur Juſtinien dans la Loi derniere, *Cod. de verb. ſign.* a ordonné de nouveau que les Biens ne fuſſent donnés qu'aux plus proches, *propinquis.* On oppoſera peut-être que par le benefice de la repreſentation, les petits-fils ou les néveux acquierent cette qualité de plus proches & cette égalité de degré d'où dépend l'ordre du Fidéicommis. Mais cette objection eſt directement contraire à la nature de la repreſentation. Car comme nous l'apprend Brodeau ſur Loüet *lettre* R. *Somm. 9. n.* 18. l'effet de la repreſentation n'eſt point de raprocher les degrés ni les Perſonnes. La difference des degrés vient des Loix immuables de la nature & du ſang qui ne peuvent être detruites par des fictions, parce qu'elles ſont ſuperieures à toutes les Loix écrites. Ainſi la difference du degré & de la proximité ſubſiſte toûjours ; & par conſequent s'il ſe trouve quelque droit qui ait été attaché à cette proximité & au degré, la repreſentation eſt impuiſſante, & ne ſçauroit faire admettre des Succeſſeurs dont le rang eſt plus éloigné.

VIII. C'eſt pour cela que les Loix de tous les tems ont decidé que la repreſentation ne pouvoit avoir lieu dans les Succeſſions déferées par ordre de degré & de proximité. Ainſi la Loi des douze Tables ayant affecté le droit de Patronage aux plus proches parens du Patron, les Juriſconſultes decideront dans la Loi 23. §. 1. *ff. de Bonis, lib.* encore que la repreſentation fût deſlors reçuë dans la ligne directe, que les petits-fils ne concouroient point dans la Succeſſion du Patronage avec les Enfans du premier degré. *Quia*, dit le Juriſconſulte, *proximum quemque*

ad hæreditatem liberti vocari manifeſtum eſt. L'Exemple des Succeſſions collaterales n'eſt pas moins frappant. La Loi des douze Tables avoit appellé *proximum cognatum*, & il n'en fallut pas d'avantage pour faire decider qu'il n'y auroit point de repreſentation. Elle n'a commencé d'y être admiſe que par une Loi nouvelle qui a été neceſſaire pour la faire recevoir. En un mot, comme le remarque fort bien M. Cujas ſur le Titre 11. du ſecond Livre des Fiefs, le droit de proximité eſt le contraire du droit de repreſentation, l'un ne peut être admis ſans detruire l'autre, & par tout où l'on affecte la proximité, la repreſentation qui tend a appeller un parent plus éloigné, eſt excluë par une ſuite néceſſaire. *Ubi proximitatis jure defferitur ſucceſſio, repræſentationi locus non eſt; ubi autem valet jus proximitatis, non poteſt etiam valere jus repræſentationis quia pugnant invicem & è contrario.* Ainſi loin que l'on puiſſe admettre par repreſentation dans les Fidéicommis une proximité feinte en faveur d'un Deſcendant ou d'un Collateral plus éloigné; au contraire toute repreſentation a été excluë, de-là que les anciennes & nouvelles Loix ont arrêté que les Subſtitutions ſeroient inviolablement attachées à la proximité.

IX. Enfin il faut être d'autant plus porté à ne ſuivre d'autre ordre dans le Fidéicommis que celui de la proximité, que le ſentiment favorable à la repreſentation donne ouverture à mille doutes differens. La repreſentation doit-elle avoir lieu dans toutes Subſtitutions de quelque ligne qu'elles proviennent? ou ne faut-il l'admettre que dans les Subſtitutions établies par un aſcendant, en les rejettant dans les Subſtitutions collaterales? & du chef de qui faut-il conſiderer la parenté, pour ſçavoir ſi les Parties ſont dans les degrés de la repreſentation? faut-il la conſiderer du chef de celui qui a ſubſtitué, ou du chef du dernier poſſeſſeur, ou tout enſemble du chef de l'un & de l'autre? Voilà tout autant de Queſtions ſur leſquelles on ne s'accorde point, & que l'on previent, en s'attachant à la maxime qui veut que les Fidéicommis ſe déferent par ordre de proximité.

X. Les Auteurs qui ont admis la repreſentation ont porté la choſe bien plus loin; & conſiderant le mot Enfans comme

un terme colletif qui embraſſe toute la Deſcendance, ils ont penſé que dans les Fidéicommis conçus ſous ce nom, les petit-fils pouvoient être admis à concourir avec leurs Oncles. C'eſt ainſi qu'en parlent & Ricard & Lebrun. C'eſt auſſi pour des Subſtitutions faites en faveur des Enfans, qu'ont été rendus les Arrêts rapportés par Boniface. De même, diſent les Auteurs, que les Romains diſtinguoient le mot *Filii* du mot *Liberi*, de même nous avons les mots François de Fils & d'Enfans; dont l'un qui repond au mot *Filii* ne ſignifie que ceux du premier degré, & n'eſt étendu plus loin qu'autant que la volonté du Pere y determine par des circonſtances ſenſibles; au lieu que le ſecond, qui eſt cenſé repondre au mot *liberi*, renferme par une ſignification propre toute la deſcendance.

XI. Mais ſi chacun veut bien refléchir ſur l'idée que le mot Enfans reveille dans ſon eſprit, n'eſt-on pas forcé d'avoüer que ces Auteurs n'ont guere conſulté l'uſage ni le génie de leur Langue, quand ils ont attribué tant d'étenduë à cette expreſſion. Les Peres n'employent le nom d'*Enfans*, que pour deſigner leurs propres fils; & s'il eſt queſtion de parler d'un degré plus éloigné, on ne manque point de le faire ſentir en employant le terme de petits-Enfans, ou en ſe ſervant de quelque detour. C'eſt ce qui a fait dire à Rebuffe, *Nepotes ſub hoc vocabulo*, Enfans, *vix comprehenduntur*. Henrys, *Tom. 3. liv. 5. queſt. 62.* ſoûtient auſſi qu'il n'y a point d'autre mot dans notre Langue qui reponde au mot Latin *Liberi*, que celui des Deſcendans, mais que le mot *Enfans*, n'eſt pas plus étendu que celui de *Fils*. Maynard, *liv. 8. chap. 33.* en étoit tellement convaincu, qu'il dit que le mot *Enfans* ne peut s'appliquer aux petits-fils, que par une extenſion contraire à ſa ſignification naturelle. M. de Cambolas, *liv. 2. chap. 10.* ſuit les mêmes idées, & confond les deux mots d'*Enfans* & de *Fils*, il les conſidere comme étant de même nature, & n'affectant l'un & l'autre que le premier degré, il les met en oppoſition avec les termes collectifs de Famille & de Deſcendans. Enfin il y a un Arrêt celebre du Parlement de Paris qui jugea, après l'inſtructive la plus ſolemnelle, que les petits-fils n'etoient point admis à pretendre le

profit d'une reſervation qui avoit été conçuë ſous le mot d'Enfans. Tous les Auteurs qui rapportent cet Arrêt, Mornac ſur la Loi 3. *Cod. de in off. teſtam.* & ſur la Loi 4. *C. Loc.* Brodeau ſur Loüet, *lettre S. Somm.* 8. Monthelon & pluſieurs autres, n'en cherchent le motif que dans la ſignification propre du mot *Enfans*, qui ne ſe rapporte ſelon eux qu'au premier degré de la Deſcendance.

XII. Tel eſt le parti que paroît avoir pris la nouvelle Ordonnance concernant les Teſtamens, quand elle porte à l'Article LXII. que par le predecès de tous les Enfans, le droit d'élire demeure caduque & éteint. Je ſçai bien qu'il y en a qui ont entendu cet Article de ſorte, qu'il n'y a que la faculté d'élire qui eſt éteinte, & que le Fidéicommis ſubſiſte en faveur des petits-fils. Mais eſt-ce ſerieuſement qu'on a propoſé cette interpretation? La faculté d'élire & la Subſtitution ſont également conçuës ſous le terme d'*Enfans*; ainſi ſi ce mot étoit jugé propre à renfermer les petits-fils quant au progrés de la Subſtitution, pourquoi n'en reſulteroit-il pas le même progrès à l'égard de la faculté d'élire? Pourquoi diviſer l'effet du même terme? Et tandis que le Teſtateur a rapporté le droit d'élire aux mêmes Enfans qu'il a Subſtituez, pourquoi voudroit-on que les petits-Enfans fuſſent compris dans la Subſtitution, ſans l'être auſſi ſous cette faculté?

XIII. Je ne crois donc pas qu'on puiſſe ſoutenir avec fondement, depuis la nouvelle Ordonnance, que le mot *Enfans* ſoit capable de s'étendre au-delà du premier degré. Et de-là cette conſequence, que quand même la repreſentation ne ſeroit pas bornée aux Succeſſions *ab inteſtat*, elle ne pourroit du moins être admiſe dans les Fidéicommis qui ont été conçus ſous ce mot. En effet la repreſentation n'a lieu, ſelon les Auteurs qui l'a favoriſent qu'autant qu'il eſt queſtion de Fidéicommis, renfermant des perſonnes de differens degrés, qui conteſtent ſur la préference & l'ordre dans lequel il faut les admettre. La premiere condition eſt donc de faire voir qu'on eſt du nombre des appellés; c'eſt alors ſeulement qu'il peut être queſtion de conteſter ſur l'ordre & la maniere de ſucceder. Ainſi les petit-fils n'étant

pas censés compris dans les Substitutions conçuës sous le mot d'*Enfans*, il est évident qu'il ne peut y avoir pour eux de representation. Elle sert seulement à raprocher ceux qui sont compris dans un Fidéicommis, mais elle ne crée point un droit nouveau en faveur de ceux que la Substitution ne renferme point.

§ CINQUIE'ME.

Examen de quelques Cas particuliers où dans le nombre même des plus Proches, il y en qui ne sont point admis au concours.

I. *ON n'y admet point ceux que le Testateur a exclus de ses Biens par une Disposition particuliere.*

II. *On ne les admet pas, même quoique le Testateur après les avoir exclus, ait ensuite permis à l'Heritier grevé de les élire, lorsqu'il ne l'a permis ainsi que par le motif d'une faveur particuliere qu'il a prétendu faire à l'Heritier.*

III. *Espéce traitée par Henrys d'une Mere chargée d'élire par son Mary entre plusieurs filles dont les unes avoient renoncé, & opinion de Henrys que les filles qui ont renoncé, ne doivent pas être admises en concours avec les autres.*

IV. *Refutation des raisons employées par Henrys.*

V. *Explication de la Loi 94. ff. de Leg. 3. qui fournit un fort argument pour le concours de toutes les filles.*

VI. *Difference qu'il y a entre l'espéce traitée par Henrys, & celle d'une personne excluë par le Testament même, qu'il a plu cependant au Testateur de comprendre au nombre des éligibles.*

I. LE President Faber dans son Traité *de errobit. Pragmatic. dec. 51. err. 7. & 8.* expose un cas où, même dans le nombre des Parens du premier degré, il y en a qui peuvent ne pas être admis ; c'est quand le Testateur par des motifs particuliers de haine & d'inimitié, a formellement exclu

quelqu'un d'eux de ſon heredité. Car eſt-il naturel que changeant tout à coup de penſée, il ait entendu mettre ce même ſujet au nombre de ceux que ſon Heritier étoit chargé d'élire, où qui devoient recueïllir en défaut d'élection ?

II. Le Preſident Faber pouſſe plus loin ſa penſée dans le Chapitre ſuivant. Il propoſe un cas où quoique la perſonne excluë ait été laiſſée au nombre des éligibles, elle n'eſt pourtant pas admiſe à concourir en défaut d'élection. Un Pere a une fille de laquelle ſont nés un mâle & deux filles ; il declare qu'il exherede ſon petit-fils pour s'être marié contre ſon gré ; il inſtituë ſa fille, & perdant de vûë l'exheredation qu'il venoit de prononcer contre ce petit-fils, il charge ſa fille de rendre les Biens à ſon choix, ou à lui, ou à ſes deux filles. Le petit-fils eſt donc laiſſé au nombre des éligibles. Cependant ſi la Mere decede ſans avoir fait un choix, le Preſident Faber declare qu'il n'eſt pas reçu à concourir ; & la raiſon qu'il donne, c'eſt que le Teſtateur avoit compris dans la faculté d'élire, que pour laiſſer à la Mere la ſatisfaction de pouvoir l'appeller ſi elle le jugeoit à propos. C'eſt une faveur qu'il a fait à ſa fille, & ſi elle n'en a point uſé, il faut alors en revenir à ce premier ſentiment par lequel l'ayeul avoit declaré ſon petit-fils indigne de lui ſucceder.

III Henrys, *Tom. 2. liv. 5. queſt.* 87. n'a pas auſſi-bien reüſſi dans une modification pareille qu'il a appoſée à la maxime du concours. Un Pere avoit, dit-il, pluſieurs filles, dont les unes avoient renoncé par leur Contrat de Mariage. Il inſtitua ſa femme ſon heritiere, & la chargea de rendre à une d'entre toutes les filles à ſon choix. La Mere meurt ſans avoir fait une élection. Les filles qui avoient renoncé ſeront-elles admiſes en concours avec les autres ? Henrys prétend qu'elles ne doivent pas l'être ; & la raiſon qu'il en donne, c'eſt que le concours n'a lieu, qu'autant qu'il ne ſe rencontre point quelque raiſon particuliere de préference, ſoit dans l'état perſonnel des éligibles, ou dans l'intention preſumée des Teſtateurs. Or, continuë-t'il, ſi l'on conſidere l'état des filles qui ont renoncé, elles n'avoient plus de droit à la Succeſſion, elles étoient

excluës ; & quant aux preſomptions de la volonté, n'eſt-il pas naturel que le Pere ait plus particulierement enviſagé celles de ſes filles qu'il n'avoit point encore pourvûës, ou qu'il avoit laiſſées en leur entier par rapport à ſa Succeſſion.

IV. C'eſt une Doctrine bien contraire aux principes de tant de Loix, dont les unes portent en termes exprès que tous les éligibles ſont admis en concours, & les autres n'admettent d'autre diſtinction que celle qui peut naître du degré. Le Pere n'a-t'il pas rendu égale la condition de ſes filles en les reüniſſant toutes dans cette faculté ?

V. Il y a même un Texte précis pour cette Queſtoin dans Loi 94. *ff. de Leg.* 3. Un Teſtateur qui avoit grand nombre d'Affranchis, legue un fonds à trois d'entre eux avec ordre de ne point le laiſſer ſortir de la Famille. Le Juriſconſulte demande ſi le premier des Legataires qui vient à deceder, eſt tenu de faire ſon choix parmi ces deux Collegataires, préferablement à tout autre Affranchi, & de même ſi en défaut d'élection ces deux Collegataires ont le droit d'être admis par preference. Il n'eſt pas douteux qu'ils n'ayent été les plus cheris, que le Teſtateur ne ſe ſoit occupé d'eux plus particulierement, puiſqu'il les a diſtingués des autres en les appellant au Legs. Le Juriſconſulte ne laiſſe pas de decider que de-là que tous les Affranchis ont été mêlés & reünis dans la Diſpoſition, le premier des Legataires qui decede a la liberté de porter indifferamment ſon choix dans tout le corps des Affranchis, & que tous auſſi, en défaut d'un choix, doivent être admis ſans diſtinction.

VI. Henrys s'eſt propoſé pour exemple la déciſion que Faber a prononcée contre le petit-fils exheredé. Mais la difference eſt ſenſible. Dans l'eſpéce traitée par Faber, le Teſtament portoit contre le petit-fils une excluſion qui ne pouvoit ceſſer que par le choix de la Mere ; au lieu que dans l'eſpéce de Henrys, la deſtination du Pere a été égale en faveur des filles qui avoient renoncé, comme en faveur des autres. Il eſt vrai qu'il y avoit à leur égard une premiere excluſion priſe de la renonciation

renonciation qu'elles avoient faite par leur Contrat de Mariage ; mais cette renonciation ne regardoit que la Succeſſion *ab inteſtat*, elle ne pouvoit s'appliquer au nouvel ordre de Succeſſion que le Teſtament avoit introduit ; & tout devoit ſe regler deſormais par la Diſpoſition égale dont le Pere avoit honoré toutes ſes filles.

§ SIXIE'ME.

Si de même qu'en défaut de choix l'on n'admet au concours que les Proches, de même l'Heritier en éliſant eſt obligé de borner ſon choix entre ceux du premier degré.

I. *DISTINCTION entre les Fidéicommis conçus ſous le mot de* Famille, *& ceux qui ſont conçus ſous le mot* Enfans.

II. *Dans les Fidéicommis de la premiere eſpéce, l'élection peut ſe faire en faveur des plus éloignés.*

III. *Que cela n'a lieu néanmoins que lorſque le droit d'élire a été expreſſement donné par le Teſtateur.*

IV. *Arrêts qui ont jugé que la même liberté doit avoir lieu lorſque la faculté d'élire regarde les Enfans.*

V. *Raiſons contre cette derniere opinion, & Arrêts qui l'ont rejettée.*

I. POUR prevenir le concours des appellés, il ne ſuffit point qu'il y ait une élection : il faut qu'elle ſoit conforme à l'ordre dont le Teſtateur eſt cenſé s'être occupé. On demande donc ſi l'Heritier grevé a la liberté de faire ſon choix dans les degrés éloignés, préferablement aux plus proches ; & ſur cela il faut diſtinguer les Fidéicommis conçus ſous les termes collectifs de *Famille*, de *Deſcendans*, de *Parenté*, d'avec ceux qui ont été conçus ſous le mot *Enfans*.

II. Dans les Fidéicommis de la premiere eſpéce, l'Heritier

peut donner la préference aux plus éloignés ; *Satis erit*, dit la Loi 67. §. 2. *ff. de Leg.* 2. *Uni reliquisse, eodem vel dispari gradu.* M. Cujas dans son Commentaire sur cette Loi, a exprimé cette maxime en termes bien énergiques. *Eligit libere hæres quem vult ex Familiâ vel proximiorem vel ulteriorem.* Lapeyrere *in verbo substit. n.* 144. rapporte un Arrêt du Parlement de Bordeaux du 24. Mars 1687. qui l'a ainsi jugé ; parce qu'en effet les Dispositions conçuës sous le mot de *Famille*, de *Descendans*, ou autres pareils, embrassent toutes les Personnes de tous les degrés. Il est vrai que quand l'Heritier decede sans avoir nommé, il n'y a regulierement que les plus proches qui sont admis. On en use ainsi pour ne pas venir à un partage qui aneantiroit la Substitution ; & comme ce danger cesse dans le cas que l'Heritier veut faire un choix, il doit avoir la liberté de le faire entre tous ceux qui ont été reünis sous le lien de cette faculté.

III. Il faut prendre garde néanmoin ques l'Heritier n'a cette liberté qu'autant que le Testateur lui a formellement déferé le droit d'élire, en le chargeant de rendre à un de la Famille, ou de rendre à la Famille à son choix ; parce que c'est seulement alors qu'on peut dire que le Testateur n'a point eu de vûë particuliere, qu'il n'a enviſagé dans tout le corps de la Famille que le Substitué que l'Heritier voudroit bien lui donner. Mais si l'Heritier a été grevé de rendre purement & simplement à la Famille, comme on a prouvé que de-là nait, suivant la pureté du droit, un Fidéicommis absolu & independant du ministere de l'Heritier en faveur de tous ceux du premier degré ; quoiqu'il soit vrai que la Jurisprudence, s'écartant des maximes de la Loi, a accordé d'office à l'Heritier une faculté que le Testament ne lui donnoit pas ; ne faut-il pas du moins que cette faculté de privilege soit subordonnée à la Disposition qui a déja saisi la Famille, & qui se rapportant toute entiere au premier degré, fait aussi que c'est dans ce premier degré que l'Heritier doit borner son choix ? Il semble que Lapeyrere à l'endroit cité, a entrevû cette distinction ; on peut la fonder aussi sur le langage que tient Henrys au Tome 3. *liv.* 5. *quest.* 62. de même

que ſur celui du Preſident Faber *de error. Pragmat. Decad.* 53. *err.* 1.

Voilà donc pour ce qui eſt des Diſpoſitions qui regardent la Famille, ou la Parenté, ou les Deſcendans.

IV. Quant à celles qui ſont conçuës ſous le mot *Enfans*, il n'eſt pas douteux que dans l'opinion des Auteurs qui ont voulu faire paſſer le mot *Enfans*, pour un terme collectif de pluſieurs degrés, ces Diſpoſitions ne dûſſent ſe regler de la même maniere que celles où ſe trouvent les mots de *Famille*, de *Deſcendans* ou de *Parenté*. Auſſi Lapeyrere dit ſous le mot *Election*, *n.* 20. qu'il a vû divers Arrêts de ſon Parlement qui ont autoriſé l'élection des petit-fils au prejudice des Enfans du premier degré ; & Bardet, *Tom.* 2. *liv.* 2. *chap.* 37. en rapporte un du Parlement de Paris, du 3. Juin 1633. lors duquel la Queſtion fut trouvée ſi difficile qu'elle fut appointée. Il eſt vrai que la difficulté paroiſſoit moins venir de la Theſe même que d'une circonſtance particuliere, qui eſt que le Teſtateur avoit ordonné la preference des mâles aux filles, & qu'il ne reſtoit au premier degré qu'une fille. Mais depuis ce temps-là, on trouve un autre Arrêt de la même Cour du 12. Février 1692. que Bretonnier rapporte ſur la Queſtion 62. du cinquiéme Livre de Henrys comme ayant jugé en faveur des petits-fils ſans le ſecours d'aucune circonſtance. Il y a grand ſujet de douter que l'Arrêt ſoit tel que cet Auteur le rapporte ; & ce qui me le perſuade, c'eſt que dans l'eſpece ſur laquelle il intervint, la Subſtitution étoit conçuë ſous le mot de Fils ou de Filles, qui de l'aveu de tout le monde renferme ſa ſignification dans les Enfans du premier degré.

V. Quoiqu'il en ſoit, de-là que nous avons fait voir que le mot *Enfans* n'eſt rien moins, dans l'uſage & ſelon le genie de notre Langue, qu'un terme collectif de pluſieurs degrés, la déciſion que Bretonnier attribuë à cet Arrêt du Parlement de Paris ne ſçauroit faire fortune. Car enfin l'élection doit ſe borner entre ceux qui ont été compris dans la faculté ; & s'il eſt vrai que les deux mots d'*Enfans* & de *Fils* ne ſe rapportent point aux petits-fils, ne s'enſuit-il pas que l'Heritier ne doit pas être

reçu à leur transferer un Fidéicommis qui ne les concerne pas, pour en priver ceux à qui il eſt donné. Telle eſt la Doctrine de Fernand, *cap. 9. n.* 8. de Henrys, *Tom. 3. liv. 5. queſt. 62.* & de Lapeyrere au lieu cité, où il rejette les Arrêts contraires qu'il dit avoir vûs. M. de St. Jean, *deciſ.* 77. rapporte un Arrêt du 18. Mars 1585. qui a ſuivi cette Doctrine, la fille du Teſtateur fut maintenuë dans les Biens ſubſtitués, à l'excluſion du fils d'une autre fille, auquel la Mere heritiere grevée avoit fait part des Biens; & M. de Catellan, *liv. 2. chap.* 100. rapporte auſſi un Arrêt du Parlement de Toulouſe, qui ayant jugé que l'Heritier n'avoit pas pû grever un Enfant du premier degré au profit d'un petit-fils dont le Pere étoit predecedé, donne lieu de conclure que ce petit-fils n'auroit pas pû être directement élû, puiſqu'autrement la Subſtitution faite en ſa faveur auroit dû être accuëillie, en vertu de l'ancienne maxime ſuivant laquelle celui qui étoit élû pouvoit être grevé en faveur d'un autre ſujet éligible. Enfin cette derniere opinion a été confirmée par l'Article LXII. de la nouvelle Ordonnance, où il eſt dit que l'Heritier chargé d'élire un des Enfans ne peut point élire un des petits-Enfans, encore que celui dont ils ſont iſſus ſoit mort avant l'élection.

§ SEPTIE'ME.

Si les Enfans peuvent s'aſſurer du concours, & le rendre neceſſaire en convenant de partager également les Biens ſans avoir égard au choix que l'Heritier pourroit faire.

I. *DIFFICULTE'S dont cette Queſtion eſt enveloppée.*

II. *Premiere difficulté priſe de ce que la convention des Eligibles ſemble renfermer un Traité pour les Biens d'une perſonne vivante.*

III. *Confirmation de cette idée par la Doctrine de la Loi* 11. Cod. de Tranſactionibus.

IV. *Seconde difficulté priſe de ce que la convention des Eligibles renferme une contravention à la volonté du Teſtateur qui a voulu que les Biens fuſſent à un ſeul.*

V. *Auteurs qui, ſur ces differentes raiſons, ont cru que ces conventions d'égalité doivent être rejettées.*

VI. *Examen d'un Arrêt du Parlement de Provence qui confirma un pareil Traité entre des Freres.*

VII. *Reſolution, que ces ſortes de conventions doivent être autoriſées.*

VIII. *Reponſe à l'objection priſe de ce qu'elles renferment un Traité ſur les Biens d'une perſonne vivante.*

IX. *Reponſe à l'argument pris de la Loi* 11. Cod. de Tranſact.

X. *Reponſe à l'objection priſe de la volonté.*

XI. *Arrêt du Parlement de Toulouſe en faveur de la convention.*

I. LA Queſtion que nous venons de propoſer eſt extrêment difficile, elle a partagé la plûpart des anciens Docteurs; & il faut convenir que les principes du Droit ſemblent ſe combattre de maniere à laiſſer quelque nüage & quelque embarras; tous les Auteurs qui l'ont diſcutée, la font dépendre de l'examen de deux difficultés. La premiere, ſi une pareille convention n'eſt point contraire aux Loix qui défendent de traiter des Biens d'une perſonne vivante. Et la ſeconde, ſi l'on peut autoriſer un accord par lequel des Subſtituez tendent à s'aſſûrer du Fidéicommis dans un ordre different de celui que le Teſtateur a preſcrit.

II. A l'égard du premier point; ceux qui ſe ſont declarés pour maintenir cette convention, oppoſent qu'il ne s'agit point des Biens d'une perſonne vivante, que le Fidéicommis n'eſt ni le Patrimoine ni la Succeſſion de l'Heritier grevé, qu'il ſe rapporte au Teſtateur, qu'il s'agit de l'Heredité d'une Perſonne decedée. Ne peut-on pas repondre qu'encore que les Biens ne viennent pas de l'Heritier, c'eſt lui néanmoins qui les poſſede, que la poſſeſſion n'en doit être vacante que par ſa mort? C'eſt donc enviſager ſa mort, c'eſt la prevoir, de traiter d'avance pour ces Biens-là; c'eſt s'expoſer au danger de la ſouhaiter, en

l'enviſageant de trop près ; & voilà preciſement ce que la Loi derniere, *Cod. de pact.* a jugé contraire aux bonnes mœurs. *Nobis omnes hujuſmodi pactiones odioſæ eſſe videntur, plenæ triſtiſſimi & periculoſi eventus, quare enim, quodam vivente & ignorante de rebus ejus quidam paſciſcentes conveniunt.*

III. Tel auſſi paroît être l'eſprit de la Loi 11. *Cod. de Tranſact.* Elle approuve qu'un Subſtitué decharge l'Heritier de la Subſtitution qui lui étoit impoſée ; & la raiſon qu'elle donne, c'eſt qu'une pareille renonciation, qui retranche au Subſtitué l'occaſion de ſouhaiter la mort de l'Heritier, merite par-là toute ſorte de faveur. *Rata eſt tranſactio, remoto captandæ mortis alterius voto.* Ne ſemble-t'il point que par la raiſon contraire les Empereurs, Auteurs de cette Loi, auroient jugé tout autrement des conventions dont la mort de l'Heritier eſt la matiere & le fondement ? De-là vient que le Parlement de Grenoble, caſſa & rejetta par un Arrêt qui eſt rapporté par Expilli, *chap.* 13. la ceſſion que le Subſtitué avoit faite de l'eſperance du Fidéicommis pendant la vie de l'Heritier.

IV. A l'égard de la ſeconde difficulté priſe de la volonté du Teſtateur ; les mêmes Auteurs oppoſent que cette volonté n'empêche point, ſuivant la Loi 1. *Cod. de pact.* & la Loi 11. *Cod. de Tranſact.* que la Subſtitution ne ſoit éteinte par la remiſe que le Subſtitué en fait à l'Heritier grevé. Mais il eſt évident qu'autre choſe eſt de renoncer à l'eſperance du Fidéicommis, & autre choſe de chercher à s'aſſûrer ce Fidéicommis dans un ordre contraire à la volonté du défunt. Ce n'eſt pas que la volonté ne ſoit également deçuë dans l'un & l'autre cas. Mais il y a cette difference, que le Teſtateur n'a point à ſe plaindre dans le cas de la renonciation, puiſque ſon deſſein n'étoit pas de forcer les Subſtitués à accepter ſes bienfaits. Au lieu qu'il ſemble indecent que des Subſtitués prennent prétexte de ſa volonté, qu'ils abuſent de ſon bienfait pour poſſeder ſes Biens comme malgré lui-même, en les recuëillant dans un ordre contraire à celui qu'il a preſcrit.

V. La Queſtion devient plus difficille par la contrarieté qui regne dans les Auteurs. Il y en a un très-grand nombre dont on trouve le détail dans la Queſtion 310. de Fuſarius, qui

ſe ſont determinés contre cette ſorte de convention ; & c'eſt à cette opinion que le Commentateur de Perier, *Tom. 2. queſt. 288. n. 21.* a cru qu'il falloit s'en tenir. Il me ſemble, dit-il, que *ce Traité eſt manifeſtement contre la volonté du défunt qui a voulu l'indiviſibilité du Fidéicommis, en ordonnant qu'il n'appartiendroit qu'à un. Ce Traité paroît être contre les bonnes mœurs & contre la bonne foi avec laquelle on doit executer les volontés des défunts : ſurtout ceux qui violent leurs Ordonnances par le deſir de poſſeder leur Bien & dans l'aprehenſion de le perdre, ſont blamables. L'égalité*, continuë-t'il, *ne doit pas être un motif pour approuver cette paction, parce que cette égalité a été prohibée par le Teſtateur, & n'eſt plus loüable lorſqu'elle deroge à ſes intentions. L'incertitude de l'évenement ne rend point cette convention plus legitime, parce qu'il n'eſt point permis de s'aſſûrer l'heritage d'autrui contre ſa volonté, ni de s'en rendre maître en partie, parce qu'on peut n'y avoir rien ou poſſeder le tout. Ainſi*, conclut cet Auteur, *je crois qu'en pareil cas celui des freres qui ſeroit élû avant ou après le Traité pourroit revenir & revendiquer tout le Fidéicommis.* C'eſt auſſi la Doctrine de Lapeyrere, *lettre T. n.* 140.

VI. L'opinion contraire a été défenduë par Fuſarius & par un grand nombre de Docteurs dont il entaſſe les noms au même endroit. Et il y a un Arrêt du Parlement de Provence du 29. Octobre *1686.* rapporté par Boniface, *Tom. 5. liv. 2. tit. 20. chap. 3.* qui ratifia une pareille convention entre des freres. Il eſt vrai pourtant que cet Arrêt n'eſt rien moins que déciſif, parce qu'il y avoit deux circonſtances qui mettoient à l'écart les deux difficultés d'où dépend la Queſtion. La premiere, que les Enfans étoient déja ſaiſis des Biens, en vertu d'un Arrêt qui avoit condamné le Pere à leur en faire le délaiſſement pour ſervir à leur nourriture & entretien. Il n'étoit donc pas queſtion de la dépoüille d'une perſonne vivante, le Pere n'avoit rien ſur ſa tête, le Fidéicommis étoit dévenu un bien preſent pour ſes Enfans. La ſeconde, que le Pere s'étoit privé de la faculté d'élire, en entreprenant de leur faire acheter une élection. Il n'étoit donc pas queſtion de ſonger à entretenir l'ordre de Succeſſion que le Teſtateur avoit eu deſſein d'établir,

puiſque la faculté qui ſeule pouvoit conſerver cet ordre n'exiſtoit plus.

VII. Ainſi je ne penſe pas que cet Arrêt puiſſe être tiré à conſequence, mais je ne panche pas moins à autoriſer cette convention d'égalité entre les Subſtitués, & je crois qu'il eſt aſſez facile de refuter les argumens de l'opinion contraire.

VIII. Premierement, c'eſt un principe que les nullités de Droit ne ſont point Arbitraires, il faut une Loi preciſe qui les établiſſe. Or la Loi derniere, *Cod. de pact.* en défendant de traiter des Biens d'une perſonne vivante, ſe renferme dans l'eſpéce d'une Succeſſion libre, que les Heritiers *ab inteſtat* qui n'ont encore ni droit acquis ni eſperance legitime, entreprenent de partager d'avance. Telle eſt l'eſpéce particuliere de cette Loi, & s'il a fallu une Loi expreſſe pour rejetter ce Traité fait entre les Succeſſeurs *ab inteſtat*; de-là qu'il n'y a point de Loi pareille à l'égard des Subſtitués qui s'accordent pour des Biens dont l'eſperance leur eſt acquiſe, eſt-il permis de ſuppléer d'office dans leur convention une nullité qu'aucune Loi ne prononce?

IX. A l'égard de la Loi 11. *de Tranſact.* elle declare bien que les renonciations tandant à éloigner le vœu de la mort ſont favorables; mais elle n'ajoûte pas, ſi des Subſtitués au lieu de renoncer à l'eſperance du Fidéicommis cherchent d'avance à ſe regler entre eux, que leur Traité doive être nul ſous pretexte qu'il renferme une previſion tacite de la mort de l'Heritier. Outre qu'on ne raiſonne point par conſequence pour introduire des nullités qui ſont toûjours rigoureuſes & de Droit étroit, on peut dire que cette convention des Subſtitués ne renferme point de vice à cet égard qui ne pût ſe rencontrer dans la Subſtitution même. Toutes Subſtitutions n'expoſent-elles point les appellés à enviſager la mort de l'Heritier? Et voit-on que la Loi ait pris de-là occaſion de les reprouver? Elle les autoriſe au contraire, elle s'attache à en procurer l'effet. Pourquoi donc reprouveroit-on, par ce vain ſcrupule, des conventions & des accords qui n'ajoûtent rien dans l'eſprit des Subſtitués aux premiéres idées qui naiſſoient déja de la Subſtitution

tution même. Auſſi le profond Dumoulin a-t'il decidé dans ſon Conſeil 1. *n.* 6. que rien n'empêche qu'un Subſtitué ne cede du vivant même de l'Heritier l'eſperance du Fidéicommis qui lui étoit deſtiné, & il obſerve que c'eſt l'opinion la plus generalement reçuë.

X. A l'égard de la ſeconde raiſon priſe de la contravention à la volonté du Teſtateur, elle eſt formellement condamnée par la Loi 1. *Cod. de pact.* où il eſt parlé de deux Enfans, chargés d'une Subſtitution reciproque, qui avoient convenu, en partageant les Biens, que l'un & l'autre joüiroient librement de leur portion, ſans charge de Fidéicommis. Ainſi la Loi n'eſt pas dans le cas d'une renonciation ſimple. Elle ſuppoſe des Heritiers qui ont cherché à s'aſſurer les Biens dans un ordre contraire à la volonté, & elle ne laiſſe pas de déclarer leur convention legitime. Il ne faut donc pas diſtinguer les Subſtitués qui renoncent ſimplement d'avec ceux qui veulent recuëillir contre la volonté ; la volonté n'eſt pas plus un obſtacle pour les uns que pour les autres ; parce qu'aux termes des Loix les volontés les plus préciſes des Teſtateurs & leurs prohibitions les plus marquées deviennent inutiles, toutes les fois que ceux qu'ils ont favoriſé jugent à propos d'en diſpoſer autrement. Par exemple, un Teſtateur a beau défendre que ſes Biens ne ſortent de la Famille, l'alienation n'eſt pas moins utile ſi tous ceux de la Famille y donnent leur conſentement. Ainſi le deſſein que peut avoir eu le Teſtateur de reünir ſes Biens ſur la tête d'un ſeul n'eſt d'aucun poids & devient impuiſſant, de-là qu'il plaît aux Subſtitués d'établir entr'eux un arrangement different. Enfin s'il falloit s'occuper de la contravantion à la volonté, il en reſulteroit un effet contraire à celui que ſe propoſent les Auteurs qui combattent la convention de l'égalité : ils veulent que l'on rende la liberté à celui qui a été élû, pour qu'il puiſſe revenir ſur ſa convention & attirer à lui tous les Biens ; au contraire il faudroit priver également tous les éligibles du profit de la Subſtitution, & déclarer les Biens libres dans les mains de l'Heritier ; car telle eſt la peine de ceux qui ayant été honorés par un Teſtateur, tombent dans quelque contravention que les Loix jugent digne d'une peine.

XI. Le ſentiment que je viens de défendre a été autoriſé par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 4. Février 1585. rapporté par M. Maynard, *liv. 2. chap. 69.* Etienne Paris du Maruejols inſtituë ſa Femme heritiere à la charge de rendre à l'un de leurs Enfans mâles, qui étoient au nombre de deux. Après le decès du Teſtateur, les deux Freres conviennent que quelle que ſoit la nomination de la Mere, ils en viendront à un égal partage des Biens. La Mere nomme enſuite l'aîné, qui prend pretexte de ce choix pour attaquer l'accord paſſé avec ſon frere. La Queſtion fut jugée aſſés difficile pour donner lieu à un partage, mais l'on paſſa enfin à déclarer la convention legitime.

§ HUITIE'ME.

Si l'Heritier qui n'élit point peut mettre obſtacle au concours, en ordonnant que l'élection ſera faite par ſon Heritier.

I. *PREMIERE Opinion que la faculté d'élire peut être transferée aux Heritiers.*

II. *Seconde Opinion où l'on diſtingue le Donateur qui a reſervé l'élection pour lui-même, d'avec l'Heritier à qui la faculté a été déferée par autrui.*

III. *Auteurs qui ont jetté les fondemens de cette diſtinction.*

IV. *Arrêt du Parlement de Toulouſe qui ſemble l'avoir ſuivie en faveur du Donateur.*

V. *Derniere Opinion que la faculté d'élire n'eſt tranſmiſſible ni de la part du Donateur ni de la part de l'Heritier.*

VI. *Reſolution pour ce dernier avis.*

ON demande ſi par le défaut d'élection, la pourſuite des Biens doit être ouverte en faveur de tous les éligibles, lorſque celui qui étoit chargé de nommer a ordonné dans ſon Teſtament que le choix ſeroit fait par ſon Heritier. On s'eſt partagé là-deſſus en trois avis.

I. Les uns, en convenant que la faculté d'élire n'eſt point de nature à ſe tranſmettre d'elle-même aux Heritiers, ſemblent avoir cru qu'elle peut leur être tranſmiſe par une diſpoſition expreſſe. C'eſt ce que Fernand paroît avoir entendu au N. 9. du Chapitre 9. du Traité tant de fois cité, lorſqu'il dit que la faculté d'élire peut être exercée par un Procureur fondé d'un pouvoir ſpecial; car n'eſt-ce point la même choſe de nommer par le miniſtere d'un Procureur fondé ou par celle de ſon Heritier? Dumoulin ſur la Coûtume de Paris, §. 16. *Gloſ.* 1. dit auſſi qu'encore que la faculté d'élire entre pluſieurs choſes ne ſoit point ſuſceptible de ceſſion, elle ne laiſſe pas d'être utilement commiſe à un Procureur ſpecialement fondé; parce qu'on eſt cenſé choiſir ſoi-même par avance ce qui ſera choiſi par ce Procureur, de ſorte que c'eſt moins de la volonté de ce Procureur, que de la volonté de celui qui l'a commis que ce choix prend ſa force. Enfin Henrys, *Tom.* 2. *queſt.* 78. a adopté cette Opinion dans toute ſon étenduë.

II. Il y en a d'autres qui ont apporté un temperament, en diſtinguant les Donateurs qui ont reſervé cette faculté pour eux-même, d'avec les Heritiers à qui elle a été donnée par autrui. Les Heritiers ne ſont point admis, diſent-ils, à communiquer cette faculté à leurs Succeſſeurs, parce qu'elle n'eſt pour eux qu'un Mandat dont ils doivent s'acquitter par eux-même; on s'en eſt remis à leur jugement, à leur ſuffrage particulier, au mouvement de leur volonté qui ne peut être remplacée par la volonté d'un autre. Mais il n'en eſt pas de même, ajoûtent-ils, d'un Donateur, la faculté d'élire n'eſt point pour lui un Mandat étranger, c'eſt un droit qu'il s'eſt reſervé, dont il peut diſpoſer comme de tout autre droit.

III. Ce n'eſt pas ſeulement ſur cette Queſtion que l'on a prétendu diſtinguer entre le Donateur & l'Heritier: cette difference paroît avoir été très-familiere aux Auteurs dans tout ce qui concerne le droit d'élire, & ſoit qu'il s'agiſſe de ſçavoir ſi celui qui eſt chargé de nommer peut grever en éliſant, ſoit qu'il s'agiſſe de ſçavoir s'il peut varier ou s'il peut élire conditionnellement, ſoit dans tous les autres cas où il s'agit de regler l'étenduë

des pouvoirs attachés à cette faculté, les Auteurs les plus celebres tels que Henrys, *Tom. 3. liv. 5. queſt. 16. 61, & 119.* Fernand, *cap. 9. n. 4.* aux Annotations, & Vulſon lui-même, ne manquent jamais d'inſinuer que la cauſe du Donateur eſt beaucoup plus favorable que celle de l'Heritier. Le Docteur Fontanella paſſe bien plus avant dans ſon Traité *de Pactis nupt. Clauſ. 4. Gloſſ. 9. n. 12*, il veut que ſans avoir beſoin d'une diſpoſition particuliere, l'Heritier du Donateur, à la difference de celui de l'Heritier grevé, ſuccede de plein droit à la faculté d'élire.

IV. Il y a un Arrêt moderne rendu en la troiſiéme Chambre des Enquêtes au rapport de M. de Catellan le 22. Août 1742. dans le Procès de Catherine Royon contre Marguerite Royon ſa ſœur, qui ſemble avoir jugé que le Donateur pouvoit en effet transferer à ſon Heritier le droit d'élire qu'il n'a reſervé que pour lui-même. Voici quelle étoit l'eſpece.

Jacques Royon par ſes Articles de Mariage du 13. Octobre 1710. inſtituë l'un des Enfans à naître pour ſon Heritier univerſel. De ce Mariage naiſſent deux filles, Catherine & Marguerite. Le Pere ne fait point d'élection entre ſes deux filles, mais par Teſtament du 4. Mai 1725. il transfere la faculté d'élire à Marie Blanchard ſon épouſe : & pour la lui transferer d'une maniere plus honorable, il dit qu'il l'inſtituë pour ſon Heritiere, à la charge de rendre à tel des Enfans qu'elle jugeroit à propos & quand elle trouveroit à propos, ajoûtant qu'il lui permettoit lorſqu'elle feroit la nomination d'Heritier, de retenir pour elle une penſion qu'elle ne conſerveroit néanmoins qu'autant qu'elle demeureroit veuve. Il declare enfin qu'au cas elle ſe remarieroit, il l'a prive de toute adminiſtration de ſes Biens.

Marie Blanchard ſe remarie avec Jean Verot, & par le Contrat de ce Mariage du *16.* May *1726.* elle nomme Catherine pour recuëillir l'heredité de ſon Pere ; mais dans la ſuite ayant conçu du degoût contre Catherine, elle paſſe un ſecond Acte le 25. Juin *1736.* par lequel elle revoque la premiere élection & nomme Margueritte.

Après le decès de Marie Blanchard, il s'éleve une conteſ-

tation entre ces deux filles. Tout ce dont on s'occupa dabord, ce fut de ſçavoir ſi Marie Blanchard avoit pû varier.

De la part de Catherine, on repreſentoit premierement que la faculté d'élire n'avoit été pour la Mere qu'un ſimple miniſtere detaché de toute inſtitution & de tout Fidéicommis. Il eſt vrai que le Pere l'avoit inſtituée ſon Heritiere, mais il n'y avoit plus d'heredité dont il lui fût permis de diſpoſer, parce qu'elle avoit été irrevocablement déferée à ſes Enfans dans ſon Contrat de Mariage. Secondement, que le Pere n'avoit point renvoyé l'élection au decès de ſon épouſe, il lui avoit permis de la faire quand elle le jugeroit à propos, il s'en étoit remis pour le tems à ſa volonté. Troiſiément, que le Pere avoit même voulu que ſon épouſe, dans le cas d'un ſecond Mariage, fût obligée d'élire ſans délai; & ce qui le prouve, ajoûtoit-on, c'eſt qu'il lui avoit interdit toute adminiſtration dans l'inſtant qu'elle ſe remarieroit, faiſant bien connoître par-là qu'il entendoit qu'elle executât deſlors le tranſport & la remiſe des Biens en faveur de l'une des deux filles. Or cela poſé, Catherine ſoutenoit qu'il ne pouvoit être reçu de variation de la part d'un ſimple Miniſtre, en qui la faculté d'élire n'a pas été jointe avec l'inſtitution ou avec un Fidéicommis. Qu'il ne pouvoit non-plus y avoir lieu, quand l'élection n'a pas été preciſement attachée au decès de l'Heritier, que le Teſtateur s'en eſt remis à ſa volonté pour le temps de la reſtitution de l'heredité. Enfin qu'il étoit encore moins permis de varier, quand il ſe trouve que le Teſtateur a preſcrit un terme certain pour la remiſe de ſon heredité, & que l'élection n'a été faite qu'à l'évenement de ce terme.

Toutes ces raiſons parurent ſi preſſantes à Marguerite, qu'au lieu que ſuppoſant dabord que la faculté d'élire avoit bien été tranſmiſe à ſa Mere, elle avoit ſeulement prétendu que la Mereavoit pû varier & revoquer le choix de Catherine pour en faire un autre en ſa faveur, elle abandonna le plan de cette premiere défenſe; & conteſtant que ſon Pere eût eu la liberté de transferer ce droit d'élire à ſon épouſe, elle demanda d'être admiſe au partage des Biens par égale portion avec ſa ſœur. La conteſtation changea donc de face, elle dependit de ſçavoir ſi le

droit d'élire étoit transmissible de la part du Donateur. L'Arrêt refusa le partage & maintint Catherine. Il semble donc que cet Arrêt ait jugé que la faculté d'élire avoit pû être transmise à la Mere. Il est vrai que la Question n'étoit pas tellement en these, qu'elle n'ait pû être determinée par des fins de non-recevoir ; parce qu'après la Sentence qui avoit été favorable à Catherine, le Procureur de Marguerite ayant fait une déclaration d'appel, Catherine avoit fait sommer Marguerite d'avoüer ou desavoüer cet appel, & Marguerite avoit repondu au bas de l'Exploit qu'elle reconnoissoit le droit de sa sœur, qu'elle consentoit qu'elle fût en possession des Biens. Elle avoit reiteré cette déclaration dans un Verbal auquel il avoit été procedé en execution de la Sentence. N'étoient-ce point deux acquiescemens qui rendoient son appel irrecevable, & ne laissoient plus la liberté de prétendre à un partage ?

V. Le dernier avis est celui des Auteurs qui ont cru, sans distinguer les Donateurs d'avec les Heritiers, que les uns ni les autres ne doivent être admis à communiquer la faculté d'élire à leurs Successeurs. Car, disent-ils, le Donateur est de même condition que l'Heritier, la Donation l'a dépouillé, les Biens donnés ont cessé d'être à lui, il ne lui a resté qu'un ministere & une faculté purement personnelle. Il y a plusieurs Arrêts que l'on cite communement pour le soutien de cette opinion. Lapeyrere *in verbo Election*, *n.* 23. en rapporte un du Parlement de Bordeaux du 27. Janvier 1657. à l'égard d'un Heritier grevé d'élire. Il est vrai que dans l'espéce qui y donna lieu, il avoit été dit par le Testament qu'en défaut d'élection les Biens appartiendroient à l'aîné ; en sorte que la Question étoit moins de sçavoir si la faculté avoit pû se transmettre, que de sçavoir si la condition sous laquelle l'aîné avoit été appellé n'étoit pas censée accomplie, de-là qu'il ne se trouvoit point une élection au temps de la mort de l'Heritier. L'Auteur des Observations sur M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 37. fait mention d'un Arrêt conforme, intervenu au Parlement de Toulouse le 13. Juillet 1722. à l'égard d'un Heritier grevé ; mais il faut convenir encore que cet Arrêt n'est pas entierement décisif, parce que le Pere en cedant la faculté d'élire à

ſon épouſe, avoit nommé d'avance un des Enfans, dans le cas que la Mere negligeroit d'élire. Il y avoit donc un Enfant determiné par le Pere ; & l'interêt de cet Enfant cheri du Pere, peut bien avoir donné lieu aux Juges, dans une Queſtion d'ailleurs douteuſe, de déclarer que cette faculté n'avoit pas été ſuſceptible de tranſmiſſion. Me. Aymar ſur l'Article LXV. de l'Ordonnance, rapporte un autre Arrêt du 14. Mai 1729. qu'il dit avoir été rendu les Chambres aſſemblées ; l'eſpéce étoit même bien favorable pour la tranſmiſſion, puiſque la Mere à qui le Pere avoit tranſmis la faculté d'élire, n'avoit fait uſage de cette faveur que pour donner la préference à l'aîné. J'ai trouvé enfin dans les Notes d'un celebre Magiſtrat un dernier Arrêt du 17. Juin 1709. qui déclara que le Pere Donateur n'avoit pas pû tranſmettre cette faculté.

VI. Pour moi, s'il n'y avoit que la raiſon qui eſt priſe ordinairement de ce que le droit d'élire n'eſt qu'un ſimple Mandat ou une faculté perſonnelle, je n'heſiterois point un inſtant que celui à qui ce droit appartient ne pût le communiquer à ſes Succeſſeurs. La Loi 8. §. 5. *ff. Mandati*, ne decide-t'elle pas qu'un Mandataire peut en conſtituer un autre ? Et Dumoulin, en parlant de la faculté d'élire entre pluſieurs choſes, ne dit-il pas qu'encore que cette faculté ſoit perſonnelle de ſa nature, elle peut s'exercer par le miniſtére d'autrui ? Mais il y a une raiſon bien plus puiſſante que les Auteurs n'ont point apperçûë, que c'eſt au temps de la mort du Donateur ou de l'Heritier que la Donation ou le Fidéicommis ſont ouverts & doivent recevoir leur effet. L'Heritier a été grevé de rendre lors de ſon decès, le Donateur lui-même a entendu ne renvoyer l'effet de ſa Donation que juſqu'au moment de ſa mort. Or il eſt de maxime que l'élection doit ſe trouver faite dans l'inſtant auquel ſe determine le ſort de la Donation ou du Fidéicommis ; & ſi en ce moment il ne ſe trouve point un ſujet élû pour recuëillir à l'excluſion des autres, il en reſulte que tous ſont ſaiſis de plein droit. En un mot, la faculté d'élire n'a été reſervée par le Donateur, ou n'a été accordée à l'Heritier que pour operer la reſtitution des Biens ; & de-là cette conſequence, que l'inſtant qui donne

ouverture à cette reſtitution, eſt celui où il faut qu'il ſe trouve une élection. Cela devient encore plus ſenſible en rappellant que ceux qui ſont grevés de rendre à un certain terme, ſont déchus de la faculté d'élire, s'ils ont laiſſé paſſer ce terme ſans avoir fait une élection. Donc de même qu'on n'eſt plus reçu à élire après le terme auquel l'évenement du Fidéicommis a été attaché, de même dans le cas que la mort eſt le terme qui a été preſcrit, il ne doit pas être permis au Donateur ou à l'Heritier d'étendre au-delà l'exercice de cette faculté, en la communiquant à leurs Succeſſeurs.

SECOND POINT.

Que plusieurs peuvent être élûs, encore que l'Heritier ait été grevé de ne rendre qu'à un.

I. *AUTEURS & Arrêts qui ont établi cette maxime.*

II. *L'Heritier grevé de rendre à plusieurs, peut pareillement se borner à n'en élire qu'un.*

III. *Exception que les Auteurs ont prétendu faire sur l'un & l'autre point, dans le cas que le Testateur a expressément ordonné que l'élection seroit faite de plusieurs, ou ne seroit faite que d'un seul.*

IV. *Refutation de l'ordre selon lequel les Auteurs veulent que l'on regle pour lors la Succession au Fidéicommis.*

V. *Si l'élection de plusieurs, lorsque le Testateur a formellement ordonné de n'en élire qu'un, ou l'élection d'un seul lorsqu'il a ordonné d'en élire plusieurs, doivent être jugées nulles, en sorte qu'il y ait lieu au concours.*

VI. *Raisons pour la validité de l'élection.*

VII. *L'Heritier à qui il a été permis d'élire un ou plusieurs Substitués, avec clause de préference des mâles aux filles, ne peut point user de la liberté de faire choix de plusieurs, s'il ne reste qu'un mâle qui doit avoir la préference sur ses sœurs.*

I. C'EST un principe que celui qui a été chargé d'élire un Heritier peut en élire plusieurs. L'autorité du Droit y est expresse en la Loi 67. §. 4. *ff. de Leg.* 2. qui déclare valable une Disposition par laquelle l'Heritier chargé de rendre à un de la Famille, avoit départi les Biens du Fidéicommis entre plusieurs des éligibles. Telle a été en effet la Décision unanime des Au-

teurs & des Arrêts. M. Cujas le decide par exprès ſur le §. 1. de la Loi citée ; & il en donne cette raiſon que puiſque l'Heritier peut faire, en ne nommant point, que le Fidéicommis appartienne à tous, il eſt naturel que ce qu'il peut faire par ſon ſilence, il puiſſe le faire par une diſpoſition expreſſe. *Et præterea, ſi non eligendo hæres efficere poteſt ut omnes ad Fideicommiſſum veniant qui famili defuncti fuerint, quare non poſſet etiam idem. eligendo ſive relinquendo omnibus.* C'eſt auſſi le ſentiment de Fernand, *cap. 9. n. 7.* de Ranchin, *in verbo Fideicomm. n. 18.* de Henrys, *Tom. 3. liv. 5. queſt. 78.* de Lapeyrere *in verbo Election, n. 19.* du Preſident Boyer, *déciſ. 204. n. 32.* Et il y a differens Arrêts rapportés par Papon, *liv. 20. tit. 2. Arr. 2.* & par Boniface, *Tom. 2. liv. 3. tit. 2. chap. 2.* qui ont confirmé de pareilles élections. Enfin de tous les Auteurs que je connois, il n'y a que Govean qui ait contredit l'opinion générale. Il a cru que l'Heritier étoit aſtraint à ſuivre la forme que le Teſtateur lui a preſcrite, qu'il ne peut élire qu'un Fidéicommiſſaire quand il a été chargé de rendre à un, & qu'il n'a la liberté d'en élire pluſieurs que quand le Teſtateur s'eſt exprimé au pluriel. *Purum*, dit-il dans ſes Obſervations, *liv. 2. cap. 19. præſenſque eſt Fideicommiſſum quod ita relinquitur, uni ex familiâ reſtitui volo, vel ita cui voles ex familiâ vel quibus voles.... primis duobus modis ita electio eſt hæredis ut eligere plures non poſſit, quod ſi tertio modo relinquatur ita, quibus voles, plures eligere poteſt.*

II. Non-ſeulement celui qui a été chargé d'élire un Fidéicommiſſaire ou un Heritier peut en élire pluſieurs, mais encore celui qui a été chargé d'élire pluſieurs, a la liberté de n'en élire qu'un. C'eſt ce qui eſt clairement annoncé dans la Loi 24. *ff. de Leg. 2.* qui parlant d'un Heritier que le Teſtateur a grevé de rendre à ceux qu'il voudroit de la Famille, declare qu'il n'eſt cenſé en demeure qu'autant qu'il n'a nommé perſonne, qu'il n'a offert les Biens à aucun. Elle n'exige pas que les Biens ayent été offerts à pluſieurs, ſelon la forme preſcrite par le Teſtateur, elle ſe contente de l'élection d'un ſeul, *Si neminem eligat, ſi nulli offeratur.* M. Cujas enſeigne cette Doctrine au même lieu, *Similiter è contrario ſi quis dixerit*

quibus volet ex Familiâ restituat, satis erit si uni restituat, uni relinquat, unum eligat. Molina le décide de même en son Traité *de Primog. hisp. lib. 2. cap. 4. n. 45.* & Henrys, *Tom. 3. liv. 5. quest. 78.* établit encore ce sentiment.

III. Les Auteurs ont ajoûté une modification sur l'un & l'autre de ces points. Ils ont cru que l'Heritier n'avoit plus la liberté de faire choix de plusieurs, quand le Testateur lui a taxativement ordonné de n'en élire qu'un seul, ou quand il se rencontre quelqu'une de ces circonstances qui servent à faire connoître que son dessein a été d'éviter la division de ses Biens. Ils ont cru de même qu'il n'est pas permis à l'Heritier de se borner au choix d'un seul Fidéicommissaire, si le Testateur a fait entendre par une Disposition expresse ou par de fortes presomptions, qu'il souhaitoit que plusieurs eussent part à la possession de ses Biens. Ils veulent au premier cas, pour satisfaire à la volonté du Testateur qui n'a point voulu de partage, que les Biens soient adjugés en entier au premier qui a été nommé dans l'Acte d'élection. Et de même, pour remplacer dans l'autre cas le dessein que le Testateur paroît avoir eu de faire plusieurs heureux, ils semblent vouloir qu'on associe à celui qui a été élû l'aîné & le plus distingué des autres éligibles, pour partager les Biens avec lui.

IV. J'avouë que cette repartition arbitraire des Biens ne m'a jamais convenu. Car dabord les Loix nous apprennent qu'il n'est censé y avoir aucun ordre de préference entre les choses ou les personnes qui sont dénommées dans la même clause, que ce qui est placé à la tête ou à la fin n'est censé pour cela ni suivre ni preceder, que tout est reputé écrit dans le même ordre. C'est le principe de la celebte Loi 14. *ff. de Pecul. Leg. in conjunctionibus ordo nullus est, neque quidquam interest eorum primum diceretur aut scriberetur.* Donc on ne peut supposer une difference de rang entre des Sujets qui ont été élûs & nommés ensemble, pour rejetter le second & laisser le premier maître de tous les Biens, comme si tous ceux qui sont nommés ensemble dans le même Acte n'étoient pas reputés nommés avec le même avantage. On s'écarte bien plus des

regles au ſecond cas, en joignant d'office un ſecond Subſtitué à celui que l'Heritier à élû, parce que c'eſt ſuppléer en faveur de l'aîné un choix qui n'a aucun fondement dans la Diſpoſition du Teſtateur.

V. Il faut donc rejetter cet ordre arbitraire que les Auteurs n'ont pas eu l'autorité d'introduire. Mais pourroit-on pas tourner la choſe dans un autre ſens, en diſant que l'Heritier qui nomme pluſieurs éligibles, quand le Teſtateur a fait entendre qu'il ne vouloit point de partage, ou celui qui ne nomme qu'un ſeul quand le Teſtateur a ordonné que pluſieurs euſſent part au Fidéicommis, péchent contre la volonté, qu'ils violent l'ordre qui leur a été preſcrit; qu'ainſi dans l'un & dans l'autre cas, l'élection doit être nulle & pour non-avenuë, comme n'ayant pas été faite dans la forme marquée par le Teſtateur, & que les Biens doivent être abandonnés à tous les éligibles, de même que s'il n'y avoit point eu d'élection. Le miniſtere commis à l'Heritier n'eſt qu'un Mandat; & telle eſt la premiere Loi du Mandat, que celui qui en eſt chargé doit ſe renfermer rigoureuſement dans les termes qui lui ont été preſcrits.

V. Quelque apparente que m'ait ſemblé autrefois cette opinion, j'ay enfin reconnu qu'elle eſt plus ſubtile que ſolide, & qu'elle ne tendroit à rien moins qu'à renverſer les principes généraux de cette matiere. En effet, nous avons vû que les Loix, ſans circonſtances particulieres & de cela ſeul que le Teſtateur a chargé l'Heritier de rendre les Biens à un, ont declaré qu'il n'en faut pas d'avantage pour dire que le partage des Biens eſt contraire à ſa volonté; & avec cela elles n'ont pas laiſſé de décider que l'Heritier peut rendre utilement à pluſieurs. De même quand l'Heritier a été chargé de rendre à pluſieurs, *quibus voles*, cette expreſſion ſeule, ſans être accompagnée d'aucune recommandation plus preſſante, ſuffit pour faire connoître que le Teſtateur a entendu que pluſieurs euſſent part à ſes Biens; & la Loi ne laiſſe pas de confirmer l'élection que l'Heritier a faite d'un ſeul. En un mot dans toutes ces rencontres, la Loi ne revoque point en doute la volonté, elle la demêle toûjours aſſez par la ſeule forme de la Diſpoſition; mais quelque évidente qu'elle lui

paroisse, elle n'en autorise pas moins les Dispositions contraires de l'Heritier. Donc les circonstances accessoires qu'il peut y avoir, qui ajoûtent quelque chose à la connoissance de cette volonté, ne doivent pas faire plus d'obstacle au succès de l'élection. Le Testateur doit s'imputer de s'en être remis à la fidelité de son Heritier, & de n'avoir pas prescrit lui-même un ordre particulier, pour avoir lieu dans le cas que l'Heritier ne seroit pas exact à suivre ses ordres.

VII. Mais s'il arrive quelquefois qu'on maintient contre la volonté du Testateur le choix que l'Heritier a fait de plusieurs Substitués, il est des cas où cette élection de plusieurs, quoiqu'elle paroisse avoir été faite avec l'agrément du Testateur, doit être inutile & de nul effet. Les Auteurs du Journal du Palais, *Tom.* 1. *p.* 898. rapportent à ce sujet une espéce qui paroît assez singuliere. Un Pere qui avoit plusieurs Enfans mâles & plusieurs Filles, institué sa femme à la charge de rendre les Biens à un ou a plusieurs de leurs Enfans, les mâles préferés aux filles. Tous les Freres decedent du vivant de leur Mere heritiere, à l'exception d'un seul. La Mere nomme cet unique mâle ; mais usant du droit que lui donnoit le Testament de pouvoir nommer plusieurs d'entre les Enfans, elle associe une des sœurs à ce mâle, pour partager les Biens avec lui. Le frere s'éleve contre ce choix, & soutient que les Biens doivent lui appartenir en entier, fondé sur cette clause du Testament du Pere par laquelle les mâles étoient préferés aux Filles. La Sœur s'appuye sur cette premiere Disposition, par laquelle il étoit permis à la Mere de faire choix de plusieurs Enfans ; & elle dit que de-là qu'il ne s'est point trouvé assez des sujets parmi les mâles pour exercer cette faculté, il a été libre d'étendre l'élection dans le nombre des Filles. La contestation fut trouvée si difficile qu'elle donna lieu à un partage ; mais enfin par Arrêt du Parlement de Paris du *6.* Mai 1678. le mâle fut maintenu dans l'universalité des Biens. On jugea que la Mere n'avoit eu droit d'user de la faculté dont-elle avoit été honorée, qu'autant qu'elle l'auroit pû sans s'éloigner des vûës du Testateur, & sans deroger à cette préference qu'il avoit ordonnée en faveur

des mâles. La faculté d'élire pluſieurs des Enfans étoit une faveur que le Teſtateur avoit faite à ſa femme ; la préference des mâles aux filles étoit un ordre qu'il avoit ordonné de ſon chef. Le Teſtateur étoit cenſé avoir été bien plus attaché à un ordre venant de lui-même, qui faiſoit le fonds de ſa Diſpoſition, qu'il ne l'étoit à la faveur qu'il accordoit à ſa femme. On tient toûjours à ſoi-même plus que l'on ne tient à autrui & aux perſonnes même qui nous ſont les plus cheres.

TROISIE'ME POINT.

Que l'élection peut se faire en partie.

I. *CONFIRMATION de cette maxime par la Doctrine des Loix & des Auteurs.*

I. LA maxime que l'élection peut se faire en partie, & que celui qui a été élû ne laisse pas de concourir dans le reste des Biens avec tous les autres, est formellement établie par le §. 4. de la Loi *Unum ex familiâ.* L'Heritier grevé de rendre un Fonds à un de la Famille, après avoir institué deux d'entre les Parens pour ses Heritiers, legue à un étranger la quatriéme portion de ce Fonds. Le Jurisconsulte déclare que l'institution tient lieu d'élection aux deux Heritiers, pour les trois portions du Fonds qui n'ont pas été leguées. Voilà donc une élection, qui n'étoit que d'une partie, formellement autorisée par la Loi. Et parlant ensuite du quart qui avoit été mal-à-propos legué à un étranger, le Jurisconsulte déclare que les Heritiers institués concourent avec les autres, de sorte que le Legataire conserve deux portions viriles de ce quart, du chef & à raison des deux Heritiers à qui il n'est pas permis de contredire le fait du défunt. M. de Cambolas, *liv.* 1. *chap.* 12. dit aussi qu'*il ne faut pas mettre en doute qu'on peut élire en partie aussi bien que pour le tout.* Telle est encore la Doctrine de Ferriere sur la Question 184. de Guypape, où il ajoûte, que quoiqu'il s'agisse d'une Substitution en Ligne directe, celui qui a été élû pour une partie du Fidéicommis, en concourant avec les autres dans le reste des Biens, n'est point obligé à rapport.

QUATRIE'ME POINT.

Que la Donation particuliere ou le Legs des Biens dépendans du Fidéicommis tiennent lieu d'élection.

I. *TOUTES Diſpoſitions qui tombent expreſſement ſur les Biens donnés, emportent une élection certaine.*

II. *Arrêt qui a jugé que par la ſimple Donation d'une ſomme pour laquelle l'Heritier grevé a ſpecialement affecté les Biens du Fidéicommis, le Donataire eſt cenſé élû à concurrence de la ſomme donnée.*

III. *Auteurs qui ont cru que l'inſtitution d'Heritier n'emportoit point élection.*

IV. *L'opinion contraire eſt la plus généralement reçuë.*

V. *Raiſons ſur leſquelles on la fonde.*

VI. *Reponſe à un Arrêt du Parlement de Paris par lequel tous les éligibles furent admis au partage nonobſtant l'inſtitution de l'un d'entr'eux.*

VII. *L'Inſtitution n'a cet effet, que lorſqu'elle eſt générale & qu'elle appelle l'Heritier à l'univerſalité des Biens.*

VIII. *Un Heritier particulier n'eſt jamais regardé comme élû.*

IX. *Arrêts du Parlement de Toulouſe qui l'ont ainſi jugé contre des Enfans que le Pere grevé de rendre avoit inſtitués en une ſomme pour leur tenir lieu de legitime.*

X. *Examen de la même Queſtion dans le cas que les Enfans n'ont pas été inſtitués en une ſomme certaine, mais ont été vaguement inſtitués en leur legitime.*

XI. *Raiſons en faveur des Legitimaires.*

XII. *Reſolution que les Enfans legitimaires ne doivent pas être admis au partage des Biens ſubſtitués.*

XIII.

XIII. *La Donation universelle tient pareillement lieu d'élection.*

XIV. *En est-il de même, lorsque la Donation n'est que d'une partie des Biens ?*

XV. *Analyse d'un Arrêt rapporté par Maynard, qui jugea contre l'élection au sujet d'une pareille Donation.*

XVI. *Moyens qui étoient employez de part & d'autre.*

XVII. *L'exception prise de ce qu'une simple Donation ne devoit pas tenir lieu de choix, est la seule qui ait pû servir de fondement à l'Arrêt.*

XVIII. *Raisons pour établir au contraire que la Donation doit produire le même effet, soit qu'elle tombe sur tous les Biens, soit qu'elle ne tombe que sur une partie.*

XIX. *Si l'institution d'Heritier & la Donation universelle attribuent droit au Donataire ou à l'Heritier & leur tiennent lieu de choix pour les Biens alienés, de même que pour les Biens extans.*

XX. *Partage intervenu au Parlement de Toulouse sur cette Question.*

XXI. *S'il faut faire difference à cet égard entre la Donation & l'institution d'Heritier.*

XXII. *Que le Donataire ni l'Heritier ne sont point reputés élûs par rapport aux Biens alienés, en sorte que la poursuite de cette portion des Biens doit être abandonnée à tous les éligibles.*

XXIII. *Explication des §. 3, 4 & 5. de la Loy* Unum ex Familiâ, ff. de Leg. 2. *qui autorisent ce sentiment.*

I. L'AUTEUR, après avoir enseigné dans ce Chapitre que la Donation ou le Legs particulier des Biens dépendans du Fidéicommis tiennent lieu d'élection, enseigne en plusieurs autres endroits qu'il en est de même de l'institution générale d'Heritier.

A l'égard des *Donations* ou *Legs particuliers*, la Question n'est susceptible d'aucun doute, parce que l'Heritier ayant nommément disposé des Biens compris dans le Fidéicommis, c'est une preuve certaine qu'il a prétendu user de la faculté qui lui a été accordée de pouvoir les conferer à un des Substitués. On a puisé cette Doctrine dans la Loi 77. §. 10. *de Leg.* 2. Il est vrai que cette Loi dit que la Donation n'emporte pas un choix fixe &

irrevocable, *non est electio certæ Donationis* ; mais elle ajoûte, qu'il en resulte une destination qui doit avoir son effet toutes les fois que le predecès du Donataire n'y apporte point d'empêchement. *Nam in eum destinatio dirigi potest, qui Fideicommissum inter cæteros habiturus est remotâ matris electione.* C'est ainsi que le décide Fernand, *cap. 9. n. 6.* & M. de Catellan, *liv. 2. chap. 69.* en rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse du 17. Decembre 1667.

II. Le Parlement de Grenoble a porté la chose bien plus loin. Il a decidé que par la Donation simple d'une somme pour laquelle l'Heritier grevé a affecté des Biens du Fidéicommis, ce Donataire étoit censé avoir été élû à concurrence de la somme donnée. Noble Gaspard de Boniface étoit heritier du Sieur de Fombeton son oncle, Conseiller au Parlement d'Aix, à la charge de rendre les Biens à l'un de ses Enfans. Il marie Loüis de Boniface son fils aîné, & lui fait donation de la somme de 60000. liv. dont il indique la moitié sur le prix de l'Office de Conseiller qu'il avoit vendu ; il affecte pour le payement du reste, une Maison & un Domaine dépendans du Fidéicommis. Le Pere fait ensuite son Testament par lequel, après avoir institué Loüis dans ses Biens propres, il nomme un autre de ses Fils appellé Gaspard pour recuëillir la Substitution. Loüis repudie l'heredité du Pere, & se bornant à sa Donation, il fait saisir les Biens du Fidéicommis pour le payement de la somme de 30000. liv. Gaspard s'oppose à cette Saisie ; il soutient que les dispositions de l'Heritier ne tiennent lieu d'élection, qu'autant qu'il a donné & transferé les Biens même. On jugea qu'en affectant par exprès des Biens du Fidéicommis pour le payement de la somme donnée, le Pere avoit assez fait entendre qu'il vouloit que la Substitution tournât au profit de Loüis à concurrence de cette somme ; & de même qu'il auroit pû élire Loüis pour recuëillir la proprieté des Biens qu'il s'étoit contenté de lui affecter, on crut qu'à plus forte raison il avoit eu la liberté de lui assigner une somme payable par hypoteque sur ces mêmes Biens. L'Arrêt est du 3. Avril 1662. Il est rapporté par Boniface, *Tom. 2. liv. 3. tit. 2. chap. 2.*

III. A l'égard de l'institution générale d'Heritier, elle laisse bien plus de scrupule, parce que le Testateur n'ayant rien dit qui ait rapport aux Biens dépendans du Fidéicommis, il semble qu'on peut soutenir qu'il n'a entendu disposer que de son Patrimoine : & la chose devient plus douteuse par le style ordinaire des Notaires qui ne manquent jamais d'exprimer en ces termes l'institution d'Heritier, *Et en tous & chacuns ses Biens le Testateur instituë, &c.* Aussi Henrys a-t'il varié sur cette Question en trois ou quatre endroits de ses Ouvrages où il l'a traitée, *Tom. 3. liv. 5. queſt. 17. queſt. 61. & queſt. 117.* vers le milieu ; il rapporte même un Arrêt qui ne reconnoissant point que l'Heritier institué fût censé être élû, admit tous les éligibles au partage des Biens.

IV. Nonobstant tout cela, il faut tenir pour constant que l'Heritier institué est censé suffisamment élû. *Quasi electi sunt per institutionem*, dit Cujas sur le §. 3. & 4. de la Loi *Unum ex familiâ*. C'est encore la Doctrine de Fernand au lieu cité, de Ranchin *in verbo Fideicomm. n.* 20. de Boërius, *queſt.* 204. *n.* 32. de Chopin *de priv. ruſtic. liv. 3. part. 3. chap. 4. n. 4.* Et le Parlement de Toulouse le juge ainsi selon un Arrêt rapporté par M. de Catellan, *liv. 2. chap. 59.*

V. On s'est fondé sur le §. 4. de la Loi *Unum ex familiâ*, qui parlant de deux Parens institués par l'Heritier grevé, déclare que les Biens que cet Heritier étoit chargé de rendre à un de la Famille, doivent leur appartenir par préference. On a vû d'ailleurs que l'objet des Testateurs étoit suffisamment rempli, toutes les fois qu'un de ceux qu'ils ont eu en vûë, trouve dans la Disposition de l'Heritier un titre capable de le mettre ou le conserver dans la possession des Biens substitués : & telle est la situation des Enfans ou des Parens heritiers institués qui representant la personne du Défunt, & succedant à toute l'étenduë de ses droits, sont naturellement subrogés à la possession qu'il avoit des Biens substitués.

VI. A l'égard de l'Arrêt du Parlement de Paris, il n'y a qu'à en examiner l'espéce pour reconnoître qu'il ne renferme rien d'opposé à cette Doctrine. La Mere que son mary avoit

chargée d'élire un des Enfans, n'étoit point heritiére, l'élection ne lui avoit été commiſe que comme un ſimple miniſtére. Or je crois bien qu'il faut faire grande difference, lorſque l'élection a été commiſe à celui qui eſt en même-temps grevé de rendre, & lorſqu'elle a été ſeparée de l'inſtitution & donnée à un Miniſtre étranger. L'inſtitution n'eſt cenſée emporter une élection, que parce qu'elle ſubroge ceux qui ont été inſtitués à la poſſeſſion du Défunt; mais ce Miniſtre étranger qui a été chargé d'élire, n'a point de poſſeſſion qui puiſſe ſe tranſmettre à ſes Heritiers; & l'on ne peut dire alors que l'inſtitution doive entraîner des Biens qui n'étoient point ſous la main du Défunt.

VII. On comprend aſſés par ce qui vient d'être dit, que quand il eſt decidé que l'inſtitution tient lieu de choix, on a moins enviſagé la *qualité* même d'*Heritier*, que l'univerſalité des Biens qui marche communement à la ſuite. L'Heritier n'eſt point cenſé élû par une vertu propre au titre d'Heritier, mais ſeulement à raiſon de l'univerſalité des Biens qui lui eſt déferée. Et c'eſt ce que les Auteurs ont bien fait entendre, quand ils déclarent que l'inſtitution emporte élection; les uns parce que le Défunt qui a cheri aſſés ſon Heritier pour lui donner tous ſes Biens, eſt cenſé avoir voulu lui tranferer auſſi, par le mouvement de la même affection, tous les autres Biens dont il lui étoit permis de diſpoſer; les autres, parce que tant que l'Heritier a vêcu, les Biens du Fidéicommis étant en ſa puiſſance, ils pouvoient juſtement être compris ſous la dénomination générale de ſes Biens; Et les autres enfin, parce que l'Heritier inſtitué trouve les Biens du Fidéicommis mêlés & confondus dans le Patrimoine dont il eſt ſaiſi par l'inſtitution. Voilà quels ſont les motifs qui ont donné lieu de decider que l'inſtitution emporte avec elle les Biens ſubſtituez; & tous ces motifs ſuppoſent bien ſenſiblement que la qualité d'Heritier ſoit accompagnée de l'univerſalité de la ſucceſſion.

Vide pag. 121. pour la donation univerſelle. même raiſon à donner.

VIII. Il s'enſuit donc qu'une inſtitution particuliere, quoiqu'elle donne veritablement le titre d'Heritier, n'a pas la même vertu; & ſoit qu'elle concoure avec l'inſtitution univerſelle d'un autre Sujet éligible, ſoit que l'Heritier univerſel ſoit

un étranger, elle n'eſt jamais capable de produire une élection. Dans l'un & l'autre cas, il ſuffit de repondre à cet Heritier particulier que ſon Titre eſt limité, qu'il ne peut l'étendre au-delà de ce qui y a été attaché, & que ne prenant aucune part à l'univerſalité des Biens, il ne peut aſpirer au Fidéicommis qui s'y trouve mêlé & confondu.

IX. C'eſt ainſi que la Queſtion a été jugée au Parlement de Toulouſe le 4. Novembre 1673. après deux partages portés de la Premiere Chambre des Enquêtes à la Seconde, & de la Seconde à la Grand'Chambre. Voici l'eſpéce qui avoit donné lieu à la conteſtation. Flory de la Riviere inſtituë Criſtophle ſon fils, & le charge de rendre à ſes Enfans à ſon choix. Criſtophle eut deux Enfans, Nicolas & Helene; il nomme Nicolas ſon heritier univerſel, & inſtituë Helene en la ſomme de 18000. liv. pour ſa legitime. Nicolas ayant repudié l'Heredité du Pere dans la vûë de s'affranchir du Legs fait à ſa ſœur, Helene pretendit que les Biens du Fidéicommis devoient être aſſujettis au payement de ce Legs; & pour cela après avoir remarqué qu'elle étoit éligible auſſi-bien que Nicolas, elle diſoit que de même que l'inſtitution générale tenoit lieu d'élection à ſon frere pour recuëillir le corps du Fidéicommis, de même par l'inſtitution particuliere, elle étoit cenſée avoir été élûë à concurrence de la ſomme qui lui avoit été donnée. On repondoit que le Pere avoit donné cette ſomme de ſon propre chef, qu'ainſi c'eſt ſur ſes Biens qu'il en falloit pourſuivre le payement. Et quant à la qualité d'Heritiere qui avoit été ajoutée à ce Legs, Nicolas ſoutenoit que ſans s'arrêter à cette qualité, il n'y a que l'univerſalité de la Succeſſion qui donne droit à l'Heritier ſur le Fidéicommis; de ſorte qu'un Heritier particulier qui n'eſt qu'un Legataire, ne peut prendre avantage de ce titre d'honneur pour rendre ſon Legs executoire ſur les Biens ſubſtitués. Nicolas gagna ſa cauſe. Et la même conteſtation s'étant preſentée l'année ſuivante à la premiere Chambre des Enquêtes, Rapporteur M. de Burta, dans la cauſe de Pierre-Loüis Chambon, contre Antoinette ſa ſœur, il intervint Arrêt le 6. Avril 1674. qui jugea pareillement que la Sœur heritiere particuliere d'une

ſomme pour lui ſervir de legitime, n'avoit action que ſur les Biens propres du Pere.

X. La Queſtion reçoit plus de difficulté à l'égard des Enfans qui ont été vaguement inſtitués Heritiers en leur legitime. Faut-t'il les admettre à partager les Biens du Fidéicommis à concurrence de leur portion legitimaire, ou faut-il laiſſer l'entier Fidéicommis ſur la tête de l'Heritier univerſel ?

XI. On peut dire pour les Enfans legitimaires, que la legitime conſiſte de ſa nature en une quotité des Biens qui eſt ou le tiers, ou la moitié ſelon le nombre des Enfans ; qu'ainſi la ſituation des Enfans, quand le Pere les inſtituë en la legitime, eſt la même que s'ils avoient été ouvertement inſtitués au tiers, ou à la moitié de la Succeſſion paternelle ; & que comme on ne douteroit point en ce dernier cas qu'ils ne dûſſent emporter le tiers ou la moitié des Biens ſubſtitués, il ſemble que l'inſtitution ſimple en la Legitime doit produire le même effet en leur faveur.

XII. Je crois cependant que la cauſe des Enfans riſqueroit infiniment par deux raiſons. La premiere eſt priſe de la volonté du Pere, dont l'objet a été uniquement de laiſſer à ſes Enfans ce qu'il leur doit pour legitime ; & comme les Legitimes ne ſe prennent que ſur les Biens libres, en ſorte que ceux du Fidéicommis, loin d'y être aſſujettis, ſe diſtraiſent au contraire comme une dette ; il eſt bien ſenſible, dans cette intention du Pere, que l'inſtitution pour les Legitimes eſt cenſée ſe rapporter taxativement aux Biens qui lui appartenoient de ſon chef. La ſeconde raiſon eſt priſe de la ſubſtance même, & du fonds de cette diſpoſition. Car en effet la Loi nous apprend que les Legitimes ne ſont point une Quote de l'Heredité, mais une Quote des Biens. Et qu'on ne penſe pas que cette difference ne ſoit que dans les mots, elle eſt d'une très-grande vertu. Elle rend la condition des Enfans legitimaires bien moins avantageuſe que ne l'eſt celle des Heritiers. L'*Heredité* embraſſe généralement tout ce qui étoit en la poſſeſſion du Défunt, ſans examiner ſi dans le nombre des Biens qu'il a délaiſſés, il n'y en avoit point dont il ne fût pas le legitime maître, & qui dépendiſſent d'un autre

Patrimoine. Le Mot de *Biens* a beaucoup moins d'étenduë, il n'embraſſe que ce qui étoit proprement au Défunt, tout le reſte n'eſt point compris dans cette dénomination. Ainſi de-là que les Legitimes ne ſont point une *quotité hereditaire*, mais une ſimple portion des *Biens*, il s'enſuit qu'encore que les Enfans ayent été appellés à la legitime par la voye de l'inſtitution, ils n'ont rien à prétendre ſur les Biens ſubſtitués, qui tout enveloppés qu'ils ſont dans l'Heredité, ne font pourtant point partie des Biens du Défunt. En un mot, l'Heritier trouve les Biens du Fidéicommis confondus dans le Patrimoine qui lui a été déferé par la force de l'inſtitution générale. Mais il n'en eſt pas de même des Enfans, ils ne trouvent point ces Biens du Fidéicommis confondus dans la quotité legitimaire qui leur a été déferée à titre d'inſtitution, puiſqu'on commence par les diſtraire comme dette du Pere pour fixer le Total ſur lequel la quotité des Legitimes doit être priſe. Et voilà le principe de la difference entre leur inſtitution, & celle de l'Heritier univerſel.

XIII. Henrys, *Tom. 3. liv. 5. queſt. 61.* rapporte un ſecond Arrêt du Parlement de Paris, qui a jugé que la Donation univerſelle n'emportoit point d'élection en faveur du Donataire. Où il faut que cet Arrêt, de même que celui que cet Auteur rapporte à l'égard de l'inſtitution d'Heritier, ait été rendu dans le cas que celui qui étoit chargé d'élire n'étoit qu'un Miniſtre étranger, ou il faut qu'il ait été determiné par des circonſtances qui ne permettent point d'en faire une regle. Car enfin le Donataire univerſel eſt ſemblable à l'Heritier, & l'un & l'autre trouvant également la poſſeſſion des Biens dans le Patrimoine, il n'en faut pas d'avantage pour décider que la volonté du Teſtateur eſt également remplie en la perſonne de tous les deux. C'eſt ainſi que le Parlement de Toulouſe l'a decidé par un Arrêt du 12. Juillet 1686. rapporté par M. de Catellan, *liv. 2. chap.* 3 & 4. Il eſt vrai que la Donation ſur laquelle cet Arrêt fut rendu, étoit accompagnée de quelques clauſes qui pouvoient ſervir à faire connoître que le deſſein du Donateur avoit été de comprendre les Biens Subſtitués dans la Donation. Mais M. de Catellan obſerve que le grand nombre de Juges ne conſidere-

rent que la theſe générale, & qu'on jugea indiſtinctement que la Donation univerſelle devoit produire en faveur du Donataire le même effet que l'inſtitution produit en faveur de l'Heritier.

XIV. M. de Catellan inſinuë qu'il n'en ſeroit point de même d'une Donation qui ne tomberoit que ſur une partie des Biens. Il le decide ainſi pour ne point contredire un Arrêt du 12. Juillet 1586. rapporté par M. de Cambolas, *liv.* 1. *chap.* 12. & cet Arrêt n'eſt point unique. On en trouve un autre de la même année dans M. Maynard, *liv.* 2. *chap.* 89. qui jugea qu'une Donation de la moitié des Biens n'emportoit point élection.

XV. M. Maynard a tellement enveloppé l'eſpéce & la déciſion de cet Arrêt, qu'il n'eſt preſque point connu au Palais où je ne l'ai jamais entendu citer dans l'examen de cette Queſtion. Voici quelle en étoit l'eſpéce. Noelle Ramande fait ſon Teſtament par lequel elle inſtituë Jean Canhac mari de Demoiſelle Ramande ſa niéce, & le charge de rendre les Biens à ſon Epouſe; & dans le cas que Demoiſelle Ramande decederoit avant lui, elle le charge de rendre aux Enfans & Filles qui naîtroient de leur mariage. Jean Canhac n'eut que deux filles Catherine & Marguerite. La premiére eſt mariée avec François Mari, & par ſon Contrat de Mariage le Pere & la Mere lui font donation de la moitié de tous leurs Biens. A l'égard de Marguerite Canhac, elle fut mariée avec Jean Coſte. La Mere meurt la premiere, en ſorte que le degré du Fidéicommis l'a concernant fut éteint. Catherine décede enſuite laiſſant un fils appellé Hugues qui ne lui ſurvêcut que peu de temps. Marguerite épouſe de Jean Coſte, meurt auſſi avant ſon Pere, & laiſſe un Fils ſurvivant de ſon Mariage. Enfin arrive le décès de Jean Canhac après avoir fait un Teſtament par lequel il avoit inſtitué le Fils de Marguerite pour ſon Heritier.

XVI. A peine Jean Canhac fut decedé, qu'il s'éleva de grandes conteſtations entre François Mari Epoux de Catherine Canhac & ce Fils de Marguerite heritier inſtitué. La principale regardoit les Biens ſubſtitués par Noelle Ramande. François

çois Mari prétendoit que par la Donation de la moitié des Biens, Catherine avoit été tacitement élûë pour recuëillir la moitié du Fidéicommis, qu'elle avoit transmis le profit de cette élection à Hugues son Fils, & que lui-même comme Heritier de son Fils avoit succedé à tout par son décès. L'Heritier institué soutenoit au contraire, premierement qu'une Donation de partie des Biens n'emporte point élection pour le Fidéicommis dont le Donateur étoit grevé; Secondement, que l'élection qui auroit pû resulter de cette Donation, seroit dévenuë caduque par le predecès de Catherine & par celui de son Fils. La cause de cet Heritier parut la plus juste; & l'Arrêt qui fut rendu le maintint dans les entiers Biens de Noelle Ramande.

XVII. Tout consiste à démêler laquelle des deux exceptions opposées par l'Heritier servit de fondement à l'Arrêt. Mais il paroît du premier coup d'œil que la derniere qui étoit prise de la caducité n'étoit point capable de faire impression. La raison en est que les élections ou institutions anticipées ne deviennent caduques par le predecès de celui qui a été élû, qu'autant qu'il reste des Substitués capables de prétendre de leur côté à l'ouverture de la Substitution. Or dans l'espéce particuliere, il ne restoit point d'Enfans du premier degré; & l'on a déja établi dans un autre endroit, que par la Jurisprudence particuliere du Parlement de Toulouse, les Substitutions conçûës sous le mot *Enfans* ne s'étendent point aux petits-fils. La Substitution étoit même conçuë de maniere à faire entendre que Noelle Ramande n'avoit pas pris le mot *Enfans* dans toute l'étenduë de la signification qui lui pourroit être naturelle. Elle avoit substitué alternativement *les Enfans ou Filles* de sa niéce; & en nommant ainsi *les Enfans* par opposition *aux Filles*, elle avoit bien fait connoître qu'elle avoit pris aussi le mot *Enfans* dans le sens particulier du mot *Fils*, qui ne s'étend jamais au-delà des Enfans du premier degré. Il faut donc supprimer ce moyen de la caducité, parce qu'il n'y avoit point de partie legitime pour la relever; en sorte que si on eût cru que Catherine fût censée avoir été élûë par la Donation, l'effet de cette restitution anticipée auroit été en son entier nonobs-

tant ſon predecès & celui de ſon Fils, & le Pere heritier de ce Fils en auroit conſervé le profit. Il faut donc que cet Arrêt ait jugé que la Donation n'avoit point produit une élection en faveur de Catherine.

XIX. Je crois néanmoins que ni cet Arrêt ni celui qui eſt rapporté par M. de Cambolas, n'ont rien jugé qui ſoit particulier pour les Donations d'une partie des Biens, que l'un & l'autre n'auroient pas attribué plus d'effet à une Donation générale de tous les Biens. On tenoit alors pour maxime que la Donation n'avoit pas le même pouvoir que l'inſtitution, & on le tenoit mal-à-propos ; mais aujourd'hui qu'on a conçu de plus juſtes idées, je ne doute pas que ce que l'Arrêt rapporté par M. de Catellan a jugé pour une Donation de tous les Biens ne fût jugé auſſi pour la Donation d'une quotité. Car pourquoi la Donation de la moitié des Biens ne produiroit-elle pas pour une partie des Biens, ce que la Donation des entiers Biens produit pour la totalité ? L'élection peut ſe faire en partie ; & ſelon les principes de cette Matiére, de-là que le Donataire d'une moitié trouve ſous ſa main, en ſuccedant à la moitié du patrimoine, la moitié des Biens ſubſtitués qui y ſont mêlés & confondus, il faut dire que de cela ſeul il eſt en droit de s'y maintenir.

XIX. C'eſt donc aujourd'hui un principe conſtant que la la Donation univerſelle emporte élection de même que l'inſtitution d'Heritier ; mais on doute ſi cette élection tacite ne doit tomber que ſur les Biens que l'Heritier grevé a conſervés, ſi elle doit s'étendre encore à ceux qu'il a alienés.

XX. La Queſtion a été autrefois agitée au Parlement de Toulouſe, dans un cas où il ſe trouvoit en concours un Donataire univerſel & un Heritier, qui prétendoient chacun de leur côté la préference. Voici quelle étoit l'eſpéce. Le nommé Gineſte chargé de rendre à l'un de ſes Enfans, avoit alienè la plus grande partie des Biens du Fidéicommis. Il maria ſon Fils aîné, lui fit Donation de tous ſes Biens ſous la reſerve d'une ſomme de 2000. liv. & enſuite inſtitua un cadet pour ſon Heritier. L'aîné Donataire repudie la Donation des Biens propres du Pere, il s'en tient à l'élection qui en reſultoit en ſa

faveur, & ſe pourvoit en conſequence contre les Acquereurs des Biens du Fidéicommis. Le cadet Heritier inſtitué imita la même conduite ; il repudie l'inſtitution dont il avoit été honoré, & prétend que lui ſeul par la force de cette inſtitution, étoit cenſé être élû pour recuëillir les Biens alienés. L'affaire portée à la Seconde Chambre des Enquêtes au Rapport de M. de Polaſtre dans le cours du mois d'Avril *1686.* il fut convenu ſans peine que pour les Biens extans, la préference regardoit le Donataire ; mais il intervint partage au ſujet des Biens alienés, & ce Partage porté à la Premiere Chambre des Enquêtes, les Juges furent encore diviſés ; en ſorte que les Parties aimerent mieux s'accommoder que de riſquer une troiſiéme fois l'évenement d'une Queſtion qui avoit paru ſi difficille.

XXI. On diſoit contre le Donataire, qu'une Donation quelque univerſelle qu'elle ſoit, n'eſt jamais qu'un Titre particulier ; qu'elle eſt bornée à ce qui a été donné, & qu'un Donateur ne donne point ce qui n'eſt plus à lui. Il n'en eſt pas de même, ajoûtoit-on, du Titre d'Heritier, c'eſt un Titre univerſel de ſa nature ; ainſi l'élection qui en reſulte eſt cenſée avoir la même étenduë & le même caractere d'univerſalité. On repondoit de la part du Fils aîné que par la Donation univerſelle qui lui avoit été faite, il étoit devenu le vrai ſucceſſeur univerſel, qu'il repreſentoit la place de l'Heritier, qu'il en exerçoit tous les droits, au lieu que l'inſtitution dont ſon Frere avoit été honoré, n'étoit dans le fonds qu'un Legs de la ſomme de 2000. liv. que le Pere s'étoit reſervée, qu'ainſi la préference ne lui étoit pas moins dûë pour les Biens alienés que pour ceux qu'il avoit trouvés extans dans le Patrimoine.

XXII. C'eſt ſur ces moyens reſpectifs qu'intervint ce double partage dont nous avons parlé ; mais à dire le vrai, la choſe ne fut jugée ſi difficile, que parce qu'on ne l'enviſagea pas ſous le point de vûë qui lui convenoit, & que l'eſprit occupé à trouver des raiſons de préference entre le Donataire & l'Heritier, on ne s'apperçût point que l'un ni l'autre en effet n'étoient cenſés avoir été élûs par rapport à ces Biens alienés. On en ſera bien convaincu ſi l'on conſidere que tout ce qui étoit

opposé au Donataire pour faire entendre que la Donation ne pouvoit lui servir de Titre à l'égard des Biens alienez, se retorquoit avec le même avantage contre l'Heritier. On ne donne, disoit celui-ci, que ce que dont on est le maître. Mais n'en est-il pas de même des institutions d'Heritier, ne sont-elles pas bornées à ce qui étoit au pouvoir du Testateur? Le Titre d'Heritier est universel de sa nature, mais il ne l'est que pour ce que le Testateur avoit en sa puissance. Ce Titre transmet toutes les actions, mais ce ne sont que les actions dont le Testateur étoit saisi. En un mot, l'Heritier par l'institution, de même que le Donataire par la Donation, ne sont appellés qu'à ce qu'il y a dans le Patrimoine; & le Titre de l'un & de l'autre ne tombant que sur les Biens extans, ne pouvoit par consequent leur servir d'élection pour prétendre à ce qui étoit déja aliené. Voilà quel est le point de vûë sous lequel cette affaire auroit dû être considerée; il falloit déclarer qu'il n'y avoit point d'élection pour les Biens alienés, puisqu'enfin il est decidé que l'élection peut se faire en partie; & cette portion de Biens devoit être abandonnée en concours à tous les éligibles.

XXIII. C'est en effet ce qui resulte de la Loi *Unum ex Familiâ*, §. 3, 4. & 5. *ff. de Leg.* 2. où qand l'Heri-tier grevé a transferé les Biens du Fidéicommis à des étrangers, tous les éligibles sont admis à les demander, sans que l'Heritier qu'il a choisi dans la Famille puisse exclure les autres à la faveur de ce Titre, & obtenir la préference. Il est vrai qu'il s'agit dans cette Loi d'une alienation faite à titre de Legs & par le même Testament qui renferme l'institution d'Heritier. Mais s'il étoit reçû que l'institution renfermât de sa nature une élection, même pour les Biens alienés par l'Heritier grevé, il est sensible que la circonstance du temps de l'alienation ne feroit point une difference; & le droit de revoquer ces alienations residant en entier sur la tête de l'Heritier institué, il ne faudroit consulter que son interêt, ou pour les faire subsister s'il jugeoit à propos d'accepter l'Heredité, ou pour ne donner action qu'à lui seul dans le cas qu'il repudieroit. La Loi n'en juge pas ainsi. Elle tient que l'institution ne tient lieu d'élection

que pour les Biens que l'Heritier inſtitué trouve dans l'heredité, qu'il peut recuëillir par droit hereditaire, *Pro his quæ jure hæreditario retinet.* A l'égard de ceux qu'il ne trouve point dans l'Heredité, elle déclare qu'ils ſont en quelque ſorte vacans, & que c'eſt le cas d'en abandonner la pourſuite à tous les éligibles.

Ce ſeroit ici le cas de traiter la Queſtion de ſçavoir ſi l'inſtitution ou la Donation univerſelle produiſent la même préference, quand le Teſtateur en donnant la faculté d'élire à ſon Heritier, a nommé d'avance un Subſtitué dans le cas que l'Heritier ne feroit point de choix. Mais ce Point ſera agité plus à propos dans la Queſtion cinquiéme où notre Auteur s'eſt attaché à le diſcuter.

SECONDE QUESTION.

„ LA seconde Questjon dépend aucunement de la premiere ;
„ car s'il a été loisible à notre Donateur d'élire seulement
„ un de ses Enfans mâles, ou de les élire tous également, ou
„ inégalement, & que ne faisant point de choix, tous demeu-
„ roient Donataires par égale part & portion ; il s'ensuit qu'il
„ a aussi pû, sans aucunement alterer la Donation, apposer à
„ à ladite élection telle condition que lui a semblé.

„ 2. Car il faut considerer que la Donation & Election sont
„ deux Actes divers, & que l'un peut être sans l'autre. Encore
„ qu'il n'y eût point eu d'élection subsequente, ou si elle eût
„ été nulle, comme si le Donateur eût élû un étranger, ou
„ une de ses filles, la Donation ne demeuroit pas moins en
„ force, au profit de tous les mâles également : & partant c'est
„ chose du tout diverse & differente, de demander si après la
„ la Donation parfaite, le Donateur a pû ajoûter quelque con-
„ dition à ladite Donation, & de demander s'il a pû faire sous
„ condition l'élection & nomination qu'il s'étoit reservée expres-
„ sement.

„ 3. Or il est certain que tous Actes soit de derniere volonté,
„ ou d'entrevifs, (*præter actus legitimos*) peuvent être faits sous
„ condition. On peut instituer un ou plusieurs heritiers sous
„ mêmes ou diverses conditions. De même faire Substitutions,
„ Fidéicommis, Legs, Donations, ventes & tous autres Con-
„ trats sous condition, pourveu que d'ailleurs l'Acte se puisse
„ faire, & qu'autre chose ne l'empêche.

„ 4. Voilà pourquoi, si de ce Mariage le Donateur n'eût eu
„ qu'un fils, envain demanderoit-on s'il l'eût pû choisir condi-
„ tionnellement, veu qu'il n'eût pû choisir aucunement, & que
„ l'Acte d'élection ne pouvant être fait qu'entre plusieurs En-
„ fans mâles Donataires : il eût été de même, que si du com-
„ mencement il eût été donné au premier à naître, ou nom-

„ mement à tel déja né ; & par ainſi la condition qu'il eût voulu „ ajoûter par après, ſeroit un Acte à part non dépendant d'au- „ cune élection (*quæ nec fieri nec fingi potuiſſet*) mais addition „ à l'Acte de Donation, & ſerions aux termes de voir *An perfecta* „ *Donatio modum capiat vel conditionem*, dequoi n'eſt queſtion.

„ 5. Mais puiſqu'il y a eû pluſieurs mâles, (*a*) il eſt certain „ que tout ainſi qu'il a été au pouvoir du Donateur, *ab initio* „ *dicere legem quam voluiſſet donationi, vel ei modum aut condi-* „ *tionem adicere* : que de même lui a-t'il été loiſible, *ab initio* „ *legem dicere electioni, eique diem vel conditionem apponere, cum* „ *in ipſius fuerit poteſtate electionem omnino non facere.*

„ 6. Car s'il n'eût élû qu'un de ſes fils & conditionnellement, „ cependant en attendant l'évenement de la condition, tous deux „ euſſent été Donataires également, (*b*) *Vt fit quando pater uni* „ *ex liberis ſeu conditione libertum aſſignat vel quando ex certo tem-* „ *pore fit inſtitutio à milite.* Et ſi au contraire il les eût élûs tous „ deux, ou c'eût été également, & ſous mêmes conditions, „ & cela eut été tout un que s'il n'eut point fait d'élection : „ Ou ſous diverſes conditions, & lors attendant l'arrivée des „ conditions, ils fuſſent demeurez Donataires également, n'y „ ayant point encore d'élection ; Mais ſi la condition appoſée „ à l'un d'iceux fut plûtôt arrivée, il eût été ſeul élû, en atten- „ dant l'évenement de l'autre. Tout ainſi que s'il en eût élû un „ purement, & l'autre ſous condition, ou ſi du commencement, „ *à pagano duo eſſent inſtituti heredes unus pure alter ſub conditione,* „ *vel à milite unus purè, alter ex tempore : Aut ſi eadem res duabus* „ *data eſſet, uni purè & alteri ſub conditione.*

„ 7. Il y a bien plus, car non-ſeulement telle élection con- „ ditionelle peut être faite par Acte exprès d'élection, mais par „ autre Acte conditionnel, declaratif de la volonté de celui qui „ a cette faculté d'élire.

„ 8. Voilà pourquoi, tout ainſi que l'inſtitution univerſelle „ pure ſert, (*c*) & eſt de fait une pure élection, auſſi l'inſti-

(a) *Simon de prat l. 5. interp. 1. dubit. 2. n. 90.* (b) *L. ſub. conditione 10. D. de adſign. libert. L. miles ita 41. §. 1. D. de teſt. mil.*
(c) *L. unum 67. § ſi duos D. de leg. 2.*

„ tution conditionnelle, est une élection faite sous condition, „ encore que le droit d'institution, & celui d'élection ne dé- „ pendent pas des mêmes regles, comme nous dirons bien-tôt.

„ 9. Voilà pourquoi aussi le Legs conditionnel, (*a*) ou la „ Donation conditionnelle faite à l'un de ceux qui pouvoient „ être élûs, sert d'élection conditionnelle : Et n'obstera à ce „ que dessus de dire, que, *qui eligit non donat.*

„ 10. Car encore que pour certain regard (*b*) (*ut cum de „ falcidia quæritur vel de alienatione in fraudem creditorum*) Celui „ qui élit ne donne rien du sien : Si est-il certain, que puis- „ qu'il étoit en son pouvoir de priver entierement de la chose „ donnée (*c*) celui qu'il a choisi, on ne peut nier qu'il n'exerce „ liberalité & bien fait envers lui, *præcipuè si idem sit & donator „ & elector* : Autrement *quomodo institutionis heredis contineretur „ electio* ? Et ainsi l'appelle la Loi. Aussi l'élection est compriſe „ sous le mot de *Donation*, comme nous venons de dire. (*d*) „ Davantage, il n'est pas question s'il donne, ou s'il peut ajoûter „ à la Donation precedente, ou y diminuer, mais s'il ne peut „ élire que purement, ou aussi conditionnellement. Et en somme „ *si facultas eligendi id est liberum distribuendi arbitrium, ut eam „ rectè definit. Jurisconsultus, non comprehendat potestatem eligendi „ sub conditione : vel an is qui electus est sub conditione, non fit electus.*

„ 11. Moins peut nuire, si on dit, que s'il étoit permis à „ celui à qui l'élection est commise d'y ajoûter telles condi- „ tions que bon lui sembleroit, il seroit en son pouvoir d'anean- „ tir l'effet de la Donation, en élisant sous des conditions „ impossibles ou préjudiciables à ceux qu'il éliroit. Car quelle „ condition qu'il mette à son élection, ou quelque élection qu'il „ fasse, elle ne peut aucunement alterer l'effet de la Donation, „ ni préjudicier à celui qui sera élû, sinon de son consentement.

„ 12. Car s'il élit un étranger, l'élection est nulle, & pour „ non faite, comme il a été dit ci-dessus. (*e*)

(a) *L. cum pater* 77. §. *à filia D. de leg* 2. (b) 2. 1. *q.* 17. *art.* 23. (c) *Bereng. fern. in c. de fil. nat ex matr. ad morg. cap.* 9. *n.* 4. *v. ad secundam. L. fœminæ* 3 *C. de sec. nupt* (d) *L. utrum* 7. §. 1. *D. de reb. dub.* (e) *D. L. unum* 67. § *sed si uno D. de leg.*

„ 13.

„ 13. Et s'il élit un de ceux qui ſont compris en la Dona-
„ tion ſous condition impoſſible, (*a*) *quæ conſiſtat in faciendo*,
„ où cette condition rendra l'Acte entierement nul comme elle
„ fait en tous Contrats, & ce ſera de même que s'il n'eût point
„ fait d'élection : Ou ladite condition ſeulement ſera nulle, (*b*)
„ *id eſt vitiabitur ſed non vitiabit actum & pro non adjecta habe-*
„ *bitur*, comme en Teſtamens & Codiciles, & en ce cas l'élec-
„ tion ſera bonne & pure. Que ſi ladite élection eſt faite ſous
„ condition impoſſible *quæ conſiſtat in non faciendo*, telle condi-
„ tion ne ſuſpend aucunement l'Acte, ſoit en Contrats ou der-
„ nieres volontez, moins le rend-elle nulle ; Et par ainſi ſera
„ de même que ſi l'élection eût été pure & ſans condition.

„ 14. Et en tout cas, ſoit que la condition ait été impoſſible
„ ou non, ou qu'elle ſoit préjudiciable à celui qui eſt élû,
„ comme s'il a été élû à condition de bailler à un tiers quelque
„ choſe de plus grande valeur, ou même que l'élection ait été
„ pure & ſans aucune condition, il eſt loiſible à celui qui eſt élû
„ de rejetter une telle élection, & la tenir pour non faite, comme
„ il eſt permis aux Heritiers legitimes de n'accepter pas l'inſti-
„ tution du défunt, & en ce cas il aura ſa rate part és biens
„ donnez comme les autres, ce que n'ayant fait, mais pour être
„ ſeul élû, ſoit pour nuire aux autres, ou pour autres conſide-
„ rations, ayant accepté une fois l'élection *cùm ſuis modis &*
„ *conditionibus, hoc ſibi imputare debet nec de eligente qui ſuo jure*
„ *uſus eſt, poteſt conqueri.*

(a) *L. impoſſibilis 7. D. de verb. oblig.* (b) *§. Impoſſibilis inſt. de hered. inſt. l. 3. D. de condit. & dem. D. l. impoſibilis.*

I. *IL faut distinguer en cette Matiére deux differentes espéces de condition.*

II. *La Question traitée par Vulson a deux parties ; l'une, si les élections conditionnelles sont nulles ; & l'autre, si la condition doit du moins être rejettée.*

III. *Raisons pour la nullité de l'élection.*

IV. *Raisons contraires pour sa validité.*

V. *Exemple pris des Loix qui regardent l'Assignat du Droit de Patronage.*

VI. *Que la condition doit subsister aussi lors qu'elle ne tend à charger celui qui a été élû dans sa personne, ni dans ses Biens.*

VII. *Les conditions mêmes qui emportent une charge, doivent être entretenuës, lo squ'elles sont apposées en faveur des autres éligibles.*

VIII. *Arrêts qui l'ont ainsi jugé.*

IX. *Que l'Ordonnance n'a point derogé à cette Doctrine.*

X. *On rejette les conditions qui regardent l'avantage de l'Heritier ou celui d'un tiers.*

XI. *Arrêts rendus en faveur du Substitué.*

XII. *Les Déclarations favorables à l'Heritier qui sont inserées dans les Actes d'élection, ne sont point regardées comme des avantages indirects.*

I. NOTRE Auteur paroît avoir confondu deux sortes de conditions. Il y en a qui n'intereſſent ni la liberté ni les Biens de la perſonne appellée, conſiſtant en de purs accidents qui dépendent de la fortune & du hazard ; telles que ces conditions tant celebrées par les Loix, *Si Titius eſt fait Conſul, ſi un tel vaiſſeau arrive d'Aſie.* Il y en a d'autres qui prennent ſur la liberté des Perſonnes, ou ſur leurs Biens. Par exemple, lorſque j'impoſe à mon Heritier de faire un voyage, d'épouſer une certaine femme, ou de donner une ſomme à un autre.

II. Cela poſé, il ſe preſente deux Points à examiner. Le premier, ſi les élections qui ſe font conditionnellement ſont legitimes, ou s'il faut les tenir pour nulles & pour non-avenuës, en ſorte que le concours ſoit ouvert de plein droit

entre tous les éligibles. Le second, si celui qui a été conditionnellement élû, en supposant que l'élection soit valide dans cette forme, est astraint à remplir les conditions qui y ont été attachées, ou à en attendre l'évenement.

III. Quant au premier point, il semble dabord qu'une élection conditionnellle ne puisse point se soutenir, puisque l'Heritier grevé d'élire n'est qu'un Mandataire ; & nous lisons dans les Loix qu'un Acte d'un Mandataire est déclaré nul, si le Mandat portoit de le faire purement, & qu'il ait été conclu sous une condition, selon cette regle du Mandat que celui qui en a été chargé doit religieusement se renfermer dans les termes qui lui ont été prescrits. L'application de ce principe ne paroît-elle pas bien naturelle, lorsqu'au lieu d'une élection simple & absoluë, telle que le Testateur semble l'avoir desirée, l'Heritier se mêle d'ajoûter des conditions ? Il se joint à cela une autre raison prise de la subtilité du Droit, que le choix de l'Heritier n'est que l'accomplissement d'une condition à laquelle le sort du Fidéicommis étoit attaché, & qu'il ne paroît point naturel d'ajoûter condition à condition, à peu près comme la Loi premiere, *ff. de usu & usuf. leg.* déclare qu'il ne peut point y avoir de servitude fondée sur une premiere servitude.

IV. Toutes ces raisons ne sont point assez fortes pour m'empêcher de suivre l'avis de Vulson, de decider avec lui qu'une élection, pour être conditionnelle, n'est pas moins legitime & moins utile. Je ne suis pourtant guere frappé de la raison qu'il allegue, que l'Heritier est censé exercer une espece de liberalité par la préference qu'il accorde à l'un des éligibles. On aura lieu de voir dans la suite combien cette maxime avancée par tous les Auteurs est illusoire, & combien elle est sterile dans les consequences. Mais je me determine par la regle générale du Droit, que tous Actes, à l'exception de ceux que l'on appelle legitimes & qui consistent en solemnité, peuvent se faire avec l'apposition d'un terme ou d'une condition ; & je me determine encore par l'exemple des Loix qui ont reglé la maniere dont les Peres pouvoient assigner à un de leurs Enfans le droit de Patronage sur leurs Affranchis.

V. Le Droit de Patronage étoit affecté de sa nature à tous les Enfans. Dans la suite on jugea à propos de temperer cette succession absoluë, en permettant aux Peres d'assigner ce Droit par préference à l'un ou à plusieurs des Enfans. La situation des Peres étoit dont la même en cela qu'est aujourd'hui celle d'un Heritier qui a été grevé de rendre à plusieurs éligibles, avec la faculté d'honorer les uns de son choix préferablement aux autres. Et comme la Loi 7. §. 10. *ff. de Ass. lib.* a decidé que l'élection pour ce Droit de Patronage n'étoit pas moins utile de la part du Pere quoiqu'elle fut faite sous condition, voilà qui decide aussi qu'à l'égard des Fidéicommis, la condition peut bien être compatible avec le choix de l'Heritier. C'est ce que Fernand déclare par exprès, *cap. 9. n. 4. satisfactum est pactis & voluntari contrahentium modo relinquatur inter filios ex quibus unum eligere potuit, aut pure aut sub conditione.*

VI. Ainsi l'élection n'est point inutile & nulle par la condition qui y a été attachée. Mais cette condition elle-même subsistera-telle, ou ne faut-il pas la rejetter, pour laisser l'élection pure & simple, telle que le Testateur semble avoir ordonné de la faire ? Je reponds, sur ce même exemple des Loix concernant l'assignat du Droit de Patronage, que s'il s'agit de ces conditions proprement dites qui dependent de la fortune & du Hazard, l'Heritier élû ne peut se dispenser d'en attendre l'évenement, & qu'il n'a rien à prétendre qu'autant que la condition a été accomplie.

VII. Et à l'égard même de ces conditions qui intereſſant la liberté ou les Biens, doivent plûtôt passer pour des charges que pour des conditions proprement dites, j'estime encore que celui qui a été élû est absolument obligé d'y satisfaire, si elles ont été apposées en faveur des autres éligibles ; parce que si l'Heritier grevé auroit bien pû les admettre tous au partage des Biens, pourquoi ne pourroit-il pas, en donnant la préference à l'un d'entr'eux, le charger de fournir aux autres soit des sommes d'argent ou des fonds particuliers, qui leur representent la part & portion qu'il auroit pû leur assigner ?

VIII. C'eſt ainſi que par trois Arrêts du Parlement du Provence rapportés par Boniface, *Tome 2. liv. 3. titre 2. chap. 2.* des Enfans que l'Heritier n'avoit élûs qu'à la charge de payer une ſomme à leurs freres, ont été condamnés de ſatisfaire au payement de ces ſommes. C'eſt encore ſur ce principe qu'a été decidée la Queſtion qui fit le ſujet de l'Arrêt rapporté par Cambolas, *liv. 1. chap. 10.* Un Pere en nommant une de ſes filles pour recuëillir le Fidéicommis de l'Heredité maternelle, lui avoit défendu de rien prétendre ſur ſes Biens particuliers, qu'il avoit aſſignés à deux autres filles. La premiere s'éleve contre la condition que le Pere lui avoit impoſée ; elle oppoſe que ſon Pere n'avoit pas pû ajoûter cette Loi à l'élection qu'il avoit faite en ſa faveur ; qu'il n'étoit pas juſte qu'il lui eût fait acheter le delaiſſement d'un Fidéicommis neceſſaire par la perte de la Legitime que la Loi lui donnoit ſur l'Heredité de ſon Pere. Mais parce que cette condition tournoit au profit des autres éligibles, il fut jugé qu'elle leur tenoit lieu de la part que le Pere auroit eu droit de leur aſſigner dans le Fidéicommis des Biens maternels.

IX. On peut demander ſi le principe de cette Doctrine a changé par la diſpoſition de l'Ordonnance de 1735. qui ne permet point que celui qui eſt élû ſoit chargé de rendre à un autre éligible. Je croi que le principe eſt encore le même, & que les conditions impoſées par l'Heritier en faveur des autres éligibles, ſeroient également autoriſées. L'Ordonnance n'a reprouvé les Subſtitutions impoſées à celui qui eſt élû, que parce que de-là il reſulte une ſuite d'élections ſubordonnées & une pluralité de degrés, tandis que le Teſtateur a tout borné à un degré unique, à un premier choix, à une premiere reſtitution. Ainſi on a cru que le miniſtere de l'Heritier ſe terminoit par le premier choix, par cette premiere remiſe des Biens, qu'il ne lui étoit pas permis de s'étendre plus loin, & de donner à la Subſtitution une ſuite que le Teſtateur n'y a pas attachée. Mais dans l'eſpéce preſente il ne s'agit pas de donner une ſuite à l'execution du Fidéicommis, il ne s'agit que d'en regler la premiere diſtribution entre les éligibles, tout comme ſi l'Heritier,

par un partage direct, avoit assigné *ce fonds* à l'un d'ent'eux, qu'il eût assigné celui-ci à un autre. Il en faut toûjours revenir à ce point, que puisque l'Heritier auroit pû valablement proceder de cette maniere, il n'y a pas de raison qu'il ne puisse par un partage d'une espéce differente, en transferant tout le Fidéicommis sur la tête d'un seul, le charger de representer aux autres des sommes qui leur tiendront lieu des portions qu'il auroit pû leur assigner.

X. Toute la difficulté n'est donc que quand la condition a été apposée en faveur d'un étranger ou de l'Heritier même. Vulson a pensé que le Substitué étoit tenu d'y satisfaire ou de renoncer à l'élection pour se ranger au concours avec tous les autres. M. Cujas a pensé au contraire en sa Consultation premiere, que cette condition devoit passer pour non-écrite, & le Substitué être reçu à recueillir purement. L'Heritier avoit chargé celui qu'il éliſoit, de ne point se marier avec une personne qu'il lui nommoit. Cujas repond, que la condition est comme non-avenuë, & que l'élection reste pure & simple. *Non potuit injici conditio si Mæviam uxorem duceret.* Molina *de Primog. hisp. liv. 2. cap. 4. n. 19.* dit pareillement que l'élection doit être gratuite & sans aucune charge en faveur de l'Heritier qui élit, ni de tout autre. *Actum ipsum electionis gratis expedire cogendus est.* L'opinion de M. Cujas est sans doute plus conforme à la droite raison & à l'usage. D'un côté, les Loix ne permettent pas qu'on souffre des maximes qui tendroient à ouvrir une voye pour violer la volonté des Testateurs ; & tel est ce que Vulson a prétendu introduire, puisqu'il arriveroit plus d'une fois que le Substitué élû aimeroit bien mieux donner une somme souvent peu proportionnée à la valeur du Fidéicommis, que de s'exposer à un partage en renonçant à son élection ; & par-là le dessein du Testateur qui a entendu substituer librement ses Biens, seroit éludé. D'un autre côté, nous voyons dans l'usage que les Substitués que l'Heritier a élûs à la charge de rendre les Biens à un tiers, sont constament dechargés de ce nouveau Fidéicommis, sans qu'on les oblige pour cela de renoncer au profit & à l'utilité de l'élection. La Loi *unum ex fa-*

milià nous insinuë bien clairement toute cette Doctrine, lorsqu'elle dit que l'Heritier si-tôt qu'il est élû acquiert la qualité de créancier, *Creditor*, dit-elle, *fuisse videtur.* Car s'il est vrai que l'élection attribuë la qualité de créancier à celui qui a été élû, voilà qui l'affranchit de plein droit des charges qui pourroient lui avoir été imposées, puisqu'on ne peut charger ceux à qui l'on ne fait que representer leur Bien.

XI. C'est ainsi que la Question a été decidée par la Jurisprudence des Arrêts. Albert, *lettre S. chap.* 17. en rapporte deux des années 1643 & 1651. qui ont jugé que la Mere heritiere grevée n'avoit pu faire accepter à l'Enfant qu'elle éliſoit, des Quittances particulieres qui tendoient à sa décharge. Et Vedel sur M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 27. en rapporte un autre du 20. Mai 1722. qui rejetta une condition par laquelle la Mere, en éliſant un de ses Enfans pour recuëillir un Legs de 2000. liv. dont elle étoit grevée, avoit stipulé qu'il lui seroit permis de se liberer à parcelles, ou de payer en un Contrat de constitution de rente.

XII. Ainsi on rejette tout ce que l'Heritier a ouvertement stipulé sous la forme d'un avantage. Mais en sera-t'il de même des déclarations inserées à son profit dans l'Acte d'élection, & les regarderoit-on comme des avantages indirects? La Question s'est presentée selon Albert, dans l'espéce d'une Mere qui chargée en même-temps de rendre les fonds & les fruits, avoit stipulé une déclaration de la part du fils qu'elle éliſoit, que lui seul avant même la remise du Fidéicommis, avoit perçu tous les fruits de l'Heredité. Le fils attaque dans les suites cette déclaration; il soutient qu'elle a été surprise contre la verité, que c'est le prix auquel sa Mere avoit attaché l'élection. On crut qu'il falloit distinguer les déclarations inserées dans les Codicilles & les Testamens, ou dans d'autres Actes de derniere volonté, d'avec celles qui sont portées dans des Actes entre-vifs. A l'égard des premieres, il est vrai qu'à moins qu'on ne prouve la verité de la chose déclarée, elles passent pour des avantages gratuits que le Testateur a voulu deguiser sous une forme plus propre à les faire valoir. Mais il n'en est pas de

même des déclarations faites entre-vifs, elles emportent la preuve de la chose ; & la Loi trouve indecent que celui qui les a consenties ose ensuite les desavoüer. Il intervint Arrêt sur ce principe le 5. Avril 1647. qui debouta le Fils de son impetration, & confirma la décharge qui avoit été accordée à la Mere.

TROISIE'ME QUESTION.

„ A La troiſiéme Queſtion, je dis que ſi notre Donateur
„ eût fait élection par Acte d'entre-vifs, qu'il eût pû
„ icelle revoquer entierement, ſans en faire un autre, ou en
„ faire une nouvelle, ou ſeulement revoquer la precedente en
„ partie, en y ajoûtant quelque condition, ou en nommant
„ auſſi ſon autre fils, puiſque même lors de ſon décès il en
„ avoit deux.

„ 2. Premierement, à cauſe que par ſondit Contrat de Ma-
„ riage, il s'étoit expreſſement reſervé de pouvoir faire ladite
„ élection juſques à la mort; & par ainſi durant tout le cours
„ de la vie, il lui a été loiſible de (*a*) retracter ou reformer
„ ladite élection à ſon plaiſir, & tout ce qu'il eût fait pour ce
„ regard, eût été ſeulement deſtination d'élection, & non une
„ vraye élection comme en propres termes dit Papinian (*b*)
„ parlant de celui *qui rogatus erat prædia reſtituere cùm moreretur,*
„ *cui vellet ex liberis ſuis & qui illa prædia uni ex liberis donaverat*
„ *inter vivos.*

„ 3. Et c'eſt pourquoi le même Papinian en un autre endroit
„ (*c*) dit, *Rogatum hæredem reſtituere fundum cùm moreretur, uni*
„ *ex familia, ſi unum elegerit non rectè electum comparari creditori*
„ *quandiu poteſt mutari voluntas, ſed tantum ſi duret electio*: mon-
„ trant par-là, que ſans aucune difficulté ledit Heritier pouvoit
„ changer d'élection.

„ 4. Autre choſe ſeroit, ſi quelqu'un avoit été grevé de
„ rendre quelque choſe à une certaine perſonne; car lors puiſ-
„ qu'il n'y auroit de l'interêt que pour l'Heritier, il lui ſeroit

(a) *Fernand. in C. de fil. nat. ex matr. ad morg. cap 9. n. 2.* (b) *L. pater 77. §. à filio D. leg. 2. ibi gl. Cujac. obj. 10. c 39 Papon. 1. not tit.* des Leg particuliers, *pag. 731. Petr. Greg. Sync. lib. 42. c. 28. n. 19. de præt. lib 1. inter 1. dub. 5. ſol. 4.* (c) *L. unum 67. initio D. de leg. 2. gl. ibidem & doct.*

„ loiſible de renoncer à ſon privilege, & rendre la choſe avant „ le temps, pendant lequel ce ſeroit une Donation ; & c'eſt la „ vraye diſtinction & ſolution entre les Loix, qui autrement „ ſemblent contraires, approuvée par la Gloſe, (*a*) le Bart. „ & autres Docteurs.

„ 5. A raiſon de quoi, le même Bartole, (*b*) ſuivi des autres „ Docteurs dit, que l'Heritier qui eſt chargé de faire après ſa „ mort diſtribution aux pauvres de certaine ſomme d'argent, ne „ la peut pas faire durant ſa vie, au préjudice des pauvres „ qui ſeront après ſa mort.

„ 6. Et pour adapter cette Doctrine au fait dont eſt queſ- „ tion, il eſt bien certain que ntore Donateur n'a eu intention „ de donner, ſinon à ſes Enfans mâles qui lui ſurvivroient ; „ & par conſequent s'il fût mort ſans faire élection, (& qu'en „ ce cas il n'y eût pas pourveu, comme il avoit fait par l'inſ- „ titution contractuelle & conditionnelle) que ſes fils predece- „ dez n'auroient pû tranſmettre aucune choſe de ladite Dona- „ tion à leurs Heritiers, ſoient Enfans ou étrangers, ni en „ diſpoſer en aucune ſorte ; mais ſeulement leurs Enfans mâles „ y fuſſent venus de leur chef, avec les autres Enfans mâles „ du Donateur ſurvivans, comme compris en ladite Donation.

„ 7. Par même moyen ſi ledit Donateur eût fait élection „ de l'un de ſes fils, lequel par après fût venu à déceder ſans „ enfans avant ſon pere, ayant inſtitué un étranger, ou ſondit „ pere même (comme cela pouvoit arriver s'il eût été éman- „ cipé) on ne pourroit dire que cette élection fût bonne au „ préjudice des Enfans mâles qui euſſent été vivans lors du decès „ dudit Donateur : car ce ſeroit fruſtrer entierement l'intention „ des Contractans. Il faut donc dire ſuivant la Doctrine de „ Papinian ſus alleguée, que telle élection ne ſeroit que ſimple „ deſtination, laquelle auroit effet, au cas que celui qui au- „ roit été élû vînt à ſurvivre, & que l'élection ne fût pas „ changée.

(a) *Gl. Bart. & alii ad L. poſt mortem C. de fideicom.* (b) *Gl. Bart. & alii ad D. L. poſt mortem C. de fideic. ſim. de prat. Li. 5. inter. 1. dub. 2. n. 75.*

„ 8. Mais ſur tout il n'y peut avoir aucun doute, que telle „ élection ou deſtination d'élection ne puiſſe être changée, „ lors qu'elle n'a point encore été agréée & acceptée par celui „ qui a été nommé : Et encore plus s'il étoit abſent, & que „ perſonne n'ait ſtipulé pour lui, vû même que ſelon l'opinion „ des Docteurs la plus ſaine, (a) *Si donatum ſit abſenti etiam „ Notario pro eo ſtipulante, tamen ratihabitionem poteſt revocari „ donatio & in alium transferri res donata. Et etiam ſi donatum „ ſit præſenti, ita ut poſt certum tempus res perveniat ad tertium „ abſentem, ante ratihabitionem illius tertii poteſt donator revocare „ illud pactum. Multo magis igitur quando non ſolum abſenti, ſed „ incertæ perſonnæ donatum eſt quam ipſe donator eligeret cum mo- „ reretur, poterit mutari, non donatio, ſed electio, ſeu potius „ electionis deſtinatio.*

„ 9. Que ſi ladite élection ou deſtination eût été faite non „ expreſſement, mais tacitement, & non par Acte d'entre- „ vifs, mais par Teſtament, Codicile ou Donation à cauſe de „ mort : En ce cas on ne pourroit aucunement douter que „ telle tacite élection ne fût revocable, tout ainſi que l'Inſtitu- „ tion, Legs, Fidéicommis à cauſe de mort qui comprendroit „ ladite élection ; car en cet endroit l'acceſſoire ſuit la nature „ de ſon principal, & ne pourroit-on prendre en aucune façon „ telle élection tacite, faite en l'abſence de Partie, pour un „ Contrat ? Et partant ne ſeroit à propos de dire, que, *contrac- „ tus qui fiunt in Teſtamentis non ſunt revocabiles*, comme aucuns „ tiennent lors que quelque convention faite entre préſens & „ ſtipulans, eſt inſeré dans l'Acte de Teſtament.

„ 10. Secondement, parce que la Donation étoit faite non „ aux mâles ja nais, mais à un de ſes Enfans mâles à naître, „ lequel qu'il lui plaira nommer & élire, *id eſt non cui voluerit, „ ſed cui vellet.* (b) Et ainſi non-ſeulement il n'a pû être con-

(a) *Bart. Iaſ. & alii ad L. qui Romæ* 122. §. *flavius D. de verb. oblig. Clar.* § *donatioq.* 13. *Valla de reb. dub. tra.* 2. *n.* 14.

(b) *L. ſi quis* 112. *D. de verb. oblig. L. filii* 6. *D. ad. Senat. Tertil. L. fideicom.* 11. §. *hoc autem. L. uxorem* 41. §. *pen. D. de Leg.* 3. *L. qui ex pluribus* 106. *D. de verb. oblig.*

„ traint de faire élection durant ſa vie, *& quandiu præferri unus*
„ *vel filiorum vel nepotum ex filiis potuit* : Mais auſſi a pû ſou-
„ vent changer de nomination, *quia ille ſermo tractum habet.*
„ Comme dit Pomponius, ou comme dit Paulus, *verba illa*
„ *ſunt extenſiva. Et ita ambulatoria fuit ipſius voluntas uſque ad*
„ *mortem.* Et principalement demeurant aux ſimples termes d'é-
„ lection, ſans venir à réelle tradition des choſes données.
„ *Voluntas enim promiſſoris in pendenti eſt quamdiu, id quod pro-*
„ *miſſum eſt ſolvatur.*

L'AUTEUR traite dans ce Chapitre du Droit de varier ; mais pour prendre une juſte idée de cette Matiere, il faut obſerver que la faculté d'élire peut ſe preſenter ſous quatre differentes poſitions. La premiere, quand elle a été renvoyée par exprès après le decès de l'Heritier. La ſeconde, quand ſans faire mention de la mort, elle a été conçuë en des termes qui emportent trait de temps. Par exemple, *Je charge ma femme de rendre à celui de nos Enfans qu'elle voudra, ou quand elle voudra.* La troiſiéme, quand elle a été attachée à un temps fixe & determiné. Et la derniere, quand elle a été conçuë purement & ſimplement, ou que les termes qui ont été ajoûtés n'emportent aucun trait de temps. Telle eſt cette expreſſion latine, *Cui voluerit*, ou cette expreſſion Françoiſe qui y repond, *à la charge par mon Heritier de rendre les Biens à celui de mes Enfans qu'il voudroit ou qu'il jugeroit à propos.* Après avoir examiné le Droit de varier par rapport à ces quatre ſortes de diſpoſitions, on examinera quelques cas particuliers où la variation a toûjours lieu ; & d'autres au contraire où elle n'eſt jamais reçuë, quelle que ſoit la forme ſous laquelle la faculté d'élire a été laiſſée.

§ PREMIER.

Faculté d'élire renvoyée après la mort.

I. *L'Héritier chargé de ne rendre qu'après ſa mort, peut varier.*

II. *Auteurs & Arrêts qui ont décidé que la liberté de varier devoit avoir lieu, quoique l'élection eût été faite par un Contrat entre-vifs bien & dûëment accepté.*

III. *Arrêt moderne du Parlement de Toulouſe qui l'a ainſi jugé.*

IV. *Premiére raiſon ſur laquelle on fonde cette opinion.*

V. *Seconde raiſon.*

VI. *Troiſiéme raiſon.*

VII. *Les Auteurs qui ſuivent cet Avis n'ont excepté que les élections faites par Contrat de Mariage.*

VIII. *Auteurs & Arrêts qui décident au contraire que les élections faites par un Acte entre vifs n'étoient point ſujettes à variation.*

IX. *Que ce dernier Avis confirmé par l'Ordonnance de 1735. eſt le plus conforme aux principes.*

X. *Explication de la Loi 77. §. 10. ff. de Leg. 2. ſur laquelle on a prétendu fonder la liberté de varier dans les élections faites par Contrat.*

XI. *Refutation des autres raiſons que l'on employe pour ſoûtenir la variation.*

XII. *Si la même irrevocabilité doit avoir lieu pour l'élection tacite qui reſulte de la donation univerſelle.*

XIII. *Arrêt du Parlement de Toulouſe, dans l'eſpece d'une donation faite par Contrat de Mariage, lors du quel Mr. de Catellan dit que les Juges tomberent d'accord qu'encore que les élections faites en faveur de Mariage ne ſoient point ſujettes au changement, néanmoins l'élection tacite qui reſultoit de la Donation, ne devoit point joüir de cette irrevocabilité.*

XIV. *Raiſons contre cette Opinion, & Arrêt du Parlement de Toulouſe qui l'a rejettée.*

XV. *Quoique les élections faites par un Acte accepté ne*

ſoient point ſujettes à variation, elles deviennent néanmoins caduques par le prédecès de celui qui a été élû.

XVI. *Qu'il en eſt de même, bien que lélection ait été faite par Contrat de Mariage.*

XVII. *Si dans le cas de la caducité de l'élection, l'Héritier grevé peut reprendre les Biens ſur les Succeſſeurs de celui à qui il les a rendus, à l'effet d'en joüir le reſte de ſes jours.*

XVIII. *Arrêt qui a jugé qu'il le pouvoit.*

XIX. *Arrêts qui ont jugé au contraire qu'il ne pouvoit reprendre, & raiſons pour cette derniére Opinion.*

XX. *Si du moins l'héritier, peut par un nouveau choix mettre le nouveau Subſtitué-qu'il élit, en état de repeter incontinent les biens ſur les ſucceſſeurs du premier.*

XXI. *Les Arrêts ont varié ſur cette Queſtion, les uns ayant renvoyé l'action du Subſtitué après la mort de l'Héritier, & les autres l'ayant reçûë de ſon vivant.*

XXII. *Reſoluion que le nouvel élû ne doit être admis à dépoüiller le ſucceſſeur du premier, que lorſque la mort de l'Héritier donné ouverture au fideicommis.*

XXIII. *L'élection ſeule ne dépoüille point l'héritier ſi elle n'a été ſuivie d'une remiſe effective des Biens.*

I. C'Est une maxime conſtante qu'il y a lieu à la variation, lorſque l'Heritier n'a été grevé de rendre qu'à la mort. On demande ſeulement s'il en doit être ainſi, même quand l'élection eſt faite par un Acte entre-vifs qui a été accepté?

II. Les uns, tels que M. Cujas dans ſes Obſervations, *liv.* 10. *chap.* 39. & ſur la Loi 77. §. 10. *ff. de Leg.* 20. Fernand dans ſon Traité des Inſtitutions contractuelles, *cap.* 9. *n.* 3. Raviot ſur Perrier, *queſt.* 288. *n.* 17. Vulſon lui-même, & pluſieurs autres, ſe ſont determinés en faveur de la variation; & cette opinion a été autoriſée par divers Arrêts du Parlement de Toulouſe. M. de Cambolas, *liv.* 6. *chap.* 20. & M. Dolive, *liv.* 5. *chap.* 25. en rapportent un premier Arrêt du 27. Mars 1731. M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 58. fait mention d'un Arrêt conforme du 10. Juin 1653. & il y en a un troiſiéme du 14. Avril 1714. dans les Obſervations ſur M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 70.

III. Le Parlement de Toulouſe a confirmé la même maxime dans les derniers temps par un Arrêt intervenu en la Seconde Chambre des Enquêtes, au Rapport de M. de Bouſquet le 8. Juillet 1735.

Jacques Valette fait ſon Teſtament le 18. Novembre 1715. par lequel il inſtituë Marguerite Bernard ſa femme pour ſon heritiere, à la charge de rendre ſon heredité à l'un de leurs communs Enfans qui étoient au nombre de quatre, ſçavoir, deux fils appellés Jean & Loüis, & deux filles nommées Anne & Elizabeth.

Marguerite Bernard en mariant la premiere de ſes deux filles avec Jean Daniël Ducros, la nomme pour recuëillir les Biens du Pere, & lui en fait le delaiſſement. Anne Valette meurt, & ne laiſſe qu'un fils qui decede bien-tôt après elle.

Devenuë libre par ce decès, Marguerite Bernard fait un nouveau choix en faveur de Loüis Valette qui cede & tranſporte auſſi-tôt ſes droits à Me. Jean Charrier Notaire Royal du Lieu de Saint Pierreville, la Mere intervient dans l'Acte de ceſſion, elle l'approuve, & les deux autres Enfans Jean & Iſabeau y donnent auſſi leur conſentement.

Tous les Biens étoient encore au pouvoir de Jean Daniël Ducros que la mort de ſon fils en avoit laiſſé détenteur; Me. Charrier ſe joint à Loüis Vallete & Marguerite Bernard pour agir contre ce détenteur; & par Arrêt du 16. Août 1734. Jean Daniël Ducros eſt condamné de faire délaiſſement. Mais à peine cet Arrêt fut rendu que Marguerite Bernard varie, revoque le choix qu'elle avoit fait de Loüis, & nomme Elizabeth ſa ſeconde fille.

Elizabeth impetre alors des Lettres pour être reſtituée envers le conſentement qu'elle avoit donné à l'élection de ſon frere & au tranſport en faveur du Sieur Charrier; elle avoit renoncé par ce conſentement à l'eſperance d'être élûë, elle avoit renoncé au profit que la variation de ſa Mere pouvoit lui procurer; mais elle étoit mineure, & par la faveur de l'âge l'abandon de cet eſpoir legitime étoit pour elle un moyen ſuffiſant de reſtitution.

Ainſi ſans beaucoup s'occuper de la force de ce conſentement, on s'attacha à examiner dans le fonds. Premierement, s'il y avoit lieu à variation quand l'élection a été faite par un Acte entre-vifs. Secondement, s'il pouvoit y avoir lieu dans le cas d'une élection qui a reçu ſon effet par le délaiſſement abſolu des Biens de la part de l'Heritier grevé. Enfin s'il y avoit lieu quand l'élection eſt mêlée de l'interêt d'un tiers qui n'a contracté avec le Donataire que ſur la foi de ce délaiſſement. On relevoit encore la forme en laquelle le Teſtateur avoit ordonné l'élection, & parce qu'il ne l'avoit point renvoyée au decès de ſon épouſe, qu'il lui avoit permis de la faire quand elle jugeroit à propos, on ſoutenoit que le pouvoir de cette Heritiere avoit été terminé par le choix qu'elle avoit fait de Loüis. Toutes ces Queſtions furent decidées à l'avantage d'Elizabeth. On jugea que la liberté de varier n'avoit pas moins lieu pour les Fidéicommis dont l'execution a été abandonnée pour le temps à la volonté de l'Heritier, que quand ils ont été renvoyés à ſa mort. On jugea encore que ni le caractere d'un Acte entre-vifs, ni le délaiſſement des Biens, ni l'interêt du Ceſſionnaire, ne faiſoient point d'obſtacle à cette variation; & en conſequence Me. Charrier fut condamné de remettre le tout à la fille nouvellement élûë.

Le Parlement de Toulouſe jugeoit donc conſtament que les élections faites par un Acte entrevifs ne lient point irrevocablement l'Heritier. Et voici qu'elles ſont les raiſons qu'on allegue pour ſoutenir cet avis.

IV. La premiere eſt que le Teſtateur n'ayant deſtiné ſes Biens qu'à celui qui ſeroit élû au moment de la mort, & qui joüiroit du dernier choix de l'Heritier; les engagemens que l'Heritier peut avoir contractés de ſon vivant, ne ſont point capables d'empêcher que cette volonté du Défunt en faveur du dernier élû, ne s'execute. C'eſt-à-dire, que le nouveau Subſtitué ne prend pas preciſement ſon droit du ſuffrage & de la volonté de l'Heritier, puiſqu'il n'auroit pas été loiſible à l'Heritier de défaire ce qu'il a déja fait par un Acte bien accepté, mais il le prend de la deſtination du Défunt qui en n'appellant

que

que le dernier élû, évince tous ceux au profit de qui l'Heritier auroit pû faire préceder d'autres dispositions.

V. La seconde raison est que la liberté de varier n'est pas seulement en faveur de l'Heritier, mais encore en faveur des éligibles à qui le dessein du Testateur a été de conserver tant que vivroit l'Heritier, l'esperance de pouvoir être preferés; de sorte qu'il n'est pas naturel que l'Heritier puisse s'interdire une faculté qui intereſſe d'autres que lui.

VI. La derniere raison est que l'Heritier qui donne les Biens substitués par un Acte entre-vifs, est moins censé avoir eu intention de donner de son chef, que d'*élire d'avance* celui qu'il destinoit à recueillir le Fidéicommis. *Non est vera donatio*, comme dit la Loi 77. §. 19. *de Leg.* 20. *Sed destinatio*; & cet Acte considéré sous ce point de vûë d'une élection anticipée, ne sçauroit acquerir un caractere ferme & irrevocable, parce que l'élection n'a point été faite dans le temps & aux termes prescrits par le Testateur.

VII. Les Auteurs & les Cours Souveraines qui ont adopté ce premier sentiment, n'ont excepté que les élections faites par Contrat de Mariage; parce qu'on a crû que ces Contrats qui sont le fondement de la Societé, devoient avoir la vertu de fixer toutes les conventions qui y sont renfermées; mais l'Heritier rentroit dans sa premiere liberté si le Mariage venoit à se dissoudre sans Enfans par le decès de celui qui avoit été élû, ou par celui de l'autre conjoint; jusques-là qu'un second Marige de la Personne élûë ne mettoit point d'obstacle à la liberté de varier, lorsque l'Heritier n'étoit point intervenu dans le Contrat de ce second Mariage pour confirmer l'élection en faveur de ce nouvel établissement. C'est ce qui resulte des Arrêts rapportés par Cambolas & Dolive aux Lieux cités, & par Boniface au Tome 2. *liv.* 3. *tit.* 2. *chap.* 2.

VIII. Tous les Auteurs n'ont pas été disposez à convenir de la solidité des raisons qui ont fait adopter cette liberté de varier dans les élections faites entre-vifs. Chopin *de priv. ruſt. liv.* 1. *chap.* 4. *n* 5. vers le milieu tient qu'une élection acceptée n'est point sujette au changement. Henrys paroît avoir suivi les

mêmes vûës au Tome 3. *liv. 6. queſt. 76.* où il dit qu'il faut diſtinguer ſi l'élection a été faite par un Teſtament & par d'autres Actes naturellement revocables, ou ſi elle a été faite par un Acte obligatoire. Enfin il y a un Arrêt du Parlement de Paris rapporté par Soëve, *pag.* 2. *Cent.* 2. *chap.* 18. par le Journaliſte des Audiences, *Tom.* 2. *liv.* 3. *chap.* 20. & par l'Auteur des Notes ſur Ricard qui a déclaré l'élection irrevocable ; Et l'Ordonnance de 1735. *art.* 64 & 65. a confirmé ce dernier Avis dans le cas que le Teſtateur n'a pas expreſſement défendu à l'Heritier de determiner ſon choix avant ſa mort.

IX. S'il en faut dire mon ſentiment, je penſe que ce dernier parti eſt le plus conforme aux vrais principes ; & pour en être convaincu, il n'y a qu'à revenir un inſtant ſur le §. 10. de la Loi 77. qui eſt l'unique fondement de l'opinion contraire.

X. Le Juriſconſulte Papinien y decide, à la verité, que la Donation des Biens ſubſtitués n'emporte pas une élection fixe & certaine. Mais dans quel ſens eſt-ce que ce Juriſconſulte l'entend ? Il n'a entendu autre choſe, ſi ce n'eſt que l'effet de cette Donation eſt aneanti ſi le Donataire vient à deceder avant l'Heritier, ſelon la Maxime que les Fidéicommis dont l'ouverture a été renvoyée à la mort de l'Heritier, n'appartiennent qu'à ceux qui lui ſurvivent. C'eſt ce que ce Juriſconſulte a bien ouvertement declaré quand il a ajouté que la deſtination de l'Heritier ne pouvoit ſe conſerver que ſur ceux qui lui auroient ſuccedé independament de ſon choix ; *Deſtinatio in eum dirigi poteſt qui Fideicommiſſum intercæteros habiturus eſt remotâ matris electione.* Mais il n'a point entendu que tant que celui qui a été élû reſte capable, & qu'il eſt ſurvivant, il doive être permis à l'Heritier de detruire par ſon inconſtance la Donation qu'il lui a faite.

XI. Il eſt vrai qu'il n'y a par la Diſpoſition du Teſtateur, que le dernier élû qui ſoit appellé à recuëillir ; mais ne depend-il pas de l'Heritier que ſon Donataire ſoit le dernier élû ? Il n'a qu'a reſter dans le ſilence, à ne rien changer de ſes premiers deſſeins. Du reſte, on ne comprend pas trop ſur quel fondement on a penſé que la faculté de varier étoit autant en faveur

des éligibles, qu'en faveur de l'Heritier. C'eſt l'Heritier ſeul dont le Teſtateur s'eſt occupé dans cette liberté d'élire qu'il lui a donnée ; & perſonne n'ignore qu'il eſt libre à tout le monde de renoncer à ce qui n'a été introduit qu'en ſa faveur.

XII. La diſpoſition de l'Ordonnance laiſſe lieu à une difficulté, qui eſt de ſçavoir, ſi ce caractere d'irrevocabilité qu'elle a attaché aux élections contractuelles, doit avoir lieu pour l'élection tacite qui reſulte de la Donation de tous les Biens ou d'une partie. On peut dire que le Donataire ne recueille point les Biens ſubſtitués par la force intrinſeque & naturelle de la Donation, que la Donation en ſoi ne lui défere que les Biens propres du Donateur, qu'il n'eſt préferé que par une eſpéce d'accident, qui eſt, que trouvant les Biens du Fidéicommis mêlés & confondusdans le Patrimoine, on a cru que la volonté du Teſtateur dontl'unique deſſein a été que les Biens fuſſent à un de ceux qu'il a deſignés, ſe trouvoit ſuffiſament accomplie en ſa perſonne. Ainſi, dira-t'on, loin qu'il y ait une élection irrevocable en faveur de ce Donataire, il n'y a pas même d'élection proprement dite & de deſtination bien effective ſur laquelle il puiſſe s'appuyer.

XIII. M. de Catellan, *liv. 2. chap. 31.* nous apprend que telle fut la maniere de penſer des Juges lors d'un Arrêt qui fut rendu après partage le 12. Juillet *1686.* Il s'agiſſoit d'une Donation faite par Contrat de Mariage en faveur du fils aîné : le Pere avoit enſuite inſtitué un fils cadet pour ſon Heritier ; mais cette inſtitution ſe trouvoit inutile par l'exheredation injuſte de l'aîné. Après le decès du Pere, les deux Enfans entrerent en conteſtation au ſujet des Biens du Fidéicommis. L'aîné ſe fondoit ſur l'élection tacite qui reſultoit de la Donation. Le cadet repondoit que l'inſtitution d'Heritier renfermoit une élection contraire en ſa faveur ; que ce choix, comme le dernier, devoit prévaloir à celui qui pouvoit s'induire de la Donation, & que la nullité de l'inſtitution hereditaire n'empêchoit point que l'élection qui y étoit compriſe ne conſervât ſa vertu. Il n'eſt pas douteux que ſi l'élection de l'aîné avoit été expreſſe, elle auroit été à l'abri de l'inconſtance du Pere & de ſon changement, parce

qu'on a toûjours tenu au Parlement de Toulouſe que les élections faites par Contrat de Mariage étoient irrevocables. Mais cette élection n'étoit que tacite ; & de-là M. de Catellan déclare que les Juges convinrent, non-ſeulement qu'elle auroit pû être revoquée par un ſecond choix qui eût été exprès, mais qu'elle l'auroit même été par l'inſtitution générale d'un Heritier, ſi on n'eût pas jugé nulle cette inſtitution à raiſon de l'inofficioſité.

XIV. J'avoüe que cette Opinion me paroît bien hazardée. Le Donataire n'a-t'il pas accepté la Donation dans toutes les conſequences directes ou indirectes qu'elle pouvoit avoir en ſa faveur ? De plus, ne peut-on pas ſoutenir que le Donateur, qui voyoit un des éligibles dans ce Donataire, a réellement entendu diſpoſer à ſon profit de tout ce qu'il lui pouvoit tranſporter ſous l'une & l'autre qualité ; en ſorte que l'acceptation du Donataire n'a pas dû moins fixer le ſort de la Donation par rapport aux Biens du Fidéicommis, que par rapport aux Biens propres du Donateur. Auſſi dans cet Arrêt de Partage du premier Avril 1686. dont il a été parlé ſur la précedente Queſtion, 4. *point*, n. 20. *& ſuivans*, on jugea ſans difficulté, encore que l'inſtitution d'Heritier fut valide & dans toutes les regles, que le fils aîné du Sieur Gineſte en qualité de Donataire par ſon Contrat de Mariage, devoit emporter les Biens extans du Fidéicommis par préference à l'Heritier, & le Partage ne fut formé que par rapport aux Biens alienés.

XV. L'Ordonnance a ſupprimé la liberté de varier, mais elle n'a point touché au droit de caducité, c'eſt-à-dire, que ſi celui qui a été élû par un Acte entre-vifs décede avant l'Heritier, l'élection dont il avoit été honoré, devient caduque & inutile, & ne peut mettre obſtacle à un ſecond choix. L'Heritier a pû renoncer à ce qui n'intereſſoit que lui, il a pû ſe départir de l'uſufruit & du droit de varier, mais il n'a pû détruire cette diſpoſition limitée par laquelle le Fidéicommis n'a été donné qu'à ceux qui lui ſurvivroient. *Viriles autem*, comme dit la Loi 77. §. 4. *de Leg.* 2. *inter eos fiunt qui tempore mortis vixerint.*

XVI. C'eſt avec le même temperament qu'il faut entendre

arrêt de la cour le dernier juin 1748, contraire à ce qui est dit dans cet article. voy mon recueil sous le mot election. m.e Barthelemy soutenoit l'opinion de Catellan et de Vedel contre les 64 et 65. l'avis contraire les 64 et 65.

ces Auteurs du Parlement de Toulouſe qui ont déclaré que l'élection faite par Contrat de Mariage ne pouvoit ſe revoquer, qu'autant que le Mariage étoit diſſous ſans Enfans. Il faut diſtinguer ſi c'eſt par le decès de celui qui a été élû, ou par le decès de l'autre conjoint que le Mariage a pris fin. Suppoſons, par exemple, que l'élection ſoit en faveur de la Femme & que le Mari meure. Voilà le cas auquel on examine s'il y a des Enfans ou s'il n'y en a point, parce que le droit de la Subſtitution ſe ſoutient toûjours ſur la tête de la Mere. Mais les choſes changent de face quand c'eſt la Mere elle-même qui meurt; il ne s'agit plus alors d'accueïllir une ſimple variation; il s'agit d'un Fidéicommis devenu caduque, & la faveur des Enfans n'eſt point aſſez grande pour leur faire conſerver des Biens qui ne peuvent être à eux au préjudice de ceux qui reſtent les ſeuls appellés.

XVII. Tout le doute, eſt de ſçavoir ſi dans ce cas de la caducité, les Succeſſeurs de celui à qui le Fidéicommis avoit été reſtitué par avance, peuvent être depoüillés du vivant même de l'Heritier. Et premierement ſi l'Heritier eſt admis à reprendre les Biens pour en joüir lui-même ou pour les tranferer à un autre Subſtitué. La Queſtion peut être enviſagée ou par rapport au droit de retour, ou par rapport aux principes particuliers qui concernent les reſtitutions anticipées. A l'égard du droit de retour, c'eſt un principe que l'Heritier, ſoit à l'égard de l'uſufruit auquel il a renoncé en reſtituant avant le temps, ſoit pour la renonciation à la Quarte ou à d'autres diſtractions qui lui étoient promiſes & qu'il a negliées, n'a point de reverſion à eſperer, parce qu'en tout cela il eſt moins cenſé avoir fait une liberalité, qu'avoir executé plus pleinement la Subſtitution qui lui étoit impoſée, ou plûtôt parce qu'il n'a rien donné de ſon Patrimoine. A l'égard des Principes propres aux reſtitutions anticipées, il n'y en a point qui ait autoriſé les Heritiers à reprendre les Biens par le predecès des Subſtitués à qui ils ont bien voulu les rendre avant le temps. Les Loix ne déclarent ces reſtitutions caduques, que pour l'interêt particulier des Cofubſtitués qui peuvent prétendre à la p ſſeſ

ſion des Biens. Telle eſt l'eſpéce de la Loi 77. §. 10. *ff. de Leg.* 2. & de la Loi 41. §. 12. *ff. de Leg.* 3. L'une & l'autre de ces Loix n'enviſagent que la Perſonne des Fidéicommiſſaires ſurvivans, ſans s'occuper en rien de l'Heritier. Et nous avons au contraire la Loi 12. *Cod. de Fideicom.* qui en ne conſiderant que l'interêt de l'Heritier, déclare la reſtitution ferme & irrevocable.

XVIII. Il y a néanmoins un ancien Arrêt qui a jugé la Queſtion à l'avantage des Heritiers. George Bonnefoux Pere de deux Enfans, Antoine & Thereze, inſtitua Guillaume Bonnefoux ſon frere, à la charge de rendre les Biens à l'un d'entr'eux. Guillaume reſtitua le Fidéicommis à Antoine qui deceda bien-tôt après ſans Enfans. Thereze ſa ſœur & ſon heritiere pretendit ſe maintenir dans la poſſeſſion du Fidéicommis, & Guillaume demanda au contraire d'en être reſſaiſi. L'affaire portée en la Seconde Chambre des Enquêtes au rapport de M. Dulong, Compartiteur M. Dumay, il intervint un partage qui fut vuidé à la Premiere en faveur de Guillaume heritier grevé. Le Magiſtrat dans les Notes duquel j'ay trouvé cet Arrêt, n'en rapporte point la date preciſe, mais il le place entre d'autres Arrêts des années 1684 & 1685. de ſorte que cet Arrêt doit avoir été rendu dans le cours de l'une de ces deux années. On crut qu'il falloit diſtinguer les Subſtitutions qui ſont en faveur d'un Subſtitué fixe & determiné, d'avec celles qui ſe rapportent à un d'entre pluſieurs éligibles. On convenoit qu'au premier cas, le predecès du Subſtitué ne donne pas le droit à l'Heritier de reprendre les Biens; mais on jugea qu'il n'en étoit pas de même au ſecond, & que l'interêt des Subſtitués ſurvivans empêchant que la reſtitution faite avant le temps n'eut un état fixe & certain, elle ne devoit pas avoir plus de force contre l'Heritier même qu'à l'égard des Subſtitués, parce que l'état & la valeur d'un Acte ne ſe diviſent point. On ajoûtoit que le deſſein de l'Heritier avoit moins été de faire une diſpoſition particuliere des Biens, que d'élire ſimplement celui à qui il les avoit reſtitués; qu'ainſi la reſtitution étoit relative à la qualité d'éligible; qu'elle en dependoit comme d'un fondement neceſ-

faire, & que le droit attaché à cette qualité étant éteint par le predecès du Donataire, la reſtitution devoit avoir le même ſort.

XIX. Tels ſont les principes qui furent accuëillis par cet Arrêt. Mais eſt-il permis de ſe former des principes arbitraires? Et quand on voit que les Loix n'ont jamais enviſagé la caducité des reſtitutions anticipées que pour l'interêt des Subſtitués ſurvivans, peut-on admettre l'Heritier à les quereller auſſi pour ſon profit particulier? Il eſt vrai que la qualité d'éligible a été la cauſe & le motif de la reſtitution; mais les Diſpoſitions ſont independantes de la cauſe qui y a donné lieu, & ne conſervent pas moins leur effet, quoique cette cauſe vienne à ceſſer; *Cauſa*, diſent les Loix, *non afficit diſpoſitionem.* Ainſi j'aymerois mieux m'en tenir à la déciſion d'un Arrêt precedent du mois de Mars 1590. rapporté par Maynard, *liv.* 8. *chap.* 81. & par Laroche, *liv. 6. tit.* 75. *arr.* 3. qui denit une Femme, Heritiere grevée, des Lettres qu'elle avoit impetrées après la mort du Subſtitué, pour être reçuë à revenir contre la reſtitution anticipée qu'elle lui avoit conſentie; & quoique cet Arrêt ait été rendu dans le cas d'une Subſtitution qui étoit determinée à un ſeul, je ne vois pas pourquoi la déciſion ne ſeroit pas la même à l'égard de celles qui ſe rapportent à un d'entre pluſieurs. Il faut diſtinguer deux choſes dans ces Subſtitutions, le droit que l'Heritier a de joüir des Biens toute ſa vie, & le droit qui les défere après lui à un nombre de Subſtitués. L'Heritier peut ſe départir comme il lui plait du droit particulier qui le concerne; il peut ſe departir à ſon gré de ſon uſufruit ou de cette proprieté temporelle qu'il devoit conſerver ſa vie durant, & le tranſport qu'il en a conſenti eſt à ſon égard un titre fixe & abſolu que le decès de celui qu'il a favoriſé ne peut rendre caduque. Auſſi la Queſtion a telle été ainſi jugée par un Arrêt du 27. Juin 1646. rapporté par Albert, *let. S. chap.* 15. Un Pere chargé de rendre à un de ſes Enfans, lequel après avoir anticipé la reſtitution des Biens en faveur d'une fille qu'il avoit mariée, prétendoit en reprendre la poſſeſſion par le predecès de ſa fille &

celui d'un Enfant né de ſon Mariage, fut demis de ſa pourſuite ; & l'Arrêt jugea que tant que vivroit ce Pere heritier grevé, le Mari en qualité de Succeſſeur de ſon fils, devoit conſerver le profit de cette reſtitution.

XX. Nous n'avons encore traité la Queſtion que relativement à l'interêt de l'Heritier qui pretend reprendre les Biens pour en joüir lui-même ; mais s'il nomme un nouveau Subſtitué, s'il lui conſent une reſtitution actuelle du Fidéicommis, ce nouveau Subſtitué pourra-t'il pourſuivre le délaiſſement des Biens contre les Succeſſeurs du premier ?

XXI. La Juriſprudence des Arrêts a varié ſur ce point de même que ſur le precedent. L'Arrêt rapporté par Albert renvoya la demande du Subſtitué après le decès de l'Heritier grevé : car il faut obſerver que le Pere, Heritier grevé, ne plaidoit pas ſeul contre le Mari, il étoit ſecondé par un de ſes Enfans qu'il avoit élû après le decès de ſa fille. Nous avons vû au contraire que ſur les divers procès auquel la Subſtitution de Jacques Valette donna lieu, il y eut un premier Arrêt du 16. Août 1734. qui admit le nouveau Subſtitué & Me. Charrier ſon Ceſſionnaire, à pourſuivre le delaiſſement des Biens du vivant même de la Mere heritiere grevée.

XXII. Il ſemble dabord que le dernier Arrêt ſoit le plus juridique, parce que les Heritiers du premier Donataire ne ſuccedant point à la qualité d'éligibles, leur reſiſtance doit paroître bien foible contre le droit de ceux à qui le Teſtateur a deſtiné les Biens. Mais on repond que les autres Subſtitués ne peuvent ſe fonder en la Diſpoſition du Teſtateur qu'après le decès de l'Heritier qui eſt le temps auquel le Fidéicommis a été attaché ; que juſques-là ils n'agiſſent que du chef propre de l'Heritier à raiſon de l'anticipation volontaire qu'il lui a plu de donner au Fidéicommis. Or il n'y a perſonne qui ignore la diſtinction qui a été faite à l'égard des tierces perſonnes qui prennent interêt aux reſtitutions anticipées d'un Heritier grevé. On peut reſtituer par avance au préjudice des créanciers, mais on ne le peut au préjudice des poſſeſſeurs à qui l'Heritier a déja tranſporté les Biens ; & l'on ne diſtingue point ſi les

alienations

alienations ont été faites à titre gratuit ou titre onereux, l'Heritier ne peut jamais dépoüiller par une anticipation qui eſt purement de ſon fait ceux qui tiennent de lui.

Cela paroît d'autant plus fort dans l'eſpéce preſente, qu'il ne s'agit point de quelques alienations particulieres qui ayent laiſſé l'univerſalité des Biens ſur la tête de l'Heritier. Car en ce cas on pourroit dire que la reſtitution n'a point été frauduleuſe dans ſon principe, que l'Heritier n'a ſongé qu'à transferer à un des Subſtitués l'univerſalité dont il étoit encore ſaiſi, qu'on ne s'eſt point occupé des tiers-Acquereurs, & que ce n'eſt que par occaſion & par un eſpece d'accident que le Subſtitué eſt deſormais à portée d'agir contre eux & de les évincer. Mais ici l'univerſalité des Biens eſt ſur la tête des Succeſſeurs du premier Donataire, il ne reſtoit rien à l'Heritier; de ſorte qu'il eſt ſenſible qu'en cedant à un autre un Fidéicommis qu'il n'avoit plus en main, il doit avoir eu le deſſein frauduleux de dépoüiller les Succeſſeurs de celui qu'il avoit ſaiſi; & c'eſt ce qui ne peut être admis. La reſtitution tiendra donc durant tout le temps que l'Heritier lui-même auroit eu le droit de conſerver les Biens; il a transferé ſon droit au Donataire qui l'a tranſmis à ſes Succeſſeurs; & ce droit émané de l'Heritier, ne peut point être aneanti par un ſimple mouvement de ſa volonté.

23 XIII. Au ſurplus, toutes ces Queſtions n'ont lieu que lorſque l'Heritier ne ſe bornant point à une ſimple élection, a fait encore une reſtitution effective des Biens, ou a diſpoſé par la voye d'une Donation qui a ſaiſi incontinent le Donataire. Car s'il élit ſimplement un des Subſtitués, même par un Contrat de Mariage, ou par un autre Acte bien accepté, le Droit du Fidéicommis ne continuë pas moins de reſider ſur ſa tête, & l'effet de l'élection eſt ſuſpendu de droit juſques à ſa mort, en ſorte que les Biens lui reſtent toute ſa vie, ſoit pour en joüir lui-même, ſoit pour les transferer à un autre dans le cas que celui qu'il a élû viendroit à déceder avant que l'élection n'ait eu ſon effet. C'eſt ce que dit le Preſident Faber en ſon Code, *liv. 6. tit. 22. deff. 18.* *Nec priùs Fideicommiſſum ob electionem petere poterit qui electus fuit, quàm deceſſerit is qui elegit.*

X

vide les art. 64 et 65 de l'Edit de 1735 qui semblent contraires, ceci jusqu'à ne distinguent point l'élection de la visitation. l'arrêt de la cour du dernier juin 1768 y dénié cité est contraire à ce que dit ici l'auteur vide supra n. 15 v. Section

X le choix que fait l'heritier n'est que l'accomplissement d'une condition à laquelle le fidéicommis etoit attaché

Jugé 1779 voyez d'Argentré

§ SECOND.

Faculté d'élire quand l'Heritier voudra, ou d'élire celui qu'il voudra.

I. *L'HERITIER qui a été chargé de rendre en cette forme, a la liberté de ſuſpendre la reſtitution du Fidéicommis juſques à ſa mort.*

II. *L'Opinion la plus reçuë eſt qu'il peut varier auſſi après un premier choix.*

III. *Auteurs & Arrêts contraires à la variation.*

IV. *Reſolution qu'en ce cas tout doit demeurer conſommé par la premiere volonté de l'Heritier.*

V. *Explication de la Loi* 11. §. *6.* ff. de Leg. 3. *& de la Loi* 41. §. 13. ff. de Leg. 3. *qui ſont comme la clef de cette Queſtion.*

VI. *Explication des Loix qui ont traité de la faculté d'opter entre pluſieurs choſes.*

VII. *Qu'elles ne permettent point de varier toutes les fois que l'on n'opte point pour recevoir ſoi-même, mais pour donner à autrui.*

I. C'EST un principe certain que l'Heritier qui a été chargé de rendre ſous des termes ayant trait de temps, a la liberté de differer toute ſa vie ſon choix & la reſtitution du Fidéicommis; mais s'il a jugé à propos de faire une élection, eſt-il le maître de revoquer cette premiere volonté pour ſe déclarer en faveur d'un autre éligible?

II. L'Opinion la plus reçuë par les Auteurs & par la Juriſprudence, eſt que dans ce cas, de même que dans celui que le Fidéicommis a été renvoyé à la mort, l'Heritier a une liberté abſoluë de varier juſques à ſon decès. On ſe fonde pour cela ſur la Loi *6.* §. 1. *ff. ad Sen. Tert.* où il eſt dit, que les Facultés conçuës avec trait de temps emportent la liberté de varier. *Cum verba extenſiva ſunt, pœnitentia admittenda eſt.*

On ſe fonde encore ſur la Loi 41. §. 13. *ff. de Leg.* 3. qui dit que les Fidéicommis de cette eſpéce ſont de même nature que s'ils avoient été attachés au temps de la mort. *Cum hæres ſcriptus rogatus eſſet, cum vellet, reſtituere hæreditatem, interim non eſt competendus ad Fideicommiſſum.* Enfin on allegue la diſpoſition de la Loi 112. *ff. de verb. oblig.* qui parlant de la faculté d'élire une d'entre pluſieurs choſes, déclare qu'elle n'eſt pas conſommée par un premier choix ſi elle a été accordée dans des termes qui emportent trait de temps, *Servum quem volam dari ſpondes.* C'eſt le ſentiment de Cujas & de Fernand aux Lieux cités, de Bornier ſur Ranchin, *in verbo Fideicom. art.* 20. de Bretonnier ſur Henrys, *Tom.* 3. *liv.* 5. *queſt.* 20. & de Henrys lui-même, *queſt.* 76. Le Preſident Faber en ſon Code, *liv.* 6. *tit.* 22. *deff.* 18. déclare que telle eſt la Juriſprudence du Senat de Chamberry, & il y a une foule d'Arrêts du Parlement de Toulouſe des années 1631. 1637. 1666 & 1667. rapportés par M. Dolive, *liv.* 5. *c.* 25. par M. de Cambolas, *liv.* 6. *chap.* 20. & par M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 70. qui ont ſuivi la même Doctrine. Enfin le Parlement de Toulouſe l'a ainſi jugé, dans le dernier temps, par rapport à la Subſtitution de Valette dont il a été parlé ſur le §. precedent. Le Teſtateur avoit chargé ſa femme en ces termes : *A la charge de rendre les Biens à la fin de ſes jours, ou autrement quand bon lui ſemblera.* Il s'en étoit remis à elle ſur le choix du temps ; & l'on déclara qu'il avoit été permis à cette femme de varier.

III. L'Opinion contraire n'a pas trouvé des Garants moins reſpectables. L'Auteur du Commentaire ſur les Arrêts de Raviot, *Tom.* 2. *queſt.* 288. *n.* 18. celui qui a fait des Additions ſur Ricard, *Tom.* 2. *pag.* 464. & Henrys lui-même, *Tom.* 2. *liv.* 5. *queſt.* 20. tiennent que l'unique effet des termes qui ont trait de temps, eſt de donner le droit à l'Heritier de ſuſpendre à ſon gré la reſtitution du Fidéicommis juſques au moment de ſa mort ; mais que ſi l'Heritier renonce à ce privilege, s'il reſtituë les Biens de ſon vivant, il ne lui eſt plus permis de ſe retracter. Et telle eſt la Juriſprudence du Parlement de Provence ſelon un Arrêt qui eſt rapporté par Boniface, *Tom.* 5. *liv.* 2. *tit.* 20. *chap.* 2.

IV. Dans cette diverſité de Juriſprudence & d'Opinions, j'aurois beaucoup de penchant à ſuivre celle qui eſt oppoſée à la liberté de varier.

V. En effet, nous apprenons de la Loi 11. §. *6. ff. de Leg.* 3. qu'encore que les Fidéicommis dont il s'agit ayent trait pendant toute la vie de l'Heritier, ils ne laiſſent pas de recevoir une écheance certaine par la premiere détermination de ſa volonté ; en ſorte que le Fidéicommiſſaire qui decede avant l'Heritier, mais depuis que l'Heritier s'eſt declaré en ſa faveur, n'eſt point dans le cas de la caducité, mais tranſmet un droit fixe & certain à ſes Succeſſeurs. Il s'enſuit donc que de pareils Fidéicommis ne ſont pas preciſement attachés à la mort de l'Heritier, ils n'ont d'autre condition que ſa volonté ; & ſi-tôt que ſa volonté s'eſt declarée, le Fidéicommiſſaire eſt abſolument ſaiſi. Ainſi lorſque la Loi 41. §. 13. *ff. de Leg.* 3. dit que les Biens ſont cenſés n'avoir été donnés qu'après la mort, elle a entendu ſeulement que juſques-là le Subſtitué n'a point le droit de contraindre l'Heritier à lui rendre les Biens. *Interim non eſt compellendus hæres ad Fideicommiſſum.* Mais elle n'a point entendu que la volonté de l'Heritier n'ait le pouvoir de donner une écheance certaine au Fidéicommis, quand il lui plaît de ſe dépoüiller de ſon vivant.

VI. A l'égard des Loix qui ont traité de la liberté d'opter entre pluſieurs choſes, bien loin qu'elles ſoient oppoſées à cette derniere Opinion, elles ſervent au contraire à l'établir. En effet, elles ont fait difference quand on opte pour recevoir ſoi-même, & quand c'eſt au contraire pour donner droit à autrui. La variation eſt reçuë au premier cas, parce qu'en optant pour ſoi-même on ne ſonge pas à attribuer de droit à un autre. Ainſi dans l'eſpéce de la Loi *6.* §. 1. *ff. ad Sen. Tert.* les Enfans à qui le Senatus conſulte accordoit la Succeſſion de leur Mere avec le terme *Si volent*, avoient la liberté de la reprendre après l'avoir repudiée, parce qu'en acceptant ou repudiant, ils ne le faiſoient que pour eux-même & pour leur profit, ſans entendre attribuer aucun droit aux Collateraux à qui l'Heredité pouvoit appartenir en ſous-ordre. Telle eſt auſſi l'eſpéce de la Loi

112. *ff. de verb. obl.* où il s'agit de celui qui a ſtipulé qu'on lui donneroit une d'entre pluſieurs choſes à ſon choix *quem volet*; il ne s'occupe que de lui-même en optant une des choſes compriſes dans la ſtipulation, il n'a point en vûë de rien attribuer à l'autre Contractant, & c'eſt pour cela qu'il eſt admis à varier.

VII. Mais il en eſt autrement lorſque l'on choiſit pour un autre à qui ce choix doit ſervir de titre; car comme ce choix le ſaiſit, il n'eſt plus permis de le priver du droit qui lui eſt déferé, & dans quelques termes que le droit d'opter ait été accordé, il eſt éteint & conſommé par le premier choix. C'eſt ainſi que lorſque l'Heritier ou le Debiteur ſont chargés de donner telle d'entre pluſieurs choſes qu'ils jugeront à propos, leur premier choix attribuë un droit fixe au Créancier ou au Legataire, & ne laiſſe lieu à aucune variation. La diſpoſition du Droit y eſt expreſſe en la Loi 84. §. 9. *ff. de Leg.* 1. Et cette Doctrine s'applique bien facilement à la Queſtion dont il s'agit, puiſque dans l'eſpéce d'un Heritier qui eſt chargé de choiſir entre pluſieurs, de même que dans l'eſpéce de celui qui eſt chargé d'élire entre pluſieurs choſes, il eſt toûjours vrai de dire que le choix de l'Heritier eſt deſtiné à donner droit à un autre.

§ TROISIE'ME.

Faculté d'élire limitée à un temps certain.

I. *DISTINCTION que les Arrêts & les Auteurs ont ſuivie.*

I. L'ELECTION eſt irrevocable dans ce cas, ſi elle a été faite après le terme expiré; elle eſt au contraire ſujette à variation, ſi elle a été faite avant le terme; mais elle devient fixe après coup, ſi l'Heritier laiſſe paſſer le terme preſcrit ſans avoir varié. On peut voir ſur ce point Henrys &

Bretonnier, Fernand, Ranchin aux lieux citez, Vedel ſur M. de Catellan, *liv. 2. chap.* 70. Et c'eſt une des Queſtions qui furent jugées par l'Arrêt du 22. Août 1742. dont il a été parlé au ſujet de la tranſmiſſibilité de la faculté d'élire. Jacques Royon en chargeant ſa femme de rendre à un de ſes Enfans avoit declaré qu'au cas qu'elle convoleroit en ſecondes nôces, il l'a privoit de toute joüiſſance & de toute adminiſtration ; il avoit donc entendu qu'elle fît la remiſe du Fidéicommis au moment de ſon ſecond Mariage, c'étoit un terme fixe qu'il lui avoit preſcrit ; & l'on declara en conſequence qu'après le ſecond Mariage, il n'avoit plus été permis à cette femme de changer le choix qu'elle avoit fait precedemment.

§ QUATRIE'ME.

Faculté d'élire accordée purement & ſimplement.

I. *La variation ne doit point être reçuë après un premier choix.*

II. *Exception en deux cas particuliers où la faculté d'élire conçuë purement & ſimplement, eſt cenſée avoir été attachée au temps de la mort.*

I. TOUS les Auteurs déclarent à l'envi qu'une faculté pareille n'admet point de variation de la part de l'Heritier ; & la raiſon eſt que le Fidéicommis devant s'executer incontinent & ſans délai, celui qui a été élû acquiert un droit certain, & demeure ſaiſi par le premier choix. Mais cette déciſion doit-elle avoir lieu dans le Reſſort du Parlement de Toulouſe, qui ne connoiſſant point de Fidéicommis purs & ſimples, déclare qu'encore qu'il n'y ait eu ni terme ni condition appoſée, la Subſtitution n'eſt pas moins ſuſpenduë pendant la vie de l'Heritier ? Le Parlement de Toulouſe n'a fait en cela que rendre les Fidéicommis purs & ſimples de même condition que ceux que le Teſtateur a abandonnés, pour le tems de l'exe-

cution, à la volonté de ſon Heritier. Il a voulu que la condition *cum volet* y fût ſous-entenduë, que l'Heritier fût le Maître de ne rendre que quand il jugeroit à propos. Or l'on a déja veu que dans les Fidéicommis qui n'ont d'autre condition que la volonté de l'Heritier, la premiere determination de l'Heritier produit une écheance certaine & abſoluë, qui ne laiſſe point de lieu à la liberté de varier. Ne ſeroit-il pas bien abſurde que l'Heritier joüit de plus de liberté pour une charge pure & ſimple, que lorſque le Teſtateur l'a rendu ouvertement le maître du temps, & s'en eſt remis tout entier à ſa volonté ?

II. Il faut pourtant obſerver qu'il y a deux cas auſquels la faculté d'élire, quoique conçuë purement & ſimplement, eſt cenſée avoir été attachée au temps de la mort. Le premier regarde les Donations que les Epoux font dans leur Contrat de Mariage en faveur des Enfans qui en doivent naître, parce qu'ils ſont cenſés n'avoir eu d'autre objet que de regler l'ordre de leur Succeſſion ; en ſorte que rien n'eſt donné qu'après la mort. Le ſecond eſt, ſuivant Cujas ſur la Loi *Unum ex familâ*, lorſque le Teſtateur a douné la faculté d'élire en ſe ſervant du mot *de laiſſer*. *Je charge mon Heritier de laiſſer mes Biens à un de ſes Enfans*, parce que ce mot *de laiſſer* ne s'applique qu'aux Diſpoſitions des mourants. *Relinquere eſt morientium non viventium, dare eſt viventium magis.* Dans l'un & dans l'autre cas, la variation ſera reçuë de même que ſi le Teſtateur en accordant la faculté d'élire, avoit fait une mention expreſſe du temps de la mort.

§ CINQUIE'ME.

Examen de quelques cas où l'on doute ſi l'élection ne doit pas devenir irrevocable ſous quelques termes que la faculté d'élire ait été conçuë.

I. *CELUI à qui la faculté d'élire a été donnée comme un ſimple miniſtere detaché de toute inſtitution, n'eſt point regulierement admis à varier.*

II. *Il y eſt admis néanmoins lorſque les Biens ne ſe trouvent point en ſuſpens, & qu'il y a déja un Heritier ou un premier Donataire qui en ſont ſaiſis.*

III. *Si de la part de l'Heritier grevé de rendre, la remiſe actuelle des Biens en faveur de celui qu'il a élû avant le temps, met obſtacle à la variation.*

IV. *Diverſité d'avis qu'il y a eu ſur ce ſujet.*

V. *Reſolution que l'Heritier peut varier quoiqu'il ait executé ſa premiere élection.*

VI. *Mais avec ce temperament que le nouvel élû ne peut agir qu'après la mort de l'Heritier.*

VII. *Si le ſurvivant de deux Heritiers à qui la faculté d'élire à été donnée, peut revoquer ſeul l'élection que l'un & l'autre auroient déja faite.*

VIII. *Diſtinction que le Survivant peut élire s'il n'y a point eu encore de choix, ou ſi celui qui a été fait eſt devenu caduque; mais que s'il ſe trouve un premierchoix qui ſubſiſte il ne doit point avoir la liberté de le revoquer.*

IX. *Arrêts rendus en faveur du ſurvivant dans le cas de la caducité de l'élection.*

X. *La variation eſt-elle reçuë lorſque l'Heritier a déclaré dans le premier Acte d'élection que le Teſtateur l'avoit formellement chargé de rendre à celui qu'il a nommé ?*

XI. *Que la déclaration de l'Heritier ne met aucun obſtacle à la variation.*

XII. *Toutes les déclarations qui ſont faites par des Teſtamens*

ou

ou par d'autres Actes de liberalité, ne passent que pour des simples avantages qu'on a voulu deguiser sous un voile plus specieux.

I. TOUTES les distinctions sur les termes dans lesquels la faculté d'élire a été conçuë, cessent lorsque cette faculté n'a point été annexée à l'institution, qu'elle a été accordée à un tiers comme un simple ministere. C'est ainsi que le Parlement de Bordeaux l'a jugé par deux Arrêts des années 1665. & 1667. rapportés par Lapeyrere, *let. E. in verbo Election, n.* 23 & 24. Une femme par son Testament institue celui de ses Enfans qui sera nommé par son Mari. Le Pere nomme, & veut ensuite varier; mais parce qu'il n'avoit reçu qu'un simple ministere separé de toute proprieté des Biens, on n'eut point égard à sa variation. Le Parlement de Toulouse l'a jugé de même par un Arrêt du 22. Juin 1722. rapporté par Vedel sur M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 70. Et c'est aussi une des Questions qui furent jugées par l'Arrêt rendu au sujet du Testament de Jacques Royon le 22. Août 1722. On opposoit à la Mere, qu'elle n'avoit point recuëilli l'heredité paternelle, que l'heredité étoit directement tombée dans le degré des Enfans, enfin qu'elle n'avoit reçu qu'une faculté nuë; & c'est en partie sur cette raison appuyée de quelques autres, que la premiere élection fut confirmée. La raison est prise de cette pensée de Dumoulin sur la Coûtume de Paris, §. 16. *Glos.* 1. *n.* 10. que la faculté d'élire n'est point susceptible de changement toutes les fois que le premier choix emporte avec soi son execution. *Ubicumque electio trahit secum executionem non admittenda est variatio.* Ce qui s'applique naturellement à l'espece dont s'agit, parce que la proprieté des Biens étant incertaine & suspenduë, sans resider sur aucune tête, elle est necessairement determinée en la personne du premier qui est nommé.

II. On comprend assez par cette raison, que la Maxime établie par les Arrêts ne doit avoir lieu que quand il s'agit de nommer un Donataire ou un Heritier qui soient destinez à recuëillir les Biens directement & sans milieu; c'est alors qu'il est vrai de dire que la proprieté étoit dans un état d'incertitude

& de ſuſpenſion, & que le premier nommé en eſt ſaiſi de plein droit. Mais il en ſeroit autrement ſi le Défunt avoit choiſi un Donataire ou un inſtitué, & qu'en les chargeant de rendre après leur decès à un des Enfans ou des Parens, il eût commis le ſoin de l'élection à un autre. Car comme la proprieté ſe trouve établie en ce cas ſur la tête d'un Poſſeſſeur legitime qui eſt deſtiné à en joüir toute ſa vie, l'on ne peut dire que le premier choix entraîne avec lui une execution preſente & directe ; & de-là cette conſequence que juſqu'à ce que les Biens ſoient devenus vacans par le decès de l'Heritier, le tiers qui a été chargé de l'élection, n'eſt pas moins reçu à varier que l'Heritier même auroit pû l'être.

III. On demande ſi de même que l'execution de droit que produit l'élection d'un tiers à qui la faculté d'élire a été accordée comme un ſimple miniſtere, eſt un obſtacle à la variation ; de même auſſi de la part d'un Heritier grevé de rendre à ſa mort, l'execution de fait qu'il donne à ſon premier choix, en remettant les Biens ſubſtituez, doit lui interdire la faculté de varier. Pour trouver le veritable cas où cette difficulté peut ſe preſenter, il faut ſuppoſer que l'élection n'a point été faite en la forme des Donations entre-vifs, qu'elle n'a point été conſentie par un Acte public, qu'elle n'a pas été acceptée, enfin qu'elle n'a point été accompagnée des formalités que les Loix du Royaume ont requiſes dans les Donations ; car ſi l'élection étoit accompagnée de ces formalités, on a déja vû qu'independament de toute execution, elle ſeroit d'elle-même aſſés irrevocable. La Queſtion ne peut donc avoir lieu qu'à l'égard des élections faites ou par un écrit privé, ou par un Acte public non-accepté, ou par un Teſtament, ou par d'autres Actes revocables de leur nature, après leſquels l'Heritier s'eſt porté à remettre l'Heredité à celui qu'il a élû.

IV. Molina *de Primog. lib. 2. cap. 4. n. 38.* croit que cette execution rend le choix irrevocable, & Henrys, *Tom. 3. liv. 5. queſt. 20. & queſt. 76.* ſemble reconnoître auſſi que la variation n'eſt permiſe qu'autant que les choſes ont reſté en leur entier, & n'ont été ſuivies d'aucune execution de Fait ni de

Droit. Le Parlement de Toulouſe a jugé au contraire par l'Arrêt rendu contre Me. Charrier, que la remiſe des Biens ne mettoit point d'obſtacle à la variation, juſques-là que le nouvel élû fut admis à pourſuivre le délaiſſement, ſans attendre la mort de l'Heritier grevé. Pour moi, je ſerois très-porté à croire que Molina & l'Arrêt ſont tombés dans deux excès contraires. Que Molina auroit dû ſe contenter de dire que la variation ne nuiroit point au premier élû tant que l'Heritier eſt vivant ; que l'Arrêt devoit ſe contenter d'ordonner que le ſecond Subſtitué entreroit en joüiſſance des Biens après la mort de l'Heritier.

V. Dabord la remiſe des Biens ne doit point porter d'obſtacle à la variation par deux raiſons. La premiere eſt qu'un Subſtitué ne peut ſe dire ſaiſi lorſque la reſtitution des Biens lui a été faite dans un ordre contraire à la volonté. C'eſt ce que porte la Loi 10. *ff. ad Treb. Sen. ſed ſi ante diem, vel ante conditionem reſtituta ſit hæreditas, non transferuntur actiones, quia non ita reſtituitur hæreditas ut teſtator rogavit.* Le Subſtitué ne reçoit pas en ce cas comme Subſtitué, il ne joüit que du chef particulier de l'Heritier ; enfin il ne peut pretendre que le droit du Fidéicommis ait paſſé en ſa perſonne. La ſeconde raiſon eſt que la Tradition n'ajoûte rien au titre qui lui a donné lieu, elle eſt nulle, ſi le titre eſt nul ; elle eſt revocable, lorſque le titre l'eſt auſſi ; enfin elle ſuit en tout le caractere & la qualité du titre ; de ſorte que l'Heritier n'ayant remis les Biens qu'en conſequence d'une élection revocable de ſa nature, la tradition qu'il a faite eſt neceſſairement ſujette à la même revocation.

V I. La Tradition n'empêche donc pas la variation, mais le Subſtitué à qui les Biens ont été delivrés, ne les conſerve pas moins juſqu'à ce que la mort de l'Heritier ait donné ouverture à la Subſtitution. La raiſon en eſt, qu'il faut diſtinguer entre le Fidéicommis, & le tranſport particulier que l'Heritier a fait au Subſtitué du droit perſonnel d'uſufruit qui lui appartenoit par le Teſtament. Ce tranſport n'eſt relatif ni au Fidéicommis ni à l'élection, puiſqu'au contraire l'élection & le Fidéicommis ne devoient naturellement avoir leur effet qu'après la mort. C'eſt un tranſport que l'Heritier a fait de ſon chef,

& qu'il ne lui eſt pas permis d'aneantir par le mouvement d'une volonté contraire. En un mot, il faut ſe regler ſur les mêmes principes qui ont lieu, quand il s'agit de déclarer la caducité d'une premiere élection par le predecès de celui qui en avoit été honoré ; & puiſque même en ce cas où les Biens tombent ſur une tête étrangere, on a jugé que le nouvel élû ne pouvoit être admis à repeter les Biens qu'après le decès de l'Heritier, à combien plus forte raiſon ne ſera-t-il pas permis de dépoüiller le premier nommé, quand c'eſt lui-même qui prétend conſerver l'utilité de la reſtitution qui lui a été faite ?

VII. Le ſurvivant de deux Heritiers à qui la faculté d'élire a été donnée, peut-il revoquer ſeul l'élection que l'un & l'autre ont déja faite. Le Preſident Faber & M. de Catellan, en *traitant cette Queſtion*, ſont tombés dans deux excès contraires. Le premier dans ſon Code, *liv. 6. tit. 22. deff. 19.* déclare que la faculté d'élire eſt éteinte par le decès de l'un des Heritiers, en ſorte que non-ſeulement celui qui ſurvit n'a point la liberté de revoquer l'élection que tous les deux avoient faite, qu'il ne lui eſt pas même permis d'élire, quoique les choſes ſoient encore dans leur entier. M. de Catellan, *liv. 2. chap. 70.* eſtime au contraire que ſoit que les choſes ſe trouvent entieres, ſoit qu'il y ait une premiere élection, tous les droits de la faculté donnée paſſent & accroiſſent au ſurvivant. Il employe même deux Arrêts du Parlement de Toulouſe pour le ſoutien de cette Doctrine. Le Commentateur de Perrier, *Tom. 2. queſt. 288. n. 23.* a pris un temperamment entre ces deux avis ; il croit que s'il y a un premier choix qui ſubſiſte, le ſurvivant ne doit point avoir la liberté de le revoquer ; mais s'il n'a point été fait encore de choix, ou ſi celui qui a été fait eſt devenu caduque, il veut que le ſurvivant ſoit admis à exercer la faculté d'élire.

VIII. Dans la rigueur des principes, je ne doute pas que l'opinion du Preſident Faber ne ſoit la mieux fondée. En effet, les Loix nous apprennent que la faculté d'élire eſt de la nature des conditions : elles l'appellent toûjours de ce nom, & elles ne l'enviſagent que comme toute autre condition d'où le Teſtateur auroit fait dependre la deſtinée de ſes Biens. Or tout

le monde ſçait que les conditions doivent être remplies dans leur forme ſpecifique & dans toute leur étenduë ; en ſorte que ſi les Teſtateurs en ont attaché l'accompliſſement à un Acte émané de la volonté de deux perſonnes, il n'eſt pas poſſible que la volonté ſeule de l'un produiſe le même avantage & opere le même effet. Voilà les raiſons qui devroient dans la rigueur du droit faire déclarer la caducité entiere du droit d'élire. Mais d'un autre côté, le Teſtateur a ſouhaité que les Biens ne fuſſent point partagés, il a voulu qu'ils fuſſent remis ſur la tête d'un Subſtitué. Et faudra-t'il que l'évenement fortuit du decès de l'un des Heritiers qui étoient chargés d'élire, trompe & faſſe évanouir les vûës du Teſtateur ? L'eſprit eſt donc partagé entre l'interêt de la volonté & la rigueur des regles. Mais l'Opinion du Commentateur de Perier ſemble les allier par un juſte milieu, en conſervant au ſurvivant la faculté d'élire toutes les fois qu'il eſt neceſſaire de la conſerver pour prévenir le partage des Biens.

IX. Les Arrêts dont parle M. de Catellan ne renferment rien de contraire au temperament propoſé par le Commentateur de Perrier ; & pour s'en convaincre, il n'y a qu'à conſiderer que dans l'eſpece de ces deux Arrêts l'élection que les deux Heritiers avoient faite étoit tombée en caducité par le predecés de celui qu'ils avoient élû. Elle étoit donc comme ſi elle n'avoit jamais été faite, les choſes étoient revenuës à un état de liberté ; il ne s'agiſſoit point de varier, mais de faire un choix où il ne s'en trouvoit plus aucun. Ainſi ce que l'un & l'autre Arrêt ont jugé, c'eſt ſeulement que la faculté d'élire peut être exercée par le ſurvivant lorſque les choſes ont toûjours reſté ou qu'elles ſont revenuës dans leur entier ; mais ils n'ont point jugé que le ſurvivant ait la liberté de changer une élection ferme & ſubſiſtante.

X. L'Heritier peut-il varier après avoir declaré dans le premier Acte d'élection que le Teſtateur l'avoit verbalement chargé de rendre à celui qu'il a nommé. M. Dolive, *liv.* 5. *chap.* 25. aux Annotations, rapporte un premier Arrêt rendu après partage le 3. Mars 1640. qui jugea qu'une pareille déclaration n'avoit pas pu être revoquée. Elle avoit été conçuë dans les termes

les plus ſimples ; elle n'avoit été accompagnée ni de ſerment ni d'aucune autre circonſtance ; au lieu que l'Heritier avoit enſuite employé la religion du ſerment pour aſſûrer que tout ce qu'il avoit dit n'avoit eu d'autre objet que de gratifier le premier qu'il avoit élû, & que dans le vrai le Teſtateur ne lui avoit point impoſé d'ordre ſecret qui genât la liberté qui lui étoit laiſſée par le Teſtament. M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 58. rapporte un ſecond Arrêt du 10. Juin 1653. qui prouve que malgré le peu d'éloignement des deux temps, les idées avoient déja beaucoup changé, puiſque la déclaration qu'il s'agiſſoit d'aneantir avoit été accompagnée du ſerment, & qu'on jugea néanmoins qu'elle avoit pû être revoquée.

XI. L'Arrêt rapporté par M. de Catellan me paroît le plus conforme aux vrais principes. En effet, de pareilles déclarations ne tendent pas à moins qu'à detruire une eſperance que le Teſtament a déferée à tous les éligibles ; ils ſont tous rendus capables de recuëillir les Biens ; ils ſont tous invités à meriter le choix de l'Heritier, & quel que ſoit celui à qui l'Heritier accorde la preference, le Teſtament ordonne que les Biens lui ſoient acquis. Or doit-il être permis à l'Heritier de deroger à une eſperance auſſi legitime ? Et parce qu'il lui a plû de déclarer que le Teſtateur lui a donné en ſecret des ordres contraires à ceux qu'il a dictés dans ſon Teſtament, faut-il que les autres éligibles ſoient déchus d'une capacité qui leur eſt attribuée par le Teſtament ? Ainſi dans tout cela il s'agit moins de ſçavoir ſi l'Heritier peut revoquer ſa déclaration, que de ſçavoir ſi par cette déclaration il a pû faire perdre aux autres appellés la qualité d'éligibles qui leur étoit déferée. Car ſi la déclaration de l'Heritier ne leur fait pas perdre la qualité d'éligible, & ſi cette qualité ſubſiſte en leur perſonne, il n'en faut pas d'avantage pour donner le droit à celui qui a été élû le dernier de prétendre ſeul à la poſſeſſion de tous les Biens.

XII. D'ailleurs c'eſt une maxime que les déclarations inſerées dans les Teſtamens ou dans d'autres Actes de pure liberalité, paſſent pour de ſimples prétextes qu'on a cherché à deguiſer ſous un voile ſpecieux. C'eſt ainſi que les Loix ont déclaré

que les déclarations d'un Teſtateur, qu'il doit tant à un tel, n'ont force que de Legs ; & c'eſt encore ainſi que les Arrêts rapportés par Faber en ſon Code, *liv. 6. tit. 5. deff. 17.* ont jugé que la déclaration d'un Fidéicommis verbal n'étoit de la part de l'Heritier qu'une liberalité deguiſée qu'il lui étoit permis de revoquer. Il eſt vrai qu'il y a des Arrêts qui ont jugé dans certaines rencontres, que les déclarations des Teſtateurs ou de leurs Heritiers devoient paſſer pour le titre d'une dette ou d'un Fidéicommis veritable ; mais on ne l'a jugé que lorſqu'il s'eſt trouvé des circonſtances qui faiſoient connoître que la choſe étoit réellement ainſi : autrement on n'a point manqué de s'en tenir à la regle générale qui reduit ces ſortes de déclarations au rang de ſimples liberalités. Or ſi cela eſt, même pour les déclarations émanées d'une perſonne libre, & qui ne tendent point au préjudice d'un tiers, n'eſt-il pas évident que lorſque cette déclaration part de la bouche d'un Heritier grevé qui entreprend d'alterer la forme du Fidéicommis exprimé dans le Teſtament, il faut bien ſe garder d'ajoûter plus de foi à ſa parole & de lui donner plus d'autorité ?

§ SIXIE'ME.

Examen de quelques autres cas où l'élection devient revocable quoiqu'elle ne le fût pas de ſa nature.

I. *L'ELECTION eſt toûjours revocable, lorſqu'elle a été faite par un Teſtament.*

II. *Raiſons ſur leſquelles cette Doctrine eſt appuyée.*

III. *Arrêts qui l'ont ſuivie.*

IV. *L'élection devient encore revocable, lorſque celui qui a été élû tombe à l'égard de l'Heritier dans quelqu'un de ces excès qui donnent lieu de revoquer les Donations par ingratitude.*

V. *Arrêts qui ont jugé pour la revocation.*

VI. *Reponſe à deux Arrêts des Parlemens de Provence & de Bordeaux qui paroiſſent contraires.*

VII. *La caducité des élections dépend des mêmes principes que la liberté de varier.*

I. L'ELECTION eſt toûjours revocable lorſqu'elle a été faite par un Teſtament, quand même elle auroit été ouvertement exprimée. L'opinion de Ranchin qui avoit penſé le contraire, *in verbo Fideicommiſſum, art.* 120. a été reprouvée par Henrys, *Tom.* 3. *liv.* 5. *queſt.* 20. *&* 76. par Fernand, & par les Auteurs les plus judicieux.

II. En effet, l'élection doit participer de la nature du Teſtament dans lequel elle eſt compriſe. D'ailleurs comme les Teſtamens ont un rapport naturel au temps de la mort, que juſques-là ils ſont cenſés ne point exiſter, il s'enſuit que toute autre élection que l'Heritier aura faite avant ſa mort, eſt cenſée préceder dans l'ordre des temps cette élection Teſtamentaire qui ne devoit prendre ſa datte que du jour du decès. Il eſt vrai qu'on peut mêler dans les Teſtamens des diſpoſitions qui s'éloignent de la nature des Diſpoſitions Teſtamentaires, pour prendre celle de *Diſpoſitions* entre-vifs. Mais cela n'arrive que quand le Teſtateur a fait intervenir dans le Teſtament les Perſonnes en faveur de qui il pretend diſpoſer à l'effet de ſtipuler & d'accepter; c'eſt alors que la Diſpoſition devient un Contrat; mais toutes les fois que le Teſtateur parle & diſpoſe ſeul, tout ce qui n'eſt appuyé que de ſa ſeule volonlé, demeure reduit au caractere de Diſpoſition derniere. Enfin on a déja vû que l'élection pouvoit ſe faire conditionnellement; & comme tout Teſtateur qui diſpoſe a naturellement dans l'eſprit que ſon Teſtament qui ne doit avoir lieu qu'après lui, eſt eſſentiellement ſuſceptible de revocation, il eſt évident que la nomination qu'il peut y avoir faite, il eſt cenſé ne l'avoir faite qu'avec cette condition qu'il mourroit avec le même Teſtament.

III. C'eſt ainſi que le Parlement de Bordeaux l'a jugé par deux Arrêts du mois de Mars 1674. & du mois de Septembre 1667. rapportés par Lapeyre, *let. E. in verb. Elect. n.* 24. en faveur d'un Pere à qui ſa femme avoit laiſſé la faculté d'élire

ſeparée

ſeparée de l'inſtitution de toute proprieté, une faculté pareille n'eſt point regulierement ſuſceptible de variation ; mais parce que le Pere n'avoit élû que par un Teſtament, on jugea que ſon premier choix n'avoit rien conſommé.

IV. L'élection perd encore l'irrevocabilité qui lui pouvoit être acquiſe, ſi celui qui a été élû tombe à l'égard de l'Heritier dans quelqu'un de ces excès qui donnent lieu de revoquer les Donations par ingratitude. La Queſtion étoit ſuſceptible néanmoins de quelque doute, l'Heritier en éliſant n'acquiert point le caractere de Donateur, l'élection n'eſt point de ſa part une liberalité ; & comme le dit fort bien la Loi 67. *ff. de Leg.* 2. il n'eſt point reputé donner en faiſant ce qu'il ne pouvoit ſe diſpenſer de faire. Il faut convenir cependant que la préference qui eſt accordée à un des éligibles, eſt pour lui un avantage, une faveur qu'il tient du ſuffrage de l'Heritier. C'eſt ce que les Interpretes ont entendu quand ils ont dit, dans leur langage peu poli, mais bien propre à exprimer leur penſée, que l'Heritier devient une eſpéce de Donateur, non par l'élection en ſoi, mais par ſa determination au profit de l'un, préferablement aux autres, *Non in eligendo ſimpliciter, ſed in eligendo talem.* Ainſi cette préference volontaire & gratuite eſt un titre qui merite de la reconnoiſſance, & il eſt bien juſte que celui qui a en a été honoré en perde le fruit, s'il ſe rend coupable envers l'Heritier.

V. Il y a deux Arrêts celebres qui ont ainſi puni l'ingratitude des Subſtitués. Henrys, *Tom.* 2. *liv.* 4. *queſt.* 67. *& Tom.* 4. *Playdoyer quatriéme*, en rapporte un du Parlement de Paris du 2. Juillet 1641. dans l'eſpéce d'un fils qui après avoir été nommé par ſa Mere pour recuëillir les Biens paternels, avoit contracté ſans ſon aveu un mariage qui couvroit ſa Famille de honte. Il y en a un ſecond du Parlement de Grenoble du 3. Juillet 1675. rapporté au premier Volume du Journal du Palais, contre un Fils que ſa Mere avoit pareillement élû pour recuëillir les Biens maternels, & qui après avoir reçu ce bienfait, avoit tenu à ſon égard la conduite la plus éloignée de la pieté naturelle.

VI. Il eſt vrai que Lapeyrere, *lettre E. in verbo Election, n.*

24. & Boniface, *Tom.* 5. *liv.* 2. *tit.* 20. *chap.* 1. rapportent deux Arrêts des années 1667 & 1668. qui ſemblent avoir jugé le contraire. Le premier, en faveur d'un Fils que ſon Pere avoit jugé digne de l'exheredation, après l'avoir élû pour recuëillir le Fidéicommis des Biens maternels. Et le ſecond, en faveur d'un Collateral accuſé d'avoir ſuſcité une pourſuite capitale contre la mémoire de l'Heritier qui l'avoit honoré de ſon choix. Mais il y a grande apparence que dans l'un & l'autre cas le Fils & le Collateral ne ſe ſauverent que du côté du Fait. Le Fils, parce que la cauſe de l'exheredation ne paroiſſoit point aſſés grave ou aſſés bien prouvée. Et le Collateral, parce qu'il ne fut pas convaincu d'avoir été le principe de l'accuſation ſuſcitée contre le défunt.

VII. On obſerve en finiſſant que ce qui concerne la caducité des élections ſe regle ſur le même principe que le droit de varier; c'eſt-à-dire, que dans tous les cas où l'Heritier grevé de rendre peut être reçu à revoquer ſon choix, le prédecès de celui qui a été élû doit rendre l'élection caduque. Ainſi au Parlement de Toulouſe où l'on juge que l'Heritier chargé de rendre quand il voudra, eſt admis à varier, on juge auſſi ſelon les Arrêts des années 1666 & 1667. rapportés par M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 70. que l'élection devient caduque lorſque celui qui a été élû decede avant l'Heritier. Mais au contraire les Parlemens qui ont penſé que la variation ne pouvoit être reçuë de la part d'un Heritier grevé de rendre quand il lui plaira, ont decidé par une conſequence de ce premier principe, que la premiere élection ſaiſiſſoit irrevocablement & n'étoit point ſujetteà caducité. C'eſt la déciſion de l'Arrêt du Parlement de Provence du 7. Mai 1674. rapporté par Boniface, *Tom.* 5. *liv.* 2. *tit.* 20. *chap.* 2. Et ſur cela, la raiſon de la difference c'eſt que les uns ont cru que de pareils Fidéicommis ne pouvoient recevoir ouverture qu'à la mort, au lieu que les autres ont penſé que la premiere determination de l'Heritier leur donnoit une échéance fixe & certaine. Nous avons déja vû que ce dernier ſentiment eſt celui qui eſt le plus conforme aux principes du Droit.

QUATRIE'ME QUESTION.

„ 1. QUANT à la quatriéme Queſtion, il eſt bien certain que comme le Teſtament poſterieur rompt & „ revoque le premier, qu'auſſi l'élection faite par le moyen „ d'une inſtitution univerſelle, eſt revoquée par autre poſterieure inſtitution univerſelle.

„ 2. Mais la difficulté ſeroit, ſi au poſterieur Teſtament „ n'y avoit point d'inſtitution univerſelle, ains ſeulement inſtitution de certaines choſes, & qu'au ſurplus il fut parfait, „ (*a*) auquel cas le premier Teſtament eſt revoqué, ſi ladite „ élection contenuë en la premiere inſtitution univerſelle, „ ſeroit auſſi revoquée ou en tout, ou en partie : Et j'eſtimerois que la précedente élection ne ſeroit aucunement revoquée, ſinon que les choſes contenuës en cette derniere inſtitution fuſſent auſſi compriſes en la Donation, auquel cas „ l'élection ſeroit ſeulement revoquée en partie, & eu égard „ aux choſes contenuës en cette poſterieure inſtitution.

„ 3. La raiſon de mon opinion, eſt que, *in electione ſola „ voluntas eligentis inſpicitur non jus : Et ideo etiam ſi qui teſtamentum aut codicillos facere non poſſunt ut deportati & ſervi, „ poſſunt eligere* : A cauſe dequoi, auſſi le Soldat, la ſeule & „ nuë volonté duquel eſt ſuivie, ayant teſté pour une partie, „ pour le ſurplus il meurt inteſté.

„ 4. Que ſi mêmes, (*b*) *inter paganos poſterius teſtamentum in „ quo heres ex certis rebus inſtitutus eſt, ita rumpit prius propter „ juris ſubtilitatem, ut tamen ſi prius quoque valere dixerit teſtator, teneatur heres reſtituere hereditatem iis qui in priori teſtamento ſcripti fuerant, retentis rebus donatis aut ſuppletâ quartâ* :

(a) §. *Sed ſi quis inſt. quib mod. teſt. infirm.* L. *ſi quis priore D. ad Tebell.*

(b) *D.* §. *ſed ſi quis inſt. quib. mod. teſtam. inf. & L. ſi quis priore D. ad Trebell.*

„ Pourquoi plûtôt ne dirons-nous que ce premier heritier „ demeure élû ? Et au pis aller & à toute rigueur qu'il ſera „ élû, *ex tempore* comme fideicommiſſaire. Autrement cet „ heritier ſecond retiendroit plus que ſa quarte, ou que les „ choſes eſquelles il auroit été inſtitué particulierement, à „ ſçavoir, les choſes compriſes en la Donation qui lui ſeroient „ avenuës, *jure accreſcendi*, *tanquam heredi & ideo electo*, & „ ôtée au premier élû, ce qui ſeroit, & contre la volonté „ & intention du Donataire & Teſtateur, & même contre „ la diſpoſition du Droit, qui veut que ledit ſecond Heritier „ n'ait autre choſe de tout ce que pouvoit avoir le premier „ Heritier par le moyen de l'inſtitution univerſelle (qui com- „ prenoit l'élection, & auſſi les choſes données) ſinon juſte- „ ment les choſes exprimées en la derniere inſtitution, ou au „ pis aller, la quarte Falcidie ou Trebellianique.

„ 5. Au contraire ſi la poſterieure inſtitution univerſelle „ ne vaut rien à défaut de quelques ſolemnitez, *ut præteri-* „ *tione filii*, *vel teſtium ſubſcriptionis defectu*, j'eſtime pour les „ mêmes raiſons & conſiderations que deſſus, que l'élection ne „ laiſſera pas d'être changée, encore que le precedant Teſta- „ ment ne ſoit revoqué, pourveu qu'en ce dernier Teſtament „ intervienne du moins la ſolemnité qui ſeroit requiſe à une „ ſimple élection, puis que la ſeule volonté domine, & qu'il „ ſuffit en quelque façon que ce ſoit, *elector declaret quem malit* „ *habere*.

„ 6. Et à cela peut ſervir, (a) ce qui eſt plus communé- „ ment tenu par les Docteurs, qu'un Teſtament ſolemnel ne „ laiſſe pas de valoir pour Teſtament nuncupatif, au cas qu'en „ icelui ſoient obſervées les ſolemnitez requiſes en un Teſta- „ ment nuncupatif.

„ 7. Item, *quod ex teſtamento minus ſolemni vel etiam cujus* „ *inſtitutio liberorum exheredatione vel præteratione corruit*, (b) „ *legata tamen & fideicommiſſa debentur* : *Imo & ſecundum Bartolum*

(a) *Boer. q.* 140. *n.* 6. *Clar.* §. *teſtament. q.* 4. *hotom. conſ.* 53. *n.* 6. *Ranchi. Lib.* 2. *varier. lect. c.* 9.

(b) *Auth. ex cauſa C. de Lib. prat. & ibi Bar. & alii.*

„ *& alios ipsa pupillaris substitutio & particularis institutio susti-*
„ *netur.*

„ 8. Aussi n'y a-t'il point de doute que celui qui a fait
„ élection par le moyen d'une universelle institution, ne puisse
„ faire nouvelle élection (*a*) par Codicile, Donation, ou Acte
„ exprès d'élection; car il ne faut pas plus de solemnité à resci-
„ der & annuller un Acte qu'il en a été de besoin à le par-
„ faire, encore qu'on y en ait plus employé, à cause, comme
„ disent les Docteurs, que, *Contractus non magis est validus &*
„ *vestitus si fiat in scriptis, vel apud acta, si ea solemnitas non*
„ *requiritur.*

(a) *Gl. Balde & Jason ad Lib. fine apud acta C. de transact. dec. adl. nihil tam naturale* 35. *D. de Reg. jur.*

I. *L'ELECTION tacite qui résulte de l'institution d'Heritier est revoquée par une seconde institution.*

II. *Si le second Testament ne renferme qu'une institution particuliere, elle ne revoque point l'élection qui resultoit de l'institution générale portée par le premier Testament.*

III. *Raison de cette opinion.*

IV. *Suite de raisons.*

V. *L'élection tacite qui est compriſe sous l'institution d'Heritier demeure revoquée, quoique la seconde institution se trouve nulle.*

VI. *Reponse à un Arrêt rapporté par M. de Catellan.*

L'AUTEUR dans ce chapitre & dans les deux suivans, traite de la maniere dont se revoquent les élections. Il commence par les élections tacites qui résultent de l'institution d'Heritier, & puis il traite de la maniere de revoquer les élections expresses.

I. L'ELECTION tacite qui résulte de l'institution d'Heritier, est revoquée par une seconde institution, de la même maniere qu'un premier Testament est revoqué par un Testament posterieur.

II. Mais en eſt-il de même quand le ſecond Teſtament ne renferme qu'une inſtitution particuliere qui a été reſtrainte & limitée à certains biens? On peut dire que l'Heritier, appellé dans le premier Teſtament, n'étoit deſtiné à recueïllir le Fidéicommis qu'autant qu'il étoit inſtitué Heritier; & que cette inſtitution, dont il avoit été honoré, eſt miſe déſormais au néant, parce que la Loi ne ſouffrant point le concours de deux Teſtamens, il eſt certain que l'inſtitution faite dans le ſecond, quoique conçûë pour un objet particulier, ne détruit pas moins celles qui ont précedé. On peut ajoûter, que par le ſecours de la Loi, une inſtitution particuliere ne laiſſant pas de ſaiſir de l'univerſalité des biens, elle met ce ſecond Heritier aux mêmes termes que s'il avoit été généralement inſtitué, qu'elle lui procure les mêmes avantages, & par là qu'elle doit avoir le même effet de revoquer la premiere élection.

III. C'eſt néanmoiens très-juſtement que M. Vulſon a décidé le contraire, parce que les mêmes Loix qui ont décidé que l'inſtitution particuliere ſaiſit de l'univerſalité des biens & revoque toute l'étenduë de la premiere inſtitution, ont eu le ſoin d'ajoûter que cela arrive contre la volonté du Teſtateur, & par une pure néceſſité de droit, qui ne permet pas que le même Homme meure avec deux Teſtamens. Elles ne doutent pas que l'intention du Teſtateur n'ait été de laiſſer au premier Heritier tout ce qu'il ne lui a pas ôté; mais parce que deux Teſtamens ne peuvent concourir ſans ſe détruire, elles ont été forcées d'ordonner que l'entiere Heredité fondroit dans la ſeconde inſtitution. De là vient que dans les Teſtamens privilegiés, tels que ceux des Soldats, où l'on ne ſuit d'autre Loi que la volonté, on a religieuſement obſervé de n'accorder à l'Heritier particulier que ce qui lui a été ſpecialement aſſigné, en laiſſant tout le reſte à celui qui eſt inſtitué par le premier Teſtament. On en uſe ainſi, dit l'Empereur Juſtinien, dans le §. *pen. inſt. quid. mod. Teſt. infir.* pour ſe conformer à la volonté qui eſt toute puiſſante dans les Teſtamens des Soldats.

IV. Ainſi dans l'eſpece préſente, la diſpoſition rigoureuſe de la Loi doit bien avoir lieu pour la ſucceſſion particuliere de

l'Heritier, c'est-à-dire, que le second institué quoi qu'appellé seulement à recueillir certains biens, emportera tout & ne laissera rien pour ceux qui étoient institués dans un Testament anterieur. Mais il en doit être autrement de l'élection qui depend toute entiere de la volonté sans être soumise à aucun scrupule de droit. Il suffit de connoître que le Testateur n'a pas entendu appeller ce second Heritier à recueillir les biens substitués (& on le reconnoit sans peine, de ce qu'il l'a limité & restraint à certains biens, autres que ceux du Fidéicommis;) il suffit de cette connoissance, pour que la destination que le premier Testament renfermoit en faveur d'un autre, doive subsister dans son entier. La Loi, contre la volonté, étend l'institution particuliere à toute l'heredité du Défunt, parce que les institutions d'heritier dépendent plûtôt d'un certain ordre de droit, que de la volonté même; mais la Loi ne peut pas, contre la volonté, attacher les biens du Fidéicommis à cette institution particuliere, parce que les élections pour la remise d'un Fidéicommis sont des actes libres qui dépendent entierement de la volonté.

V. Vulson ajoûte que l'élection tacite qui résulte de l'institution d'Heritier est revoquée, quoique la seconde institution soit nulle par défaut de solemnité ou autrement. En effet, dit-il, l'institution est deux choses à la fois; elle est en même tems institution pour l'heredité du Défunt, & élection pour les biens du Fidéicommis. Or les solemnités de Droit ne sont nécessaires qu'autant que l'institution est envisagée sous la premiere de ces deux qualités, & qu'elle doit donner un Heritier du Testateur; mais une élection & une remise de Fidéicommis, ne demandent point de formalité, ou elles ne demandent que ces formalités générales qui sont requises dans tous les actes, c'est-à-dire, qu'il suffit de l'assistance de deux Témoins, ou même de la simple signature de celui qui élit. Ainsi l'institution qui peche par les Loix des Testamens sera bien rejettée quant à la succession de l'Heritier grevé; mais l'élection qui en résulte pour le Fidéicommis demeure dans toute sa force; & de là Vulson conclut qu'elle doit revoquer la premiere

deſtination que l'Heritier en pouvoit avoir faite. Nous aurons lieu d'établir dans la ſuite que cette Doctrine de Vulſon eſt contraire à la rigueur du Droit ; mais la Juriſprudence des Arrêts, conforme à ſon avis, l'a emporté.

VI. M. de Catellan, *Liv.* 2. *chap.* 31. ſemble douter néanmoins de cette Juriſprudence. Il rapporte un Arrêt du 12. Juillet 1686. par lequel il fut, dit-il, jugé que l'élection tacite, réſultant d'une Donation univerſelle, n'étoit point revoquée par une inſtitution d'Heritier, que l'injuſte exheredation d'un des Enfans fit déclarer nulle. Je ne ſerois nullement ſurpris de la déciſion de cet Arrêt, parce que l'effet de l'inofficioſité étant de faire préſumer que le Pere n'a pas été à lui-même dans l'inſtant qu'il a prononcé l'inſtitution, *Quaſi non ſanæ mentis fuerit*, il eſt bien naturel que cette inſtitution, qui eſt reputée n'être point l'ouvrage d'une volonté libre & refléchie, demeure inutile, tant dans les conſéquences qu'elle auroit pû produire, qu'en ce qui concerne l'Heredité. Mais quelques couleurs que l'on pût trouver pour répondre à cet Arrêt, il y a encore plus d'apparence que M. de Catellan s'eſt trompé dans le fondement qu'il lui attribuë, puiſqu'il s'agiſſoit d'une Donation faite par Contrat de mariage & partant irrevocable, tant pour l'élection qu'elle renfermoit, que pour les biens propres de l'Heritier ; enſorte qu'il n'eſt point d'élection expreſſe ni tacite qui eût été en état de lui donner atteinte.

V. QUESTION.

CINQUIE'ME QUESTION.

„ 1. A La cinquiéme Question, je réponds en un mot, „ (*a*) que l'institution universelle ne revoque pas l'élec- „ tion précedente speciale, soit expresse ou tacite, c'est-à-dire, „ si elle a été faite par Acte de Donation ou de Legs. Ce que „ déclare ouvertement le Jurisconsulte, disant que l'Heritier qui „ étoit grevé de rendre un certain fonds à un de la Famille & „ en avoit élû un, lui leguoit en vain par son Testament la „ même chose de laquelle il avoit déja disposé par la préce- „ dente élection. (*b*) Et ainsi présupposé que ledit Testament & „ institution posterieure ne revoque aucunement l'élection pré- „ cedente, *Quia speciei per genus non derogatur.*

„ 2. Vrai est que si l'institution n'étoit tellement générale, „ que néanmoins elle contint implicitement expression des choses „ données, & qu'on n'en pût pas douter : Je dirois que l'élec- „ tion seroit aussi-bien changée, comme si nommement & par- „ ticulierement il avoit donné la chose à un autre qui pou- „ voit être élû par Acte de donation posterieur, dont sera parlé „ en la Question suivante.

„ 3. Comme par exemple, si quelqu'un avoit donné à l'un „ de mes Enfans, tel que j'élirois avant ma mort, un certain „ fonds, & que j'en eusse élû un par Testament, ou autrement ; „ Et qu'après par subsequent Testament, je vinsse à instituer „ tous mes Enfans, particulierement à leur partager tous mes „ biens ; il n'y a point de doute que si parmi les biens dont „ j'instituerois celui de mes Enfans que j'avois élû, n'étoit com- „ pris le susdit fonds, que l'institution universelle revoqueroit „ ladite élection précedente, (*c*) *quia paria sunt specialiter enu-* „ *merari vel generaliter exprimi quando proprio significato genus*

(a) *L. unum* 67. *initio D. de leg.* 2. (b) *L. in toto* 80. *D. de Reg. jur. L. uxorem* 41. §. *fœliciſimo D. de leg.* 3.
(c) *Bert, conſ.* 173. *vol.* 1. *partie* 2. *n.* 15.

„ *illud ſpeciale poteſt includi*, comme en propres termes dit le „ Bertr. Et ainſi, *queſtio eſt voluntatis & quid actum ſit conſi-* „ *derandum.*

„ 4. En ſemblable fait par Arrêt du Parlement de Bordeaux, „ l'aînée des Filles eſt reçûë à verifier par témoins (*d*) l'élection „ précedente à ſon profit contre la puînée Heritiere univerſelle „ de ſon Pere ; mais cependant & par proviſion la recreance de „ l'heredité fut ajugée à la puînée, & ainſi le fait de l'élection „ précedente fut jugé pertinent.

(a) *Boer. q.* 204. *n.* 32. Papon en ſes Arrêts, *Liv.* 20. *tit.* 2. *art.* 2.

I. *L'ELECTION eſt expreſſe, non-ſeulement lorſque l'Heritier a déclaré formellement qu'il élit, mais même lors qu'il a ſimplement fait un Don ou un Legs particulier des biens du Fideicommis.*

II. *L'élection expreſſe eſt revoquée par l'inſtitution d'Heritier, lorſque le Teſtateur a fait comprendre qu'il entend que les Biens du Fidéicommis ſoient compris dans l'inſtitution d'Heritier.*

III. *Il en eſt autrement lorſqu'il s'agit d'une inſtitution ſimple & ordinaire.*

IV. *Raiſons pour établir que l'inſtitution en ſoi ne deroge point à une élection expreſſe qui a précedé.*

I. L'AUTEUR diſtingue deux ſortes d'élections expreſſes, celles qui ſont faites par un Acte formel d'élection, & celles qui réſultent de la Donation ou Legs particulier des Biens du Fidéicommis.

II. Cela poſé, il examine ſi ces deux ſortes d'élections ſont revoquées par l'inſtitution générale d'un Heritier. Et d'abord il déclare qu'il n'eſt pas douteux qu'elles ſont revoquées, quand l'inſtitution a été accompagnée de quelque détail propre à faire connoître que le Teſtateur a entendu y comprendre les biens du Fidéicommis ; par exemple, lorſque faiſant le partage de ſa Succeſſion entre les Heritiers qu'il a inſtitués, il a fait entrer les Biens ſubſtitués dans le Lot de quelqu'un d'entr'eux.

III. Mais l'inſtitution pure & ſimple a-t'elle la même vertu ? Fernand, *cap. 9. n. 3.* ſemble diſtinguer ſi l'élection expreſſe a été faite par un Acte entre-vifs, ou ſi elle l'a été par un premier Teſtament. Au premier cas il reconnoît qu'elle n'eſt point emportée par l'inſtitution d'Heritier ; mais il n'en eſt pas de même au ſecond. Il veut que l'élection ſuive le ſort du Teſtament où elle étoit contenuë, qu'elle tombe avec lui ; & cependant par une eſpece de bizarrerie, qui a droit de ſurprendre, il n'entend pas que l'Heritier inſtitué profite des Biens, mais il les laiſſe en concours à tous les éligibles. Doctrine en effet bien bizarre ; car ſi la premiere élection étoit emportée, il eſt ſenſible qu'elle ne le ſeroit que pour faire place au nouvel Heritier qui ſeroit ſaiſi des biens par la force de ſon inſtitution.

IV. Vulſon a donc bien mieux rencontré, lorſque, ſans diſtinguer la nature des Actes par leſquels l'élection expreſſe a été faite, il déclare que l'inſtitution générale d'un Heritier n'y donne point d'atteinte. Fondé en cela ſur la Doctrine des Loix, qui diſent qu'une diſpoſition générale n'eſt jamais cenſée ſe rapporter aux choſes auſquelles on a particulierement pourvû. Et ſi l'on eſt ſurpris que l'élection Teſtamentaire ſubſiſte, tandis que le Teſtament qui la renfermoit ne ſubſiſte plus ; il ſuffit de répondre, comme on l'a déja fait en un autre endroit, qu'un pareil Teſtament a tout à la fois le caractere de Teſtament & celui d'Acte d'élection ; de ſorte qu'il peut bien être revoqué ſous l'une de ces qualités en continuant toûjours de ſubſiſter ſous la ſeconde.

VI. & VII. QUESTION.

„ 1. A La ſixiéme & ſeptiéme Queſtion, je dis que comme „ une poſterieure élection expreſſe revoque la préce- „ dente, ſoit expreſſe ou tacite, que de même la Donation ou „ le Legs particulier de la choſe dont l'élection a été faite, „ revoque ladite précedente élection, ou du moins la change „ & innove auſſi facilement, voire plus qu'un poſterieur Legs „ revoque le précedent; (*a*) car puis qu'il ne faut pas ſi grande „ ſolemnité à faire une élection, qu'à faire un Legs ou Fidéi- „ commis, il s'enſuit auſſi qu'il n'en faut pas tant pour la rom- „ pre & aneantir.

„ 2. Or nul ne doute qu'un Legs (*b*) ne puiſſe être revoqué „ par un autre Legs ſubſequent, ou par Donation de la choſe „ leguée, *Imo & nudâ voluntate.* De ſorte même que bien que „ le dernier Acte de donation fut nul, le Legs ne laiſſeroit „ pas pourtant d'être revoqué, dit Papinian. (*c*) Ou encore „ que le dernier Legs fut inutile fait à perſonne incapable, ou „ au ſerf du Teſtateur, ſi eſt-ce qu'il ne ſeroit rien dû au pre- „ mier Legataire. (*d*)

„ 3. Seulement reſteroit en difficulté ſi le précedent Legs „ ſeroit entierement ôté, ou ſeulement en partie, pour laquelle „ vuider, il faudroit regarder la volonté & intention du Teſta- „ teur, & icelle recuëillir des parolles du Teſtament ou Codi- „ cile, & y rapporter les conſiderations que font les Juriſcon- „ ſultes & Docteurs. (*e*)

„ 4. Leſquelles conſiderations néanmoins ceſſent, lors que

(a) *L.* 1. §. *adſignare L. adſignare* 7. *D. de adſig. Lib.*

(b) *L. ſi maritus* 12. *c. de donat. inter vir. & ux. L ſi jure* 18. *D. de leg.* 3. (c) *L. legatum* 24. §. *ult. D. de adim. leg.*

(d) *L. plane* 34. *D. de leg.* 1. *L. licet* 20. *D. adim. vel transf. leg.*

(e) *L. ſi pluribus* 33. *D. de leg.* 1. *& paſſim. menoch. Lib.* 4. *de præſ. c.* 173.

„ la chose auparavant leguée, a été depuis donnée à un autre, „ soit que la Donation soit bonne ou non. Or en ce cas il n'y „ a point de doute que le précedent Legs ne soit revoqué entie- „ rement, comme il a été dit. (*a*)

„ 5. Et par cela, je conclus que sans difficulté l'élection „ précedente est ôtée & changée en tout ou en partie, par la „ Donation ou Legs posterieurement fait de la chose qui avoit „ été auparavant donnée.

„ 6. Que si nous posons qu'à celui même qui avoit été élû ex- „ pressement, *elector postea eandem rem donet vel leget*, sçavoir si „ ce Legs, ou cette Donation sera inutile; & semble roit de „ premier abord qu'oüi par la raison de Papinian, (*b*) *frustra* „ *inquit ei quem elegit, testamento suo legat, quod postquam electus* „ *est, alio testamento petere potest.*

„ 7. Mais il faut considerer, que Papinien répond simple- „ ment & sans aucune distinction, comme aussi la question étoit „ simple, tout ainsi que s'il eût dit, *frustra eum elegi qui jam* „ *electus est.*

„ 8. Car si on lui eût demandé si celui qui avoit été aupa- „ ravant élû conditionellement, ne pouvoit pas être élû pure- „ ment. (*c*) *Aut si ei qui sub conditione electus fuerat in fundo*, „ *non posset postea idem fundus legari vel donari purè, vel an illa* „ *electio non posset postea mutari omnino, vel pro parte tantùm aut* „ *ei conditio aliqua adjici*, il eût sans doute autrement répondu, „ & eût suivi la distinction qu'ont accoûtumé d'amener les Juris- „ consultes, lors qu'il est question de sçavoir, *an præcedenti* „ *legato detrahi vel addi possit, vel an quod debetur sub conditione* „ *inutiliter purè legetur.*

„ 9. Aussi voit-on que le même Papinian présupose que ladite „ élection pouvoit être changée en tout, voire ledit expresse- „ ment: Et voilà pourquoi il ne demande pas si la chose en „ laquelle quelqu'un a été élû, peut être leguée à un autre, ou

(a) *L. rem.* 18. *L. legatum* 24. §. *ult. D. de adim. vel transf. leg.*
(b) *L. unum.* 67. §. 1. *D. de leg.* 2. (c) *L. ex verbis* 14. *D. de donat. inter vir. & ux. l. donation.* 25. *C. eod. l. si quando* 109. *D. de leg.* 1.

„ ſi ce Legs eſt inutile ; car cela étoit ſans difficulté, auſſi-bien
„ que demander ſi l'élection pouvoit être changée ; Mais ſi elle
„ peut être leguée au même qui a été élû, & il répond que
„ ce legs eſt inutile ; ce qu'il faut entendre s'il ne contient ne
„ plus ne moins que l'élection précedente, & n'y ajoûte ou
„ diminuë.

„ 10. Il eſt donc évident, (a) que ſi par le Legs poſterieur
„ il a voulu ajoûter quelque choſe à la précedente élection,
„ qu'il l'a pû faire, comme il lui eût été loiſible en faiſant
„ ladite élection : comme auſſi il a pû par le dernier Acte, faire
„ meilleure la condition de celui qui avoit été élû. A ſçavoir
„ en l'éliſant pour le tout, ou en ôtant expreſſement les con-
„ ditions & charges, ſous leſquelles la premiere élection avoit
„ été faite. Voire même ſuffira que la derniere élection, ou le
„ dernier Legs ſoit pur : Comme ſi par Teſtament quelque
„ choſe m'avoit été leguée, à condition de la reſtituer à quel-
„ qu'un, & qu'après la même choſe me ſoit leguée par Codi-
„ cille, ſans faire mention de la reſtitution, il ſe faudra tenir
„ à la derniere écriture, dit le Juriſconſulte Valens. Or nous
„ avons montré ci-deſſus, que l'élection a pû être faite ſous
„ condition.

(a) *L. fundum* 3. *D. de fundo inſt. vel inſtrum. leg. l. hereditas* 4. *C. de his quib. ut indig. l. Pamphilo* 39. *§. ult. D. de leg.* 3.

I. L'*ELECTION expreſſe eſt revoquée par la Donation ou le Legs particulier du Fidéicommis.*

II. *L'élection eſt-elle revoquée lorſque le Donataire ou le Legataire, au profit deſquels l'Heritier a diſpoſé, ſe trouvent incapables de recevoir ?*

III. *Cette Queſtion depend des mêmes principes que celle où l'on demande, ſi un Teſtament anterieur eſt revoqué par un ſecond, qui ne péche que du côté de l'inſtitution.*

IV. *Auteurs qui ont cru que le Teſtament étoit revoqué.*

V. *Arrêts du Parlement de Paris qui l'ont ainſi jugé.*

VI. *Arrêt conforme du Parlement de Provence.*

VII. *Arrêts du Parlement de*

Grenoble, qui tantôt ont déclaré le Testament revoqué, & tantôt ont jugé qu'il ne l'étoit pas.

VIII. *Le Parlement de Toulouse a toûjours tenu que le premier Testament subsistoit.*

IX. *Explication de la Loi*, Cum quidam 12. deiis quæ ut indignis, *qui decide ouvertement la Question.*

X. *Réponse à la Loi* 18. de Leg. 3. *qui paroît contraire.*

XI. *Que le premier Testament ne doit subsister que lorsque la nullité du second vient de la suggestion présumée.*

XII. *Que les Loix s'accordent du moins en matiere de Legs, à en déclarer la revocation pure & simple malgré l'incapacité du second Legataire.*

XIII. *Les principes que les Loix ont adoptés à l'égard des Legs sont précisement ceux sur lesquels il faut juger de la revocation des élections.*

XIV. *Réponse à un Arrêt du Parlement de Toulouse, qui semble avoir jugé le contraire.*

I. VULSON decide que l'élection expresse est revoquée par la Donation ou le Legs particulier que l'Heritier fait à un autre des Biens dependans du Fidéicommis, parce qu'en effet l'Heritier fait bien connoître, en disposant des Biens du Fidéicommis en faveur d'un des Substitués, que son dessein est d'user du droit d'élire que le Testateur lui a confié.

II. Mais ce qui souffre bien plus de difficulté, c'est ce que l'Auteur ajoûte, que l'élection soit revoquée, quoique le Donataire ou le Legataire au profit duquel l'Heritier a disposé se trouvent incapables de recevoir.

III. La Question élevée par Vulson ressemble beaucoup à un autre qui est fameuse dans la Jurisprudence; sçavoir, si un Testament anterieur est revoqué par un second Testament revêtu de toutes les solemnités qui sont necessaires pour la preuve de la volonté, mais qui péche par l'incapacité de l'Heritier, ou par le fonds des dispositions.

IV. Henrys, *Tom.* 3. *Liv.* 5. *q.* 12. & Ricard, *Tom.* 1. *p.* 3. *chap.* 2. *sect.* 2. *n.* 129. décident sans heziter que le premier Testament est emporté; ensorte que n'y ayant d'Heritier ni en vertu du premier Testament qui ne subsiste plus, ni en vertu du

ſecond qui eſt déclaré nul, la Succeſſion eſt ouverte *ab inteſtat.* Ils en donnent pour raiſon qu'il y a deux degrés dans la volonté de celui qui ſe porte à faire un ſecond Teſtament, que ſon premier deſſein a été d'exclure purement de ſa Succeſſion les Heritiers qu'il avoit précedamment inſtitués, qu'enſuite il a eu en vûë de ſe choiſir des nouveaux Succeſſeurs. Ils ajoûtent qu'encore que par l'incapacité des perſonnes, ou par quelqu'autre nullité de droit, le Teſtament poſterieur ne ſe trouve point tel qu'il le faut pour remplir le ſecond objet qui eſt d'admettre de nouveaux Heritiers, il n'en eſt pas moins propre à remplir le premier & à exclure les Heritiers qui avoient été précedemment appellés, puiſqu'il eſt reçû que les Teſtamens peuvent être revoqués ſans nouvelle inſtitution, & par un ſimple changement de volonté, pourveu que ce changement ſoit bien & duément juſtifié par toutes les formalités extrinſéques que les Loix ont exigées dans les Diſpoſitions de derniere volonté.

V. Il faut convenir que la Juriſprudence eſt extremément variée ſur ce point. Au Parlement de Paris on juge conſtament pour la revocation des diſpoſitions anterieures. Il y en a un premier Arrêt du 9. Avril 1669. rapporté au *Tome* 1. du Journal du Palais *page* 36. Il s'agiſſoit d'un premier Teſtament revoqué enſuite par un autre, où le Teſtateur avoit inſtitué des Enfans qui furent déclarés illegitimes. Les Heritiers inſtitués par le premier Teſtament, prétendoient le faire ſubſiſter nonobſtant la ſeconde Diſpoſition à cauſe de l'incapacité de ceux qui y étoient nommés. Les Succeſſeurs du Sang ſoûtenoient auſſi l'incapacité & la nullité du ſecond Teſtament; mais en même-tems ils ſoûtenoient qu'il avoit été ſuffiſant pour revoquer le premier; & cela fut ainſi decidé par l'Arrêt, qui adjugea la Succeſſion aux Heritiers *ab inteſtat.* Il y a un ſecond Arrêt de la même Cour du 29. Decembre 1687. rapporté dans le ſecond Tome du Journal du Palais. Antoinette Martinot avoit fait un premier Teſtament en 1670. par lequel elle avoit nommé ſon Mari ſon Legataire univerſel; elle avoit enſuite fait un Codicille pardevant le Curé de Saint Pierre de Montdidier, par lequel elle avoit tranſporté le Legs univerſel à la Fabrique de l'Egliſe de St. Pierre.

Cette

Cette seconde disposition fut jugée nulle, parce qu'il n'est point permis à un Curé de recevoir des Codicilles ou des Testamens en faveur de son Eglise ; mais l'Arrêt déclara que ce Codicille, quoique destitué des formalités necessaires pour le faire valoir, étoit suffisant pour revoquer les avantages que la Femme pouvoit avoir faits à son Mari.

VI. Le Parlement d'Aix a suivi les mêmes principes par un Arrêt du 25. Février 1672. rapporté dans le cinquiéme Volume de Boniface, *Liv.* 1. *tit.* 23. *chap.* 1. *& page* 169. du premier Volume du Journal du Palais. L'Arrêt en déclarant le second Testament nul par l'incapacité de l'Heritiere instituée, qui étoit une Fille bâtarde du Testateur, jugea que le premier Testament étoit emporté, & la Succession fut adjugée aux Heritiers du Sang.

VII. Le Parlement de Grenoble a diversement jugé cette Question par ses Arrêts. Basset, *Tom.* 1. *liv.* 5. *tit.* 1. *chap.* 17. rapporte un Arrêt qui cassant le second Testament où le Curateur du défunt étoit institué, déclara que le premier ne laissoit pas d'être évacué, & accorda les Biens aux Successeurs legitimes. Mais le même Auteur, *Tom.* 2. *tit.* 1. *liv.* 8. *chap.* 8. rapporte un autre Arrêt du 15. Février 1674. qui jugea au contraire que par la nullité du second Testament fait en faveur du Chirurgien de la Testatrice, le premier devoit conserver toute sa force. Basset pose dabord pour maxime qu'un second Testament qui est accompli dans la forme, & ne pêche que par l'institution, conserve assez de vertu pour deroger aux précedentes Dispositions, parce qu'il renferme une preuve parfaite du changement de la volonté. Il change ensuite de langage, & il veut qu'un second Testament, soit qu'il péche dans la forme ou qu'il ne péche que par le fonds, soit impuissant pour revoquer les Dispositions précedentes.

VIII. A l'égard du Parlement de Toulouse, il paroît avoir été toûjours attaché à cette derniere opinion. M. Maynard, *liv.* 8. *chap.* 50. & M. Laroche, *liv.* 4. *tit.* 5. *art.* 14. rapportent deux Arrêts généraux des années 1579. & 1591. dans l'espéce d'un second Testament où le défunt avoit institué les Enfans

de ſon Tuteur. On caſſa cette diſpoſition, mais on rejetta auſſi la pourſuite des Succeſſeurs legitimes, & les Biens furent conſervés aux Heritiers inſtitués par le premier Teſtament. M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 83. rapporte un autre Arrêt qui jugea ſur le fondement de cette maxime, que les Succeſſeurs *ab inteſtat* n'étoient pas perſonnes legitimes pour être admis à prouver que l'Heritiere inſtituée par le ſecond Teſtament, avoit vêcu dans le concubinage avec le Teſtateur; parce qu'on crut que la nullité qui ſeroit née de la preuve de ce concubinage n'auroit point tournéà leur profit, & n'auroit eu d'autre effet que de faire admettre les Heritiers inſtitués par le premier Teſtament. Enfin il y a un Arrêt reçent du 2. Septembre 1740. rendu en la Premiere Chambre des Enquêtes dans la cauſe de la Dame de Madrieres, épouſe de M. de Balzac de Firmi Conſeiller, contre le Sieur de Madrieres ſon Frere, par lequel il a été jugé qu'un Teſtament parfait dans la forme extrinſeque, mais nul par la preterition d'une fille, ne ſuffiſoit pas pour ramener les choſes à la Succeſſion *ab inteſtat*, & déroger à un premier Teſtament qui étoit parfait en tous chefs; Arrêt d'autant plus remarquable, que le ſecond Teſtament renfermoit une clauſe ſpeciale de revocation du premier.

IX. Pour moi, je ne puis qu'être ſurpris que cette Queſtion ait été tant debattuë & ſi diverſement jugée. Il eſt vrai que dans la Loi générale un Teſtament ne peut être emporté que par un Teſtament parfait. *Alias tabulæ priores jure factæ irritæ non fiunt, niſi ſequentes jure ordinatæ ſint.* Mais cette regle a ſouffert une exception par un Decret du Senat Romain, dans le cas que le ſecond Teſtament ne péche que par l'inſtitution, & ne manque d'aucune des formalités qui ont été établies pour la preuve de la volonté. Les Décrets du Sénat, de même que les Reſcrits des Empereurs, étoient faits pour temperer ce qu'il y avoit de trop auſtere dans les anciennes Maximes; & le Senat établit par ce Decret rapporté dans la Loi 12. *ff. de his quæ ut ind.* qu'il y auroit trop d'injuſtice à conſerver la Succeſſion aux premiers Heritiers, tandis qu'il reſulte d'un Teſtament accompagné de toutes les preuves ordinaires que le Teſtateur n'a plus voulu les admettre,

Il crut que c'étoit assés qu'ils n'avoient pas la derniere volonté, pour qu'ils ne dûssent pas être admis à recueillir la dépoüille d'un Testateur qui les avoit rejettés. *Cum quidam scripsisset hæredes quos instituere non poterat, neque superius testamentum ruptum esset, hæredibus tamen ut indignis qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit jampridem Senatus hæreditatem.*

X. On oppose communement la Loi 18. *de Leg.* 3. où il est dit, qu'un Testateur qui passe à un second Testament, n'est censé avoir entendu se départir du premier qu'autant que le second seroit valide ; *Ita demum à priori testamento voluit recedi si posterius valiturum sit.* Le Jurisconsulte, Auteur de cette Loi a repondu conformement à la rigueur du Droit ; mais ou ce Jurisconsulte ne connoissoit pas le Decret par lequel le Senat avoit derogé à la Loi générale, ou peut-être vivoit-il avant le temps de ce Décret.

XI. J'estime n'éanmoins que la Jurisprudence du Parlement de Toulouse est très-juste dans le cas que l'incapacité qui donne lieu de rescinder le second Testament, est fondée sur la qualité de Tuteur, de Curateur, ou sur d'autres qualités de cette espece ausquelles l'Ordonnance de 1539. & les Arrêts qui l'ont interpretée, ont attaché une incapacité de droit. On ne casse ces Testamens, que parce qu'on présume que le Tuteur, le Curateur ou les autres qui joüissent d'une autorité égale, ont abusé de leur pouvoir & de leur credit sur l'esprit du Défunt pour surprendre une Disposition favorable ; ainsi le Testament est moins censé l'ouvrage de sa volonté, que celui d'une volonté étrangere, il n'a rien fait avec liberté, avec choix, ni de son mouvement ; & par-là de pareilles Dispositions ne renferment rien moins qu'une preuve suffisante de changement. En un mot, il faut éviter les deux excès sur cette Question. Les Parlemens de Paris & de Grenoble sont allés beaucoup trop loin, lorsque l'un & l'autre, sans distinguer entre les differens genres de nullités dont le second Testament peut être infecté, ont cru que lors même que la nullité est du nombre de celles qui tirent leur force de la suggestion présumée, le premier Testament doit rester inutile & sans effet ; & je n'aprouverois ni cet

Arrêt du Parlement de Paris du 29. Decembre 1687. qui jugea pour la revocation dans le cas d'un ſecond Teſtament que le Curé avoit reçu pour l'utilité de la Fabrique de ſon Egliſe, ni cet autre du Parlement de Grenoble du 19. Janvier 1660. qui attribua la même vertu au Teſtament fait en faveur des Enfans du Tuteur. Mais auſſi le Parlement de Toulouſe a beaucoup trop donné aux premiers Teſtamens, lorſque ne ſe contentant pas de les faire ſubſiſter dans le cas que le ſecond péche par la ſuggeſtion, il en a conſervé encore l'effet dans le cas que le ſecond ne péche que par un pur défaut de droit, tel que le vice de la préterition, ou par l'incapacité priſe du concubinage, ou par d'autres nullités dont l'effet n'eſt point de laiſſer des doutes ſur la volonté. Il ſemble même que la Queſtion ne ſoit plus douteuſe par le ſort qu'a eu l'Arrêt du Parlement de Toulouſe *du 2. Semptembre 1740.* qui avoit jugé qu'un Teſtament nul par la preterition, n'avoit pas aſſez de force pour revoquer un Teſtament anterieur. Le Sieur de Madrieres qui avoit ſuccombé, ayant introduit au Conſeil une inſtance en caſſation, il y eſt intervenu Arrêt le mois d'Août 1745. qui a caſſé celui du Parlement, & a même déffinitivement jugé que le premier Teſtament du Sieur de Madrieres pere étoit revoqué, en ſorte que la Succeſſion a été déclarée ouverte *ab inteſtat.*

XII. Mais enfin quel que ſoit le parti que l'on prenne dans le cas du concours de deux Teſtamens, il eſt certain que toute difficulté ceſſe à l'égard des Legs & des autres Diſpoſitions qui dépendent nuément de la volonté. Les Loix ont conſtament decidé que toutes les fois qu'on legue à un ſecond ce qui avoit été deja legué à un autre, l'incapacité du nouveau Legataire n'empêche pas que le premier Legs ne demeure revoqué. La Loi a cru qu'en cette rencontre la volonté d'exclure le premier Legataire étoit cenſée avoir precedé celle d'honorer le ſecond, que la premiere de ces deux volontés étoit diſtincte & indépendante de l'autre ; & qu'ainſi, quel que ſoit le ſort du ſecond Legs, la revocation du premier n'en doit pas être moins aſſûrée. *Licet transferam legatum in eum cum quo nobis Teſtamenti factio non eſt, licet eis non debeatur, nec illis tamen debebitur cui fuerit ademptum.*

C'eſt le langage de la Loi 20. *ff. de adim. leg.* & la Loi 24. §. 1. du même Titre, le décide de même dans une eſpéce bien plus forte, parce que le Teſtateur n'avoit parlé ni de transferer le Legs, ni de l'ôter à ce premier Legataire ; il avoit ſimplement diſpoſé de la choſe en faveur d'un autre incapable de la recevoir ; elle déclare pourtant que tout ce qui a été compris dans cette ſeconde Diſpoſition eſt abſolument retranché du premier Legs.

XIII. Tels ſont donc les principes qu'il faut ſuivre à l'égard des élections, qui plus encore que les Legs dépendent nuément de la volonté de l'Heritier. Il faut préſumer que l'Heritier avant de s'occuper des interêts d'un nouveau Subſtitué, étoit déja diſpoſé à dépoüiller le premier élû ; regarder la revocation qui reſulte du ſecond choix comme independante de ce choix ; & de-là il ſera facile de conclure avec Vulſon, que ni l'incapacité ni le predecès ni la repudiation du ſecond élû, ne ſont point en état de retablir la premiere élection ; que les Biens doivent reſter à tous les éligibles.

XIV. M. de Cambolas, *liv. 5. chap. 36.* rapporte un Arrêt du 2. May 1627. qui paroît contraire. La Demoiſelle Jodoin étoit grevée de rendre à Guillaume Jodoin, frere de ſon mari, ou à Denis fils de Guillaume, & de rendre à leur défaut à tel autre de la parenté qu'elle choiſiroit. Guillaume & Denis étant decedès avant d'avoir recuëilli, elle nomma Jeanne Jodion fille de Guillaume. Elle revoque enſuite cette élection, déclarant que le Teſtateur n'avoit entendu la grever de rendre qu'à des mâles, & que comme il ne reſtoit plus de mâles dans la parenté depuis le decès de Guillaume & de Denis, elle étoit libre. Elle ordonne en conſequence que les Biens reſtent à ſon Heritier. La déclaration arbitraire de cette Heritiere ne pouvoit detruire un Fidéicommis qui regardoit vaguement la parenté, ſans diſtinguer les filles d'avec les mâles. Mais il étoit queſtion de ſçavoir ſi toutes les niéces du même degré devoient être admiſes en concours, ou ſi Jeanne Jodion en vertu de ſon élection étoit ſeule en droit d'y prétendre. Les niéces oppoſoient que l'élection étoit revoquée. Jeanne Jodion repondoit qu'elle n'avoit

pû l'être par une Diſpoſition qui regardoit un étranger incapable de recevoir les Biens. Et c'eſt ainſi que la choſe fut jugée après un partage. Mais la Queſtion étoit accompagnée d'une circonſtance qui mettoit cette niéce hors de la regle générale & aſſûroit le ſort de ſon élection. L'Heritiere avoit expliqué la cauſe de ſon changement. Elle avoit déclaré qu'elle ne revoquoit l'élection que parce qu'elle croyoit être devenuë libre par la caducité du Fidéicommis, & n'être plus tenuë d'élire ni de rendre. Or les Loix nous enſeignent que toute revocation dont le Teſtateur a expliqué le motif demeure inutile, s'il paroît qu'il ait erré ſur la verité du motif qui a donné lieu à ſon changement. C'eſt ainſi que la fameuſe Loi *Pactumeia*, *ff. de Hær. inſt.* le décide à l'égard d'un Teſtateur, qui ſur la fauſſe nouvelle de la mort d'une niéce qu'il avoit inſtituée avoit fait un ſecond Teſtament, où il avoit dit que puiſqu'il ne lui étoit plus permis d'eſperer l'Heritiere qu'il avoit choiſie, il transferoit ſa Succeſſion à un autre Heritier. L'Empereur, Auteur de cette Loi, déclare que ſi la nouvelle qui avoit determiné le Teſtateur ſe trouvoit fauſſe, & que cette niéce joüît encore de la vie, la poſſeſſion de l'heredité lui devoit être conſervée. Ainſi dans l'eſpéce traitée par M. de Cambolas, l'élection que l'Heritiere n'avoit revoquée qu'en ſuppoſant que le Fidéicommis ne ſubſiſtoit plus, étoit de droit en ſon entier, de-là qu'il paroiſſoit que cette Heritiere s'étoit trompée dans l'idée qu'elle avoit conçuë de ſa prétenduë liberté.

VIII. IX. X. XI. & XII. QUESTIONS.

„ 1. QUANT aux Questions 8. 9. 10. 11. & 12. il n'y „ a aucune apparence, si notre Donateur fut decedé „ sans élection, que la Donation par lui faite à un de ses „ Enfans mâles, eût été revoquée par le second chef de la con- „ vention, portant institution de l'aîné de sesdits mâles, en la „ moitié de ses Biens.

„ 2. Car ladite Donation est pure, & appellée par les Con- „ tractans irrevocable & faite entre les vivans, & la réservation „ de l'élection regarde seulement l'execution, & non la per- „ fection de ladite Donation; tellement que soit qu'il s'en fut „ ensuivi élection ou non, ladite Donation ne demeureroit pas „ moins ferme.

„ 3. Et cette clause d'institution suivante, tant s'en faut „ qu'elle rescinde ladite Donation, qu'au contraire elle la con- „ firme d'avantage, vû qu'elle n'est faite qu'en défaut d'élec- „ tion. Autre chose seroit si notre Epoux n'eût pas donné, „ mais seulement promis de donner à l'un de ses Enfans mâles; „ & là où il n'accompliroit ladite Donation dès maintenant „ comme pour lors eût institué son aîné.

„ 4. Autrement il pourroit arriver que l'institution n'eût rien „ valu, comme au cas que notre Epoux fût Fils de Famille & „ ainsi ne peut tester, mêmes du consentement de son Pere, „ & néanmoins la précedente Donation seroit cassée contre „ l'intention des Contractans, qui étoit de pourvoir aux Enfans „ de ce Mariage.

„ 5. Mais il y a encore moins d'apparence, qu'à défaut d'é- „ lection, & ladite Donation de la moitié des Biens fût demeu- „ rée valable au profit des deux mâles, & que néanmoins l'insti- „ tution eût eu lieu pour l'autre moitié des Biens au profit de „ l'aîné seul.

„ 6. Car encore qu'il semble que toutes deux, à sçavoir la

» Donation & l'inſtitution peuvent ſubſiſter enſemblement, vû » qu'il n'eſt pas dit que à défaut d'élection, il inſtituë en la » même moitié de ſeſdits Biens, mais ſimplement en la moitié » de ſeſdits Biens, & par ainſi que comme il eût pû teſter par » après de la moitié des Biens non donnée, qu'auſſi l'a-t'il pû » faire par le même Contrat : Toutesfois on voit bien que l'in- » tention de l'Epouſée & de ſes Parens, n'a pas été d'obliger » l'Epoux à donner, ou laiſſer aux Enfans de ce Lit plus de la » moitié de ſes Biens, moins à ce été la volonté du Donateur, » mais ſeulement de donner auſdits Enfans la moitié de ſes Biens, » & pourvoir en ſorte que ladite moitié ne fût pas diviſée en » pluſieurs portions, joint qu'encore que ce mot de même, ne » ſoit pas exprimé, il s'entend aſſez, (*a*) *cum talia ſint ſub-* » *jecta qualia prædicata demonſtrant*, comme dit logicalement » Bartole.

» 7. Plûtôt ladite Donation faite à l'un de mâles fût demeuré » en ſa force, & ladite inſtitution eût ſeulement ſervi d'élec- » tion, tout ainſi que ſi le Donateur eût dit ; & au cas que je » decede ſans faire autre nomination, dès maintenant comme » pour lors, j'élis & nomme le premier, ou je donne au premier.

» 8. Car outre que telle a été la volonté des Contractans, » (*b*) *quæ potius inſpicienda eſt, quam verba* : cela eſt conforme » à la diſpoſition du Droit, par laquelle, *Electio poteſt fieri,* » *inſtitutione, legato, donatione*, comme il a été dit ci-deſſus, » *imo & quibuſcumque verbis, codicillis, epiſtolâ, chirographo vel* » *etiam nutu. Et antiqui heredem pro domino accipiebant, & pro* » *donatario.*

» 9. Et de ce que deſſus, (*c*) il s'enſuit que ladite inſtitution » ne ſervant que d'élection ſeulement ès biens auparavant don- » nez, l'autre moitié des Biens donnez, ne fut pas accruë au » Donateur, mais pour raiſon d'icelle le Donateur fut demeuré » inteſté & ſans diſpoſition.

(a) *Bart. ad l. fundum* 3. *D. de fundo inſtr. leg.*

(b) *L. in conventionibus* 219. *D. verb. ſig. L.* 1. §. *adſignare D. de adſ. libert.* §. *ult. inſtj. de hered. qualit. & diff. Alcia. ad d. l. in conventionibus* 219. *D. verb. ſig.* (c) *L. jus noſtrum* 7. *D. de Reg. jur*

» 10. Et

„ 10. Et n'obstera la regle, qui dit qu'aucun ne peut tester „ en partie, & en partie non; car cela s'entend d'une vraye „ & parfaite institution faite en Testament, comme aussi elle ne „ peut être faite ailleurs, & non des institutions contractuel- „ les que l'usage a introduites, lesquelles sont plûtôt Contrats „ & conventions que vrayes institutions, & ne se peuvent éten- „ dre plus outre que de ce qui a été accordé & convenu entre „ les Parties, encore moins que si l'institution avoit été faite „ de certaine chose en un Codicile, ou Testament imparfait, „ car on ne pourroit prendre telle disposition que pour Legs „ & Fideicommis, où le droit d'accroissement ne peut avoir „ lieu, pour les choses non leguées ou données.

„ 11. Or puis que cet Acte n'est autre chose qu'une vraye „ élection & assignation de la chose donnée, pourquoi en vou- „ drions-nous étendre plus outre l'effet contre la volonté de son „ Auteur ?

„ 12. Et en cela n'y a rien incompatible, vû que même il „ pouvoit ne faire élection qu'en partie, voire de la chose & „ du tems, comme nous avons dit, & ainsi deceder intesté „ pour les Biens réservez, & ayant fait en partie élection des „ Biens donnez, & en partie non.

„ 13. Que si celui qui a été institué Heritier (*a*) par un Gen- „ d'arme en certains Biens, ne peut pas prétendre le surplus „ de l'Heredité par droit d'accroissement, à cause que les Loix „ dispensent de cette subtilité les Gens de Guerre, & ne con- „ siderent que leur seule volonté, qui a été que l'Heritier „ Testamentaire n'eût que ces choses là : Pourquoi celui qui „ sera institué Heritier ès choses seulement dont il pouvoit être „ élû, auroit-il le surplus de l'Heredité de l'Electeur ou Tes- „ tateur, qui même pourra être étranger, au préjudice de ses „ Heritiers legitimes ?

„ 14. Doncques pour conclusion, j'estime qu'il n'y a d'é- „ lection que des Biens donnez, & pour le surplus le Donateur „ & Electeur fût mort intesté.

(a) *L. si duobus* 37. *D. testam. mil. l. quærebatur* 19. *D. eod.*

I. *MOTIF qui a porté Vulson à examiner si dans l'espece particuliere qu'il traitoit, l'institution étoit censée tomber sur la même moitié des Biens qui avoit été donnée.*

II. *Raisons pour prouver que l'institution est relative à la Donation.*

III. *L'Heritier contractuel qui n'a été institué qu'en une partie des Biens, doit-il être admis à recueillir le tout, lorsqu'on ne lui a pas donné de Coheritier ?*

IV. *Raisons pour réduire l'Heritier contractuel à ne recueillir que la moitié qui lui a été donnée.*

V. *Auteurs qui l'ont ainsi decidé.*

VI. *L'Heritier contractuel doit néanmoins recueillir les sommes réservées, lorsque l'Intituant n'en a pas disposé.*

VII. *Difference qu'il y a entre une institution qui n'est que d'une partie des Biens, & la simple réserve qui a été faite dans une institution générale.*

VIII. *La question a été pourtant diversement jugée au Parlement de Toulouse.*

IX. *Premier Arrêt par lequel l'Heritier contractuel fut exclu de la somme réservée.*

X. *Second Arrêt au contraire qui la lui a accordée à l'exclusion de l'Heritier legitime.*

I. DANS l'espece traitée par l'Auteur, le Pere après avoir fait *Donation* de la moitié de ses Biens à l'un de ses mâles, avoit ajoûté qu'en défaut de choix il *instituoit* l'aîné en la moitié de ses Biens. Vulson demande si cette institution doit être jugée distincte & independante de la Donation ? Et il annonce dabord qu'elles sont les consequences qui l'engagent à entrer dans cet examen. Si les deux Dipositions étoient jugées independantes, il faudroit l'une de ces deux choses ; que la Donation demeurât anneantie & que l'institution en prit la place, ce qui entraîneroit une difference infinie, parce qu'il est certain que l'Heritier contractuel est traité en beaucoup de choses beaucoup moins avantageusement que le Donataire, il est tenu, par exemple, de toutes les dettes au-delà même de la valeur des Biens, lorsqu'il n'a pas eu l'attention de faire un Inventaire, au lieu que le Donataire n'est

jamais tenu qu'à concurrence de ce qu'il a reçû ; ou bien il faudroit dire que la Donation & l'inſtitution ſubſiſteroient en concours, deſorte que tous les Biens ſeroient couverts, la moitié par la Donation qui s'executeroit en faveur de tous les Enfans, & la moitié reſtante par l'inſtitution en faveur de l'aîné.

II. Mais Vulſon décide qu'en cette rencontre l'inſtitution n'a rien de diſtinct de la Donation, qu'elle s'y rapporte au contraire, qu'elle n'eſt cenſée renfermer qu'un choix anticipé pour regler la Succeſſion des Biens donnés en défaut d'autre élection. On voit bien, en effet, que le deſſein du Pere n'a pas été d'évacuer tout ſon patrimoine par deux Diſpoſitions differentes, mais de regler le ſort de la moitié qu'il avoit déja donnée.

III. Enſuite Vulſon examine ſi l'Heritier contractuel, qui n'a été inſtitué qu'en une partie des Biens, doit être admis à recuëillir le tout, lorſqu'il ne lui a point été donné de Coheritier par le Contrat ou par un Teſtament. L'Heritier peut dire que par l'inſtitution contractuelle il devient veritable Heritier, & auſſi parfaitement qu'un Heritier Teſtamentaire. De-là vient que les actions actives & paſſives du Défunt paſſent en ſa perſonne ; de-là vient encore qu'en défaut d'Inventaire, il eſt tenu ſolidairement, & au-delà même des forces du patrimoine ; de-là vient enfin qu'on a douté s'il doit être admis à diviſer la Succeſſion pour ne prendre les Biens que tels qu'ils étoient au tems du Contrat. L'Heritier contractuel eſt donc veritablement Heritier ; & c'eſt une maxime conſtante qu'un Heritier qui n'a été inſtitué qu'en une partie, ne laiſſe point de tout recuëillir, lorſqu'il ne lui a pas été donné de Coheritier.

IV. Mais il faut obſerver que cette maxime des Loix Romaines n'a de fondement que dans un pur ſcrupule de Droit, qui n'admettoit point le concours de la Succeſſion Teſtamentaire & de la Succeſſion Legitime. C'étoient deux Succeſſions contraires, dont l'une donnoit excluſion à l'autre ; & jamais un Succeſſeur *ab inteſtat* ne pouvoit être admis à entrer en partage avec un Heritier Teſtamentaire. Telles étoient les regles ſcrupuleuſes des Romains ; mais eſt-ce ſur ces Regles qu'il faut

juger des institutions contractuelles ? Est-ce dans les détours & dans les finesses du Droit Romain qu'il en faut chercher les principes ? L'usage des institutions contractuelles est tout François, elles n'ont point d'autre fondement que les mœurs particulieres de ce Royaume ; & nous ne voyons pas que la Jurisprudence quand elle les a introduites, ni les Coûtumes, ni les Ordonnances de nos Rois y ayent attaché la même incompatibilité avec la Succession legitime. Ainsi pourroit-on suppléer d'office cette incompatibilité, qui n'étant fondée ni sur la nature des choses, ni sur des raisons générales, mais sur un droit purement positif, ne doit jamais avoir lieu qu'autant qu'une Loi precise l'a ordonné.

V. Aussi la Doctrine de Vulson a été généralement embrassée. *L'Heritier ab intestat*, dit Lebrun dans son Traité des Successions, *liv. 3. chap. 2. n. 24. concourt avec l'Heritier contractuel en cas que l'institution ne soit que pour une certaine quotité des Biens.* Ricard des Donations, *part. 1. chap. 4. sect. 19. n. 1148.* suppose aussi évidamment que quand l'institution contractuelle n'est que d'une partie, le reste doit être pour les Heritier legitimes. Duperier insinuë la même chose en ses Questions, *liv. 2. quest. 17.* & au *liv. 1. quest. 13.* il se déclare ouvertement pour la Doctrine de Vulson.

VI. Il y a un cas où l'Heritier contractuel emporte les Biens libres au préjudice des Successeurs legitimes. Nous en trouvons un exemple dans un Arrêt du 2. Août 1678. rapporté au premier volume du Journal du Palais. Un Pere en instituant un de ses Enfans son Heritier universel par Contrat de Mariage, avoit réservé une somme particuliere pour en disposer. Il étoit mort sans avoir dispose ; & quoique la somme réservée, bien loin d'avoir été comprise dans l'institution, en eût été excluë & rétranchée, l'Heritier contractuel ne laissa pas de l'obtenir au préjudice des Successeurs *ab intestat.* La raison en est que les Successeurs legitimes n'y auroient pû prétendre que sous la qualité d'Heritiers ; mais cette qualité se trouvant entiere & générale sur la tête de celui qui avoit été institué par le Contrat de Mariage, l'universalité de ce titre ne laissoit point

de place & d'ouverture à aucun autre ; ainſi les Succeſſeurs legitimes manquoient de qualité pour recuëillir cette ſomme, & l'on fut forcé, par une eſpece de neceſſité, de la laiſſer confondue dans l'inſtitution univerſelle.

VII. Autre choſe eſt donc, que l'inſtitution ne ſoit que d'une partie, & autre choſe eſt qu'elle ſoit de l'univerſalité, ſous la réſervation particuliere d'une ſomme ou d'un effet. Au premier cas, il y a une partie du titre d'Heritier qui eſt libre ; & les Heritiers legitimes, en ſuccedant à cette partie du titre d'Heritier, recuëillent la quotité des Biens qui y repond. Mais au ſecond où la qualité d'Heritier eſt évacuée en entier par l'inſtitution contractuelle, il ne reſte aucune partie de cette qualité, pour attribuer aux Succeſſeurs legitimes ce qui a été réſervé. L'Heritier contractuel eſt à cet égard dans la même poſition que l'Heritier Teſtamentaire, & comme l'Heritier Teſtamentaire conſerve ou réprend en vertu de l'univerſalité de de ſon titre tout ce que le Teſtateur n'a retranché de l'Heredité que par des diſpoſitions particulieres qui demeurent caduques & ſans effet, de même auſſi l'Heritier contractuel doit conſerver ou réprendre ce que le Donateur avoit rétranché de l'inſtitution, lorſqu'il ſe trouve qu'il n'en a point particulierement diſpoſé, ou que les diſpoſitions qu'il en a faites n'ont point eu d'effet.

VIII. La Queſtion a néanmoins éprouvé des difficultés au Parlement de Toulouſe, & je connois deux Arrêts qui l'ont diverſement jugée ; le premier en faveur de la ſucceſſion *ab inteſtat* ; le ſecond en faveur de l'Heritier contractuel.

IX. Marguerite de Sabarros mariant Jeanne Fournier ſa Fille, avec Bertrand Sarrieu, l'inſtitua ſon Heritiere, à la réſerve d'une ſomme de 600. liv. pour en diſpoſer & ſous l'obligation de payer la Legitime de droit à deux autres Filles, *Françoiſe* & *Domenge*. Marguerite de Sabarros étant decedée ſans avoir diſpoſé de la ſomme réſervée, *Françoiſe* & *Domenge* prétendoient emporter cette ſomme *ab inteſtat*, & Jean Sarrieu, Fils de Jeanne Fournier, demandoit au contraire qu'elle lui fût accordée en vertu de l'inſtitution. Les Défenſeurs de Jean Sar-

rieu équivoquerent ſur les principes qu'ils devoient employer pour ſa défenſe ; ils ne ſoutinrent ſes interêts qu'en tâchant de faire appliquer aux inſtitutions contractuelles la maxime du Droit Romain que nul ne peut mourir partie avec un Teſtament, & partie *ab inteſtat.* On répréſenta au contraire, de la part des deux Filles, que les inſtitutions contractuelles ayant été introduites par l'uſage particulier du Royaume & contre la diſpoſition du Droit Romain, elles ne devoient pas ſe regler ſur la diſpoſition de ce Droit. Quoique la Queſtion eût été préſentée dans un jour auſſi faux, il intervint partage en la Seconde Chambre des Enquêtes, M. de Rolland Rapporteur, & M. de Joſſe Compartiteur ; le premier accordoit la ſomme aux Heritiers legitimes ; le ſecond étoit au contraire en faveur du Fils de l'inſtitué ; mais enfin le partage ayant été porté à la premiere, il y fut vuidé à l'avis du Rapporteur le 7. Juin 1674.

X. La même conteſtation fut agitée environ neuf années après dans la cauſe de deux Sœurs, Marie & Jeanne Alary ; elle fut traitée ſur les principes qui lui conviennent ; & de-là vient que le Jugement ne fut point le même. Fulcrand Alary avoit fait Donation de la moitié de ſes Biens à Marie, & avoit promis de l'inſtituer ſon Heritiere, ſous la réſerve d'une ſomme de 1000. liv. pour en diſpoſer au profit de deux autres Enfans, François & Jeanne. François entre en Religion du vivant du Pere, & le Pere mariant enſuite Jeanne ſa Fille, ne lui conſtituë que la ſomme de 650. liv. moyennant laquelle il la fait renoncer à tous ſes droits. Le Pere meurt enfin ſans avoir diſpoſé de la ſomme de 350. liv. reſtantes ; & ſur la conteſtation qui s'éleva entre Jeanne & Marie au ſujet de cette ſomme, il intervint Arrêt à la Grand'Chambre le 4. Mars 1684. après un double partage formé en la Premiere & Seconde Chambre des Enquêtes, M. de Viguerie Rapporteur, & M. de Ferrand Compartiteur, qui adjugea les 350. liv. à l'Heritiere contractuelle. On oppoſoit de la part de Jeanne que les inſtitutions contractuelles étoient dans le fonds de pures Donations, qui ne doivent comprendre que ce qui a été donné ; on ajoûtoit que comme il faut juger de ces inſtitutions ſelon

les regles des Contrats, il n'étoit pas permis de leur donner extenſion en leur appliquant le privilege qui a été accordé aux Heritiers Teſtamentaires, d'emporter les Biens dont il n'y a pas de diſpoſition particuliere. Marie faiſoit voir de ſon côté, qu'un Heritier contractuel ne devoit pas être mis au niveau d'un ſimple Donataire, qu'il devenoit Heritier, & auſſi veritablement Heritier que l'Heritier Teſtamentaire; & qu'ainſi de même qu'à l'Heritier Teſtamentaire l'univerſalité de ſon Titre devoit lui faire revenir tous les Biens dont le Donateur a ſimplement conçû le projet de diſpoſer, ou a même réellement diſpoſé, mais par des diſpoſitions qui n'ont point eu d'effet.

Il faut convenir qu'il y avoit dans cette eſpece une circonſtance particuliere, qui appuyoit extremement la cauſe de la Fille inſtituée. Le Pere avoit exigé une renonciation de Jeanne à tous ſes droits, il l'avoit donc excluë de la Succeſſion legitime, puiſqu'il eſt conſtant qu'une Fille qui a renoncé eſt ſans qualité pour ſucceder *ab inteſtat*; & en excluant Jeanne de ſa Succeſſion, n'étoit-il pas cenſé avoir tacitement déferé la ſomme dont s'agit à Marie qui reſtoit ſa ſeule Heritiere? Ainſi Marie joignoit une deſtination tacite du Pere à la force originaire de ſon inſtitution; mais le Magiſtrat qui a inſeré cet Arrêt dans ſes Memoires, déclare, ſans s'occuper de cette circonſtance, qu'on jugea en général que l'Heritier contractuel devoit profiter des ſommes réſervées dont l'Inſtituant n'a pas diſpoſé; & cette opinion appuyée de l'Arrêt du Parlement de Paris, ſuivie encore par Lebrun des Succeſſions, par Claude Ferriere ſur la Coûtume de Paris, par Delauriere, eſt ſi conforme aux vrais principes que je ne doute pas qu'aujourd'hui elle ne fût accueillie ſans difficulté au Parlement de Toulouſe.

TREIZIE'ME QUESTION.

„ I. ENNCORE que notre Donateur en faiſant ſon élec-
„ tion ou inſtitution contractuelle, n'ait exprimé au pre-
„ mier degré le mot de mâle, toutesfois il ne peut être entendu
„ autrement ; car il avoit donné non en général à l'un de ſes
„ Enfans, mais à l'un de ſes Enfans mâles tel qu'il éliroit ; &
„ en ce cas qu'il ne fît point élection, il inſtituë & élit deſlors
„ le premier de ſes Enfans, & par ainſi de ceux qui étoient
„ compris en la Donation, & pouvoient être élûs. Seconde-
„ ment ce mot *s'il eſt capable*, ne peut être proprement adapté
„ aux filles. Davantage puis qu'à ce premier Enfant incapable,
„ il ſubſtituë ſon ſecond mâle, & non le premier, il montre
„ bien de n'avoir entendu au premier degré que du mâle, &
„ quand il y auroit quelque doute, comme ſi ſimplement il eût
„ donné au premier de ſes Enfans, toutesfois la qualité du Dona-
„ teur & des choſes données, feroit dire qu'il auroit entendu
„ de ſon premier Enfant mâle, & ainſi non la fille, quoique
„ venuë premiere au monde, mais le premier fils capable auroit
„ ladite moitié des Biens ; (*a*) & ainſi auroit été jugé par Arrêt,
„ témoigne Guy-Pap.

(a) *Guy-Pap. queſt.* 506.

I. *POURQUOI dans l'eſpéce traitée par l'Auteur, la clauſe de l'inſtitution, quoiqu'elle fût conçuë ſous les mots de* premier Enfant, *devoit s'entendre du premier mâle.*

II. *La condition* s'ils ſont capables *dans une Diſpoſition qui ſe rapporte aux Enfans, n'eſt pas ſuffiſante pour la determiner en faveur des mâles.*

III. *Ni la nobleſſe du Pere, ni la dignité des Biens dont il diſpoſe, ne ſont point non plus en état de reſtraindre la Diſpoſition en faveur des mâles.*

IV. *Quelles ſont les circonſ-*

tances

tances qui peuvent donner lieu à cette reſtriction.

V. *Premiere circonſtance, lorſqu'il paroît que le Teſtateur dans un long progrès de Fidéicommis, s'eſt occupé de ſon agnation.*

VI. *Seconde circonſtance, lorſque dans une partie du Teſtament les Enfans ſe trouvent nommés ſous la qualité de mâles.*

VII. *La qualité de mâles ne ſe repete que d'une Diſpoſition & d'une Condition à l'autre ; mais elle ne ſe repete jamais de la Diſpoſition à la Condition.*

VIII. *Arrêt célébre du Parlement d'Aix au ſujet d'une condition conçuë ſous le mot generique d'*Hoirs.

IX. *Raiſons que l'Heritier employoit dans l'eſpéce de cet Arrêt pour prouver que la qualité de mâle devoit être ſupplée dans la condition.*

X. *Reponſes employées par la fille qui prétendoit que ſon exiſtence avoit fait défaillir le Fidéicommis.*

XI. *Arrêt qui jugea la condition défaillie.*

XII. *La qualité de mâle ne ſe repete encore que dans le cours du même Fidéicommis, & entre les perſonnes de même qualité.*

XIII. *Si la charge de porter le Nom & les Armes peut donner lieu de n'admettre que des mâles, ſoit dans la Diſpoſition ſoit dans la Condition.*

I. C'Est très-juſtement que Vulſon a decidé dans l'eſpéce particuliere dont il étoit occupé, que la clauſe de l'inſtitution, quoiqu'elle fût conçuë ſous les mots *de premier Enfant*, devoit s'entendre du premier mâle ; & les deux premieres raiſons qu'il allegue ne ſçauroient être plus préciſes. La premiere, que l'objet de l'inſtitution n'étoit autre que de determiner celui qui devoit recuëillir les Biens donnés ; de ſorte que la Donation ayant été limitée aux Enfans mâles, le choix qui avoit été fait ſous la forme d'une inſtitution, ne pouvoit s'entendre que d'un mâle. Et la ſeconde, que le Pere dans la Subſtitution dont il avoit chargé l'Heritier inſtitué, ayant nommé tout de ſuite le ſecond mâle, cette Diſpoſition qui ſuppoſe qu'il avoit déja pourvû au premier mâle, étoit une preuve bien certaine que c'eſt lui dont il avoit entendu s'occuper dans l'inſtitution.

II. Mais je ne ſçaurois approuver la troiſiéme raiſon que

Vulson employe, sçavoir, que la condition, *s'il est capable*, apposée à l'institution du premier Enfant, étoit determinée au masculin. Il s'ensuivroit de-là que toute Disposition dans laquelle un Pere, après avoir appellé nuement les Enfans, auroit ajoûté les mots *s'ils sont capables*, devroit être restrainte & limitée aux seuls mâles; & c'est ce qu'il n'est pas facile de se persuader. On voit assez que la condition n'a été exprimée dans cette forme, que parce que le mot *Enfans*, quoique également propre à signifier de sa nature les mâles & les filles, est une diction masculine. Ainsi le Pere a suivi le regime du mot *Enfans* auquel la condition se rapporte, mais il n'a point songé à limiter l'étenduë naturelle de ce mot qui comprend l'un & l'autre sexe. Nous avons deux maximes en Droit qui s'opposent également à l'interpretation de Vulson. La premiere, est que les expressions masculines comprennent également les filles & les mâles, *Sub masculino continetur fœmininum.* Et pour citer un exemple, diroit-on qu'un Legs que le Testateur auroit fait au profit *de tous ceux* de ses parens qui seroient à son enterrement ne dût s'accorder qu'aux mâles, sous prétexte que le mot *ceux* est determiné au masculin. La seconde maxime, c'est que les conditions qui sont naturellement inherentes à une Disposition, n'ajoutent rien de nouveau lorsqu'il plaît à un Testateur de les exprimer surabondamment; ce qui s'applique d'une maniere bien sensible à la condition *s'ils sont capables*, puisque quand le Testateur ne s'en seroit pas expliqué, cette condition n'auroit pas moins été inherente.

III. Je n'approuve pas davantage ce que dit Vulson, que la circonstance d'un Pere noble ou la dignité des Biens dont il dispose, ont l'effet de restraindre aux mâles les Dispositions conçuës sous le nom vague d'*Enfans*. M. Cujas l'avoit pensé avant lui dans sa Consultation vingtiéme: *de voluntate quæri potest, an intellexerit Testator de maribus tantum. Porrò mens Testatoris æstimanda est ex Dignitate & conditione; nam si Testator fuerit nobilis, potest dici hæc verba, si sine liberis decesserit, de maribus solis accipienda esse.* Mais Cujas & Vulson n'ont été suivis d'aucun autre, une presomption aussi contraire aux sentimens de la nature,

meritoit de ne point trouver des Sectateurs. Un Pere noble n'eſt pas moins pere, la nature ne parle pas moins dans ſon cœur en faveur de tous ſes Enfans ; ainſi à moins qu'il ne s'y mêle quelques circonſtances pour marquer une volonté contraire, il faut laiſſer au mot *Enfans* l'étenduë qui lui eſt propre.

IV. Quelles ſont donc ces circonſtances qui peuvent donner lieu de reſtraindre ce mot aux ſeuls mâles ? On n'en connoît guere que deux, qui ſont reçuës par les Auteurs & par la Juriſprudence des Arrêts.

V. La premiere, lorſqu'il paroît que le Teſtateur s'eſt occupé de ſon agnation, & qu'il a fait un long progrès de Subſtitution où regne par tout un deſſein ſoutenu de conſerver l'honneur & l'éclat de ſon nom. Or la marque la plus propre à faire connoître que le Teſtateur s'eſt occupé de ſon agnation, c'eſt lors qu'après avoir appellé tout ce qu'il a trouvé de mâles dans ſa deſcendance, il a donné l'excluſion à ſes propres filles pour appeller les Collateraux. C'eſt dans cette eſpéce qu'a été rendu un Arrêt fameux du Parlement de Paris rapporté au Tome 4. du Journal des Audiances, *liv.* 3. *chap.* 22. Cette marque eſt ſi neceſſaire, que ſi un Pere, après avoir épuiſé la Ligne de ſes mâles, appelloit ſes filles & leurs Deſcendans & leur donnoit la préference ſur les Collateraux, on préſumeroit qu'il ne s'eſt nullement occupé de ſon agnation dans cet ordre qu'il a obſervé, qu'il n'a été conduit que par des mouvemens particuliers, & on laiſſeroit abſolument le Fidéicommis aux termes précis dans leſquels il a été conçu. La préference que le Pere accorde à ſes mâles ſur les filles ne conclut rien, parce qu'elle peut avoir été determinée par une predilection perſonnelle : mais d'avoir exclu ſes propres filles pour appeller les Collateraux, c'eſt ce qui prouve invinciblement que le Pere a été animé d'un deſir preſſant de conſerver ſa Famille. Telle eſt la penſée de Dumoulin en ſon Conſeil 1. *n.* 32. *Quia filias ſuas & deſcendentes ex eis prætulit etiam fratri ſuo germano, & omnibus aliis agnatis, & ſic non perpetuo conſideravit nomen familiæ, conſequenter favore agnationis non poteſt induci ſubſtitutio ultra perſonas expreſſas.* Il arrive

ſouvent néanmoins que les Peres ne ſont pas dans la ſituation de laiſſer cette marque de leur volonté, parce qu'ils ne trouvent point de filles à exclure dans leur deſcendance ; mais alors il ſuffit pour faire connoître qu'ils ont eu l'agnation en vûë, qu'ils n'ayent pas borné le Fidéicommis dans leur deſcendance, qu'ils l'ayent portée juſques à la Ligne Collaterale, & que dans l'une & l'autre Ligne ils ayent été conſtament attachés à n'appeller que les mâles.

VI. La ſeconde circonſtance qui eſt propre à reſtraindre le mot d'*Enfans*, c'eſt quand les Enfans ont été nommés ſous la qualité de mâles dans une autre partie de la Subſtitution ; Mais cette maxime ſi vague pourroit entraîner dans bien des erreurs ſi l'on n'y ajoûtoit quelques temperamens.

VII. Le premier eſt que les Enfans pouvant être nommés ou dans la Diſpoſition, ou dans la Condition ; quoique dans les clauſes diſpoſitives qui ſervent à former les divers degrés de Fidéicommis, ils n'ayent été nommés que ſous la qualité de mâles ; il ne s'enſuit pas que les conditions où ils ſont nommés ſous la qualité vague d'Enfans, doivent s'interpréter de la même maniere. Il eſt permis de conclure d'une Diſpoſition ou d'une Condition à l'autre, mais il ne l'eſt jamais de conclure de la Diſpoſition à la Condition, parce que les vûës qui y regnent ſont trop differentes, pour qu'on puiſſe y ſuppoſer le même plan. Un Teſtateur ne conſulte que lui-même & ſes ſentimens, lorſqu'il s'agit de choiſir des Subſtitués ; & s'il ne cherit que des mâles, il n'appelle que des mâles. Mais dans les conditions qu'il appoſe, en grevant ſucceſſivement les Subſtitués, il eſt cenſé conſulter l'interêt de la perſonne grevée, c'eſt une faveur qu'il entend lui faire, & s'il ne la charge en général que ſous la condition du decès ſans Enfans, on préſume que ſon intention a été de lui laiſſer la ſatisfaction ſi flateuſe pour un Pere de pouvoir diſpoſer de ſes Biens en faveur de tous ſes Enfans, de quelque qualité & condition qu'ils ſoient. C'eſt la Doctrine du Préſident Faber en ſon Code, *Liv. 6. tit. 25. deff. 4. Et ſi maſculi ſoli ſint ſubſtituti, non idcirco tamen aſcripta conditio ſi ſine liberis, de ſolis maſ-*

culis intelligi debet, quia fieri potest ut fœminas ad Fideicommissum invitare Testator noluerit, ac salvum voluerit iis esse jus legitimæ Successionis ab intestato ad exclusionem Substituti. Dumoulin l'a pensé de même sur le Conseil 52. d'Alexander, *Liv.* 3. & il a porté la chose si loin, qu'il prétend qu'à l'égard des mêmes Enfans qui sont substitués par une premiere clause & mis dans la condition par une autre, la qualité de mâles sous laquelle ils sont substitués ne doit rien influer sur la condition où ils sont denommés sous le mot *Enfans.* Il est vrai, dit-il, que le Testateur n'a entendu honorer de son choix & appeller au Fidéicommis que les seuls mâles; mais de-là que quand il a été question de transporter le Fidéicommis à un tiers, il a mis vaguement tous les Enfans dans la condition, c'est une preuve que son dessein a été de conserver du moins aux Filles l'avantage qu'elles puissent trouver les Biens dans l'Heredité de leur Pere. *Bene verum est quod prædilexit filios filiabus in hoc quod vocavit & substituit filios, & sic ex hoc bene potest colligi quod filiæ non possunt dicere se vocatas & substitutas; sed non proindè sequitur quod filiæ à portione bonorum patris sui excludantur per alios substitutos; & longè est aliud fœminas non vocari ad commodum substitutionis, sed solos filios, & aliud scilicet nedum filias non vocari ad hoc lucrum, sed etiam damno affici & privari portione bonorum patris sui. Quod non apparet hic nec veri simile est testatorem voluisse.*

VIII. C'est ainsi que la Question a été jugée par un Arrêt celebre du Parlement d'Aix du 30. Juin 1679. qui est rapporté au second Volume du Journal du Palais. Philippe de Rochechouart, Baron de Conques, fit son dernier Testament le 20. Mai 1629. par lequel il institua Anne Pot d'Aubigny, son Neveu; il lui substitua Philippe-Charles Pot, Fils aîné de cet Heritier, & à son défaut Henry-Anne qui étoit un puîné, *& ainsi de Fils en Fils*; & en cas que tous vinssent à mourir *sans Hoirs*, il substitua le Fils aîné de Jeanne Pot, sa Niéce, Femme du sieur Bricon. L'Heredité fut recuëillie par Anne Pot, Heritier institué, ensuite elle passa à Philippe-Charles Pot, son Fils aîné, & par son decès les Biens parvinrent à Henry-Anne, qui ne laissa qu'une Fille mariée avec le sieur de San-

daucour. La Queſtion fut de ſçavoir ſi la condition du decès *ſans Hoirs*, ſous laquelle les Fils d'Anne Pot d'Aubigny avoient été grevés en faveur de la Branche de Bricon ne devoit s'entendre que des mâles, enſorte que le Fidéicommis n'eût point défailli par l'exiſtence de la Dame de Sandaucour.

IX. On demeuroit d'accord que le mot *Hoirs*, de même que celui d'*Enfans*, s'appliquent également aux deux ſexes. Mais on oppoſoit que le Teſtateur, dans les divers degrès du Fidéicommis, n'avoit conſtament appellé que des mâles. On ajoûtoit deux circonſtances. La premiere, qu'en portant les Biens dans la Maiſon de Bricon, il avoit exclu Jeanne Pot, ſa propre Niéce, pour appeller un mâle plus éloigné. Et la ſeconde, que tous les Subſtitués avoient été chargés de porter le Nom & les Armes de Rochechouart. Eſt-il naturel, diſoit-on, que le Teſtateur ait entendu qu'un Fidéicommis où il n'a appellé que des mâles dût défaillir par l'exiſtance d'une Fille; que tandis qu'il excluoit ſa propre Niéce il ait entendu que les Filles des Fils d'Anne Pot, dont le degré étoit plus éloigné, pûſſent être admiſes à recuëillir les Biens par la Succeſſion legitime de leurs Peres? Et enfin la charge de porter le Nom & les Armes, pouvoit-elle ſe rapporter à des Filles, qui ſont deſtinées à perdre leur Nom & leurs Armes dans une Famille étrangere?

X. La Dame de Sandaucour répondoit que l'affectation des mâles, dans les divers degrés du Fidéicommis, n'étoit point une preuve que le ſieur de Rochechouart eût eu le deſſein de ne placer auſſi que des mâles dans la condition. Elle répondoit de la même maniere à la circonſtance de l'excluſion de Jeanne Pot; ce qu'on en peut conclure, diſoit-elle, c'eſt que le Teſtateur n'a point voulu appeller des Filles au Fidéicommis; mais autre choſe eſt, qu'un Teſtateur n'ait point appellé les Filles, & autre choſe que les excluant même de la condition, il leur ait interdit l'eſperance de ſucceder *ab inteſtat* à leurs Peres. Elle convenoit cependant qu'il y a des cas où l'excluſion des Filles produit un Fidéicommis maſculin, non-ſeulement dans les degrés, mes même dans la condition; mais elle diſoit qu'il faut pour cela, qu'avec les Filles le Teſtateur ait exclu encore

leurs Deſcendans, pour porter les Biens à des mâles du Nom. On préſume alors qu'il a eu un deſſein général en faveur de ſon agnation ; au lieu que dans l'eſpece particuliere le ſieur de Rochechouard ayant admis les Fils de ſa Niéce qui n'étoient point du Nom l'excluſion particuliere qu'il avoit faite de leur Mere n'étoit qu'une diſpoſition ordinaire & bornée, qui ne pouvoit ſervir de prétexte pour en induire une excluſion perpetuelle des Filles. Enfin, à l'égard de la charge de porter le Nom & les Armes, la Dame de Sandaucour répondoit deux choſes. Premierement que cette charge en elle-même n'eſt point excluſive des Filles, parce que les Filles peuvent fort bien y ſatisfaire en faiſant prendre le Nom & les Armes à leurs Maris ou à leurs Enfans. Et ſecondement que la charge ne regardoit que les degrés du Fidéicommis, parce que l'on ne greve que ceux que l'on honore, mais qu'on ne greve point ceux à qui l'on ne donne rien ; qu'ainſi la charge de porter le Nom & les Armes ne ſe rapportant point aux Enfans mis en la condition, elle ne pouvoit point ſervir à faire reſerrer l'étenduë naturelle du mot *Hoirs*, ſous lequel la condition étoit exprimée.

XI. La Dame de Sandaucour gagna ſa cauſe, on jugea que l'attention du Teſtateur à n'appeller que des mâles au Fidéicommis, quoique cette circonſtance fût appuyée par l'excluſion d'une Fille plus proche & par la charge de porter le Nom & les Armes, n'étoit pas un prétexte legitime pour ſuppléer la qualité de mâles dans une condition qui étoit conçuë ſous le mot générique d'*Hoirs* ou d'*Enfans*.

XII. Le ſecond temperament qu'il faut ſuivre eſt que la qualité de mâles ne ſe repéte que dans le cours d'un même Fidéicommis & entre des Perſonnes de même qualité.

Il faut que ce ſoit dans le cours d'un même Fidéicommis : c'eſt-à-dire, que ſi un Teſtateur après avoir inſtitué deux Heritiers, leur ſubſtituë ſeparement & par deux Subſtitutions diſtinctes, on ne conclura rien de l'une de ces Subſtitutions à l'autre, parce qu'il ne ſeroit pas étonnant que le Teſtateur ait entendu les regler ſur des vûës differentes.

Il faut enſuite que les Perſonnes ſoient de même qualité ;

& cela peut s'entendre de deux manieres, ou lorſque les mêmes Perſonnes ſont ſucceſſivement grevées au profit de deux Subſtitués d'une faveur inegale, ou lorſqu'il s'agit de deux grevés dont la faveur & l'état ne ſont pas les mêmes. Un Pere, par exemple, inſtituë deux de ſes Fils ; il les ſubſtituë l'un à l'autre dans le cas qu'ils décederont *ſans Enfans mâles* ; & ſi l'un & l'autre décedent *ſans Enfans*, il leur ſubſtituë un Etranger ou un Collateral. La condition de ce ſecond degré eſt vaguement conçuë ſous le mot indefini d'*Enfans*, au lieu que celle de la Subſtitution reciproque entre les Fils, Heritiers inſtitués, eſt conçuë ſous le mot de *Mâles*. Mais comme l'Etranger ou le Collateral, ſubſtitués dans ce ſecond degré, ſont moins favorables au regard des deux Fils, que les deux Fils ne l'étoient à l'égard l'un de l'autre, on ne change rien aux termes précis dans leſquels la condition de ce ſecond degré a été conçuë. Voilà comment on ſe regle quand les mêmes Perſonnes ſont ſucceſſivement grevées au profit de divers Subſtitués dont la faveur eſt inegale. Que s'il s'agit de deux grévés, dont les Enfans ſoient differamment dénommés, ou dans la Diſpoſition, ou dans la Condition ; la condition des mâles ſe repete d'un degré à un autre degré qui ſoit égal, ou d'un degré plus favorable à un autre qui le ſoit moins, mais elle ne ſe repete point d'un degré moins favorable à un autre qui ait été plus cheri du Teſtateur.

XIII. Les Auteurs ultramontains qui admettent ſouvent les conjectures ſans beaucoup de choix, ont eſtimé que la charge impoſée aux Subſtitués de porter le Nom & les Armes du Teſtateur étoit ſuffiſante pour denaturer le mot *Enfans*, ſoit dans la Diſpoſition, ſoit dans la Condition, & pour le reſtraindre en faveur des mâles. C'eſt ce que l'on ſoutenoit auſſi dans le Procès de la Dame de Sandaucour, mais les Cours Souveraines ont rejetté cette Doctrine arbitraire. Elles ont vû que les Filles pouvoient ſatisfaire à la charge auſſi-bien que les mâles, en faiſant prendre le Nom & les Armes à leurs Maris ou à leurs Enfans ; elles ont conclu de là qu'il n'eſt donc pas permis d'en prendre prétexte pour exclure l'un des deux ſexes qui eſt compris

ſous

ſous l'étenduë naturelle des termes. La condition de porter le Nom & les Armes n'eſt excluſive des Filles & de leurs Deſcendans que lorſqu'elle a été impoſée pour le maintien de l'Agnation ; mais ſi le Fidéicommis n'eſt point du nombre de ces Subſtitutions vaſtes & étenduës, dans leſquelles le Teſtateur s'eſt ſerieuſement occupé des interêts de ſon Agnation, on préſume que ſon attachement n'eſt tombé que ſur le Nom même & ſur les Armes, ſans aucun rapport à la Famille, & que dans quelques mains que tombent les Biens, ſes vûës ne ſeront pas moins parfaitement remplies de là que celui qui les recuëille portera ſon Nom & ſes Armes. Telle eſt la Juriſprudence de l'Arrêt rapporté à la *pag. 64. du ſecond Tom.* du Journal du Palais, & telle eſt auſſi celle des Arrêts rapportés par Peleus en ſes Queſtions illuſtres, *Queſtion* 58. & par Robert, *rer. jud. liv.* 4. *chap.* 4.

QUATORSIE'ME QUESTION.

„ 1. IL y eût un peu plus de difficulté, ſi dudit Mariage „ ne fut ſorti que des Filles : ſçavoir, ſi néanmoins ladite „ Donation eût été bonne, & ſi le Donateur eût pû faire „ élection entre leſdites Filles ; car ladite Donation n'eſt faite „ expreſſement qu'aux mâles, & à celui qu'il choiſiroit d'en- „ tre iceux ; mais toutesfois ſemble qu'oüi, puis que comme „ il a été dit ci-deſſus, l'intention des Contractans a été que „ les Enfans de ce Mariage, mâles ou femelles, euſſent du „ moins la moitié des Biens de l'Epoux, & que cette volonté „ eſt clairement exprimée par ledit Contrat, au troiſiéme „ chef de la convention en ces termes : Et au défaut des „ mâles, les femelles qui ſeront procrées du préſent Mariage, „ en ſemblable qualité que deſſus, ce qu'on ne peut rappor- „ ter qu'aux deux chefs precedens, d'élection & donation ; „ car auſſi en vain parleroit-on d'élire, ſinon qu'on eût égard „ à la Donation ; mais n'eſt beſoin d'en dire davantage, ce „ que deſſus ſervant ſeulement, que ce qui a été dit & préſu- „ poſé de l'intention des Contractans, eſt veritable.

I. *LA faculté d'élire établie dans un degré, ſe repete dans un autre, où les Enfans ont été appellés avec la clauſe*, ſous la même qualité.

II. *En ſeroit-il de même ſi cette clauſe n'avoit pas été appoſée, & que le degré eût été purement conçû en faveur des Enfans ?*

III. *Doctrine de Duperier, qui ſur une fauſſe interprétation de la Loi* 57. §. *dernier*, ff. ad treb. *a cru que l'expreſſion de la faculté d'élire dans un degré étoit un motif pour ne point l'admettre dans un autre où le Teſtateur ne la point exprimée.*

IV. *Réfutation des motifs qui ont ſervi de fondement à la Doctrine de Duperier, & explication de la Loi que cet Auteur employe.*

I. L'AUTEUR dans ce chapitre decide, que la faculté d'élire qui étoit établie entre les mâles auroit eu lieu pareillement entre les Filles. Il eſt vrai que le Donateur n'en avoit point fait de réſervation à l'égard des Filles ; mais il avoit dit qu'il ne les appelloit qu'en *la même qualité*, ce qui faiſoit bien connoître qu'il n'avoit entendu les favoriſer que dans le même ordre que les mâles.

II. La Queſtion auroit été bien plus épineuſe ſi les mots, *En ſemblable qualité que deſſus*, n'avoient pas été appoſés ; ſi le Teſtateur après avoir appellé l'un de ſes mâles qu'il éliroit, avoit ſeulement ajoûté, qu'en défaut des mâles les Biens appartiendroient aux Filles. Nous avons touché, en paſſant cette Queſtion, dans un autre endroit de cet Ouvrage ; mais il ne ſera pas hors de propos de lui donner plus d'étenduë, & de marquer dans un certain détail qu'elles ont été les vûës des Auteurs.

III. Duperier, *liv.* 3. de ſes Queſtions, *chap.* 2. fondé ſur la Loi 57. §. dernier, *ff. ad treb.* ſoutient que l'expreſſion du droit d'élire, dans une partie du Fidéicommis, doit faire préſumer que le Teſtateur n'a pas prétendu qu'elle eût lieu dans un autre degré où il ne l'a point exprimée. Dans l'eſpece traitée par la Loi, un Mari avoit chargé ſa Femme de rendre à ſes Enfans ou à l'un d'eux, & en défaut des Enfans, il l'avoit chargée de rendre à tels des Petits-Fils ou Collateraux qu'elle jugeroit à propos. Duperier ſuppoſe qu'aux termes dans leſquels étoit conçûë la Diſpoſition concernant les Enfans, il auroit dû naturellement s'enſuivre en faveur de la Mere un droit d'élire ; il allegue pour cela les termes, *ou à l'un d'eux*, dont l'effet, s'il faut l'en croire, eſt d'attribuer ce droit à l'Heritier ; & il ajoûte que les termes Collectifs employés par le Teſtateur favoriſoient encore cette interprétation. Qu'elle eſt donc, continuë Duperier, la raiſon pour laquelle la Loi a déclaré qu'il n'y avoit point, pour la Mere, de faculté d'élire entre les Enfans ? Pourquoi la Loi lui interdit-elle une faculté que la forme de la diſpoſition ſembloit lui déferer ? C'eſt que le Teſtateur ayant formellement exprimé ce droit

d'élire dans les degrés ſuivans, c'étoit une preuve, qu'il n'avoit point prétendu le donner dans le degré des Enfans où il n'en avoit rien dit. Voilà, continuë-t'il, ce qui donne lieu à la Loi d'interprêter dans un autre ſens la clauſe *ou à l'un d'eux*, qui par elle-même auroit dû s'entendre du droit d'élire.

IV. Tel eſt le raiſonnement de Duperier. Mais cet Auteur ſuppoſe un principe érronné, ſçavoir, que dans l'eſpece de la Loi, la faculté d'élire auroit eu lieu regulierement entre les Enfans, s'il ne ſe fut point trouvé des circonſtances propres à la faire interdire. Il eſt certain au contraire dans le Droit Romain, que ni les termes Collectifs employés par un Teſtateur, ni les mots *ou à l'un d'eux* n'étoient point cenſés enfermer cette faculté. La clauſe *ou à l'un d'eux* n'avoit d'autre objet que d'établir une Subſtitution vulgaire entre les appellés; & à l'égard des termes Collectifs, ils attribuoient un droit égal à tous ceux du même degré. Telles étoient les maximes du Droit Romain. Il n'en eſt pas de même parmi nous, où les Diſpoſitions faites ſous des termes Collectifs ſe traitent comme étant moins déferées aux perſonnes qu'à la qualité même, de ſorte qu'elles ſont ſuffiſamment remplies, pourveu qu'une Perſonne de la qualité requiſe joüiſſe des Biens. Ainſi les termes Collectifs emportent toûjours parmi nous le droit d'élire, & de la réſulte une difference qui ne permet point de faire aujourd'hui le même uſage de la déciſion de la Loi oppoſée. La Loi a voulu que la faculté d'élire, accordée dans un degré, ne pût pas être ſupplée dans un autre, où elle n'étoit établie ni par les termes ni par la forme de la Diſpoſition; mais elle n'a pas entendu que lorſque la forme de la Diſpoſition emporteroit par elle-même cette faculté, l'expreſſion ſurabondante qui en auroit été faite dans un autre degré dût être un obſtacle à l'effet naturel de la Diſpoſition. En un mot, autre choſe eſt de ſuppléer le droit d'élire où il n'eſt point, & autre choſe de le détruire où il ſe trouve établi. L'expreſſion de ce droit dans un degré ne doit pas le faire ſuppléer dans d'autres qui ne le renferme point par eux-même; mais cette expreſſion n'aura pas la vertu de le dé-

truire dans les Diſpoſitions auſquelles il ſe trouve annexé. Le Teſtateur l'a exprimé dans un degré, parce que l'expreſſion en a échapé à ſa plume ; mais dans les autres degrés, il s'eſt repoſé ſur le droit commun, & ſur l'énergie particuliere que la Juriſprudence a attachée aux termes Collectifs.

QUINSIE'ME QUESTION.

» 1. QUANT à la quinſiéme Queſtion, j'eſtime qu'il » n'y peut avoir aucun doute, que ladite inſtitu- » tion, ou élection contractuelle ne ſoit conditionelle, puis » qu'elle eſt faite en cas que le Donateur decedât ſans faire » nomination, & icelui cas avenant la Donation eſt pure, » mais l'élection eſt faite ſous condition. Que ſi notre Epoux » eût donné au premier de ſes Enfans mâles, ſinon qu'il en » élit par après un autre : En ce cas les anciens Juriſconſul- » tes ſont tous d'accord que la Donation ſeroit pure, mais » non ſi l'élection étoit conditionelle.

» 2. Car les uns & entre iceux Sabinus, tenoient (*a*) *quod* » *ſi res ſic empta ſit, ut niſi pecunia intra diem certum ſoluta eſſet,* » *inempta fieret, vel niſi quis meliorem conditionem attulerit,* » *emptionem eſſe conditionalem.* Et les autres & entre iceux, » *Julianus & Paulus*, que la vente étoit pure, *ſed quæ ſub con-* » *ditione reſolveretur.* (*b*) Et Ulpian y apporte une diſtinction, » & veut qu'on aye égard à l'intention de Contractans. *Nam* » *inquit ſi hoc actum ſit ut meliore conditione diſcedatur, erit pura* » *emptio quæ ſub conditione reſolvitur : ſin autem hoc actum eſt,* » *ut perficiatur emptio, niſi melior conditio offeratur, erit emptio* » *conditionalis.*

» 3. Surquoi la Gloſe, ſuivie du Balde, dit très-bien ; » (*c*) *quòd tunc contractus dicitur conditionalis quando eſt in ſuſ-* » *penſo quoad ſuum eſſe.*

» 4. Et ces diſtinctions ſont ainſi faites en matiere de Con- » trats, comme ventes & Donations, à cauſe des fruits & du » peril de la choſe venduë ou donnée ; (*d*) car ſi la vente eſt

(a) *L. 2. §. Sabine & ſeq. D. pro empt.* (b) *L. quotiens 2. D. de in diem ad dict. & l. 1. D. de leg. com.* (c) *Gl. add. l. 2. de in diem add. Baldus ad l. 1. cod. de in diem add.* (d) *D. l. 2. §. ult.*

„ pure les fruits ſont à l'Acheteur, & auſſi ſi la choſe vient „ à ſe perdre, elle eſt perduë pour lui ; & au contraire ſi la „ vente n'eſt que conditionelle, mais qui ſe puiſſe réſoudre „ avenant quelque condition, le profit & la perte qui arrive „ cependant eſt du Vendeur.

„ 5. Ces conſiderations & diſtinctions n'ont aucun lieu ès „ dernieres volontez, (*a*) comme Teſtamens, Codiciles & „ Donations à cauſe de mort, comme note auſſi la Gloſe „ ſuivie de tous les Docteurs, d'autant qu'on ne peut être „ en doute de l'intention du Diſpoſant, à ſçavoir s'il a voulu „ que ſon Legs ou Donation eût lieu préſentement, ou ſeu- „ lement pour l'avenir, & que (*b*) *quando legatum ſub condi-* „ *tione adimitur, per inde eſt ac ſi ſub contraria conditione datum* „ *fuiſſet ut recte ait Julianus.* Ou comme dit Paulus, *quod purè* „ *datum eſt ſi ſub conditione adimatur, quaſi ſub conditione lega-* „ *tum debetur.* Ou comme dit Bartole, *reſolutio conditionalis in* „ *ultimis voluntatibus facit conditionalem primum actum.*

„ 6. Pour donc adapter ces maximes au fait propoſé, ſi „ nous conſiderons l'inſtitution dont eſt queſtion, comme Acte „ muable & de derniere volonté, il n'y a rien de ſi certain „ que l'élection eſt conditionnelle, puis qu'il n'y a point de „ difference entre cette façon de parler, j'élis mon aîné, ſinon „ que je faſſe autre élection ; & celle-ci, au cas que je ne „ faſſe point d'autre élection, dès maintenant j'élis mon aîné.

„ 7. Et ſi nous prenons ladite inſtitution & Acte d'élec- „ tion pour Contrat, encore ſemble-t'il n'être beaucoup ne- „ ceſſaire d'entrer aux ſuſdites conſiderations, puis qu'on ne „ propoſe pas que le Donateur ſe ſoit jamais deſaiſi durant ſa „ vie des choſes données, ou qu'il en ait été requis, comme „ auſſi il ne pouvoit.

„ 8. Mais pour ſatisfaire à la Queſtion propoſée, je dis „ qu'il eſt évident que notre Donateur s'étoit réſervé tout le

(a) *Gl. Bart. Bald. & alii ad d. l. 2. de in diem add.*

(b) *L. ſi legatum* 10. *D. de adim. leg. l. quibus* 40. §. *quidam Titio D. de condit. & dem. l. quod pure* 6. *D. quando dies leg. ced. Bart. ad d. l. ſi legatum D. de adim. leg.*

„ tems de ſa vie pour faire ſon élection ; & au cas qu'il vint „ à mourir ſans la faire, il inſtituë. Et ainſi on voit bien „ que ſon intention n'a pas été de faire lors élection pure, „ réſolutive ſous quelque condition, mais de la faire condi- „ tionelle, & qui ne peut avoir être ou effet, ſinon après la „ mort dudit Donateur, & au défaut d'autre élection, & par „ ainſi au cas qu'il ait fait élection avant que mourir, il n'y „ a pas deux élections, mais une ſeule, d'autant que l'évene- „ ment de la condition *oſtendit nullam fuiſſe antea electionem ut- „ potè quæ conditione defecta eſt.* Tout ainſi que s'il eût dit, „ *te eligo poſt mortem meam, niſi interea Titius factus ſit Conſul „ & Titius ante mortem electoris. Conſul eſſet factus.*

„ 9. Et finalement puis que l'élection étoit muable juſqu'à „ la mort du Donateur, quand il y auroit quelque doute de „ ſon intention, ce que je n'eſtime, il faudroit que tel Acte „ fût reglé ſelon la nature & proprieté des Actes de derniere „ volonté, vû même qu'il eſt fait par le mot *d'inſtitution*, „ laquelle proprement ne peut être faite qu'en Teſtament.

I. *INUTILITE' de la diſcuſſion où l'Auteur eſt entré dans ce chapitre.*

II. *Les Donations faites aux Enfans à naître, ſoit qu'elles ayent été conçuës purement & ſous condition, ſont toûjours renvoyées après la mort du Pere.*

III. *L'unique deſſein du Pere a été de diſpoſer d'avance de ſa Succeſſion.*

IV. *Sentimens des Auteurs qui l'ont ainſi decidé.*

I. L'AUTEUR examine quel eſt l'état d'une diſpoſition par laquelle le Pere, en donnant au Fils aîné, ſe reſerve la liberté de lui préferer un autre des Enfans ; il demande ſi la Donation eſt pure pour l'aîné & réſoluble ſeulement ſous condition, ou ſi elle eſt conditionelle dans ſa ſubſtance ; en ſorte qu'elle ſoit cenſée commencer ſeulement lors qu'il devient certain par le decès du Pere que le Fils aîné n'a point à craindre un choix contraire. Vulſon s'appeſantit beaucoup ſur cette diſcuſion, elle me paroît bien oiſeuſe.

II. La

II. La raiſon en eſt que les Donation qu'un Pere fait par ſon Contrat de Mariage, en faveur de ſes Enfans à naître, quoiqu'elles ayent été conçuës purement & ſous condition, ſont toûjours renvoyées après la mort du Pere, non-ſeulement pour l'execution & la joüiſſance, mais même pour l'acquiſition du droit, juſques-là qu'elles ſont caduques ſi tous les Enfans décedent avant le Pere.

III. Le deſſein du Pere a été ſeulement de diſpoſer de ſa Succeſſion, il a voulu faire d'avance dans ſon Contrat de Mariage ce qu'il auroit fait par ſon Teſtament, il a moins donné que reglé le ſort de ſon Heredité. En un mot ces diſpoſitions ne ſont au rang des Donations que par l'irrevocabilité qui les accompagne ; mais s'il s'agit de fixer le tems auquel les Enfans peuvent prétendre à la joüiſſance des Biens, s'il s'agit même de fixer celui auquel ils acquierent quelque droit en vertu de cette Donation, le tems du decès du Pere eſt le ſeul qui ſerve d'époque, qui détermine quelque choſe en leur faveur.

IV. Telle eſt, comme nous l'avons remarqué dans un autre endroit, la Doctrine de Valla, de M. Cujas, de Fontanella, enfin de tous les Auteurs ; & c'eſt ce qui a fait dire à Fernand, *cap. 9. n. 2.* & à Lapeyrere, *lettre E. in verbo* Election, *n. 16.* que la faculté d'élire dans ces ſortes de Donations eſt libre & ſujette à variation juſques au moment du decès.

SEZIE'ME QUESTION.

„ 1. POUR reponse à la seziéme Question, qui est la pre-
„ miere des quatre principales, (*a*) je dis que (comme
„ il a été touché ci-dessus) l'institution faite de la personne
„ d'un de ceux qui pouvoit être élû, contient élection pour
„ le tout ou en partie, selon que l'institution est, ou univer-
„ selle ou en partie seulement, & en cela n'y a aucune diversité
„ d'opinions entre les Docteurs.

„ 2. Et par ainsi, puisque notre Donateur a fait Testament,
„ & institué heritier universel le premier de ses fils : Il est cer-
„ tain qu'il n'est pas mort sans faire élection, & que partant
„ la condition sous laquelle ladite institution contractuelle avoit
„ été faite a défailli : ou celle sous laquelle ladite institution
„ étoit revoquée, est avenuë.

„ 3. Et d'autant plus que telle disposition Testamentaire est
„ entierement conforme à ce qui avoit été convenu au Con-
„ trat de Mariage du Testateur, & en est l'exécution, les mâles
„ de ce Mariage étans preferés aux femelles, l'aîné au puîné,
„ & le bien conservé uni.

„ 4. N'obste ce qu'on a voulu dire, que ledit Testament
„ est imparfait, & que l'institution universelle ne peut subsister.
„ Car quand ainsi seroit, ce qui n'est croyable, puisqu'il a été
„ *inter liberos*, pardevant un Notaire qui l'a expedié. Toutefois
„ il suffiroit que telle disposition valut pour Fidéicommis, de-
„ quoi on ne peut douter, puisque la clause codicillaire y est
„ apposée. Et qui plus est, il seroit assez qu'il apparut de la
„ volonté du Testateur & électeur, attendu que l'élection
„ peut être faite sans aucune solemnité, par lettre missive ; ou

(a) *L. unum 67. §. sed si uno & §. si duos D. de leg. 2. l. filius familias 114. §. pen. D. de leg. 1. l. si quis prioris, §. certum C. de sec. nupt. Char. lib. 7. resp. c. 62. Papon. arr. livr. 20. tit. 2. ar. 2. Ranchin. decis. part. 4. concl. 220. gl. Bart. Bald. Sal. & alii add. §. si duos.*

» autre écriture privée déclarative de ſa volonté, ainſi que » nous avons dit ci-deſſus.

» 5. Car, *ex actibus nullis probatur voluntas defuncti maximè* » *quando agitur de ejus voluntate ſuſtinendâ, quamvis ille actus ſit* » *nullus ratione poteſtatis*, comme tiennent les Docteurs unani- » mement. (*a*)

» 6. Et c'eſt pourquoi il n'y auroit raiſon ni apparence, que » ſi le Teſtament étoit nul, comme par exemple s'il étoit fait, » *à filio familias, aut à deportato*, (*b*) que pourtant l'élection » fut nulle, puis que *& filius familias & deportatus imò & ſervus* » *eligere poſſunt*, & que *ille elegit qui quoquomodo declarat quem* » *malit rem habere.* (*c*) Seulement en ce que l'inſtitution ſeroit » un nouvel Acte, & une diſpoſition des Biens reſervez, elle » ſeroit pour non faite ; mais entant qu'elle contiendroit élec- » tion & déclaration du preſent Acte de Donation ou Teſta- » ment, elle ſeroit plus que ſuffiſante.

» 7. De même ſi l'élection étoit faite par voye de Legs ou » Donation, & que leſdits Actes ſe trouvaſſent nuls & défec- » tueux.

» 8. *Quid enim ſi exempli causâ filio familias commiſſa ſit electio* » *& ipſe ſine conſenſu patris res aliquas donet vel etiam leget inter* » *quas contineantur eæ de quibus ei data erat electio, cur illa donatio* » *aut illud legatum non valeret pro electione, quoad res antea dona-* » *tas, cum conſenſus patris non requiratur in electione nec patria* » *poteſtas quidquam obſtet.*

» 9. *Quid ſi ille qui debebat eligere, dederit abſenti nulla inter-* » *veniente ſtipulatione notarii & ſine nuntio vel epiſtolâ, an ideo* » *ille actus non valebit pro electione in quo nec ſtipulatio nec nun-* » *tius vel epiſtola requiritur, quod illa requirantur in donatione.*

» 10. Semblablement ſi le Mari durant le Mariage donnoit à » ſa Femme (au cas que la Femme fût compriſe entre les per- » ſonnes qui pouvoient être élûës) ou le Pere à ſon Enfant » étant en ſa puiſſance, dirions-nous que l'élection compriſe en

(a) *L. ult. D. de reb. eor. Mantica de conject. ult. vol. lib. 3. c. 20. Menoch. de præſ. lib. 4. c. 15.* (b) *De Præt. lib. 1. interpr. 1. dub. 3. fol. 5. n. 54.* (c) *L. ex facto 17. § ſi quis rogatus D. ad Trebell.*

„ ladite Donation ne valut rien, parce que le Mari ne peut pas „ valablement faire donation à la Femme durant le Mariage, ou „ le Pere à son Fils.

„ 11. Ou si la Donation étoit immense faite de tous les Biens, „ & ainsi nulle pour ôter la libre faculté de tester : Dirions- „ nous que telle Donation ne fût bonne, & ne servît d'élection „ pour le regard des Biens où il n'étoit plus besoin de Dona- „ tion, mais seulement de déclaration & élection ?

„ 12. Plûtôt faudroit-il dire que celui qui a voulu donner „ tout, même cela en quoi il avoit toute proprieté, a bien à „ plus forte raison voulu que son Donataire eût cela qui lui „ avoit auparavant été donné *inter cæteros* : Que les solemnitez „ superfluës ne nuisent point, pourveu que les necessaires ni „ défaillent.

„ 13. Et c'est pourquoi aussi un Testament qui ne peut valoir „ comme Testament solemnel, ne laisse pas d'être bon comme „ Testament nuncupatif, si les choses requises en un Testament „ nuncupatif y ont été employées, comme nous avons touché „ ci-dessus. (*a*)

„ 14. Et pour la même raison Bartole (*b*) tient que par la „ préterition des Enfans, l'institution faite de certaine chose „ n'est pas nulle, en tant qu'elle sent & retient de la nature des „ Legs, mais seulement en tant qu'elle tient de la nature de l'ins- „ titution, & qu'elle a le droit d'accroissement, attendu que „ la preterition ou exheredation vitie seulement l'institution, „ & non les Legs & autres choses contenuës au Testament.

„ 15. A ce que dessus ne peut obster ce qu'on dit que bien „ que l'institution soit élection, que toutefois cela se doit enten- „ dre lorsqu'il n'y en a point d'autre ; mais que pour revoquer „ une precedente élection, il faut une expresse déclaration ou „ nouvelle élection ; & partant puisque par le Contrat de Dona- „ tion il y avoit une élection, elle n'est point revoquée par ledit „ Testament.

(a) *Boer. quæst.* 240. *n.* 6. *Clarus*, §. *testamentum*, *quæst.* 4.
(c) *Bart. ad auth. ex causa*, *n.* 15. *C. de lib. præ.*

„ 16. Car encore qu'il ſoit vrai en général que l'inſtitution „ univerſelle ne revoque pas l'élection precedente, comme il „ a été dit ci-deſſus, non plus qu'elle ne revoque pas les „ Donations qui ſont confirmées par la taciturnité & mort du „ Donateur: (*a*) Toutefois cette regle a pluſieurs exceptions.

„ 17. Car premierement, ſi ladite precedente élection n'a „ pas été faite par Acte exprès, mais par le moyen de l'inſti- „ tution, comme l'élection contractuelle dont eſt queſtion, (*b*) „ il eſt bien certain qu'une poſterieure inſtitution la revoque, „ comme le premier Teſtament eſt revoqué par le dernier, ainſi „ qu'il a été verifié ci-deſſus.

„ 18. Secondement, ſi l'inſtitution n'eſt tellement univerſelle, „ que neanmoins elle équipole à une expreſſe & particuliere „ Donation ou Diſpoſition, comme lors que le Teſtateur par „ ſon Teſtament diſtribuë tous ſes Biens entre ceux qu'il pou- „ voit élire, & après en avoir exprimé pluſieurs, finalement „ en tous ces autres Biens en inſtituë l'un, comme nous avons „ dit ci-deſſus, par la Doctrine du Bertrand. Laquelle excep- „ tion a notament lieu, lors que celui qui doit faire l'élection „ eſt le même qui avoit auparavant fait la Donation, & lequel „ nonobſtant la premiere élection eſt toûjours demeuré ſaiſi de „ la choſe donnée, la reputée ſienne, & en a été dit & ap- „ pellé Maître & Seigneur. Toutes leſquelles choſes concou- „ rent & ont lieu en notre fait; car nonobſtant l'élection con- „ tractuelle faite par notre Donateur de ſes Enfans à naître, „ il eſt toûjours demeuré en pleine poſſeſſion & joüiſſance de „ tous ſes Biens, nul partage n'en a été fait, il a été tenu, „ nommé & reputé pour vrai & ſeul Maître & Seigneur d'i- „ ceux, & en a diſpoſé par ſon Teſtament comme de ſa choſe „ propre, ayant aſſigné à chacun de ſes Enfans la portion qu'il „ vouloit qu'il en eût, & fait quelques autres Legs, & fina- „ lement en tous & chacuns ſes autres Biens inſtituë Heritier „ univerſel le premier de ſes Fils, conformement à ſa premiere

(a) *S. q. 5. L. ſequent. quæſt. 68. D. de leg. 2.*
(b) *S. q. 4.*

» intention, & des autres Contractans dont nous avons parlé » ci-deſſus.

» 19. On peut encore ajoûter cette conſideration, que la » Donation n'avoit pas été faite de certaines & particulieres » choſes, comme d'un tel Fonds, ou d'une telle Maiſon, mais » de la moitié de tous Biens & actions, auquel cas pluſieurs » eſtiment, (a) *Donationes quæ morte confirmantur revocari & » contineri inſtitutione univerſali.* Et de fait le Juriſconſulte » Ulpian ne poſe pas le cas, (b) *in Donatione quotæ bonorum » vel hereditatis ſed in Donatione rerum ſingularium quæ maritus » vivus contulit in uxorem & ſic præſupponit traditionem fuiſſe » factam.*

» 20. En troiſiéme lieu, il n'y a aucun doute que l'élec- » tion faite par le moyen de l'inſtitution univerſelle ne faſſe » défaillir la premiere élection qui eſt faite au cas & condition » qu'aucune élection ne fût faite, ou qu'elle ne la revoque ſi » elle eſt revocable ſous cette condition, tout ainſi que ſi elle » avoit été faite ſous quelqu'autre condition qui eût défailli; » car il n'eſt pas queſtion de conſiderer la force de la derniere » élection, pour ſçavoir ſi elle doit être expreſſe, ou s'il » ſuffit qu'elle ſoit tacite, mais ſeulement s'il y a élection, » c'eſt-à-dire ſi la condition eſt arrivée: Comme la Subſtitu- » tion ſous condition, *ſi ſine liberis* eſt faite caduque par la » naiſſance des Enfans, *ſive liberi ſint ſubſtituti, ſive in condi- » tione tantùm.*

» 21. Nobſte auſſi de dire que cette inſtitution ne peut être » élection, & ne peut revoquer ou faire défaillir la premiere, » parce que le même qui avoit été élû par la premiere élec- » tion, l'eſt auſſi par la derniere, *quia jam electus fruſtrà » eligitur.*

» 22. Car en premier lieu, je dis que par le Contrat notre » Donateur avoit inſtitué en la moitié de ſes Biens ſous dou- » ble condition ſon premier Enfant à naître: A ſçavoir s'il

(a) *Menoch. 4. præſ. c. 196. n. 46.*
(b) *L. ſequens, q. 60. D. de leg. 2.*

„ étoit capable, & s'il mourroit ſans faire élection, & par „ ſon Teſtament il inſtituë purement & ſans condition tel déja „ né ſon Fils aîné par lui connu en tous ſes Biens dont il ne „ diſpoſoit par ledit Contrat, & par ainſi c'eſt toute autre „ élection faite avec certitude, encore que répondant à l'in- „ tention de la premiere.

„ 23. Secondement, il ne s'enſuit pas que celui qui a été „ inſtitué Heritier par un précedent Teſtament, ne le puiſſe „ être encore par un ſubſequent, & que le dernier ne caſſe le „ premier, ou qu'il ſoit fait fruſtratoirement & inutilement; „ car on peut ajoûter, ou diminuer, faire la condition de „ l'Heritier meilleure en l'inſtituant purement, lui ôtant les „ Coheritiers, & le déchargeant des Legs & Subſtitutions, „ ou la faire déterieure en lui baillant des Coheritiers, en le „ chargeant de Fidéicommis & Subſtitutions, ou lui oppo- „ ſant autres conditions, (*a*) & ne lui ſeroit permis de ſe „ tenir au premier, non plus qu'à celui à qui quelque choſe „ auroit été leguée purement par un Teſtament & par Codicile „ ſubſequent il auroit été chargé de la rendre à un autre.

„ 24. Cette oppoſition pourroit avoir couleur, ſi la pré- „ cedente élection étoit immuable. Ou au cas qu'elle pût être „ changée, ſi elle eût été faite par exprès, & non par inſti- „ tution d'Heritier, ſi elle eût été faite purement & non ſous „ condition, & ſi la derniere ne contenoit ne plus ne moins „ que la precedente, comme a été dit ci-devant; & néan- „ moins elle ne laiſſeroit pas toûjours d'être nulle, & ne ſeroit „ d'aucune conſideration, que la même perſonne ſe trouve- „ roit élûë, non plus que ſi l'élection eût été commiſe à un „ tiers, & au cas qu'il n'en fit point Pierre étoit élû; car ſi „ ce tiers venoit à élire Pierre, la premiere élection demeu- „ reroit auſſi bien nulle à défaut de condition, que ſi un autre „ eût été élû de ceux qui le pouvoient être. (*b*) *Novus enim* „ *actus idem operatur in eâdem perſona, quod operaretur in novâ,*

(a) *L. ſi tibi* 28. *D. de adim. vel. tr. leg.*
(b) *L. item* 6. §. *ult. D. de in diem add. & ibi Bala.*

„ *nec confirmatur prior actus ſed novus fit*, dit le Balde. Finale-
„ ment notre Donateur tant s'en faut qu'il ait rejetté cette
„ derniere élection & inſtitution, & ait fait déclaration de ſe
„ tenir à la premiere (ce qu'il n'eût pû, ny en ayant point
„ d'autre que celle-ci, *& quæ ſemper intellectu prima eſſet*) au
„ contraire il s'eſt porté pour Heritier pur & ſimple de ſon
„ Pere, & a entierement approuvé ſa derniere élection & diſ-
„ poſition; & cela de l'avis & conſentement de ſa mere, Tu-
„ trice & Curatrice qui avoit procuré & ſtipulé ladite Dona-
„ tion, & a de ſon pouvoir executé ledit Teſtament & élec-
„ tion, mêmes a par Tranſaction reſtitué toute l'Heredité de
„ ſon Mari à ſondit Fils puîné, n'apparoiſſant pas même que
„ ledit aîné Donataire ait jamais eu notice de la premiere élec-
„ tion & inſtitution conditionelle.

L'AUTEUR decide dans ce Chapitre, premierement qu'une élection portée par un Teſtament nul ne laiſſe pas d'être valide; Secondement que l'inſtitution générale tient lieu de choix dans le cas même que le Teſtateur ou le Donateur ont déclaré d'avance qu'ils vouloient qu'en défaut d'élection les Biens appartiſſent à l'aîné ou à quelqu'autre des Enfans; Troiſiémement que la faculté d'élire ne ſe perd point par la deportation.

§ PREMIER.

Si l'élection eſt valide lorſqu'elle eſt faite par un Teſtament nul.

I. *AUTEURS & Arrêts qui ont decidé en faveur de l'élection lorſquelle eſt expreſſe dans le Teſtament.*

II. *L'élection eſt conſervée, quoique l'Heritier n'ait point été chargé de rendre & d'élire, mais de diſpoſer des Biens.*

III. *S'il*

III. *S'il en doit être de même de l'élection tacite qui réſulte de l'inſtitution.*

IV. *Que dans la rigueur du droit la nullité de l'inſtitution devroit entraîner celle de l'élection tacite.*

V. *Examen d'un Arrêt du Parlement de Toulouſe, par lequel M. de Catellan dit que la choſe fut ainſi jugée.*

VI. *L'eſprit de la Juriſprudence eſt de reconnoître dans l'inſtitution une élection diſtincte & ſeparée qui reſte en ſon entier, quoique l'inſtitution ſoit déclarée nulle.*

VII. *Arrêts qui ont jugé en conſequence que l'Heritier pouvoit, en repudiant, conſerver néanmoins le profit du Fidéicommis.*

VIII. *Quel eſt le motif particulier de cette Juriſprudence.*

I. TOUS les Auteurs conviennent que la nullité du Teſtament, ſoit qu'elle provienne de l'incapacité du Teſtateur, ou de celle de l'Heritier inſtitué, ou d'un défaut de ſolemnité, n'empéche point que l'élection qui y eſt renfermée n'ait ſon effet. M. Cujas le décide de même dans ſa Conſultation premiere; & la raiſon qu'il en donne, c'eſt que l'élection n'eſt ni un Legs ni un Fidéicommis, qu'elle ne tient point de la nature des Diſpoſitions de derniere volonté, en un mot, que c'eſt un Acte ſimple; qu'ainſi il en doit être comme de l'Aſſignat des affranchis qui, ſelon la Loi 7. *ff. de aſſign. lib.* peut ſe faire ſans l'aſſiſtance de Témoins & ſans aucune autre ſolemnité. Duperier dans ſes Queſtions *liv.* 4. *queſt.* 33. dit que la préterition de l'un des Enfans, en faiſant déclarer le Teſtament nul, ne donne point d'atteinte à l'élection qui peut y être renfermée.

II. Pour ce qui concerne la Juriſprudence des Arrêts, Boniface, *tom.* 2. *liv.* 3. *tit.* 2. *chap.* 1. en rapporte un du Parlement de Provence du 14. Juin 1646. dans l'eſpece d'un Teſtament déclaré nul par la qualité de la Teſtatrice, qui étoit Fille de famille. Mais le même Auteur en rapporte un autre du 14. Novembre 1662. dont l'eſpece eſt bien plus remarquable. L'Heritier n'avoit pas été préciſement chargé de rendre & d'élire, il avoit été chargé de diſpoſer. Ces deux

formes de Subſtitutions, paroiſſent d'abord bien differentes. Dans la premiere, c'eſt le Teſtateur lui-même qui donne, c'eſt lui qui appelle & qui ſaiſit les Subſtitués. L'Heritier n'a qu'un ſimple miniſtere pour remettre les Biens à l'un plûtôt qu'à un autre. Ainſi il n'eſt pas étonnant que cette remiſe ne ſoit ſujette à aucune ſolemnité particuliere. Mais quand l'Heritier eſt chargé de diſpoſer, c'eſt lui qui donne, qui fait, pour ainſi dire, le Fidéicommis, il prend le caractere de Teſtateur. Il ſemble donc que ſes diſpoſitions ne doivent être autoriſées qu'autant qu'elles ſont accompagnées de la forme requiſe pour faire valoir les Actes de derniere volonté. J'ai déja eu occaſion de parler ailleurs de cette difference ; j'ai fait voir qu'elle conſiſte plus dans les paroles que dans le fonds, qu'un Heritier chargé de diſpoſer n'eſt réellement qu'un Heritier grevé de rendre ; & c'eſt auſſi ce que jugea l'Arrêt du Parlement de Provence. La diſpoſition que l'Heritier avoit faite par un Teſtament Olographe, dont l'uſage n'étoit point reçû dans la Provence, fut confirmée.

III. La Queſtion eſt bien plus difficille lorſque l'élection n'eſt point expreſſe dans le Teſtament, & qu'il ne s'en trouve point d'autre que celle qui réſulte de l'inſtitution.

IV. Si l'on conſulte la pureté du Droit, il eſt certain que par la nullité de l'inſtitution, l'Heritier devroit être ſans ouverture à l'égard des Biens ſubſtitués ; & pour s'en convaincre il n'y a qu'à refléchir ſur ces mots du §. 4. de la Loi *Unum ex familiâ*, que le droit de l'Heritier inſtitué ne conſiſte qu'en une retention qui lui eſt accordée à titre Hereditaire. Comme le Fidéicommis ſe trouve confondu dans la maſſe de l'Heredité, l'inſtitution, en lui déferant l'Heredité, le rend auſſi poſſeſſeur des Biens du Fidéicommis ; & l'Heritier ſaiſi du Fidéicommis par cette voye eſt reçû à s'y maintenir au préjudice des autres éligibles, parce que la volonté du Teſtateur eſt ſuffiſamment remplie, de là que les Biens reſtent à un de ceux qu'il a enviſagés. *Pro his quidem portionibus quas jure hæreditario retinent, Fideicommiſſum non petitur.* Ainſi l'Heritier n'eſt cenſé élû qu'autant qu'il eſt Heritier, il ne ſuccede au

Fidéicommis qu'à titre hereditaire & à l'occaſion de l'heredité, qui le lui fait tomber en main. En un mot, la Loi ne lui accorde qu'une retention de bienſeance, dans le cas qu'il eſt ſaiſi par une inſtitution legitime; elle ne fait que confirmer en ſa Perſonne la poſſeſſion que le titre Hereditaire lui a fait paſſer.

V. M. de Catellan, *liv. 2. chap. 31.* a taché de nous faire entendre que cette maxime étoit reçûë au Parlement de Toulouſe. Il prétend en effet que l'Arrêt du 12. Juillet 1686. qu'il rapporte dans ce Chapitre, ne rejetta la pourſuite de l'Heritier inſtitué que parce que ſon inſtitution fut déclarée nulle par inofficioſité. Mais j'ai déja obſervé en un autre endroit que M. de Catellan n'avoit pas penétré le veritable motif de cet Arrêt; j'ai fait voir que dans l'eſpece qui y donna lieu il y avoit une premiere élection faite par Contrat de Mariage; en ſorte que quand même l'inſtitution poſterieure, que l'Heritier avoit faite en faveur d'un autre, auroit été parfaitement reguliere, l'élection qui en réſultoit n'auroit pas été utile contre les interêts du premier élû. C'eſt l'irrevocabilité de la premiere élection qui fit rejetter la ſeconde.

VI. Quoiqu'il en ſoit, il eſt du moins certain qu'aujourd'hui l'on tient pour maxime, contre la diſpoſition rigoureuſe de la Loi, que la nullité de l'inſtitution n'empéche pas que l'Heritier inſtitué n'en puiſſe faire uſage pour être maintenu dans les Biens ſubſtitués. C'eſt ainſi que l'a decidé Vulſon; c'eſt encore ainſi que le Parlement de Bordeaux le decida par un Arrêt de l'année 1688. rapporté par Lapeyrere, *lettre E. n.* 18. dans l'eſpece d'un Teſtament, que la qualité de la Teſtatrice, qui étoit Fille de Famille, fit déclarer nul; & c'eſt par une ſuite de cette Juriſprudence qu'il a été tant de fois jugé que l'Heritier inſtitué eſt admis à recuëillir les Biens ſubſtitués, bien qu'il repudie l'inſtitution hereditaire. M. de Catellan, *liv. 2. chap. 59.* en rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 24. Janvier 1651. & j'en connois une foule d'autres qui ont également permis de diviſer l'inſtitution.

VII. Le plus remarquable de ces Arrêts a été rendu le

21. Août 1673. dans la cause du sieur Lauziere de Gayraud, contre M. de Lauriol, Conseiller en la Cour des Aydes de Montpeillier, après un Partage porté de la Seconde à la Premiere Chambre des Enquêtes. Marguerite Bonal, Femme du sieur de Pluviés, avoit été grevée de Fidéicommis par Guillaume Bonal son Pere, en faveur d'un des Enfans qui naîtroient de son Mariage. Elle instituë *François* de Pluviés, son Fils, pour son Heritier, & donne la somme de 6000. liv. à Loüise sa Fille, mariée avec le sieur Lauzieres de Gayraud. Loüise n'étant point payée de sa constitution dotale, elle se pourvoit contre M. de Lauriol, Heritier de *François*; & M. de Lauriol ayant rapporté, pour se dispenser de ce payement, une répudiation que *François* avoit faite de l'heredité de sa Mere, il fut question de sçavoir si François, par cette répudiation, n'avoit pas perdu l'utilité du choix que l'institution hereditaire renfermoit en sa faveur. Les suffrages furent partagés à la Seconde Chambre des Enquêtes, mais le partage *porté à la Premiere*, il *intervint* Arrêt, M. de Nicolas Rapporteur, & M. de Josse Compartiteur, qui jugea que François avoit conservé le même droit sur la Substitution. On passa même plus loin dans la discussion des Avis; on fut d'accord que quand même l'Heritier grevé, en instituant un des éligibles, auroit ajoûté que l'institution n'auroit force de choix qu'autant qu'il accepteroit l'heredité; un pareil ordre n'empêcheroit point que l'Institué ne pût répudier & conserver les Biens substitués, parce qu'autrement les Heritiers auroient une voye ouverte pour détruire le Fidéicommis, en obligeant celui qu'ils éliroient, de se charger d'une Heredité souvent onereuse. Le Parlement de Toulouse a accordé la même faveur aux Heritiers institués par les Arrêts du 6. Avril 1664. du 4. Septembre 1678. & du 1. Août 1686. que nous avons rapportés sur la premiere Question, quatriéme Point *n.* 9. & 20.

VIII. L'institution d'Heritier est considerée comme une disposition double, de maniere que le sort de l'une de ces deux dispositions ne doit pas dependre de celui de l'autre. Il est vrai

néanmoins que M. de Catellan a prétendu trouver des differences entre une institution nulle & une institution repudiée ; mais n'est-il pas sensible que l'élection qui résulte de l'institution d'Heritier ne peut être conservée en faveur de l'Heritier qui répudie, que parce qu'on la considere comme une disposition separée de l'institution ? Et ce même motif n'a-t'il pas son application pour admettre le Substitué nonobstant les vices de l'institution ? L'institution tombe sur deux patrimoines à la fois, & quoique nulle pour le patrimoine propre de l'Heritier, parce qu'il ne lui est pas permis de disposer de ses Biens qu'avec une foule de solemnités, elle reste valable à l'égard du patrimoine que l'Heritier étoit grevé de rendre, parce qu'elle degenere à cet égard en un simple choix qui n'est sujet à aucune solemnité. On voit par-là qu'il ne peut guere arriver que les élections soient attaquées du côté de la forme & par le vice particulier de l'Acte où elles sont renfermées ; mais il y a bien d'autres défauts qui peuvent les faire rejetter, ou par la qualité de la personne élûë, ou par les vûës qui ont été apportées à l'élection, ou par le tems dans lequel elle a été faite. Je ne croirai pas m'écarter beaucoup du plan de mon Auteur en traitant sommairement les Questions qui peuvent éclaircir ces trois differentes especes de nullités.

Nullités qui résultent de la qualité de la personne élûë.

I. *L'HERITIER est le maître de déterminer son choix sans avoir égard au merite des sujets.*

II. *Premiere exception dans le cas que l'Heritier ne préfere l'indigne que par un principe de haine contre ceux qui auroient merité la préference.*

III. *Seconde exception dans le cas que le Testateur n'a pas laissé une faculté libre & absoluë*

à l'Heritier, qu'il s'en est simplement remis à sa discretion & à son jugement.

IV. *L'élection de l'indigne est encore plus réjettable, lors que l'Heritier a été chargé de distinguer le merite des Substitués.*

V. *Differentes formes de disposition sous lesquelles un Heritier peut être chargé de rendre aux Sujets dignes ou qui meriteront de lui.*

VI. *Maxime commune pour toutes ces Dispositions, que si l'Heritier decede sans avoir fait aucun choix, il suffit de ne l'avoir pas offensé pour être admis à recuëillir.*

VII. *Quelle est la maniere dont l'Heritier doit disposer, lors que le Testateur s'en est remis à son jugement sur la dignité des Sujets.*

VIII. *Il n'est point tenu de rendre en ce cas à tous ceux qui peuvent être dignes, mais il a la liberté de préferer les uns aux autres.*

IX. *Il a même la liberté de préferer des Sujets indifferens à ceux qui lui ont rendu des services effectifs.*

X. *Preuves de cette Doctrine tirées de la Loi* 24. de Leg. 2.

XI. *Qu'au contraire lorsque le Testateur n'a point remis la dignité des Sujets au jugement de son Heritier, le Fidéicommis doit être rendu également à tous.*

XII. *L'Heritier n'est pas même en droit d'exclure les Sujets indifferens pour remettre le tout à ceux qui lui ont rendu de bons services.*

XIII. *L'Heritier ne peut les exclure que lors qu'il a été chargé de distinguer le merite des Substitués.*

XIV. *Qu'en ce cas l'Heritier est non-seulement en droit d'exclure les sujets indifferens, qu'il ne lui seroit pas même permis de les admettre au concours.*

XV. *Pourquoi l'Heritier qui dispose ne peut point faire concourir les sujets indifferens, tandis qu'ils concouroient s'il mouroit sans disposer.*

I. LA premiere Question qui se présente sur la qualité des personnes, est de sçavoir si l'Heritier peut faire son choix sans avoir égard au merite des Sujets. Elle est decidée par la Loi *Cum quidam* 24. *ff. de Leg. & fideic.* 2. qui déclare que l'Heritier peut choisir celui qui le merite le moins. *Cum*

quidam ita Fideicommiſſum reliquiſſet, rego reſtituas liberis meis quibus voles, Marcellus putavit poſſe hæredem & indignum præferre. La dignité ou l'indignité ne ſont point conſiderées ici du côté du Droit, mais du côté du Fait, par rapport aux qualités perſonnelles des Sujets, ou pour la conduite qu'ils ont tenuë à l'égard de l'Heritier. On eſt digne des faveurs de la fortune par ſes vertus & par ſes talens; mais ſans avoir ni vertus ni talens, on peut par des ſoins, par des attentions & des bons offices, avoir merité les faveurs d'un particulier. La Loi ne diſtingue point entre ces ſortes de merites, & ſoit que l'indignité vienne des défauts perſonnels, ſoit qu'elle vienne des offenſes commiſes contre l'Heritier, elle veut que l'élection ait toûjours ſon effet. Molina qui a extrêmement agité cette matiere dans ſon Traité *de Primog. hiſp. lib. 2. cap. 5.* y appoſe deux exceptions.

II. La premiere eſt lorſque l'Heritier n'a choiſi un Sujet indigne que par un principe de dégout, de haine & d'averſion contre ceux qui auroient merité la préference. On n'approuve point les Actes, dont le dol a été le principe; & peut-on bien juſtifier les ſentimens d'un Heritier qui affecte de ne porter les Biens dans des mains indignes que dans la vûë d'en priver ceux que leur vertu & leur conduite, à ſon égard rendoient ſeuls dignes de les poſſeder? Il faut obſerver néanmoins que pour accuëillir cette préſomption, il ne ſuffit pas de connoître les ſentimens de haine & de dégout que l'Heritier peut avoir conçûs; il faut qu'il s'en ſoit expliqué dans l'Acte d'élection, ou qu'il ait fait preceder des menaces qui ſoient bien & duement juſtifiées, ou bien enfin qu'il ait tenu après coup des diſcours propres à faire connoître quel a été le principe de ſa diſpoſition.

III. La ſeconde exception de Molina eſt lorſque le Teſtateur n'a pas laiſſé une faculté libre & abſoluë à ſon Heritier, qu'il s'en eſt plûtôt remis à ſon jugement, à ſa diſcretion, à ce que les Loix appellent l'Arbitrage d'un Homme de bien. La faculté eſt libre & abſoluë lorſque l'Heritier a été chargé de rendre à ceux qu'il voudra. Elle degenere en une ſorte d'Arbitrage, ſelon la Loi 11. §. 7. *ff. de Leg.* 3. lorſqu'il

a été chargé de rendre à ceux à qui il jugeroit à propos. L'Heritier eſt tenu de ſe conduire alors ſur les principes d'un Homme de bien, *ut bonus vir Arbitraretur*; & quel l'Homme de bien préfereroit un Sujet ſans mœurs, ſans caractere, chargé, peut-être, de mille offenſes envers l'Heritier, à des Sujets vertueux, eſtimables dans la ſocieté, qui n'auront ceſſé de provoquer l'Heritier par de bons offices?

IV. La préference de l'indigne eſt encore plus réjettable, quand l'Heritier a été chargé par exprès de diſtinguer le merite entre les Subſtitués; mais il ne paroît pas trop facile de fixer quel ordre alors l'Heritier eſt obligé de ſuivre.

V. Les Loix ont diſtingué quatre cas, 1°. Quand le Teſtateur s'en eſt remis au jugement de ſon Heritier ſur le merite des Sujets, *Je vous charge de rendre à ceux que vous jugerés dignes.* 2°. Quand, ſans attendre le jugement de l'Heritier, il a appellé vaguement ceux qui ſeroient dignes: *Je vous charge de rendre à ceux qui meriteront de vous.* 3°. Quand dans cette même eſpece il a mis de niveau tous les Sujets qui meriteroient, quoiqu'ils ne meritaſſent pas au même point. 4°. Quand au contraire il a eu égard à la difference des merites, en ordonnant à l'Heritier de diſtribuer les Biens aux Subſtitués à proportion qu'ils le meriteroient.

VI. Dans toutes ces Diſpoſitions il y a une maxime commune, que ſi l'Heritier meurt ſans avoir diſpoſé, tous ceux qui n'ont pas demerité de lui, ſont également traités, ſans que ceux qui lui ont rendu des ſervices effectifs puiſſent obtenir la préference ſur les ſujets indifferens, dont le ſeul merite eſt de ne l'avoir pas offenſé. Telle eſt la diſpoſition de la Loi 77. §. 25. *ff. de Leg.* 2. *Rogo reſtituas libertis tuis at quiſque de te meruerit, matris electione ceßante, ſufficiet ſi non offenderint.* Il ne naît des differences entre ces quatres ſortes de Fidéicommis que lorſque l'Heritier diſpoſe & veut executer la diſtribution des Biens dont le Teſtateur l'a chargé.

VII. Au premier cas, qui eſt celui auquel le Teſtateur s'eſt remis au jugement de ſon Heritier ſur le merite des Sujets, on obſerve que l'Heritier n'eſt point tenu de rendre à tous

tous ceux qui le meritent, qu'il peut préferer les uns aux autres, qu'il lui eſt même permis d'élire les Sujets indifferens, par préference aux autres qui ont paſſé juſqu'à lui rendre de bons offices.

VIII. Je dis premierement, que l'Heritier a droit d'élire entre ceux qui ont merité. Autrement s'il étoit tenu de rendre à tous ceux qui ſeroient dignes, que deviendroit la diſpoſition par laquelle le Teſtateur s'en eſt remis à ſon jugement? Quel jugement & quelle volonté y auroit-il de ſa part? Le Teſtateur n'a pas appellé tous ceux qui ſeroient dignes, mais ceux que l'Heritier jugeroit tels; & tout le monde ſçait que rien n'eſt plus arbitraire & ne depend plus du caprice, du goût & de la maniere de penſer.

IX. Je dis en ſecond lieu, que l'Heritier peut accorder ſon choix à ceux dont le ſeul merite eſt de ne l'avoir pas offenſé, parce que ſelon les Loix 20. & 51. *ff. de manum Teſt.* cette qualification de Sujets dignes ou de Sujets qui ayent merité ne renferme pas ſeulement ceux qui ont de bons offices à faire valoir, mais renferme généralement tous ceux qui n'ont point offenſé. C'eſt entre tous ceux-là que le Teſtateur a laiſſé l'Heritier le maître & l'arbitre de ſon choix, & de là cette conſéquence qu'il doit lui être permis d'avantager indifferamment les uns ou les autres.

X. Telle a été la Doctrine du Preſident Faber dans ſon Traité, *de Err. pragm. dec.* 54. *err.* 1. & cet Auteur l'a puiſée dans la Loi *Cum quidam* 24. *ff. de leg.* 2. en retranchant néanmoins du Texte de cette Loi le mot *Petere*, qui s'eſt gliſé par la faute des Copiſtes, pour mettre à la place le mot *Præferre*, qui paroît être l'expreſſion originaire du Juriſconſulte. La Loi déclare qu'il y a une difference entre l'Heritier grevé, de rendre à tel des Enfans qu'il lui plaira, *Quibus voles*, & celui qui a été grevé de rendre aux Enfans qu'il jugeroit dignes, *Quos dignos putaveris.* Le premier, dit-elle, a la liberté de préferer un indigne, *Poteſt & indignum præferre*; mais il n'en eſt pas de même du ſecond, & il faut du moins qu'il détermine ſa préference en faveur d'un Sujet qui ne ſe

ſoit pas rendu indigne par des offenſes. *Sed ſi ita his quos dignos putaveris præferre poſſe ait eos qui non offenderint.*

XI. Voilà pour ce qui eſt des Diſpoſitions par leſquelles l'Heritier a été laiſſé le Juge de la dignité des Subſtitués. Mais lorſque le Teſtateur, ſans faire dépendre leur merite du ſuffrage de l'Heritier, a abſolument ordonné que les Biens fuſſent diſtribués à tous ceux qui en ſeroient dignes ; l'Heritier n'a plus le droit de faire une élection, il eſt tenu de les comprendre tous dans la reſtitution du Fidéicommis ; & ceux qu'il auroient negligés ſeroient en droit d'attaquer ſa diſpoſition pour être admis à partager avec ceux qu'il a nommés. *Eos autem*, dit la Loi 77. §. 25. *ff. de leg.* 2. *Quos mater elegerit fore potiores, ſi ſoli promeruiſſent.*

XII. On doute ſeulement ſi l'Heritier dans ce cas n'eſt pas dumoins reçû à ſe fixer ſur les Sujets qui lui ont rendu de bons offices, en n'avantageant qu'eux ſeuls & laiſſant à l'écart les *Sujets indifferens*, & c'eſt ce qui depend des autres ſous diviſions que nous avons propoſées.

XIII. Si le Teſtateur a vaguement appellé tous les Sujets dignes ou qui auroient merité, alors la qualification de Sujets dignes ou de Sujets qui ont merité, renfermant auſſi-bien les Sujets indifferens que ceux qui ſe ſont ſignalés par une conduite bienfaiſante, l'Heritier eſt tenu de les égaler tous ſans pouvoir préferer les uns aux autres. Telle eſt la Doctrine de la Loi 20. *ff. de manum. teſt.* par laquelle un Heritier chargé d'affranchir les Eſclaves qui auront merité de lui, doit également la liberté à ceux qui *talia officia admiſerint pro quibus libertatem mereantur*, & à ceux dont la conduite n'aura été qu'exempte de faute, *qui tale quid non admiſerint ut indigni ſint.*

XIV. L'Heritier n'eſt donc en droit d'exclure les Sujets indifferens que lorſque le Teſtateur lui a recommandé d'obſerver la difference du merite entre les Subſtitués ; car ceux qui ont de bons offices à faire valoir, ayant bien plus de merite que ceux qui ſe ſont contentés de ne pas pécher, il eſt certain que l'Heritier ne fait rien que de juſte en leur donnant la préference. C'eſt ce que le §. 35. de la Loi 77.

donne parfaitement a entendre lorſqu'elle dit que l'exemption de toute faute ne tient lieu de merite & n'eſt ſuffiſante pour être admis a recuëillir, que lorſque l'Heritier eſt mort ſans avoir diſpoſé & ſans avoir accordé la préference à d'autres Sujets plus dignes. *Matris electione ceſſante, ſufficiet ſi non offenderint.*

XV. La Loi laiſſe néanmoins une difficulté qui eſt de ſçavoir ſi cette préference, en faveur de ceux qui ont réellement merité, eſt arbitraire & libre de la part de l'Heritier : enſorte qu'il lui ſoit permis de mêler, s'il le veut, les Sujets indifferens avec ceux à qui il doit de la reconnoiſſance. C'eſt ſurquoi M. Cujas & le Preſident Faber ne ſont pas tombés d'accord. Le premier ſur le §. 25. de la Loi 77. *de leg.* 2. dit que, *Recte hæres eos qui non offenderunt promiſcuerit his qui promeruerunt.* Le Preſident Faber dit au contraire ; *ita Arbitrium datum eſt ut ſolos eligere deberet eos qui promeruiſſent.*

L'opinion de ce dernier me paroît plus conforme à la volonté, puiſqu'il eſt vrai de dire que la difference du merite que le Teſtateur a recommandée ne ſeroit plus rien, s'il étoit permis à l'Heritier de confondre des Subſtitués dont la cauſe eſt ſi inegale.

XVI. Le Preſident Faber conclud juſtement de tout cela que la condition des Sujets indifferens, dans le cas que l'Heritier diſpoſe des Biens, eſt beaucoup moins avantageux que lorſqu'il meurt ſans avoir diſpoſé. Dans ce dernier cas, tous ceux qui n'ont point offenſé ſont admis, parce qu'alors cet la Loi elle-même qui regle la diſtribution des Biens ; & elle n'enviſage pour cela que la qualité perſonnelle & la faveur des Subſtitués, ſans aucun rapport à la conduite plus ou moins pieuſe qu'ils peuvent avoir tenuë à l'égard de l'Heritier, excluant néanmoins ceux qui auroient perdu ce caractere de faveur par des excès & des outrages. Mais lorſque l'Heritier veut faire par lui-même la diſtribution des Biens, il eſt tenu de la faire telle que le Teſtateur l'a preſcrite ; & de-là que le Teſtateur lui a enjoint d'obſerver entre les Sujets la difference de leur merite, il ne lui eſt pas permis de s'éloigner de ce plan.

Nullité priſe des vûës qui ont été apportées à l'élection.

I. *L'ELECTION eſt nulle toutes les fois que l'Heritier en a retiré une recompenſe.*

II. *Premiere raiſon priſe de la contravention à la volonté.*

III. *Seconde raiſon priſe de la nature gratuite de l'élection.*

IV. *Troiſiéme raiſon priſe du dol perſonnel.*

V. *Auteurs qui l'ont ainſi decidé.*

VI. *Arrêt conforme du Parlement de Provence.*

VII. *Eſpece notable ſur laquelle le Parlement de Toulouſe a ſuivi la même Doctrine.*

VIII. IX & X. *Expoſition du Fait.*

XI. *Premiere fin de non-recevoir qu'on oppoſoit pour exclurre la pourſuite des éligibles.*

XII. *Seconde fin de non-recevoir.*

XIII. *Raiſons employées au fonds en faveur de l'élection.*

XIV. *Moyens employés de la part des éligibles.*

XV. XVI & XVII. *Réponſe à la premiere fin de non-recevoir.*

XVIII. *Réponſe à la ſeconde.*

XIX. *Raiſons au fonds contre l'élection.*

XX. *Réponſe à deux Arrêts qu'on prétendoit avoir jugé pour la validité de l'élection.*

XXI. *L'Arrêt qui fut rendu caſſa l'élection & ordonna le delaiſſement des Biens en faveur d'un tiers à qui les autres éligibles avoient cedé leurs droits.*

XXII. *On ne conſerve pas même une portion virile au Fidéicommiſſaire qui a accepté une élection de cette eſpece.*

XXIII. *Que l'élection eſt valide néanmoins, lorſque les avantages que l'Heritier a cherché à ſe procurer, n'ont rien de contraire au Fidéicommis.*

XXIV. *Arrêt du Parlement de Toulouſe qui l'a ainſi jugé.*

XXV. *Moyens reſpectifs qui étoient employés par les Parties.*

I. L'ELECTION eſt nulle toutes les fois que l'Heritier chargé d'élire y a cherché ſes avantages, qu'il en a fait payer le prix à celui qu'il a choiſi.

II. La raiſon en eſt, qu'aux termes des Loix, la reſtitution du Fidéicommis n'eſt valable qu'autant qu'elle eſt faite dans un ordre conforme à la volonté du Teſtateur. *Non transferuntur actiones*, dit la Loi 10. *ff. ad treb. cum non ita reſtituitur hæreditas ut Teſtator rogavit.* Or ici la volonté eſt doublement violée. D'un côté le deſſein du Teſtateur a été que l'Heredité fût renduë entiere & ſans diminution, & l'Heritier abuſant du miniſtere qui lui a été confié, retient frauduleuſement pour lui une partie du profit. D'un autre côté, le Teſtateur a entendu que ſon Heritier ſe conduiſît dans ſon choix avec un eſprit de jugement & de droiture, & l'Heritier au contraire a laiſſé corrompre ſon ſuffrage.

III. On peut ajoûter deux traditions conſtantes, que les Auteurs ont puiſées dans differens textes du Droit. La premiere, que les Actes qui de leur nature doivent ſe faire gratuitement, deviennent inutiles & degenerent en des traités honteux toutes les fois que l'on y attache un prix. Et la ſeconde, qu'un Heritier ou un Legataire qui payent un prix au Teſtateur pour obtenir de lui d'être inſtitués ou être avantagés par des Legs, ſont exclus des Diſpoſitions qu'ils ſe ſont procurées par cette voye.

IV. Enfin n'eſt-ce pas un dol marqué de la part du Fidéicommiſſaire d'avoir acheté l'élection au préjudice de ceux qui pouvoient y prétendre comme lui?

V. Telle eſt la Doctrine de Molina en ſon Traité *de Primog. hiſp. lib. 2. cap. 5. n.* 30. & ſuivans, où il dit que ces ſortes d'élections renferment une eſpece de ſimonie, qui dans un certain ſens peut auſſi-bien tomber ſur les choſes temporelles que ſur les droits ſpirituels. Molina paſſe plus avant aux nombres 40. & 41. il veut que l'élection ſoit nulle, quoique le prix ait été compté ſans la participation & à l'inçû de celui qui a été nommé, parce qu'il eſt toûjours vrai que le ſuf-

frage de l'Heritier a été corrompu, que sa volonté n'a pas été libre, qu'elle a été induite & comme forcée par l'offre d'un présent, enfin que l'élection n'a pas été executée dans la forme requise. Il n'y a, ajoûte-t'il, entre ces deux cas que cette difference, que lorsque le Fidéicommissaire s'est rendu participant du Traité on ne lui laisse aucune portion dans les Biens, au lieu que lorsque la négociation a été conduite à son insçû, il conserve sa qualité d'éligible pour partager en concours avec tous les autres.

VI. C'est sur ces principes que le Parlement de Provence, par un Arrêt du 1. Août *1663.* rapporté par Boniface, *Tom. 2. lib. 3. tit. 2. chap. 3.* cassa une élection, que le Fidéicommissaire n'avoit obtenuë qu'en promettant sous des noms interposés, de payer une somme considerable au second Mari de la Femme Heritiere instituée.

VII. Le Parlement de Toulouse a suivi les mêmes principes par un Arrêt intervenu en la Seconde Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Cambolas le 2. Mai 1738. Voici qu'elle étoit l'espece.

VIII. Jeanne Roussel mourant sans Enfans, institua Pierre Tracol son Mari, à la charge de rendre les Biens à un des Enfans de Philippe Roussel son Frere. Pierre Tracol par Acte du 28. Octobre 1700. remit le Fidéicommis à Joseph Roussel; mais le même jour il fut passé un autre Acte pardevant le même Notaire & les mêmes Témoins, par lequel Joseph Roussel rétroceda l'Heredité à Pierre Tracol moyennant une somme de 300. liv. La proximité de ces deux Actes ne permettoit pas de douter que l'un n'eût été le prix ou le principe de l'autre, & que Pierre Tracol n'avoit nommé Joseph Roussel qu'après avoir exigé de lui qu'il le laisseroit maître des Biens, en se contentant d'une modique somme de 300. liv. pour tout profit de la Substitution.

IX. Après le decès de Pierre Tracol, arrivé en 1732. Joseph Roussel voulut revenir contre la retrocession qu'il avoit consentie; mais il n'étoit plus tems, l'action rescisoire étoit couverte à son égard par le laps de trente-deux années. Cepen-

dant les conteſtations qui s'éleverent entre Joſeph Rouſſel & les Heritiers de Pierre Tracol ayant fait paroître au jour le traité dont l'élection de 1700. avoit été accompagnée ; les autres Enfans de Philippe Rouſſel en furent à peine inſtruits qu'ils parurent ſur les Rangs, pour ſoutenir qu'une pareille élection étoit nulle, qu'il falloit la conſiderer comme ſi elle n'étoit point, & qu'en défaut d'un choix legitime les Biens étoient devolus à tous les éligibles.

X. Sur cette conteſtation il intervint Sentence devant le premier Juge le 19. Juillet 1734. par laquelle les Heritiers de Pierre Tracol furent condamnés de delaiſſer les Biens à Denis Rouſſel qui avoit pris la ceſſion des éligibles. La Sentence des Ordinaires fut confirmée devant le Sénéchal le 1. Juin 1735. & l'affaire ayant été porté par Appel au Parlement, on oppoſoit de la part des Heritiers de Pierre Tracol que l'action de Denis Rouſſel étoit également irrecevable & mal fondée.

XI. La premiere fin de non-recevoir étoit priſe du défaut de publication de la Subſtitution. Pierre Tracol avoit ceſſé, diſſoient-ils, de poſſeder comme Heritier ; & par le tranſport que lui avoit conſenti Joſeph Rouſſel, il avoit commencé d'être tiers-Acquereur, à qui une Subſtitution non-publiée ne pouvoit point porter de préjudice.

XII. On prenoit une ſeconde fin de non-recevoir du tems qui s'étoit écoulé depuis l'Acte de tranſport juſqu'au decès de Pierre Tracol. Pour cela l'on répréſentoit qu'en ſuppoſant que le Traité de 1700. n'eût pas été licite, Pierre Tracol avoit encouru par indignité la privation des Biens ; qu'ainſi la Subſtitution auroit été ouverte dès ce moment, & que les Enfans de Philippe Rouſſel ayant reſté trente-deux ans ſans agir, leur action étoit irrevocablement preſcrite. Un Heritier grevé ne preſcrit point, tant que la Subſtitution, dont il eſt chargé, eſt incertaine & ſuſpenduë ; mais ſi-tôt que le droit eſt ouvert, il devient ſemblable à tout autre Poſſeſſeur & la preſcription commence de courir à ſon profit.

XIII. Au fonds, les Succeſſeurs de Pierre Tracol ſoûtenoit qu'une élection faite avec avantage pour l'Heritier grevé

n'en étoit pas moins valide, enſorte ſeulement que le Fidéicommiſſaire qui a été élû eſt reçû à ſe faire décharger des conditions que l'Heritier a prétendu lui impoſer. C'eſt ainſi, diſoient-ils, que le Parlement de Toulouſe, par deux Arrêts rapportés par Albert, ſur le mot *Subſtitution*, *art.* 17. & par l'Auteur des Obſervations ſur M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 27. ne fit autre choſe que rejetter les conditions impoſées au Subſtitué, ſans toucher à la validité même de ſon élection. Ils concluoient de-là que l'élection de Joſeph Rouſſel avoit été valable dans ſon principe, qu'elle excluoit donc irrevocablement les autres éligibles, & que tout conſiſtoit à déterminer, à l'égard de Joſeph, quel devoit être le ſort de la rétroceſſion qu'il conſentit à Pierre Tracol. Ainſi ils ſe ſervoient de l'élection de Joſeph Rouſſel pour fermer la porte à ſes Freres, & puis ils excluoient Joſeph lui-même par le tems qu'il avoit reſté ſans combattre le traité qui lui avoit ravi le profit de ſon élection. Tels étoient les moyens des Heritiers de Pierre Tracol.

XIV. De la part de Denis Rouſſel on répreſentoit dabord combien il étoit indecent que des Heritiers grevés, au lieu de ſatisfaire aux ordres du Défunt & de remplir le Fidéicommis qui leur avoit été impoſé, cherchaſſent à ſe maintenir dans les Biens & à exclure les Subſtitués par des fins de non-recevoir toûjours odieuſes, & plus odieuſes encore lorſqu'elles tendent à éluder les dernieres volontés des mourans; il ſoutenoit enſuite que rien n'étoit plus facile que de détruire les divers moyens qui lui étoient oppoſés.

XV. Quant au défaut de publication, les Heritiers de Pierre Tracol ont ſuppoſé pour principe que Joſeph Rouſſel avoit recuëilli les Biens, deſorte qu'il avoit pû les transferer à autrui. Mais c'eſt là préciſement ce qui fait le ſujet de la conteſtation; tout le procès conſiſte à ſoutenir que Joſeph Rouſſel n'a jamais été ſaiſi du Fidéicommis, qu'il n'a rien recuëilli; en un mot que ſon élection, qui ſeule auroit pû lui faire paſſer l'Heredité, a été nulle dans ſon principe; & de là cette conſequence que Pierre Tracol en traitant avec Pierre Tracol n'a

pas

pas pû acquerir la qualité de tiers poſſeſſeur. On ajoûtoit ces deux réflexions.

XVI. La premiere, que Pierre Tracol reüniſſoit deux qualités differentes. Il avoit prétendu acquerir celle de Ceſſionnaire par ſa negociation avec Joſeph Rouſſel, mais il avoit encore celle d'Heritier, & c'étoit là ſa qualité premiere. Or les Ordonnances & les Arrêts en déclarant que les Subſtitutions non-publiées & non-inſinuées ne doivent point nuire aux tiers Acquereurs ne permettent jamais aux Heritiers de faire uſage de ce défaut. Il s'enſuit donc que la qualité d'Heritier mettoit obſtacle en la perſonne des Succeſſeurs de Pierre Tracol, à l'exception que celle de Ceſſionnaire auroit pû leur fournir.

XVII. La ſeconde, que l'Ordonnance de 1553. renouvellée par la Déclaration de 1712. veut que les Subſtitutions ſoient publiées & inſinuées à la diligence de l'Heritier grevé, qui au défaut d'en avoir fait faire la publication & inſinuation, demeure reſponſable des dommages & interêts des Fidéicommiſſaires. Envain donc on permetroit aux Succeſſeurs de Pierre Tracol de ſe prevaloir de la qualité de Ceſſionnaires, pour oppoſer le défaut de publication aux Enfans de Philippe, parce que la qualité d'Heritiers grevés les obligeroit de garantir d'un autre côté les Enfans de Philippe de tous les dommages que ce défaut leur auroit occaſionnés; & c'eſt une maxime conſtante que ceux qui ſont tenus de garentir un Acte ne peuvent être reçûs à le quereller. *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

XVIII. Quant à la preſcription, Denis Rouſſel nioit fortement, quelque honteuſe que fût la négociation de 1700. qu'elle elle eût été capable de produire une indignité de droit, qui eût fait déchoir Pierre Tracol de ſes droits ſur l'hérédité. Les indignitez, diſoit-il, ne ſont point arbitraires; elles ne peuvent être prononcées qu'autant qu'elles ont été établies par quelque Loi. Et où eſt la Loi qui ait déclaré qu'un Héritier devienne indigne & privable de la Succeſſion, pour avoir cherché à abuſer de la faculté d'élire qui lui a été confiée? On ajoûtoit

qu'il ne faut pas confondre le droit qu'auroient pû avoir les Enfans de Philippe de dépoüiller Pierre Tracol à titre d'indignité, avec la Subſtitution dont cet Héritier étoit grevé en leur faveur. C'étoient deux droits differens, & dans leur origine, & pour le tems de leur execution, & dans les effets. L'indignité vient de la Loi; la Subſtitution prénoit ſon principe dans les ordres du Teſtateur. L'indignité dépoüille l'Héritier vivant, & la Subſtitution étoit ſuſpenduë juſqu'au décès. Enfin l'indignité prive l'Héritier & du fonds & des fruits, au lieu que la Subſtitution lui laiſſe les revenus. En un mot, il n'y a rien de commun entre ces deux droits; & tout ce qu'on peut conclure, c'eſt qu'après une ſurvie de trente ans, les Enfans de Philippe n'auroient plus eu d'action pour faire déclarer Pierre Tracol indigne; mais à l'égard de la Subſtitution dont Pierre Tracol étoit chargé, elle a ſubſiſté ſéparement, pour avoir lieu dans le cas marqué par le Teſtament.

XIX. Au fonds, Denis Rouſſel ſoûtenoit que dans les élections qui ont été faites avec avantage pour l'Héritier, la peine n'eſt pas ſeulement de faire perdre ces avantages à l'Héritier qui les a ſtipulez, mais encore de faire rejetter l'élection du Fidéicommiſſaire qui y a frauduleuſement conſenti. Il alleguoit pour cela l'autorité de la Loi 10. *ad treb.* Il s'appuyoit encore de la Doctrine de Molina, & de la déciſion de l'Arrêt du Parlement de Provence; & il ajoûtoit que les deux Arrêts rapportez par Albert & par l'Auteur des Obſervations ſur Mr. de Catelan, ne renfermoient rien de contraire.

XX. Il ne faut pas être ſurpris, diſoit-il, dans l'eſpece de ces Arrêts, que l'élection n'ait pas été rejettée, puiſque les autres éligibles ne s'étoient pas préſentés pour l'attaquer, qu'il n'y avoit de conteſtation que de la part du Fidéicommiſſaire qui demandoit d'être déchargé des conditions que l'Héritier lui avoit impoſées. Mais d'un autre côté, il n'y a qu'à examiner l'eſpece de ces Arrêts pour reconnoître, ou que la charge dont le Fidéicommiſſaire ſe plaignoit, ne tomboit point ſur le Fidéicommis, ou qu'elle ne renfermoit point une fraude aſſez marquée pour faire déclarer l'élection nulle. Dans l'eſpece de

l'Arrêt rapporté par Albert, la Mere Héritiére grevée n'avoit ſtipulé un avantage que parce qu'elle avoit donné du ſien à celui qu'elle éliſoit; ainſi la charge étoit étrangere à l'élection, elle n'affectoit point le Fidéicommis, & le Subſtitué n'en fut déchargé, que parce qu'il répudia le don particulier qui lui avoit été fait. A l'égard du ſecond Arrêt, la Mere Héritiére avoit ſeulement ſtipulé qu'il lui ſeroit permis d'acquitter en un Contrat de conſtitution de rente la ſomme qu'elle avoit été grevée de rendre. Elle n'avoit donc pas cherché à entrer en partage avec le Subſtitué qu'elle avoit élû; elle ne retenoit rien pour elle-même; elle ne diminuoit point le Fidéicommis; elle avoit tenté ſeulement de ſe ménager une façon plus commode de ſe liberer. Eſt-ce là un cas qui puiſſe être comparé avec celui auquel un Héritier infidéle reçoit un prix comptant pour recompenſe de l'élection qu'il accorde à un des Subſtitués, ou avec le cas auquel il a exigé que le Subſtitué à qui il donnoit la préference le laiſsât maître des biens moyennant une modique ſomme?

XXI. L'Arrêt accueïllit ces differens moyens, & ſans avoir égard à l'Appel relevé par les Héritiers de Pierre Tracol, il fut ordonné que les Sentences qui avoient maintenu Denis Rouſſel, recevroient leur entier effet. On jugea par-là trois Queſtions bien remarquables. La premiére, que l'élection eſt nulle, lorſque l'Héritier s'en eſt fait un moyen pour conſerver le profit de l'héredité. La ſeconde, qu'encore que l'Héritier, en traitant avec celui qu'il a élû, ait acquis la qualité de Ceſſionnaire à titre onereux, il ne lui doit pas être permis d'oppoſer le défaut de publication à l'effet d'exclure les autres Subſtitués. Et la derniére, qu'il n'y a point de preſcription quoique l'Héritier ait ſurvêcu trente ans à ce Traité, ſans que les autres Subſtitués l'ayent pourſuivi.

XXII. Il eſt bon d'obſerver que Joſeph Rouſſel prévoyant bien que ſon élection ne manqueroit pas d'être caſſée, avoit donné Requête devant le Sénêchal pour demander que dumoins en qualité d'éligible, il lui fût adjugé une portion égale à celle de ſes Freres & Sœurs. La Sentence avoit renvoyé

cette demande particuliére devant le premier Juge ; & il n'en fut point queſtion dans l'Appel qui fut relevé au Parlement. Mais il y a grande apparence, ſi cette conteſtation avoit été agitée, qu'on n'auroit pas manqué de ſuivre encore ſur ce point la Doctrine des Auteurs qui déclarent que le Fidéicommiſſaire ne doit pas être ſeulement puni par la nullité de ſon élection, mais qu'il ne faut pas même l'admettre au concours avec les autres éligibles.

XXIII. Cependant quelques rigoureuſes que ſoient les maximes du droit contre les élections dans leſquelles l'Héritier grevé a cherché ſes propres avantages, elles ne les ſont pas au point que l'élection ſoit rejettée, s'il ſe trouve que l'avantage que l'Héritier s'eſt ménagé ne diminuë en rien l'utilité du Fidéicommis.

XXIV. C'eſt ainſi que la Queſtion a été jugée en la premiére Chambre des Enquêtes du Parlement de Toulouſe, au Rapport de Mr. Delong, le 22. Mars 1678. Pierre de Guibert inſtituë Jeanne Mauret ſa femme pour ſon Héritiére, à la charge de rendre les biens à un de la famille. Elle remet le Fidéicommis à Me. Cabrol Chanoine, & bien-tôt après elle épouſe Pierre Gleiſes, Neveu de Me. Cabrol, & proche parent comme lui du Teſtateur. La reſtitution faite à Me. Cabrol étoit feinte & ſimulée, c'eſt Pierre Gleiſes qui avoit été veritablement élû ; & cela paroiſſoit avec évidence en ce qu'il avoit pris d'abord la poſſeſſion de tous les biens, qu'il avoit toûjours continué de les poſſeder, qu'il avoit même exercé les Actes de Dominité les plus déclarez par des Baux-à-Ferme, des Rentes, des Echanges. Enfin Me. Cabrol avoit mis le ſceau à cette préſomption, en lui faiſant ſix ans après une donation particuliére des biens du Fidéicommis.

XXV. On demanda donc ſi Jeanne Mauret avoit pû valablement élire celui dont elle vouloit faire un ſecond Mari. Les parens qui combattoient l'élection, oppoſoient qu'il n'étoit pas naturel de penſer que le Teſtateur en laiſſant à ſa Femme la faculté délire, eût entendu lui donner un moyen d'acheter un Mari. Ils ajoûtoient qu'elle n'avoit effectivement rendu

qu'à elle-même, puiſqu'elle avoit retrouvé dans les mains de ſon Epoux les biens dont le Teſtateur avoit exigé qu'elle ſe dépoüillât. Enfin ils portoient la choſe juſqu'à ſoûtenir que Pierre Gleyſes en épouſant la Veuve de Pierre Guibal, s'étoit rendu indigne de ces libéralitez. On répondoit tout ſimplement que l'avantage que Jeanne Mauret avoit cherché à ſe procurer en donnant la préference à celui qu'elle devoit épouſer, ne renfermoit rien de contraire à la ſubſtance & à l'integrité du Fidéicommis ; qu'il étoit vrai que les biens avoient été rendus à un des parens, & qu'ils lui avoient été rendus ſans diminution. A l'égard de l'indignité que l'on prétendoit faire reſulter du Mariage, on jugea qu'il ſeroit trop ridicule de rendre le premier Mari jaloux juſques dans le tombeau. Ainſi l'Arrêt confirma l'élection, & déchargea Pierre Gleyſes des pourſuites de ſes rivaux.

Nullité priſe du temps auquel l'élection a été faite.

I. *AUTEURS qui ont crû que l'élection eſt nulle, lorſqu'elle a été faite entre-vifs, & que l'Héritier avoit été formellement chargé par le Teſtament de faire ce choix à ſa mort.*

II. *Réfutation de ce ſentiment.*

I. IL y a des Auteurs qui ont crû, que lorſque par la Lettre du Teſtament, l'Héritier a été grevé d'élire préciſement à ſa mort, l'élection qu'il peut faire pendant ſa vie eſt nulle dans la ſubſtance, & ne reprend point des forces quoiqu'il ſoit décedé ſans la revoquer. C'eſt le ſentiment de Fuſarius, *queſt.* 505. *n.* 5. & Ranchin paroît l'avoir penſé de même dans ſes Concluſions *in verb. fideic. art.* 29.

II. Mais M. Cujas a ſoûtenu le contraire ſur le §. 10. de la Loi 77. *ff. de leg.* 2. Il reconnoît bien que l'élection que fait pendant ſa vie l'Héritier qui avoit été chargé d'élire à la

mort, n'eſt point une vraye élection ; mais il ajoûte qu'elle renferme du-moins une deſtination utile, & qu'elle eſt confirmée ſi l'Héritier eſt décedé ſans la revoquer. Telle eſt en effet l'opinion qu'il faut ſuivre, parce qu'il eſt certain que l'Héritier en ne revoquant point cette élection au moment de ſa mort, eſt cenſé la confirmer & la renouveller ; de ſorte qu'il en eſt comme ſi elle avoit été faite en ce moment.

§ SECOND.

Si l'inſtitution generale tient lieu de choix, lorſque le Teſtateur ou le Donateur ont déclaré d'avance qu'ils vouloient qu'en défaut d'élection les biens appartinſſent à l'aîné ou à quelque autre de leurs Enfans.

I. *RAISONS qui ont engagé l'Auteur à décider que la deſtination portée par l'Acte de Donation ou par le Teſtament, étoit revoquée par l'inſtitution générale d'un Héritier.*

II. *Suite des raiſons de Vulſon.*

III. *Réfutation de tous les prétextes que Vulſon a employez pour ſoûtenir ſon Avis.*

IV. *Arrêts qui ont décidé que la deſtination n'étoit revoquée ni de la part de l'Héritier grevé ni de la part du Donateur même.*

I. MONSIEUR Vulſon veut que la deſtination expreſſe qui eſt faite de l'un des Enfans dans l'Acte de Donation ou dans le Teſtament, ſoit revoquée par l'inſtitution générale d'un Héritier ; mais comme il a bien vû que cette Doctrine étoit contraire à ce qu'il avoit enſeigné dans un autre Chapitre, qu'une élection expreſſe ne peut être revoquée que par une autre qui le ſoit auſſi, il tâche de faire entendre

qu'il faut faire difference des élections pures, ſimples & abſoluës qui ſe font pour ſatisfaire à une Donation anterieure ou à un Fidéicommis impoſé, avec ces élections conditionnelles & de pure précaution, qu'un Donateur ou un Teſtateur inſerent dans l'Acte même, pour avoir lieu en défaut de tout autre choix. Une élection pure & ſimple donne, dit-il, un droit décidé à celui qui en a été honoré, elle prouve une volonté déterminée en ſa faveur, & il faut quelque choſe de bien précis pour faire préſumer le changement de cette volonté. Mais il n'en eſt pas de même de ces choix de précaution, qui n'ont été faits que pour ſuppléer au défaut d'un autre choix; ils ſont eux-mêmes une preuve que le Donateur n'a pas entendu s'en tenir là, qu'il a eu en vûë de faire une nouvelle élection; & c'eſt un deſſein qu'il eſt cenſé rempli par l'inſtitution d'Héritier.

II. Vulſon ajoûte une circonſtance propre & particuliére à l'eſpece dont il étoit occupé; ſçavoir, que dans le Contrat de Mariage, la nomination anticipée de l'aîné avoit été faite par la voye de l'inſtitution, en ſorte qu'il étoit bien naturel ſelon lui que cette inſtitution pût être revoquée par une autre. D'ailleurs, continuë-t'il, le pere avoit fait connoître dans ſon Teſtament que ſon objet étoit de diſpoſer tant des biens qu'il avoit déja donnez que des biens libres; parce qu'après avoir commencé par diſtribuer certains effets entre les cadets pour leur ſervir de légitime, il avoit ajoûté qu'il inſtituoit l'aîné dans tout le reſte. Enfin pour ne rien négliger, il diſtingue le pere qui a lui-même donné, d'avec un Héritier qui eſt chargé d'un Fidéicommis impoſé par un autre, & il ſoûtient que l'inſtitution doit avoir bien plus d'étenduë dans la bouche du pere Donateur, parce que les biens donnez ſont cenſez tenir encore à ſon Patrimoine.

III. Il eſt facile de réſoudre toutes ces raiſons. Car d'abord que la premiere élection, ſoit pure ou qu'elle ait été faite conditionnellement & pour avoir lieu ſeulement en défaut d'autre choix; il n'eſt pas moins vrai dans l'un & l'autre cas, que l'aîné a été deſtiné par une volonté expreſſe à recüeillir les

Biens donnés ou Subſtitués ; & de-là cette conſequence, qu'il n'y a dans l'un & l'autre cas, qu'une diſpoſition expreſſe qui puiſſe deroger à cette premiere détermination de la volonté. Il eſt vrai qu'au Fait dont il s'agit, l'aîné n'avoit été nommé d'avance que par la voye d'une inſtitution ; mais cette inſtitution n'étoit point vague & générale, elle étoit particuliere pour les Biens donnés ; & Vulſon lui-même reconnoît que toute Diſpoſition particuliere des Biens du Fidéicommis équipolle à une élection expreſſe, ou plûtôt que c'eſt une élection formelle enveloppée ſous d'autres termes. D'un autre côté, la diſtribution que le Pere avoit faite à ſes Cadets étoit un Acte de pure neceſſité, puiſque les Peres ne peuvent ſe diſpenſer de laiſſer une legitime à leurs Enfans. Ainſi on ne voit en tout cela qu'un ſimple deſſein de payer à ſes Enfans ce que la nature leur deſtinoit ; mais par quel rapport cet aſſignât neceſſaire des legitimes peut-il être la marque que le *Pere eût entendu revoquer* la deſtination qui avoit été faite de l'Aîné pour recuëillir l'utilité de la Donation ? Enfin les Biens donnés ne ſont pas moins hors du patrimoine du Donateur que les Biens Subſtitués ſont hors de celui de l'Heritier ; & quand on pourroit les conſiderer comme faiſant encore une partie de ſa ſubſtance, il eſt du moins bien conſtant qu'ils compoſeroient une claſſe particuliere de Biens, qui ayant déja fait le ſujet d'une Diſpoſition particuliere, ne pourroient être cenſés compris ſous une autre Diſpoſition où il n'en eſt point parlé.

IV. Telle eſt auſſi l'Opinion que les Arrêts ont reçûë, ſoit à l'égard des Heritiers grevés, ſoit même à l'égard des Donateurs. Albert *in verbo, Inſtitution, chap.* 4. & M. de Catellan, *liv.* 2. *chap.* 59. en rapportent deux des années 1635. & 1646. qui ont jugé que lorſque le Teſtateur en donnant le droit d'élire à l'Heritier, a déclaré d'avance qu'en défaut d'élection il vouloit que les Biens appartinſſent à l'Aîné ; l'inſtitution générale que l'Heritier fait enſuite en faveur d'un des Enfans n'a point le pouvoir de revoquer la deſtination expreſſe qui avoit precedé de la part du Teſtateur ; & c'eſt encore le

ſentiment

ſentiment de Henrys, *Tom. 3. liv. 5. queſt.* 117. L'Auteur des Obſervations ſur M. de Catellan, rapporte un troiſiéme Arrêt du 20. Juillet 1713. dans le cas d'une inſtitution faite par le Donateur même; & M. de Catellan, *liv. 2. chap.* 27. a étendu cette deciſion à une eſpece bien plus forte. Un Pere charge ſa Femme d'élire dans le cas que lui-même n'élira point, & meurt enſuite après avoir inſtitué un Heritier. Il n'eſt pas douteux qu'en regardant la choſe par rapport à l'inſtant précis du decès du Pere, auquel tout étoit encore dans ſon entier, l'inſtitution portée par le Teſtament n'eût le caractere & la force d'une élection. Ainſi il ſemble que la condition, ſous laquelle le choix avoit été déferé à la Mere, eût défailli, puiſque le Pere étoit cenſé avoir élû par l'inſtitution. Et cependant M. de Catellan decide que l'élection, qui dans le principe & dans le premier inſtant du decès du Pere, avoit été ſuffiſamment compriſe dans l'inſtitution, doit ceſſer par l'élection expreſſe de la Mere.

§ TROISIE'ME.

Differens cas où la faculté d'élire peut ſe perdre.

L'AUTEUR en déclarant qu'elle ne ſe perd point par la déportation n'entre en aucun examen de cette maxime, dont les conſequences ſont intereſſantes. Et il y a encore quantité d'autres Queſtions qu'il laiſſe à l'écart ſur les differens cas où l'on a douté ſi la faculté d'élire ne devroit pas demeurer éteinte. Ainſi il ne ſera point inutile de diſcuter ces Queſtions, & pour cela l'on examinera premierement, ſi la faculté d'élire s'éteint par la mort civile. Secondement, ſi elle s'éteint lorſque l'Heritier qui étoit chargé d'élire eſt

déchû de l'inſtitution par une nullité particuliere qui n'influë point ſur le Fidéicommis. Troiſiémement, ſi elle s'éteint par le convol en ſecondes Noces du Survivant de deux Conjoints, que le Predecedé avoit chargé de Fidéicommis au profit des Enfans. Quatriémement, ſi l'Heritier qui a entrepris de faire acheter l'élection à un des éligibles ne doit pas être privé de ſon droit.

Si la faculté d'élire perit par la mort civile.

I. *DISTINCTION faite par les Loix Romaines entre la Deportation & la Condamnation aux métaux.*

II. *Motifs de cette diſtinction pris de la difference de l'état où ces deux peines conſtituoient ceux qui y étoient condamnés.*

III. *Pourquoi cette difference d'état influoit ſur l'exercice de de la faculté d'élire.*

IV. *Par les nouvelles Loix de Juſtinien, nul ne devient Eſclave de la peine.*

V. *Si l'abrogation de la ſervitude de la peine a détruit la difference que les anciennes Loix avoient miſe entre les Deportats & les condamnés aux Métaux.*

VI. *Examen de quelques raiſons employées par les Juriſconſultes François.*

VII. *Examen de la raiſon priſe de l'abrogation de la ſervitude de la peine.*

VIII. *Que la Juriſprudence Françoiſe, en comparant le Banniſſement perpetuel & la Condamnation aux Galeres, à la Deportation & à la Condamnation aux Métaux, a laiſſé ſubſiſter la difference d'état que les anciennes Loix avoient établie.*

IX. *Que la condamnation à Mort par défaut n'entraine ni l'ouverture du Fidéicommis, ni la privation de la faculté d'élire.*

X. *Qu'il en eſt autrement de la condamnation contradictoire quoiqu'elle n'ait pas été executée.*

XI. *La Profeſſion Religieuſe prive de la faculté d'élire, lorſque cette faculté a été jointe à l'inſtitution.*

XII. *Mais elle ne produit pas de privation lorſque la faculté a été donnée comme un ſimple miniſtere.*

I. LES Loix Romaines diſtinguoient la Déportation d'avec la condamnation aux Métaux, conſervant le droit d'élire à ceux qui étoient condamnés à la premiere de ces peines, mais déclarant cette faculté irrevocablement éteinte par la condamnation aux Métaux. *Hereditatem*, dit le §. 4. de la Loi 77. *ff. de leg.* 2. *Filius cum moreretur filiis ſuis, vel cui ex his voluerit reſtituere fuerat rogatus quo interea in inſulam Deportato eligendi facultatem non eſſe pœnâ peremptam placuit.* La Loi *Ex facto* 17. §. 6. *ff. ad treb.* décide pareillement que la Deportation ne donne aucune atteinte à cette faculté. *Etiam Deportato tribuitur eligendi facultas.* Mais elle ajoûte qu'il n'en eſt pas de même de celui qui a été condamné aux Métaux. *Huic non datur electio.* Et voici qu'elle eſt la raiſon de cette difference.

II. La Deportation ne privoit les Coupables que du droit de Cité, elle les laiſſoit joüir de la liberté naturelle & de tout ce qui depend du droit de Gens. C'eſt le langage de la Loi 15. *ff. de interd.* & de la Loi 17. §. 1. *ff. de pœn. Deportati civitatem amittunt, non libertatem, & ſpeciali quidem jure civitatis non utuntur, jure tamen gentium fruuntur.* Auſſi lorſque la Loi 19. §. 5. *ff. de lib. & poſth.* la Loi 1. §. *penul.*, *ff. de bonor. poſſeſſ. cont. tab.* & la Loi 4. *ff. de bon. lib.* ont dit qu'on conſideroit les Deportats comme s'ils étoient morts; il paroît qu'elles n'ont ainſi parlé que relativement au droit particulier des Teſtamens & des Succeſſions, qui depend de la Loi civile & de la qualité de Citoyen. Mais la condition de ceux qui étoient condamnés aux Métaux étoit bien differente, non-ſeulement ils ne participoient plus au droit de Cité, on ne leur laiſſoit même aucune part au droit de la Nature & des Gens, & la Mort civile étoit pour eux l'Image de la mort naturelle. On les traitoit avec cette rigueur, parce qu'aux termes de la Loi 17. ci-deſſus citée, ils devenoient Eſclaves de la peine, & qu'un Eſclave n'étoit plus cenſé vivant. *Servitutem*,

dit la Loi 209. *ff. de reg. jur. mortalitati ferè comparamus.* En un mot, la Deportation ne détruiſoit que le Citoyen ; mais la condamnation aux Métaux détruiſoit en même-tems le Citoyen & l'Homme ; on ne reconnoiſſoit plus l'Homme en la perſonne d'un Eſclave.

III. C'eſt ſur cette difference que les Loix ſe ſont fondées, pour conſerver la faculté d'élire à ceux qui étoient condamnés à la Deportation, & pour l'ôter au contraire à ceux qui étoient condamnés aux Métaux. L'élection n'étant qu'un Acte de la liberté naturelle, les premiers qui conſervoient cette liberté avec tous les droits de la Nature & des Gens, conſervoit tout ce qu'il faut de capacité pour faire un choix ; mais à l'égard des ſeconds ils n'étoient plus capables de rien, parce qu'ils ne participoient point à cette liberté naturelle, & qu'on les regardoit en tout point comme s'ils n'étoient plus.

IV. On a doûté ſi la même difference devoit avoir lieu depuis que l'Empereur Juſtinien par le chapitre 8. de la Novelle 22. a aboli la ſervitude de la peine & a ordonné que nul ne devint Eſclave par la condamnation. *Nullum ab initio bene natorum ex ſupplicio permittimus fieri ſervum.* Les Interprêtes ſe ſont extremement partagés ſur ce point, & les mêmes doutes ont paſſé dans la Juriſprudence Françoiſe ; car quoique nous ne connoiſſions pas les peines qui étoient établies chez les Romains, nous avons le Banniſſement perpetuel qui répond à la Deportation, & la condamnation aux Métaux eſt repréſentée par la condamnation aux Galeres.

V. Les uns, pour établir que l'ancienne difference du Droit eſt abrogée, oppoſent que puiſque le ſeul motif qui faiſoit tenir les Condamnés aux Métaux pour naturellement morts, eſt que la liberté leur étoit ravie & qu'ils tomboient dans une ſervitude que les Loix égalent à la mort naturelle ; il s'enſuit qu'aujourd'hui qu'il n'y a plus de ſervitude attachée à la peine, la condition des Condamnés aux Galeres doit être en tout la même que celle des Deportats ; privés ſeulement des effets civils, & conſervant toûjours la participation au droit

de la Nature & des Gens. Ils ajoûtent que la nouvelle Loi de Juſtinien doit avoir d'autant plus de lieu parmi Nous, que la France, par un privilege particulier, n'a jamais voulu reconnoître de ſervitude. Enfin, continuent ces Auteurs, le condamnés aux Galeres conſervent toûjours l'eſpoir d'être rétablis par la faveur du Prince ; & l'eſpoir de ce rétabliſſement fait qu'ils ſont reputés tenir, encore aſſez, à la ſocieté civile, pour qu'ils ne doivent pas être traités comme s'ils étoient entierement rétranchés du nombre des vivans.

VI. Les deux dernieres raiſons ne m'ont jamais paru bien ſolides. Car d'un côté, lorſque l'on dit que la France ne reconnoît point de ſervitude, cela s'entend de la ſervitude ordinaire qui ſoumet un particulier à un autre ; mais l'humanité Françoiſe a-t'elle ſongé à favoriſer des coupables, en changeant leur état & leur conditition ? D'un autre côté, nous apprenons de la Loi 1. §. *dern. ff. de bon. poſſeſ. cont. tab.* & de la Loi ſuivante, que parmi les Romains les condamnés aux Métaux & tous autres qui devenoient Eſclaves de la peine pouvoient auſſi être reſtitués par la clemence du Prince ; & malgré cet eſpoir on ne laiſſoit pas de les déclarer dechus, non-ſeulement des effets de la vie Civile, mais même des droits de la vie Naturelle. On jugeoit d'eux ſur leur état préſent plûtôt que ſur l'eſpoir d'une grace incertaine qu'ils pouvoient ne jamais obtenir. C'étoit même une regle : que leur rétabliſſement, lorſqu'ils étoient aſſez heureux pour l'obtenir, ne derogeoit en rien aux droits que d'autres avoient acquis par leur condamnation.

VII. Mais autant que ces deux dernieres raiſons me paroiſſent foibles, autant la premiere qui eſt priſe de la Novelle de Juſtinien m'a toûjours paru embaraſſante. Dirons-nous avec Robert, *liv.* 4. *chap.* 16. qu'en abrogeant la ſervitude de la peine, l'Empereur Juſtinien a entendu en laiſſer ſubſiſter les effets. Mais comment les ſuites de la ſervitude pourroient-elles avoir lieu lorſque la ſervitude ne ſubſiſte plus ? Dirons-nous encore avec Ferriere, ſur la Queſtion 548. de Guypape, que la ſervitude de la peine ne fut abolie que pour autoriſer

les Mariages de ceux qui ſeroient condamnés aux Métaux ; Mariages que les anciennes Loix déclaroient inutiles ? Mais l'état des Hommes eſt indiviſible, & ſi les condamnés aux Métaux ne ſont plus cenſés Eſclaves, par rapport aux Mariages qu'ils contractent, pourront-ils être conſiderés comme tels dans les autres Actes qui dependent de la liberté ? La Loi de Juſtinien eſt conçuë dans les termes les plus généraux : *Nullum ab initio bene natorum ex ſupplicio permittimus fieri ſervum.*

VIII. Il faut néanmoins convenir que la Juriſprudence a conſervé les rigueurs qui avoient pour fondement cette ſervitude de la peine. C'eſt ſur ce principe qu'on a jugé que la condamnation aux Galeres donne lieu à l'ouverture du Fidéicommis, dont le coupable étoit chargé. Les Arrêts du Parlement de Paris ſont rapportés par Robert, *liv.* 4. *rer. jud. cap.* 16. par Charondas dans ſes Réponſes, *liv.* 8. *chap.* 70. & par Chopin ſur la Coûtume de Paris, *liv.* 3. *tit.* 4. *n.* 7. A l'égard du Parlement de Toulouſe, il eſt vrai que M. Dolive, *liv.* 5. *chap.* 8. rapporte quelques Arrêts qui ont renvoyé le Subſtitué après la Mort naturelle des Heritiers condamnés aux Galeres ; mais l'ancienne Juriſprudence atteſtée par Maynard, *liv.* 5. *chap.* 80. étoit en faveur du Subſtitué, & nous aprenons des Arrêts rapportés par M. de Catellan & ſon Commentateur, que l'on eſt revenu à cette premiere maniere de juger. Ainſi puiſque la ſervitude de la peine eſt reçûë encore avec les effets qui y étoient attachés, il faut dire que les anciennes Loix, par leſquelles les condamnés aux Métaux étoient dechus de la faculté d'élire, ſubſiſtent encore parmi nous à l'égard de ceux qui ont été condamnés aux Galeres.

IX. A l'égard de la condamnation à Mort, il faut diſtinguer ſi elle a été contradictoirement prononcée, ou ſi elle l'a été par Contumace & en Défaut. Les Condamnés par Contumace n'encourent qu'un rétranchement de la ſocieté, mais conſervent tous les droits de la Nature & de la Liberté. Il y a même des Cours Souveraines qui ont prétendu qu'ils ne perdent les effets civils qu'après les cinq années qui leur ſont

données pour purger la Contumace ; deſorte que juſques-là ils doivent être admis à prendre part aux Succeſſions. Il eſt vrai que cette Juriſprudence n'a point prevalu, on a cru que la Mort civile devient parfaite au moment de la condamnation ; mais ce n'eſt qu'une Mort civile ſimple, ordinaire, qui ne prend rien ſur l'état naturel ; parce que bien loin que les Condamnés par Contumace deviennent Eſclaves de la peine, il eſt certain que ſoit avant, ſoit après les cinq ans, la condamnation qui a été prononcée contr'eux tombe & s'aneantit ſi-tôt qu'ils ſont arrêtés ou qu'ils ſe ſont volontairement remis.

X. Il n'en eſt pas de même de la condamnation contradictoire : comme elle lie le Coupable qui ne peut plus éviter le Supplice, elle le rend Eſclave de la peine ſelon la Loi *6. §. irritum, ff. de injuſt. & rupt teſt.* & puiſqu'on juge malgré la Novelle de Juſtinien que la ſervitude de la peine ſubſiſte parmi nous, il s'enſuit qu'une telle condamnation doit faire perdre la faculté d'élire, & rendre pur & ſimple le Fidéicommis en faveur de tous les Appellés

XI. Quant à la Profeſſion Religieuſe, je crois qu'il faut diſtinguer ſi le Religieux chargé d'élire étoit en même-tems Heritier, ou ſi la faculté d'élire lui a été confiée comme un ſimple miniſtere. Au premier cas, la Profeſſion doit éteindre la faculté d'élire, parce qu'on juge auſſi qu'elle donne ouverture au Fidéicommis. Ce qui lie ces deux choſes, c'eſt que le Teſtateur eſt cenſé avoir attaché le même terme à l'échéance du Fidéicommis & à l'exercice de la faculté d'élire, qu'il eſt cenſé avoir chargé ſon Heritier de faire l'élection dans l'inſtant précis que le Fidéicommis doit s'executer. En un mot, le Religieux eſt au même état que celui qui a été grevé de rendre à un terme certain ; parce qu'on préſume que le Teſtateur prévoyant, ſous le nom de Mort, la Profeſſion Religieuſe de ſon Heritier, qui eſt une eſpece de Mort, a eu en vûë de le charger de rendre les Biens à cet évenement. Or on a déja dit en un autre endroit qu'un Heritier grevé de rendre à un terme certain, ou à un certain évenement, ne peut plus élire après que le terme a paſſé.

XII. Il ſemble qu'il faut raiſonner autrement, lorſque la faculté d'élire n'a été confiée au Religieux que comme un miniſtere. Il n'y a plus alors, du chef de ce Religieux, cette raiſon de l'écheance du Fidéicommis. Le tems de la faculté donnée dure encore, parce que le Fidéicommis n'eſt point ouvert. Ainſi le Religieux doit être admis à l'exercer, à moins qu'il n'y ait dans ſon état quelque raiſon particuliere qui y faſſe obſtacle. Or pour ſe convaincre qu'il n'y a rien dans l'état Religieux qui ſoit un obſtacle à l'exercice de la faculté d'élire, il n'y a qu'a faire attention, que bien loin que la Profeſſion Religieuſe produiſe une eſpece de mort naturelle, telle que l'encourent ceux qui deviennent Eſclaves de la peine, il eſt certain qu'il n'en réſulte pas même une mort civile entiere & générale. Le Religieux devient incapable de Succeder & de faire Teſtament, mais voilà à quoi ſe borne ſon incapacité: c'eſt-à-dire, qu'il eſt rétranché de la Famille, qu'il ne participe plus aux droits particuliers de la Famille, mais il demeure participant des droits généraux de la Societé. Ainſi, puiſque le Religieux n'encourt point une mort civile entiere & générale, à combien plus forte raiſon doit il conſerver les droits ordinaires de la nature; & de-là cette conſequence, qu'il reſte capable d'exercer la faculté d'élire qui n'eſt qu'un Acte du droit naturel?

Si la faculté d'élire s'éteint lorſque l'Heritier s'abſtient ou eſt déchû de ſon inſtitution.

I. *QUE par la Juriſprudence, l'Heritier malgré ſon abſtention ou malgré la nullité de ſon inſtitution, conſerve le droit d'élire qui lui a été donné.*

II. *Arrêts du Parlement de Toulouſe, dans l'eſpece d'inſtitutions déclarées nulles, ou par la préterition*

préterition, ou par l'inacompliſſement des conditions impoſées, ou par la qualité du Teſtateur.

III. *Juriſprudence conforme du Parlement d'Aix & du Senat de Chambery.*

IV. *Cette Juriſprudence paroît contraire à differens Textes du Droit Romain.*

V. *Explication de la Loi* 14. Lucius, ff. de Fideic. lib.

VI. *Explication de la Loi* 18. §. 1. ff. de ann. leg.

VII. *Explication de la Loi* 17. §. qui ſuſpectam, ff. ad treb.

I. C'Est un principe certain dans la Juriſprudence, que l'Heritier conſerve en ces occaſions la faculté d'élire. Le Parlement de Toulouſe en a rendu pluſieurs Arrêts célébres.

II. Le premier eſt rapporté par M. Maynard, *liv. 5. chap.* 11. Il a été rendu le 10. Septembre 1594. dans l'eſpece d'un Teſtament, où le Pere étoit inſtitué, à la charge de rendre à un de ſes Enfans. L'inſtitution du Pere fut caſſée par la préterition d'un Aſcendant; mais le Fidéicommis qui avoit été fait en faveur des Enfans fut conſervé; & quoique le Pere n'eût plus le titre d'Heritier, l'Arrêt ne laiſſa pas de decider que les Biens ne devoient paſſer à ſes Enfans que par ſon élection. M. de Catellan, *liv. 4. chap.* 14. rapporte un ſecond Arrêt du 8. Juillet 1678. en faveur d'une Veuve, Heritiere grevée, qui avoit convolé en ſecondes Noces contre la défenſe expreſſe du Teſtateur. On jugea que par cette contravention formelle aux ordres du Mari, la Veuve avoit perdu le Titre d'Heritiere, ſans conſerver aucune part ni à l'uſufruit ni à la proprieté des Biens, on jugea même qu'elle étoit tenuë de rendre les fruits du paſſé; & la faculté d'élire ne laiſſa pas de lui être conſervée par l'Arrêt. Le Parlement de Toulouſe vient de le juger encore de même en la Troiſiéme Chambre des Enquêtes, dans la cauſe de Madame la Marquiſe de Turenne, contre M. de Volonzac. Il s'agiſſait du Teſtament d'une Fille de Famille qui avoit inſtitué ſon Mari, à la charge de rendre à l'un de leurs Enfans. C'eſt un principe dans les Païs du Droit Ecrit, que les Fils de Famille ne ſont capables de Teſter qu'au profit de leurs

Enfans ; enſorte que s'il y a quelque Etranger qui ſoit intereſſé dans le Teſtament, toutes les Diſpoſitions qui le concernent ſont inutiles. On caſſa donc l'inſtitution du Pere, on ne conſerva que le Fidéicommis fait en faveur des Enfans, mais le Pere fut maintenu dans la faculté d'élire.

III. Le Preſident Faber en ſon Code, *liv. 6. tit. 9. def. 3. & tit. 22. def. 16.* rapporte pareillement deux Arrêts, qui ont conſervé la faculté d'élire à des Heritiers déchûs de l'Heredité par la nullité de l'inſtitution. Et telle eſt auſſi la Juriſprudence du Parlement d'Aix ſelon Boniface, *tom. 5. liv. 2. tit. 20. chap. 4.*

IV. Quelque reçûë que ſoit cette Juriſprudence, je ne ſçai point ſi elle n'eſt pas contraire aux maximes du Droit. Mes doutes ſont fondés ſur l'autorité de trois ou quatre Textes, qui ſemblent decider ouvertement qu'un Heritier ne doit joüir des facultés qui lui ont été accordées qu'autant qu'il devient veritablement Heritier.

V. Le premier de ces Textes eſt la Loi 14. *Lucius, ff. de fid. lib.* dont voici l'eſpece. Un Teſtateur inſtitue ſa Femme en une partie des Biens. Il affranchit des Eſclaves par ce même Teſtament ; mais il ne les affranchit qu'à condition que ſa Femme voudra bien y conſentir, *ſi uxori meæ placeat.* La Loi déclare que le Teſtateur eſt cenſé ne s'en être remis à la volonté de ſa Femme qu'autant qu'elle ſeroit Heritiere ; deſorte que ſi elle répudie l'Heredité, elle n'a aucun droit de contredire à la liberté des Eſclaves. *Item quæro an uxor quæ ſe hæreditate abſtinuit petenti libertatem juſtè contradicere poſſit, modeſtinus reſpondit ſciæ diſcenſum nullius eſſe momenti.* Je ſçai bien qu'on peut élever quelques nüages ſur la deciſion de cette Loi. On peut dire que lorſque le Mari avoit fait dépendre la liberté des Eſclaves du conſentement de ſa Femme, c'étoit pour lui laiſſer le pouvoir de les rétenir, ſi elle vouloit, ſous ſa puiſſance avec le reſte de l'Heredité ; mais que la Femme ne pouvoit acquerir un droit ſur ces Eſclaves que par le titre d'Heritiere ; qu'ainſi la repudiation faiſant ceſſer ſon interêt, il n'y a pas lieu d'être ſurpris que la condition de ſa volonté que le Teſ-

tateur n'avoit appoſée que pour lui procurer un profit qui dependoit de l'Heredité, ait été tenuë pour non-écrite. Qu'il n'en doit pas être de même lorſqu'il ne s'agit point d'une faculté, dont l'objet ſoit de groſſir l'Heredité en faveur de l'Heritier, mais d'une faculté nuë ſur des Biens dont l'Heritier ne doit profiter en aucun cas. J'avouë que M. Cujas allegue cette raiſon d'interêt pour une de celles qui ont pû déterminerle Juriſconſulte, *Mulieris jam non intereſt*; mais M. Cujas ajoûte une raiſon plus générale, qui eſt que la faculté n'étoit point donnée à la Femme comme Etrangere, mais comme Heritiere, *Non ut mere extraneæ, ſed ut hæredi.* Tel eſt le principal motif de la Loi, & c'eſt ce qui s'éclaircit encore mieux par la Doctrine de la Loi 18. §. 1. *ff. de ann. leg.* qui eſt le ſecond Texte que j'ai annoncé.

VI. La Loi parle d'un Teſtateur qui avoit ordonné que les ſommes par lui leguées reſtaſſent entre les mains d'un des Heritiers inſtitués, juſqu'à ce que le Legataires fuſſent d'un certain âge. Elle déclare que ſi cet Heritier repudie, il n'eſt point reçû à demander que le fonds de ces Legs lui ſoit remis. C'étoit néanmoins un miniſtere ſans profit que le Teſtateur lui avoit confié. La Loi préſume que ce miniſtere ne lui avoit été confié qu'autant qu'il ſeroit Heritier.

VII. Enfin la Loi 27. §. *qui ſuſpectam*, *ff. ad treb.* établit dans cette matiere un principe général qui s'applique parfaitement à la queſtion dont il s'agit; elle diſtingue, dans les Diſpoſitions particulieres qui ont été faites en faveur de l'Heritier s'il a été appellé ſous ſon propre Nom, ou s'il a été appellé comme Heritier. Au premier cas, elle lui permet de conſerver l'utilité de ces Dipoſitions particulieres, quoique l'Heredité ne lui reſte pas. Mais au ſecond, elle veut qu'il en ſoit privé. Il eſt vrai qu'il faudroit diſtinguer, ſuivant ce principe, les Heritiers à qui la faculté d'élire a été laiſſée ſous leur propre Nom, d'avec ceux à qui elle a été laiſſée ſous la qualité d'Heritier; mais il faut obſerver que cette Loi ne fait cette préciſion que parce que les Diſpoſitions particulieres dont elle traite n'ont aucun rapport par elles même à

l'Heredité, au lieu que la faculté d'élire s'y rapporte naturellement. Ainſi, lorſqu'il s'agit d'une Diſpoſition independante de l'Heredité, elle ne doit ſuivre le ſort de l'Heredité qu'autant que le Teſtateur l'y a formellement liée en l'attachant par exprès à la qualité d'Heritier ; mais cette liaiſon eſt naturelle & ſe forme d'elle-même dans la conceſſion du droit d'élire, qui eſt, pour ainſi dire, une annexe & un acceſſoire du Fidéicommis impoſé ſur l'Heredité.

Si les Veuves remariées perdent la faculté d'élire qui leur a été laiſſée par leurs Maris.

I. *QUE par la Juriſprudence de tous les Tribunaux, les Veuves qui ſe remarient dans un tems libre, ne ſont point privées de cette faculté.*

II. *Que cette Juriſprudence eſt juſte dans les principes particuliers du Parlement de Toulouſe, ſuivant leſquels la Mere qui ſe remarie dans un tems libre, demeure ſaiſie juſqu'à ſa mort de tous les droits de l'Heredité.*

III. *Qu'au contraire elle paroît irreguliere dans les principes du Parlement de Paris, qui depoüille incontinent la Mere de la proprieté pour la transferer en la perſonne des Enfans.*

IV. *Dans les principes de ce Parlement, la faculté d'élire n'a pû être conſervée aux Meres que par une ſuite de cette maxime reçûë contre le droit, que la privation de la faculté d'élire ne ſuit point celle du titre d'Heritier.*

V. *Que de-là qu'on ne fait aucun fondement ſur la raiſon priſe de la privation du titre d'Heritier, les Meres remariées dans l'an du Deüil ne devroient pas non plus être déclarées dechuës de la faculté d'élire.*

LA Queſtion doit être conſiderée ſeparement par rapport aux Veuves qui ſe remarient dans un tems libre, & par

rapport à celles qui ſe remarient dans l'année du Deüil, ou ſans avoir ſatisfait aux obligations de la Tutele.

I. A L'égard des premieres, c'eſt aujourd'hui une Juriſprudence certaine qu'elles ne perdent point la faculté d'élire. Les Arrêts du Parlement de Paris, qui l'ont ainſi jugé, ſont rapportés par Brodeau ſur Loüet, *lettre N. ſomm.* 3. Lapeyrere, *lettre N. n.* 17. en rapporte de ſemblables du Parlement de Bordeaux, & ceux du Parlement de Toulouſe ſont rapportés par M. Maynard, *liv. 6. chap. 9.* par M. de Catellan, *liv.* 4. *chap.* 14. & par Albert *in verbo*, *Election.* Telle eſt auſſi la Doctrine de Henrys, *tom.* 3. *liv.* 5. *queſt.* 17. de Ricard des Donations, *pag.* 3. *chap. 9. gloſ. 6. n.* 1405. & de Fernand en ſon Traité *des Inſtit. contract. chap. 9. n.* 10.

II. Pour dire mon ſentiment ſur cette Juriſprudece, je crois que le Parlement de Toulouſe a eu raiſon de la ſuivre ; mais je penſe auſſi que le Parlement de Paris en auroit dû uſer autrement ; & cette difference vient de celle des principes que ces deux Cours ont adoptées ſur l'état des Meres remariées. On tient pour maxime au Parlement de Toulouſe que la Mere, malgré ſon ſecond Mariage, conſerve la proprieté des Biens toute ſa vie, obligée ſeulement de les laiſſer en mourant à ſes Enfans ; juſques-là qu'il n'y a que les Enfans qui lui ſurvivent qui y puiſſent prendre part, & que ſi tous meurent avant elle, leur predecés rend les Biens libres ſur ſa tête. On juge donc que l'Heredité reſte à la Mere tant qu'elle vît, & de-là cette conſequence qu'on lui a dû conſerver la faculté d'élire attachée à cette qualité d'Heritiere.

III. Mais le Parlement de Paris ſuit des principes tout differens. Il juge que dans l'inſtant du ſecond Mariage, la Mere perd toute proprieté & eſt reduite à un ſimple uſufruit ; que la proprieté paſſe incontinent aux Enfans ; qu'elle leur eſt même ſi ſolidement acquiſe, que ceux qui predecedent tranſmettent leurs portions à leurs Heritiers deſcendans ou étrangers. Ainſi dans le Reſſort ce Parlement, le ſecond Mariage de la Mere a l'effet de détruire en elle la qualité d'Heritiere,

parce qu'il eſt de maxime, comme nous l'enſeignent les Auteurs, & particulierement Dumoulin ſur les Conſeils d'Alexandre, *volum.* 2. *Conſ.* 162. que le titre d'Heritier ne peut ſe verifier dans un ſimple uſufruit, que ce titre ſuppoſe la proprieté, & que l'uſufruit détaché de la proprieté ne peut faire qu'un Succeſſeur particulier. La Mere devroit-elle conſerver, en ceſſant d'être Heritiere, une faculté à laquelle elle n'a été admiſe que comme Heritiere.

IV. Mais j'ai déja remarqué que cette raiſon, quelque judicieuſe qu'elle puiſſe être, ou n'a pas été aperçûë, ou qu'elles a été negligée par la Juriſprudence, puiſqu'il eſt reçû dans tous les cas qu'un Heritier qui ceſſe de l'être ne conſerve pas moins la faculté d'élire dont il a été honoré.

V. La raiſon de droit qui naît de la privation du titre d'Heritier, combat bien plus fortement contre les Veuves qui ſe remarient dans l'an du Duëil, ou ſans avoir ſatisfait aux obligations de la Tutelle, parce que dépoüillées en mêmetems de l'uſufruit & de la proprieté, elles ne conſervent rien de leur premier titre. Mais puiſqu'il n'y a point de fondement à faire ſur cette ouverture, de là que la Juriſprudence l'a rejettée, toute la Queſtion ſe tourne à examiner, ſi dumoins la d'écheance de la faculté d'élire ne doit point avoir lieu à leur égard comme une peine particuliere des Mariages precipités qu'elles ont contractés. Et j'ai toûjours penſé que la Queſtion conſiderée ſous ce point de vûë particulier d'une peine, ne pouvoit guere ſe decider à leur préjudice. C'eſt ce que j'ai eu autrefois l'occaſion d'examiner dans deux diſſertations, dont la premiere regarde les Veuves qui ſe remarient dans l'an du Duëil; & la ſeconde regarde celles qui convolent en des ſecondes Nôces ſans avoir fait pourvoir à la Tutelle de leurs Enfans, ou ſans leur avoir rendu compte & payé le reliquât. Je crois que ceux qui voudront avoir une connoiſſance exacte de ces deux Queſtions, ne me ſçauront point mauvais gré d'avoir inſeré ici les deux Diſſertations que je fis alors pour les éclaircir.

PREMIERE DISSERTATION.

Si les Veuves qui se remarient dans l'an de Duëil peuvent être privées à titre de peine de la faculté d'élire qui leur a été commise par leurs Maris.

I. *LA cause des Veuves est fondée sur trois differens moyens.*

II. *Premier moyen. Les peines ne se suppléent jamais.*

III. *Il n'y a point de Loi par laquelle les Femmes qui se remarient dans l'an de Duëil ayant été déclarées dechuës du droit d'élire.*

IV. *Explication de la Loi* 1. *&* 2. Cod. de secundis Nuptiis.

V. *L'esprit général des Loix est de ne les priver que des profits pecuniaires.*

VI. *Le droit d'élire n'est qu'un ministere d'Honneur dont une Femme remariée dans l'an de Duëil n'est pas moins capable.*

VII. *Second moyen pris de la volonté du Pere Testateur.*

VIII. *Le dessein du Pere a été que les Biens fussent à un seul de ses Enfans.*

IX. *Refutation de l'avis de M. de Catelan qui a pensé le contraire.*

X. *Quelles sont les vûës d'un Pere qui laisse le droit d'élire à sa Femme.*

XI. *Troisiéme moyen pris de la nature du droit d'élire.*

XII. *Ce droit n'est qu'un ministere independant de la dignité ou indignité de celui qui en est chargé.*

XIII. *L'élection n'est regardée par les Loix que comme une condition simple & ordinaire, dont l'accomplissement est attaché*

à un Acte fortuit de la volonté de l'Heritier.

XIV. *Reſomption de tous ces differens moyens.*

XV. *Doctrine des Auteurs & des Arrêts en faveur des Veuves.*

XVI. *Examen de l'avis de M. de Maynard qui a penſé le contraire.*

XVII. *Raiſons employées par cet Auteur.*

XVIII. *Toutes ces raiſons ſont trop générales, parce quelles prouveroient auſſi bien contre les Femmes qui ſe remarient après l'an de Duëil.*

XIX. *Elles pechent encore dans le fonds & dans les principes ſur leſquels elles ſont appuyées.*

XX. *Examen d'un Arrêt rapporté par M. de Catelan, qui a ſuivi la Doctrine de Maynard.*

XXI. *Raiſons ſur leſquelles M. de Catelan appuye cet Arrêt.*

XXII. *Réfutation du principal motif que ce Magiſtrat employe.*

XXIII. *Concluſion en faveur des Veuves.*

I. POUR faire voir que les Veuves qui ſe remarient dans l'an de Deüil ne peuvent pas être privées à titre de peine du droit d'élire qui leur a été donné, j'établiſſois trois Propoſitions. La premiere, que la faculté d'élire n'eſt compriſe ni dans les termes, ni dans leſprit des Loix qui concernent les ſecondes Nôces. La ſeconde, que la privation de cette faculté ſeroit contraire à la diſpoſition & aux vûës du Pere. Et la troiſiéme, que la faculté d'élire, conſiderée dans ſon vrai point de vûë, doit être jugée independante de la capacité ou incapacité, de la dignité ou indignité de la Veuve.

II. Quant à la premiere propoſition, il eſt conſtant, ſuivant la Loi 41. *ff. de pœnis*, que les peines ne peuvent être admiſes qu'autant qu'elles ont été prononcées par une Loi expreſſe. C'eſt ce que l'Empereur Juſtinien a particulierement decidé dans la Novelle 2. chapitre 3. à l'égard des peines des ſecondes Nôces, lorſqu'examinant ſi les Peres remariés doivent être exclus de la Succeſſion de leurs Enfans, il répond qu'ils ne doivent pas l'être, parce qu'il n'y a point de Loi qui les ait ſoumis à cette peine. *Non eſt lex tale aliquid dicens.*

dicens. Auſſi en parcourant dans les Loix du Code la maniere dont les peines des ſecondes Nôces ſe ſont établies, on voit que bien loin que les Juriſconſultes & les Juges de ce tems-là s'aviſaſſent de les étendre à leur gré, ils ſe bornoient à ſuivre religieuſement ce qui étoit établi & ſi les premieres Loix avoient omis ou negligé quelque cas, ils attendoient qu'il y fût été pourvû par une Loi nouvelle.

III. Or où y a-t'il de Loi qui ait déclaré par exprès que la Veuve qui ſe remarie dans l'an de Deüil perdroit le droit d'élire que ſon Mari lui a donné ? Bien au contraire tous les Auteurs ont formellement reconnu, que parmi les Loix des ſecondes Nôces il n'y en a aucune d'où l'on puiſſe induire la privation de cette faculté. Maynard, *liv. 3. chap. 100.* a été forcé d'en demeurer d'accord, quoique dans cet endroit il ſe ſoit déclaré contre la Veuve. Ricard, *des Don. part. 3. chap. 6. num. 9.* rend le même témoignage ; & ce qu'il y a de bien remarquable, les Auteurs même qui ont paru contraires à la Veuve, ne cherchent point la privation de la faculté d'élire dans la Loi, mais dans des raiſonnemens vagues, dans des inductions arbitraires & dans de pures raiſons de convenance, qui prouvent bien qu'ils étoient convaincus que la Loi n'étoit pas pour eux.

IV. Il eſt vrai que la premiere Loi qui a été publiée contre ces Mariages prematurés, déclare la Veuve dechûë de toutes les choſes que ſon Mari lui a laiſſées. *His etiam amittendis quæ prior Maritus ei ſuprema voluntate reliquerit.* Mais outre que ces mots, *de choſes laiſſées*, préſentant l'idée d'un profit, ne s'appliquent point à un ſimple miniſtere tel que la faculté d'élire : d'ailleurs la Loi ſuivante déclare par exprès que l'on n'a entendu priver la Femme que de la part que le premier Mari pourroit lui avoir donnée dans ſon patrimoine. *Omnia quæ de prioris Mariti bonis conſecutâ fuerit amittat.* Et les mêmes Loix, en ajoûtant que tout ce que la Veuve perd, doit être appliqué au profit du fiſc ou à celui de dix Perſonnes que le Preteur a denommées dans un de ſes Edits, font bien connoître que toute la peine de la Femme eſt bornée aux choſes, qui par

leur nature peuvent se détacher de sa Personne pour passer au fisc ou à d'autres Successeurs ; en telle sorte que la faculté d'élire étant un privilege personnel, qui ne peut se transmettre, il s'ensuit que la Femme doit le conserver. Voilà pour ce qui est des termes des Loix.

V. A l'égard de l'esprit qui y regne, c'est un principe constant que les Loix n'ont entendu priver la Veuve que de ce qui peut recevoir l'idée d'un avantage & d'une liberalité. Or tous les Auteurs conviennent (*a*) que la faculté d'élire, uniquement destinée à faire passer les Biens sur la tête d'un des Enfans, n'est dans la main de la Femme qu'un simple ministere, non susceptible de cette idée d'un avantage & d'une liberalité. *L'élection necessaire*, dit Henrys, *ne peut passer pour une liberalité, d'autant qu'il ne doit revenir aucun avantage à la Femme, & que la Femme ne fait que prêter son ministere sans participer en aucune sorte au profit de l'élection.*

VI. Il faut bien prendre garde de ne pas équivoquer sur la signification trop étenduë & trop vague du mot *Avantage.* Si l'on entend sous ce mot un pur avantage de bienseance & d'honneur, qui donne à la Mere un caractere de distinction, qui lui procure le respect & les attentions de ses Enfans, qui la met à même de gratifier un d'entr'eux au prejudice des autres, il est vrai que dans ce sens la faculté d'élire sera un *avantage.* Mais où sont les Loix qui ayent privé la Mere de ce qui ne consiste qu'en ministere & en honneur ? On a trop reveré pour cela les droits sacrés de la nature. Une Mere remariée n'est pas moins respectable pour ses Enfans, elle conserve le même droit aux distinctions qui peuvent lui avoir été accordées ; & après tout, ses mains n'empoisonneront pas les Biens, quand elle reglera entre ses Enfans la départition que le Pere lui en a confié par honneur.

(a) *Henrys, tom. 1. liv. 5. quest. 17. Ricard des Don. part. 3. n.* 1405. *Cyriacus dans ses Controverses, tom. 1. pag. 213. num. 9. Saintleger dans ses Resolutions Civiles. M. de Saint Jean, Decis. 9. Decormis, tom. 2. de ses Cons. Albert en ses Arrêts, let. E. chap. 7. Maynard, liv. 3. chap. 100.*

VII. En ſecond lieu, la privation de ce droit ſeroit contraire à la Diſpoſition, à la volonté & aux vûës du Teſtateur.

VIII. La Diſpoſition d'un Pere qui chargeant ſa Femme d'un Fidéicommis envers ſes Enfans, lui a ordonné d'en élire & choiſir un pour recuëillir ſon Heredité, préſente naturellement cette idée : que le Pere a entendu que les Biens ne fuſſent pas partagés, qu'ils appartinſſent à un ſeul ; deſorte que les termes de ſa Diſpoſition ſont violés, quand il arrive que les Biens ſont donnés à tous. Il eſt vrai qu'il y a un cas où l'on eſt reduit à en uſer ainſi ; c'eſt lorſque la Mere eſt decedée ſans élire ; mais on n'admet alors tous les Enfans à recuëillir que parce qu'il n'eſt pas poſſible de faire mieux ; & il n'eſt pas moins vrai que le deſſein du Pere eſt trompé.

Le profond Juriſconſulte Papinien l'a ainſi decidé dans le §. 6. de la Loi *Unum ex familia*, mais avec une vivacité d'expreſſion qui fait connoître à quel point il étoit convaincu de la verité de cette Doctrine. *Les Biens n'ont été donnés*, dit-il, *qu'à un ſeul*, *uni datum eſt* : Et prévoyant enſuite le cas que l'Heritier grevé, en decedant ſans faire d'élection, met les Juges dans la neceſſité de delivrer les Biens à tous les Enfans, il ajoûte ces mots remarquables, que ſi bien tous les Enfans ſont admis à recuëillir, ils n'étoient pourtant pas tous appellés. *Petent omnes quod non omnibus datum eſt.* Le Preſident Faber, qui a commenté cette Loi, enſeigne pareillement que la Diſpoſition & la volonté du Pere ne ſont remplies qu'autant que les Biens ſont donnés ſans partage à l'un des Enfans. Henrys tient le même langage, & telle eſt en un mot la deciſion des Auteurs les plus celebres.

IX. On voit par-là combien s'eſt trompé M. de Catelan, *liv. 4. chap.* 14. lorſqu'il a dit que ſi un Pere en chargeant ſa Femme d'élire & nommer un de leurs Enfans, n'a pas fait un choix de précaution pour prevenir le cas que ſa Femme decederoit ſans élire, il donne bien à entendre par cette conduite qu'il ne tenoit pas fort étroitement à une élection. On répond

que le Pere n'a negligé cette precaution que parce qu'il a été convaincu, comme il devoit l'être, que la Mere n'omettroit pas de remplir le miniſtere qu'il lui a confié. Ainſi cette conduite ne doit pas rendre ſa volonté ſuſpecte ; & il n'eſt pas moins certain qu'il a eſſentiellement voulu que les Biens ne paſſaſſent point ſur pluſieurs têtes.

X. C'eſt ce qui paroît encore mieux ſi l'on examine les vûës dont un Pere eſt animé en ces de rencontres. Les Peres ne donnent communement à leurs Epouſes le droit d'élire que lorſqu'ils laiſſent des Enfans qui ſont encore Pupilles, ou Puberes, ou dans les premiers tems de leur jeuneſſe, dont ils ne connoiſſent ni le cœur ni l'eſprit, & ſur leſquels ils ne peuvent former que des eſperances fort incertaines. Nommer en ce cas-là un Heritier, c'eſt donner beaucoup au hazard ; l'Enfant qui ſera inſtitué n'aura peut-être ni caractere, ni mœurs, ni talens ; les premiers dangers qu'il trouvera dans le commerce du monde lui corrompront le cœur & l'eſprit, & loin de repréſenter dignement ſes Ayeux, il les deshonnorera, loin de ſoûtenir & de conſerver ſa fortune, il la ruinera. Il ne reſte donc aux Peres qu'un ſeul parti, qui eſt celui, auquel ils ſe déterminent preſque toûjours, de donner à leurs Epouſes un droit d'Intendance & de Juriſdiction ſur leurs Enfans. La Mere les voit croître ſous ſes yeux, elle ſuit leurs mouvemens & leurs inclinations, elle voit ce que la Famille peut attendre d'eux, & elle fait paſſer les Biens ſur la tête de celui qui auroit attiré le choix du Pere. Ainſi dans cette faculté d'élire, le Pere conſidere moins ſon Epouſe qu'il ne ſe conſidere lui-même & l'interêt de ſa Famille ; deſorte qu'en quelque ſituation que ſe trouve la Mere, la volonté, les vûës & la diſpoſition du Teſtateur exigent neceſſairement qu'on lui conſerve ce droit de nomination.

XI. Mais enfin, conſiderons la faculté d'élire dans le vrai point de vûë qui lui convient.

XII. Elle n'eſt premierement qu'un ſimple miniſtere, qui doit déterminer celui des Enfans ſur la tête duquel les Biens doivent être tranſmis. C'eſt ſous cette idée que tous les Au-

teurs la repréſentent & la conſiderent ; le Pere a voulu, diſent-ils, que les Biens n'appartinſſent qu'à un ſeul de ſes Enfans, mais il a voulu que cet Enfant fût déterminé par le choix de la Mere. Or les Loix nous apprennent que l'indignité ou l'incapacité des Miniſtres qu'un Teſtateur a choiſi, n'influent en rien ſur la ſubſtance de ſes Diſpoſitions ; que ceux que le Droit repute indignes & incapables ne ſont pas moins propres à remplir ce miniſtere de fait, qui doit procurer l'execution de la volonté. Voilà un premier principe qui ſuffit pour lever toute difficulté.

XIII. Les Loix conſiderent ſecondement la faculté d'élire comme une pure condition, pareille à toutes les autres conditions qui ſont uſitées dans les Teſtamens ; deſorte que lors qu'un Teſtateur dit qu'il ſubſtituë ſes Biens à celui de ſes Enfans qui ſera élû par la Mere, il en eſt de même que s'il avoit appellé celui des Enfans que la Mere rencontreroit le premier ſur ſes pas. De-là vient que le Juriſconſulte Papinien dans le §. 2. de la Loi, *Unum ex fam.* ne conſidere le choix fait en conſequence de la faculté d'élire, que ſous l'idée de l'accompliſſement d'une condition, *cæteri conditione deficiunt.* Ulpien dans la Loi 1. *ff. de leg.* 2. donne encore plus de jour à cette Doctrine, en diſant que lorſque les Teſtateurs s'en ſont remis à la volonté d'une tierce Perſonne, pour l'effet d'une diſpoſition ; l'on ne conſidere pas dans la volonté de ce tiers une operation refléchie qui le rende le Maître, l'Arbitre, le Juge du Teſtament, mais un Acte fortuit de ſa volonté, tel que ſi le Teſtateur avoit exigé de ſa part un fait purement indifferent. Ricard, *Tome* 2. *Traité* 3. *chap.* 11. *part.* 2. *n.* 64. dit encore à ce ſujet, que l'Heritier, dont la volonté eſt donnée pour toute condition, ne fait pas d'avantage en cette rencontre que ne feroit l'arrivée d'un Vaiſſeau au cas qu'elle eût été priſe pour condition par le Teſtateur. Le Preſident Faber, M. Cujas & tous les Auteurs ont tenu le même langage. Ainſi prétendre que la Veuve qui ſe remarie dans l'an du Deüil devienne indigne d'exercer la faculté d'élire, n'eſt-ce pas une idée auſſi abſurde que ſi l'on préten-

doit que par ſes ſecondes Nôces elle devint indigne ou incapable de ſe prêter à l'accompliſſement d'une tout autre condition ?

XIV. En deux mots, la privation de la faculté d'élire n'eſt point litteralement compriſe dans les termes des Loix, concernant les ſecondes Nôces. Elle ne tombe point non plus ſous l'eſprit de ces Loix. La Diſpoſition, la volonté & les vûës du Pere réſiſtent également à cette privation. Enfin c'eſt une condition de pur fait que la Femme demeure capable de remplir en toute ſituation, & dont les Enfans ne peuvent ſecouer le joug en aucun cas.

XV. C'eſt ſur ces principes que les Auteurs ont conſtament decidé, que la Femme remariée ne perd point la faculté d'élire qui lui a été donnée par ſon Mari. Telle eſt la Doctrine de Henrys, Brodeau, Ricard, Albert, & d'une foule d'autres qui en rapportent des Arrêts du Parlement de Paris & de celui de Toulouſe. On oppoſe que ces Auteurs ne parlent que des ſeconds Mariages contractés dans un tems libre. Mais premierement ils ne diſtinguent point, & les raiſons qu'ils employent ſont ſi générales qu'elles s'appliquent indifferemment à toutes ſortes de ſeconds Mariages. Secondement, où eſt la Loi qui decide que ſur ce point les Veuves remariées avant la fin du deüil doivent être traitées differamment des autres Enfans ? Enfin, & c'eſt ici une circonſtance remarquable, Henrys, Albert & Ricard en rapportant l'oppinion de Maynard, qui a cru devoir adopter cette difference deſavantageuſe aux Veuves de la premiere claſſe, déclarent qu'ils reprouvent cette préciſion, & que la maxime doit être la même pour toutes les Veuves remariées. Ils n'ont donc pas ſeulement decidé la Queſtion dans l'eſpece des Veuves qui ſe remarient après l'an, ils l'ont decidée dans l'eſpece des autres.

XVI. On a déja annonçé que M. Maynard n'en a pas jugé de même ; mais en decidant que la Veuve qui ſe remarie dans l'année de deüil doit perdre le droit d'élire, il convient qu'il n'y a point de Loi qui ait prononcé cette peine ; il ajoûte même, qu'après avoir parcouru les immenſes volumes

des Interprêtes & des Docteurs qui l'avoient precedé, il n'en a trouvé aucun qui ait penſé que la Femme dût encourir cette privation. Dans ce ſilence des Loix & des Auteurs, M. Maynard a-t'il bien oſé prendre ſur lui de déclarer cette peine ſinguliere, tandis qu'il eſt conſtant que les peines ne peuvent avoir lieu qu'autant qu'elles ont été prononcées par la Loi ou reçûës par une tradition conſtante ?

XVII. Mais quelles ſont les raiſons ſi preſſantes qui ont engagé M. Maynard à paſſer plus loin que la Loi & que tous les Auteurs ? Il dit que dans l'inſtant du ſecond Mariage les Enfans ſont ſaiſis de droit de tous les Biens que la Mere perd, enſorte qu'il n'eſt pas permis de les dépoüiller après coup pour réünir les Biens ſur la tête d'un ſeul. Il ajoûte que l'Empereur Juſtinien à cru devoir ôter aux Femmes, par ſes nouvelles Loix, la faculté que des Loix precedentes leur avoient donnée, de pouvoir élire un de leurs Enfans pour recuëillir les avantages qu'elles perdent par leur convol.

XVIII. On répond dabord que M. Maynard auroit pû s'appercevoir que ces raiſons ne tombent pas moins ſur les Veuves qui ſe remarient dans un tems libre, que ſur celles qui ſe remarient avant la fin du deüil. En effet, les Loix n'ont-elles pas decidé, même dans le cas des ſeconds Mariages ordinaires, que la proprieté des Biens, dont la Mere eſt privée, paſſe de plein droit en la perſonne des Enfans ? Et n'eſt-ce pas auſſi dans l'eſpece des ſeconds Mariages ordinaires, que l'Empereur *Juſtinien* a reſtraint *les Veuves* à une reſtitution égale de leurs avantages, ſans leur permettre de faire aucun choix ? Ainſi ces raiſons ne prouvent rien, parce qu'elles prouvent trop ; & s'il eſt vrai, comme on eſt forcé d'en convenir, qu'elles ſoient impuiſſantes, inutiles à l'égard des Veuves qui ont attendu la fin du deüil, elles ne doivent pas avoir plus de force contre les autres.

XIX. Au fonds, il eſt vrai que la Loi n'accorde plus d'office, aux Meres remariées, le droit d'élire qu'elle leur avoit dabord accordé, elle a retracté ſon bienfait ; mais ſi le droit d'élire eſt venu d'ailleurs à la Mere, ſi c'eſt le Mari qui le

lui a accordé, la Loi ne met aucun obſtacle à l'effet de cette Diſpoſition particuliere. A l'égard de l'autre difficulté qui eſt propoſée par M. Maynard, il ſuffit d'obſerver que les Enfans ne ſont ſaiſis dans l'inſtant du ſecond Mariage de leurs Mere qu'autant que le Pere n'en a point diſpoſé autrement. Mais s'il a établi une Subſtitution, s'il a voulu que les Biens ne fuſſent pas partagés & n'appartinſent qu'à un ſeul, c'eſt du ſort de cette Subſtitution que les Biens doivent dependre. Il eſt vrai que juſqu'à ce que le ſort de la Subſtitution ſoit decidé, les Biens paſſent proviſoirement ſur la tête des Enfans, parce que la proprieté ne peut reſter incertaine & ſuſpenduë; mais ſi-tôt que la Subſtitution eſt ouverte & developpée, cet effet proviſoire ceſſe, & l'Heritier ſubſtitué rappelle à lui l'univerſalité des Biens. Ainſi tombent les raiſons que M. Maynard employe. Et l'on oſe dire qu'une opinion fondée ſur des motifs de cette nature, loin de frapper les eſprits, ne peut paſſer que pour une ſingularité vaine & mépriſable.

XX. L'autorité de M. Maynard n'a pourtant pas laiſſé de donner lieu à un Arrêt rapporté par M. de Catelan, *liv. 4. chap.* 14. mais c'eſt un Arrêt unique & un Arrêt rendu ſur partage, deux circonſtances qui lui font perdre ſon autorité. En effet, la Loi nous enſeigne qu'un Arrêt ſeul n'eſt jamais ſuffiſant pour établir une maxime; & ſi cela eſt vrai, même dans le cas d'une Queſtion commune, ordinaire, quel égard peut-on avoir à la deciſion d'un Arrêt ſolitaire, lorſqu'il s'agit d'établir une peine? La circonſtance de ce partage, dans une Cour qui eſt ſi bien inſtruite des principes du Droit Romain, prouve bien encore, non-ſeulement qu'on ne trouva point que la privation qu'il s'agiſſoit de prononcer fût prononcée par la Loi, mais même que l'interprêtation par laquelle on vouloit induire cette peine parut extremément incertaine & très-éloignée; & dans cet état ce Parlement auroit-il dû prendre ſur lui de déclarer une peine qui ne peut être legitime qu'autant qu'elle eſt expreſſe dans la Loi, ou qu'elle en derive par des conſequences claires, certaines & immediates.

XXI. La Juriſprudence de cet Arrêt paroît encore moins

déciſive

déciſive ſi l'on en penetre les motifs tels que M. de Catellan nous les a tranſmis. L'Auteur appuye dabord ſur les mêmes raiſons que Maynard employe, elles ont été déja réfutées, ainſi il ſeroit inutile d'y revenir. Enſuite M. de Catellan ſe ſentant embarraſſé par les Arrêts qui ont jugé que la Veuve qui ſe remarie dans un tems libre ne perd point la faculté d'élire, dit qu'il y a une difference eſſentielle entre ces Veuves & celles qui n'attendent point la fin du deüil, en ce que celles-ci perdent tant l'uſufruit que la proprieté des Biens que le Mari leur avoit donnés, au lieu que les premieres ne perdent que la proprieté & conſervent une joüiſſance pleine; d'où il conclut que la Veuve qui ſe remarie dans un tems libre doit conſerver l'uſufruit de la faculté d'élire, mais que les autres la doivent perdre.

XXII. Il ne faudroit qu'un raiſonnement de ce caractere pour décrediter l'opinion la plus ſenſée & la plus judicieuſe. Eſt-ce que l'on peut diſtinguer dans la faculté d'élire une difference d'uſufruit & de proprieté? Eſt-ce pour une faculté qui ne conſiſte qu'en un fait, en un ſimple miniſtere, dans un pur Acte de la volonté, que ces précisions ont été faites? Et vouloir y deméler un uſufruit, diſtinct d'une proprieté, que certaines Veuves doivent conſerver & que d'autres doivent perdre, n'eſt-ce pas tomber dans une bizarrerie qui revolte le bon ſens? Ce qu'il y a de vrai, c'eſt que cette diſtinction d'uſufruit & de proprieté, dont parle M. de Catellan, auroit dû naturellement l'amener à faire attention que les Loix ne ſe ſont occupées que de ce qui renferme un profit réel; que la difference établie entre les ſeconds Mariages roulant toute entiere ſur les oppoſitions de l'uſufruit & de la proprieté, il eſt ſenſible qu'elle ne peut s'appliquer à un ſimple miniſtere où l'on ne diſtingue rien de pareil. Qu'elle eſt donc cette opinion extraordinaire que des Auteurs, d'ailleurs judicieux, n'ont pû défendre ſans tomber auſſi tôt dans les vûës les plus choquantes & dans des preciſions pueriles?

XXIII. Après avoir auſſi ſolidement réfuté l'Arrêt de M. de Catelan, il paroît inutile de s'occuper du témoignage

de quelques Auteurs modernes, tels que Ferriere sur la Coûtume de Paris, Bretonier & autres, qui en rapportant cet Arrêt comme simples Historiens, ont dit qu'au Parlement de Toulouse une Veuve qui avoit convolé en secondes Nôces avant la fin du deüil, avoit été déclarée dechuë de la faculté d'élire. Ce n'est rien ajoûter à l'autorité d'un Arrêt d'en rapporter nuement la decision. Ainsi il en faut revenir à la Doctrine de ce grand nombre d'Auteurs qui ont decidé, sans distinction & sur des raisons générales, que la faculté d'élire, parce qu'elle se reduit à un simple ministere sans profit & sans utilité particuliere, ne doit point être soumise aux peines des secondes Nôces.

SECONDE DISSERTATION.

Si dans le cas que les Veuves remariées avant la fin du deüil seroient déclarées déchuës de la faculté d'élire, l'exemple de ce que l'on pratiqueroit à leur égard pourroit tirer à conſequence contre les Veuves qui ſe remarient ſans avoir ſatisfait aux obligations de la Tutele.

I. *PLAN général de cette Diſſertation.*

II. *Quelle étoit la Diſpoſition des Loix du Code contre les Meres Tutrices qui ſe remarioient ſans avoir ſatisfait aux obligations de la Tutele.*

III. *Nouvelles peines établies par le chapitre 40. de la Novelle 22.*

IV. *L'Empereur Juſtinien ne ſe determina à tant de rigueurs que pour punir les Femmes d'avoir violé le Serment qu'on exigeoit de leur part en les admettant à la Tutele de leurs Enfans.*

V. *Diſpoſition de la Novelle 94. qui ſubſtitua une Promeſſe en Jugement, de ne pas ſe remarier, au Serment que les Femmes étoient d'abord obligées de prêter.*

VI. *Concluſion. Qu'aujourd'hui qu'on n'exige des Femmes ni Serment ni Promeſſe de ne pas ſe remarier, toutes ces nouvelles peines ne devroient plus avoir lieu.*

VII. *Ancienne Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, qui n'avoit égard ni aux peines établies par les Novelles, ni même*

à celles que le Droit du Code avoit reçûës.

VIII. *Moyenne Jurisprudence qui ramena les choses aux termes du Droit du Code.*

IX. *Par la derniere Jurisprudence on a renouvellé contre les Meres Tutrices une partie de la rigueur que l'Empereur Justinien avoit établie.*

X. *Quelles sont les peines des Femmes qui se remarient avant l'an de deüil.*

XI. *De toutes ces peines il n'y en a que trois qui ayent été déclarées communes aux Meres Tutrices.*

XII. *Que même à l'égard de ces trois peines communes, les Veuves Tutrices sont moins severement traitées que celles qui se remarient dans l'an de deüil.*

XIII. *Conclusion. Que la condition des unes & des autres n'est pas égale.*

XIV. *Le nombre des peines qu'encourent les Meres Tutrices a été fixé par la Jurisprudence.*

XV. *Réponse à l'objection, prise de ce qu'il semble que la privation du droit d'élire doit être une suite de la perte des avantages.*

XVI. *Doctrine de Balde & de Sanchés sur cette Question.*

XVII. *On ne peut prononcer la privation de la faculté d'élire contre les Meres Tutrices que par une extension de peine fondée elle-même sur une premiere extension.*

XVIII. *Réponse à l'objection, prise de ce que la Mere pourroit se servir du droit d'élire pour se perpetuer dans la joüissance qu'aucun des Enfans n'oseroit lui contester, de peur de lui deplaire & de prononcer lui même par-là son exclusion.*

XIX. *Quelle est l'opinion à laquelle la Jurisprudence paroît incliner sur l'une & l'autre Question.*

XX. *Arrêt du 28. Mai 1668. qui a jugé de même que celui que rapporte M. de Catelan, que la Mere remariée dans l'an de deüil perdoit la faculté d'élire.*

XXI. *Second Arrêt dans l'espece d'une Mere qui avoit malversé dans l'an de deüil.*

XXII. *Troisiéme Arrêt contre une Mere qui s'étoit remariée sans s'être dechargée de la Tutele.*

XXIII. *Quatriéme Arrêt intervenu au Parlement d'Aix sur un Procès évoqué du Parlement de Toulouse.*

XXIV. *Exposition du Fait.*

XXV. XXVI. XXVII. XXVIII. XXIX. *Suite du Fait.* XXX. *Arrêt par lequel l'élection de la Mere a été cassée.*

I. LE nœud de cette Dissertation consiste à détruire cette égalité parfaite, que l'on suppose communement, entre les Veuves remariées avant la fin du deüil & celles qui se remarient sans avoir satisfait aux obligations de la Tutele. Et pour cela l'on examinera, premierement la Disposition des Loix Romaines qui concernent les Meres Tutrices. Ensuite l'on examinera les progrès que la Jurisprudence du Parlement de Toulouse a suivi à leur égard. Enfin on s'attachera à faire connoître le dernier état de cette Jurisprudence. Et de tout cela on conclura qu'il s'en faut bien que les Meres, dont la seule faute est de n'avoir pas rempli toutes les obligations de la Tutele, soient de même condition que les Veuves coupables qui ont insulté aux cendres de leur Epoux, & souillé, pour ainsi dire, son lit par un Mariage precipité.

II. Les Loix du Code n'avoient établi d'autre peine, contre les Meres qui manquoient aux devoirs de la Tutele, que de les exclure de la Succession de ceux des Enfans qui decedoient avant l'âge de puberté. Encore étoit-ce moins une peine du second mariage que la peine de leur negligence; puisque les Meres, qui sans se remarier, negligoient de prendre elles-mêmes la Tutelle ou de faire nommer un Tuteur étranger, encouroient pareillement cette exclusion. Dans tout le reste les unes & les autres jouissoient librement de leurs droits.

III. Il est vrai que l'Empereur Justinien ordonna par le chapitre 40. de la Novelle 22. que les Meres qui après s'être chargées de la Tutele de leurs Enfans viendroient à se remarier sans avoir fait nommer un Tuteur, sans avoir rendu compte & sans avoir payé le reliqua de leur administration, seroient traitées avec toutes les mêmes rigueurs que les Loix avoient déja établies contre les Veuves qui se remarient avant la fin du deüil. L'Empereur Justinien a eu le soin de nous apprendre, quel fut le motif de cette severité excessive. Il est pris

d'un uſage qui étoit particulier aux Romains & qui ne reçoit point d'application parmi nous.

IV. A Rome, on n'admettoit les Meres à la Tutele de leurs Enfans qu'après les avoir obligées de jurer qu'elles ne ſe remarieroient pas. Ainſi elles commettoient un parjure en ſe remariant avant la fin de la Tutele ; & l'Empereur declare que c'eſt pour les punir de ce parjure qu'il les ſoumet à toutes les peines des ſeconds Mariages contractés avant la fin du deüil.

V. Il eſt vrai qu'enſuite Juſtinien abrogea par la Novelle 94. la neceſſité de ce Serment, qui expoſoit les Veuves au danger de devenir parjures ; & dès-lors il ſembloit que les peines qui n'avoient été prononcées que pour venger l'honneur de la Religion ne dûſſent plus avoir lieu. Mais à la place du Serment, l'Empereur exigea des Veuves qu'elles promettroient en Jugement de ne pas ſe remarier. Un engagement pris à la face de la Juſtice merite du reſpect. L'Empereur attacha au violement de cette Promeſſe ſolemnelle les mêmes peines qu'il avoit attachées precedemment au Parjure.

VI. L'une & l'autre de ces deux Loix s'expliquent d'une maniere qui n'eſt pas équivoque. Dans l'une, le parjure eſt marqué taxativement comme le motif de la rigueur qu'elle exerce contre les Veuves. *Nous ordonnons*, dit l'Empereur, *que les Femmes qui oſeroient ſe parjurer ſupportent toutes les peines que nous avons établies contre celles qui ſe remarient dans l'an de deüil.* Dans l'autre le violement de la Promeſſe ſolemnelle, par laquelle la Femme s'étoit liée, eſt marqué auſſi par exprès comme la raiſon qui engage l'Empereur à conſerver ce qu'il avoit établi dans le cas du Serment & du Parjure. *Nous ordonnons que ces Femmes hardies qui ont menti au Tribunal de la Juſtice & manqué à leur Promeſſe, ſoient traitées de même qu'elles le ſeroient ſi l'on avoit reçû leur Serment.* En France, on n'exige ni Déclaration judiciaire ni Serment de la part des Meres qui demandent d'être admiſes à la Tutele de leurs Enfans, on les admet librement & ſans ſolemnité ; deſorte que les motifs de cette rigueur exceſſive n'ayant point paſſé dans nos Uſages, la Diſpoſition de ces Loix ne

devroit point avoir ſon effet parmi nous.

VII. C'eſt ainſi que le Parlement de Toulouſe le jugeoit autrefois. M. Maynard, & tous les Auteurs qui ont connu ſon ancienne Juriſprudence, ont atteſté que les peines introduites par les Loix de Juſtinien, contre les Meres qui manquent aux devoirs de la Tutele n'étoient point obſervées. On avoit paſſé même plus avant, on admettoit la Mere à la Succeſſion de ſes Enfans pupilles, & l'on ſe contentoit de la condamner à de legeres Amendes.

VIII. Le Parlement de Toulouſe après avoir ſuivi cette Juriſprudence pendant pluſieurs Siécles, ſe forma de nouvelles vûës, & ramena les choſes aux termes du droit *du Code*, en déclarant les Meres, qui ſe remarieroient ſans avoir rempli les obligations de la Tutele, privées & dechuës de la Succeſſion de leurs Enfans pupilles. Mais quant aux peines extraordinaires que les Loix de Juſtinien avoient prononcées contre elles, il n'en étoit point encore queſtion.

IX. Enfin, & c'eſt ici le dernier état de la Juriſprudence, le Parlement de Toulouſe a cru devoir faire un pas plus avant en faveur des Enfans du premier lit, il a cru devoir renouveller contre les Meres Tutrices une partie de la rigueur que Juſtinien avoit portée à l'excès ; mais il s'en faut bien qu'il ait embraſſé toute l'étenduë de cette rigueur, en mettant les Meres Tutrices au niveau des Veuves qui ſe marient dans l'an.

X. Les Veuves qui ſe precipitent dans de ſecondes Nôces avant la fin du deüil, encourent, ſuivant les Loix, cinq ou ſix ſortes de peines. Elles deviennent infames. Elles ne peuvent rien recevoir par des Diſpoſitions de derniere volonté. Elles ſont incapables de Succeder dans la ligne collaterale au-delà du troiſiéme degré. Elles perdent la Succeſſion de leurs Enfans, & il leur eſt défendu de donner à leur ſecond Mari au-delà de la troiſiéme partie de leurs Biens. Enfin elles ſont dépoüillées de l'uſufruit & de la proprieté, tant de leur Augment, que de tous les avantages qu'elles ont reçû de la liberalité de leurs Maris.

XI. Or de toutes ces peines il n'y en a que trois qui ayent été déclarées communes aux Veuves qui se remarient sans avoir satisfait à leurs obligations de Tutrice. Elles perdent la Succession de leurs Enfans. Elles perdent encore leur Augment & tous les avantages qu'elles avoient reçûs de la liberalité de leur premier Mari. Mais à l'égard des autres peines que la Loi prononce contre les Mariages precipités, infamie, incapacité de rien recueillir par Testament, & de Succeder dans la ligne collateralle au-delà du troisiéme degré, défenses de donner au Mari au-delà de la troisiéme partie des Biens, jamais les Veuves dont il s'agit n'y ont été déclarées sujettes.

XII. Voilà donc bien de differences, par lesquelles les Veuves qui se remarient dans l'an & celles qui ne sont coupables que pour avoir manqué aux Loix de la Tutele sont dans un état très-opposé. Mais outre cette difference dans le genre & le nombre des peines, le Parlement de Toulouse a établi d'autres differences pour les peines même qui leur ont été déclarées communes. Les Veuves qui se remarient dans l'an ne peuvent point invoquer le privilege & la faveur de la minorité pour se faire relever des peines qu'elles ont encouruës ; au lieu que celles qui ne manquent, par leur second Mariage, qu'aux devoirs de la Tutele, peuvent être relevées. Les premieres sont excluës de la Succession de leurs Enfans, soit qu'ils decedent pupilles ou puberes ; au lieu que les autres n'en sont excluës qu'autant qu'ils decedent avant d'avoir l'âge de la puberté. L'exclusion des unes a lieu, même dans le cas qu'il ne resteroit pas d'autres Enfans pour recueillir les Biens dont elles sont privées ; au lieu que les secondes ne sont excluës que quand il reste d'autres Enfans. Il y a eu même un tems où l'on decidoit que la privation de l'usufruit, encouruë par la Mere Tutrice, cessoit si-tôt que les Enfans étoient devenus puberes ; au lieu qu'à l'égard des Meres qui convolent dans l'an du deüil, cette privation a toûjours été pure, simple & irrevocable.

XIII. Ainsi, d'un côté la Femme qui se remarie sans s'être acquitée de la Tutele, n'est point soumise à toutes les peines de celles qui se remarient dans l'an du deüil, & dans les peines même

même qui leur ſont communes, les premieres ſont traitées bien moins ſeverement que les autres. On ne peut donc pas dire que les unes & les autres ſoient de même condition, qu'il y ait entre elles une égalité de haine, de peine & de défaveurs. D'où il s'enſuit, que quand même les ſeconds Mariages contractés dans l'an du deüil entraineroient la privation du droit d'élire, cela ne tireroit point à conſequence pour les ſeconds Mariages, qui ne pechent que du côté de la Tutelle.

XIV. En un mot, le Parlement de Toulouſe a fixé le nombre & le genre des peines auſquelles les Meres Tutrices peuvent être aſſujetties. *Il n'y en que trois*, dit M. d'Olive, *la privation de la Succeſſion des Enfans decedés en pupillarité, la privation de Fruits & de l'Interêt des choſes leguées par le Mari, & la decheance des interêts de l'Augment : Suivant*, ajoûte-t'il, *les Arrêts en dernier lieu donnés.* Ainſi ce ſeroit combattre la Juriſprudence de front d'y joindre une quatriéme peine, en faiſant perdre à la Femme le droit d'élection.

XV. On oppoſe que la privation du Droit d'élire eſt une ſuite de la perte des Avantages, ſoit parce que ce Droit eſt lui-même un Avantage, ſoit encore parce que la Femme perdant tous les Biens, il ſemble qu'elle ne puiſſe point conſerver une faculté qui ne lui avoit été donnée qu'autant qu'elle étoit Heritiere & qu'elle devoit conſerver les Biens ſur ſa tête. On a déja répondu que le droit d'élire n'eſt rien moins qu'un avantage & une liberalité pour la Femme ; & de plus, que ce droit n'eſt pas tellement lié avec l'uſufruit & la proprieté des Biens qu'il ne puiſſe ſubſiſter, nonobſtant la perte totale de l'un & l'autre. On ne peut donc prononcer la privation de ce droit que ſeparément & en forme de peine particuliere ; deſorte qu'étant conſtant, ſelon M. Dolive, que la peine des Femmes a été reduite par les Arrêts à trois ſortes de privations, tombant ſur des objets utiles, il n'en faut pas d'avantage pour aſſurer que le droit d'élire doit reſter en ſon entier.

XVI. Telle a été la Doctrine du fameux Juriſconſulte Balde, qui dans ſon Commentaire ſur l'autentique, *Eiſdem pœnis*, déclare que les Femmes remariées, ſans avoir ſatisfait

aux obligations de la Tutelle, ne perdent pas la qualité d'Executrices qui leur avoit été deferée par leurs Maris. Balde ne parle que de la qualité d'Executrices, mais n'eſt-il pas ſenſible que la faculté d'élire depend de cette qualité, puiſqu'elle n'eſt autre choſe qu'un miniſtere pour remplir le deſſein que le Teſtateur a eu de faire paſſer les Biens aux Subſtitués. Le Theologien Sanchés rappelle l'avis de Balde dans ſon Traité *de Matrimonio*, *liv.* 8. *Diſp.* 88. *n.* 14. *&* 15. & il déclare qu'il l'approuve, non-ſeulement par rapport au miniſtere d'Executrice, mais encore à l'égard de la faculté d'élire, parce que les peines ne peuvent pas s'étendre. *An mulier ſecundò nubens non petito Tutore, amittat munus executricis Teſtamenti & facultatem nomine viri teſtandi. Tenendum eſt id officium non amitti, cum enim hæc pœna non probetur, imponenda minime eſt.* Il faut ajoûter à tout cela deux conſiderations extremement preſſantes.

XVII. La premiere eſt, que dans les peines tout doit être clair, precis & ſuperieur à tous les doutes. Or ici, non-ſeulement il n'y a rien de precis pour la privation du droit d'élire, mais même on ne prétend l'établir que par le progès de deux propoſitions, dont chacune, pour ne rien dire que de bien moderé, reçoit bien des contradictions. Il faut ſuppoſer dabord que la Veuve qui ſe remarie dans l'an du deüil perd le droit d'élection; & c'eſt ce qui n'eſt conſtant ni dans l'uſage, ni dans le droit. Enſuite, par une ſeconde propoſition qui depend de celle-là, il faut ſuppoſer une égalité parfaite, entre les Veuves qui ont manqué aux devoirs de la Tutelle, & celles qui ſe remarient dans l'an; égalité qui eſt demantie & confonduë par une foule de differences. Etablira-t'on une peine ſur la combinaiſon de deux principes ſi équivoques?

XVIII. La ſeconde obſervation ſert de réponſe à la ſeule difficulté raiſonnable que l'on puiſſe élever. On oppoſe que le droit d'élire ſerviroit de moyen à une Femme pour faire fraude à la Loi & ſe perpetuer contre ſa Diſpoſition dans la joüiſſance des Biens, parce que les Enfans craignant tous de deplaire à leur Mere & de donner lieu à leur excluſion, nul n'oſeroit s'élever contre elle & la preſſer pour

la reſtitution du Fidéicommis. Mais c'eſt là, moins un avantage pour la Mere, qu'un piege extremement dangereux. Elle continuera de joüir des Biens, elle ſe croira plus riche, elle conſumera les fruits ; & puis, après ſon decès, obligée de tout reſtituer, on ruinera ſon Heredité en reprenant ſur ſes capitaux ce qu'elle aura conſumé de ſon vivant. Ainſi il n'y a point d'avantage effectif à ce retardement ; l'avantage eſt au contraire pour les Enfans en faveur deſquels ces fruits ſe trouveront former un capital. Mais enfin où les Enfans prennent le parti du ſilence, & alors ils n'ont point à ſe plaindre d'un retardement dont ils ſe ſont impoſés eux-même la Loi ; ou s'ils ne veulent pas tolerer la joüiſſance de leur Mere, ils n'ont qu'à ſe reünir pour la preſſer tous d'un commun accord. Alors nul d'eux n'aura plus de part à ſa colere que les autres ; elle ſera depouillée, ſuivant les deſirs de la Loi, & tous les Enfans conſerveront une égale eſperance d'être choiſis.

XIX. Lorſque j'écrivois ces deux Diſſertations, je ne connoiſſois point divers Arrêts, qui ſur les traces de celui qui eſt rapporté par M. de Catelan, ont jugé que la faculté d'élire étoit perduë, tant pour les Veuves qui ſe remarient ſans avoir ſatisfait aux obligations de la Tutelle, que pour celles qui ſe remarient avant la fin du deüil.

XX. Le premier a été rendu le 28. Mai *1668.* après un partage porté de la Premiere à la Seconde Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Montaut, M. de Guillermin Compartiteur ; l'élection que la Mere remariée dans l'an du deüil avoit faite par Contrat de Mariage en faveur d'une de ſes Filles fut caſſée & tous les Enfans furent admis en concours.

XXI. Cet Arrêt avoit été precedé d'un autre, rendu à l'Audience de la Grand'Chambre le 22. Mai *1648.* dans l'eſpece d'une Femme qui avoit malverſé avant la fin du deüil. L'élection étoit favorable, elle avoit été faite en faveur de l'Aîné, & elle n'étoit conteſtée que par des Filles. L'Arrêt ne laiſſa pas de la rejetter. La malverſation n'eſt punie ſelon le chapitre *6.* de la Novelle *39.* que ſur le modéle des peines

qui auroient lieu pour le Mariage même ; ainſi cet Arrêt, en déclarant que la Mere qui avoit malverſé dans l'an du deüil étoit dechuë de la faculté d'élire, renferme un préjugé formel contre les Veuves qui contractent un Mariage précipité.

XXII. Albert qui rapporte cet Arrêt *in verbo* élection, chapitre *6.* en rapporte un autre du 22. Mai 1655. dont il expoſe mal l'eſpece & les motifs. Tout ce qu'il en rapporte c'eſt que la Veuve avoit convolé en ſecondes Nôces ſans l'agrement de ſon Pere, qu'elle l'avoit même outrageuſement traité, en pourſuivant contre lui des Informations & un Décret de priſe de Corps, & le faiſant crier enſuite à trois briefs jours. L'Arrêt déclara y avoir abus à ſon Mariage, & la privant de la faculté d'élire que ſon premier Epoux lui avoit laiſſée, il transfera cette faculté au Pere comme une eſpece de dedomagement des outrages qu'il avoit reçûs. Voilà tout ce qu'Albert rapporte ; & s'il n'y avoit point eu autre choſe dans le Procès, l'Arrêt auroit ſeulement jugé que la honte à laquelle la Veuve s'étoit expoſée par un Mariage illegitime, ou la conduite qu'elle avoit tenue à l'égard de ſon Pere l'avoit rendue indigne d'exercer la faculté d'élire. Mais Albert a negligé d'ajoûter que la Veuve étoit chargée de la Tutelle de ſes Enfans, qu'elle avoit contracté ſon ſecond Mariage ſans leur avoir fait donner d'autre Tuteur, ſans avoir rendu compte & ſans avoir payé le reliqua. Et voilà la raiſon pour laquelle le droit d'élire lui fut enlevé.

XXIII. Enfin la Queſtion vient d'être jugée au Parlement d'Aix par Arrêt du 25. Juin 1743. dans le Procès célébre de M. de Niquet, contre M. le Marquis de St. Felix. Voici qu'elle en étoit l'eſpece.

XXIV. Du Mariage du Sieur de Brun avec la Dame d'Augier n'acquirent cinq Filles, qui étoient encore pupilles lors de ſon decès. Le Sieur Brun par ſon Teſtament du 25. Décembre 1688. inſtitua la Dame d'Augier pour ſon Heritiere, à la charge de rendre les Biens à une de leurs Filles à ſon choix, leguant la ſomme de 10000. liv. à chacune des Cadetes, pour leur tenir lieu de Legitime, & 18000.

liv. à Gabrielle, qui étoit l'aînée. La Dame d'Augier se chargea de la Tutelle, & le 1. Juin 1693. elle se remaria avec le Sieur de Niquet. Elle eût la precaution de faire donner un Tuteur à celles de ses Filles qui étoient encore pupilles, & un Curateur à celles qui étoient puberes. Elle rendit encore un compte Tutelaire, dont le reliqua composé du capital & du revenu des legitimes de ses Enfans fut liquidé à la somme de 77749. liv. 16. s. 2. den. mais elle engagea le Tuteur à laisser ce Fonds dans ses mains; & de plus elle exigea de lui qu'il donnât une Procuration générale à un Homme affidé, sous le nom duquel elle continua de gerer les affaires de la Tutele.

XXV. La Dame d'Augier maria en 1695. Gabrielle Brun, sa Fille aînée, au Sieur de Monbrun, & lui constitua d'un côté la somme de 40000. liv. & de l'autre la Terre de Granselve, dont elle se réserva neanmoins la joüissance; déclarant que tout ce qui excedoit le montant de la legitime dans cette Constitution dotale, elle le donnoit sur l'Heredité du Sieur Brun, en vertu du droit de nomination qui lui appartenoit. Elle maria ses autres quatres Filles avec les Sieurs Ducup, du Solas, de St. Loüis & de Monredon; elle constitua à toutes des Dots superieures à la Legitime que le Pere leur avoit laissées, déclarant que cet excedant provenoit des revenus que le montant de leurs Legitimes avoient produit depuis le decès de son premier Mari.

XXVI. Elle mourut enfin en l'année 1714. elle nomma par son Testament la Dame Marquise de Montbrun, sa Fille aînée, pour receüillir la Succession Paternelle. A l'égard de ses Biens propres, elle institua Heritier M. le President de Niquet, son Fils aîné du second lit, & elle ajoûta par exprès qu'elle lui donnoit tout ce qu'elle avoit gagné par la joüissance de l'Heredité du Sieur Brun.

XXVII. A peine la Dame d'Augier étoit décedée que la Dame de Montbrun, en qualité de Substituée élûë, & les Dames ses Sœurs en qualité de Legitimaires, se pourvûrent pour demander contre M. de Niquet la répresentation de tous les

effets de la Succeſſion du Sieur Brun ; elles demanderent encore que la Dame d'Augier leur Mere fût déclarée dechûë de la joüiſſance que ſon Mari lui avoit laiſſée, & que M. de Niquet fût tenu de rendre compte de tous les revenus qu'elle avoit perçûs. La Dame de Montbrun demandoit la totalité des effets & des joüiſſances en qualité d'Heritiere, & ſes Sœurs de leur côté agiſſoient pour le douziéme répondant à leur quotité Legitimaire.

XXVIII. Sur ces conteſtations il intervint Arrêt le 11. Septembre 1720. qui déclara la Dame d'Augier déchuë de toutes les liberalités de ſon premier Mari ; ordonna que les Sieurs de Niquet Pere & Fils rendroient compte à la Dame de Montbrun de tous les effets de la Succeſſion du Sieur Brun & de tous les revenus par elle perçûs juſques à ſon decès ; adjugea aux Cadetes le ſupplement de Legitime auquel elles avoient conclu ; & ſur la demande à ce que les joüiſſances de la Dame d'Augier leur fuſſent adjugées à concurrence du douxiéme, ordonna, avant dire droit, qu'il ſeroit procedé à reddition du compte pour voir ſi ce qui leur avoit été donné n'égaloit point le juſte revenu de leur Legitime. Ce compte fut rendu & terminé par des Tranſactions, tant avec la Dame de Montbrun, qu'avec les Cadetes.

XXIX. Dans cet état, M. le Préſident de Niquet ayant ſuccedé aux droits des Dames de Cuq & de Morrhedon, Heritier de l'un & Ceſſionaire de l'autre, éleva une conteſtation nouvelle que l'on n'avoit jamais connuë dans la Famille. Il prétendit que la Dame d'Augier avoit perdu par ſon ſecond Mariage la faculté d'élire que ſon Mari lui avoit déferée ; qu'ainſi l'élection qu'elle avoit faite de la Dame de Montbrun étoit inutile, & que les Biens devoient être diviſés par portions égales entre toutes les Filles. Il fit aſſigner les Sieur & Dame de St. Felix, Succeſſeurs de la Dame de Montbrun, pardevant le Parlement d'Aix, où toutes les ſuites de cette affaire avoient été renvoyées, pour lui voir adjuger deux portions de l'Heredité du chef de ces deux Dames, enſemble deux portions des joüiſſances que la Dame d'Augier avoit perduës.

XXX. L'affaire fut ſolemnellement diſcutée : la qualité des Parties, la grandeur de l'interêt & les circonſtances intereſſantes qui étoient mêlées dans ce Procès, tout contribuoit à fixer l'attention. Enfin il eſt intervenu Arrêt, qui faiſant droit ſur la demande de M. de Niquet, caſſe l'élection & admet M. le Preſident de Niquet, tant au partage de l'Heredité qu'à celui des joüiſſances. Je dois pourtant obſerver que M. de St. Felix a attaqué cet Arrêt au Conſeil par la voye de la caſſation. Il a pris un de ſes moyens de ce que le Parlement d'Aix a entrepris de déclarer une peine civile qui n'eſt établie par aucune Loi. Ainſi l'évenement qu'aura cette inſtance pourra bien ſervir à fixer les eſprits ſur un point ſi eſſentiel, que la grande oppoſition qui ſe rencontre entre la Juriſprudence & les principes du Droit rend extremément douteux.

Si l'Heritier eſt dechu de la faculté d'élire lorſqu'il a entrepris de faire acheter l'élection aux Subſtitués.

NOUS avons à ce ſujet un Arrêt du Parlement de Provence du 7. Août 1663. rapporté par Boniface, *Tome 2. liv. 3. tit. 2. chap. 3.* qui en caſſant l'élection débouta l'Heritiere inſtituée de deux Requêtes qu'elle avoit préſentées pour être admiſe à faire un nouveau choix, & la déclara privée de cette faculté. Cet Arrêt doit ſervir de regle en pareille rencontre, puiſqu'il n'eſt pas naturel de conſerver à l'Heritier un miniſtere dont il a déja abuſé, & qui pourroit lui donner lieu de tenter de nouvelles fraudes, qu'il réüſſiroit peut-être à cacher avec plus de ſoin.

DIX-SEPTIE'ME QUESTION.

„ 1. DE ce que deſſus, la dix-ſeptiéme Queſtion, qui „ eſt la deuxiéme principale, ſe trouve aſſez vuidée; „ car puiſque celui qui a donné certains Biens à l'un de ſes „ Enfans mâles, & s'eſt réſervé le droit & faculté de le „ choiſir juſques à ſa mort, ou lors qu'il viendra à mourir, „ peut élire non-ſeulement un de ſeſdits mâles, mais pluſieurs, „ & cela également ou inégalement, purement ou ſous di- „ verſes conditions, peut élire en partie & en partie non, „ peut ſouvent changer d'élection, & y ajoûter ou diminuer, „ ſans alterer ou changer aucunement la Donation, ce qui a „ été verifié ci-devant : Il s'enſuit bien qu'il peut en nommer „ & élire un ſolidairement & pour le tout, & le charger par „ le même Acte d'élection, ou par autre ſubſequent de ren- „ dre les choſes eſquelles il eſt élû après certain tems, ou „ s'il meurt ſans Enfans mâles, à un de ſes autres Enfans „ mâles; car ce n'eſt que faire l'élection conditionelle, *& pro* „ *parte temporis.*

„ 2. Mais montrons-le encore plus clairement. Il n'y a rien „ de ſi certain, que ſi je puis ôter entierement une choſe à „ quelqu'un, que je ne la lui puiſſe ôter en partie, ou le „ charger de la rendre à un autre : car celui qui peut le plus, „ peut bien le moins. Or il étoit au pouvoir de notre élec- „ teur (qui étoit même le Donateur) de changer entiere- „ ment l'élection, & priver du tout des choſes données le „ premier élû, en éliſant un autre de ſes Enfans mâles : & „ partant à plus forte raiſon l'a-t'il pû revoquer en partie, & „ ſeulement lui ſubſtituer un autre.

„ 3. C'eſt la raiſon pourquoi je puis Subſtituer à mes He- „ ritiers legitimes (*a*) *ab inteſtat*, & les grever de rendre mon

(a) *L.* 3. *& l. conficiuntur* 8. §. *D. de jure codicill. l. ſi fundum* 92. §. *ult. de leg.* 1.

„ Bien

„ Bien & Hoirie, & à plus forte raiſon une partie à celui „ que bon me ſemblera, parce que je les pouvois entierement „ priver de mes Biens en faiſant Teſtament, & inſtituant mon „ Heritier un étranger.

„ 4. Pour la même raiſon, je puis charger de Fidéicom- „ mis les Heritiers legitimes de mon Enfant pupille (*a*) que „ j'ai en ma puiſſance, au cas qu'il vienne à mourir en pu- „ pillarité, parce que je puis faire Teſtament à mon Enfant „ pupille, & priver entierement de ſa Succeſſion (mêmes des „ Biens qu'il n'a eu de moi) ſes Heritiers legitimes.

„ 5. Voilà pourquoi auſſi le Juriſconſulte Ulpian, (*b*) dit „ que nous pouvons charger ceux de Fidéicommis, auſquels „ doit parvenir quelque choſe par notre mort, ſoit en leur „ donnant, ou ſeulement en ne leur ôtant rien.

„ 6. Pareillement le Juriſconſulte Paulus, (*c*) baillant une „ regle générale, que les choſes que nous aurions lorſqu'il „ y auroit un Heritier autre que nous, ne ſont compriſes au „ Fidéicommis univerſel, montre par la raiſon des contraires „ que ce qui nous appartient pour avoir été inſtituez Heri- „ tiers peut être chargez de Fidéicommis, voire même qu'il „ eſt compris au Fidéicommis univerſel. Or ſi un autre des „ Enfans mâles eût été inſtitué Heritier, il eût été élû pour „ le tout, & le premier n'eût rien pû prétendre ès choſes „ données: d'où s'enſuit qu'il a pû être chargé de rendre leſ- „ dites choſes données à l'un de ſes Freres.

„ 7. Ne fait rien au contraire ce qu'on dit, (*d*) *Quod* „ *perfecta donatio neque modum capit neque conditionem*; car il „ n'eſt pas queſtion de conditionner la Donation, mais l'é- „ lection, étant choſes du tout differentes, comme il a été „ dit ci-deſſus.

„ 8. Autre choſe ſeroit, ſi la Donation avoit été faite du „ commencement à une certaine perſonne, comme au premier „ à naître, ou au premier né, car lors cette objection pour-

(a) *D. l. ſi fundum* 92. §. *ult. D. de leg.* 1.
(b) *L.* 1. §. *ſciendum D. de leg.* 1. (c) *L. ſequens queſt.* 68. *D. de leg.* 2. (d) *L. perfecta C. de donat. quæ ſub modo.*

„ roit avoir quelque lieu. Et pour résoudre la question, si „ le Donateur pourroit par après grever le Donataire, au cas „ qu'il decedât sans Enfans mâles, de rendre les choses don- „ nées à un de ses autres Fils, faudroit venir aux conjectu- „ res, examiner la nature & qualité de la Donation, & la „ condition du Donateur & des Parties (*a*) contractantes, & „ la qualité des choses données. Car si la Donation est faite „ de Pere à Fils, & que les Parties soient Gentilshommes „ désireux par conséquent de la conservation de leur Nom, „ Armes & Maison, & que les choses données consistent en „ Fiefs Nobles ou Jurisdictions, qui ne puissent que malaise- „ ment être partagées (comme toutes ces choses ont lieu au „ fait dont s'agit) plusieurs sont d'opinion que tel Fidéicom- „ mis est valable : Et ainsi a été jugé.

„ 9. Mais nous ne sommes pas en ce cas, vû que la Do- „ nation est faite à un des Enfans mâles, tel que le Dona- „ teur éliroit, laquelle faculté contient en soi de pouvoir à „ son plaisir distribuer les choses données entre ses Enfans „ mâles, comme il eût pû faire lors de la Donation, vû que „ ladite élection est l'effet & execution de ladite Donation, „ & qu'en quelque façon qu'il distribuë les choses données à „ sesdits Enfans mâles, on ne peut dire qu'ils ne soient tous „ ses Donataires.

„ 10. Car si en faisant ladite élection, il y appose des „ conditions impossibles ou contraires à la Donation, comme „ s'il n'élisoit ses Enfans, sinon à condition de toucher le „ Ciel, ou élisoit une de ses Filles, ou un étranger, en ce „ cas l'élection est nulle & pour non faite, & tous les mâles „ demeurent Donataires également, comme il a été dit ci- „ dessus : mais si la condition est conforme à la nature de la „ Donation, comme si elle étoit faite (*b*) *ad tempus vel ex* „ *tempore vel pro parte rei*, lesdits Enfans mâles ne s'en peu-

(a) *Cappell. Tolos. quæst.* 453. *Boer, quæst.* 204. *Bertr. cons.* 1. *vol.* 1. *parte* 2. *& cons.* 173. *ibid. & cons.* 1. *&* 2. *vol.* 2. *part.* 1. *Petr. Greg. tint, liv.* 41. *tit.* 7. *n.* 17. *G. Papæ cons.* 60. *n.* 2. *&* 6. *& quæst.* 613. (b) *L. quotiens C. de donat. quæ sub modo.*

„ vent non plus plaindre, que si telle distribution avoit été „ faite lors de la Donation.

„ 11. Voilà pourquoi si j'instituë Heritier (*a*) celui que je „ nommerai en mon Codicile, l'institution est bonne encore „ qu'on ne puisse faire Testament en Codicile, *nec possit di-* „ *recto hereditas dari vel adimi codicillis* : parce que l'institution „ est toûjours faite par le Testament duquel le Codicile est „ déclaratif, mais si par mon Codicile je voulois nommer quel- „ qu'un, *cum quo non esset testamenti factio.* Il est certain que „ telle nomination ne vaudroit rien, d'autant que je ne leusse „ pû faire par le Testament même.

„ 12. De même, (*b*) *si Titium & Mœvium instituam ex* „ *iis partibus & iis conditionibus quas codicillis scripsero*, l'insti- „ tution est bonne : car si je ne fais point de Codicile *Titius* „ *& Mœvius*, sont Heritiers par égale part & portion : mais „ par mon Codicile je n'en puis pas nommer un autre, car „ cela seroit contrevenir à l'institution : Je ne puis pas aussi „ y apposer des conditions repugnantes à la nature de l'insti- „ tution, & lesquelles je n'eusse pû faire par le Testament, „ comme d'en faire un Heritier jusqu'à certain tems, sinon „ que je fusse Soldat ; *quia paganus non potest ad tempus vel* „ *ex tempore heredem instituere*

„ 13. Si donc notre Donateur qui s'étoit réservé l'élection „ & nomination libre, eût voulu nommer un étranger, il ne „ l'eût pû faire. Tel acte n'est aucunement dependant de la „ Donation, mais lui est contraire, attendu qu'il n'a été donné „ qu'aux Enfans : Et ne peut aussi être compris en ladite ré- „ servation, qui est restrainte entre lesdits Enfans mâles. Et „ en somme c'est un acte particulier & nouveau.

„ 14. Comme aussi s'il avoit veritablement élû l'un de ses „ mâles : mais qu'il l'eût chargé de rendre les Biens donnez „ à un étranger, on pourroit dire que telle élection seroit

(a) *L. ass. 77. D. de her. inst. l. institutio 10. D. de cond. inst.*
(b) *L. 2. l. si quis ita 36. D. de her. inst. l. institutio 10. D. de condi. inst. Bar. & Bald. ad l. illa inst. 32. D. de her. inst. Bald. Jason Cast. & Decius ad l. Captatorias C. de testament. limit.*

„ frauduleuſe & contraire à la Donation. Et toutes fois il n'y „ a point de doute que celui qui ſeroit élû ne la pût accep- „ ter à ſon préjudice & de ſes Freres, & autres Enfans du „ Donateur qui étant compris en la Donation (*a*) pouvoient „ être élûs, & ne pourroit pas même rejetter telle élection „ au préjudice du Fidéicommiſſaire étranger, pourveu que l'E- „ lecteur lui eût d'ailleurs donné autant vaillant que les cho- „ ſes qu'il le chargeoit de rendre audit étranger. Comme dit „ Papinian en propres termes.

„ 15. Laquelle déciſion de Papinian eſt l'entiere réſolution „ de la nôtre. Un Teſtateur avoit donné un certain fonds à „ l'un de la famille, tel que ſon Heritier éliroit; l'Heritier „ en avoit élû un, mais l'avoit grevé de rendre ledit Fonds „ à un étranger. Papinian demande ſi ce Fidéicommis eſt va- „ lable, & ſi l'étranger peut demander ledit Fonds, & répond „ qu'oui, ſi l'Heritier a laiſſé du ſien audit élû la valeur du- „ dit Fonds, & la raiſon eſt évidente, car autrement il éliroit „ & aboliroit ſon élection tout enſemble, *& non in familia* „ *cum effecta fundum relinqueret*, comme dit le même Papinian „ au paragraphe ſuivant.

„ 16. Mais il ne poſe pas le fait, & ne demande pas ſi le „ Fidéicommis eût été valable, au cas que l'Heritier eût char- „ gé celui qu'il éliſoit de rendre le Fonds à un autre de la „ Famille: car il n'y a aucune raiſon d'en douter, vû que „ c'étoit ſatisfaire ouvertement & manifeſtement à la volonté „ du Teſtateur, & élire toûjours ceux de la Famille, & uſer „ ſimplement du droit & faculté concedée à l'Heritier, ſui- „ vant lequel il en pouvoit élire pluſieurs, & ôter entiere- „ ment à l'un l'élection, & enſuite de ce le Fonds, ſans qu'il „ fût neceſſaire de lui laiſſer la valeur dudit Fonds, comme „ au cas précedent qu'un étranger ſe trouve élû & Subſtitué „ au premier.

„ 17. Et ſuivant cela, le Bartole (*b*) ſuivi de tous les au-

(a) *D. l. unum 67. §. ſed & ſi fundum D. de leg. 2. & ibid Bart. & omnes.* (b) *Bart. Bald. & alii add. §. ſed ſi fundum l. unum ex familia.*

„ tres Docteurs, dit, *quod executor cui commissa est electio &* „ *distributio bonorum inter pauperes potest eligere unum pauperem* „ *in uno fundo hoc pacto ut post mortem, restituat cuidam alteri,* „ *vel quod det certam quantitatem alteri post mortem, modo ille* „ *alius cui debet restitui vel dari sit de numero pauperum.* Et le „ Paul de Castro, (*a*) *quod sicut executores possunt pro parte* „ *facere electionem in re scilicet distribendo partem rei aut insti-* „ *tuendo pro parte: ita possunt pro parte temporis electionem facere* „ *& pro parte non: Et facere ut res sint talium usque ad decen-* „ *nium, postea aliorum.* Et le Balde, (*b*) *quod pauperi electo* „ *possit alius pauper substitui, sicut enim potest in quantitate distri-* „ *buere, ita & in tempore sicut miles, qui ideo quod potest pro* „ *parte restari pro parte non potest, etiam ad tempus vel ex tem-* „ *pus vel ex tempore instituere.* Autant en disent Simon de Pret „ & Ruinus.

„ 18. De ce même avis est le docte Cujas, (*c*) en un „ fait du tout semblable au nôtre, où il résout qu'un second „ Fils peut valablement être Substitué au premier, par celui „ qui les pouvoit élire tous deux.

„ 19. Pour cette même raison, encore que celui qui pos- „ sede un Fiefs qui n'est pas Hereditaire & patrimonial, mais „ qui lui a été baillé pour lui & pour ses Enfans, ne le puisse „ charger du Fidéicommis, & que ledit Fief ne soit com- „ pris au Fidéicommis universel: (*d*) Toutefois cela s'entend „ au profit d'un étranger, & non lors que le Fidéicommis- „ saire n'est étrager, mais des descendans, ou de ceux au „ profit desquels est faite l'investiture, comme le déclarent „ tous les Docteurs.

„ 20. N'obste aussi ce qu'on a voulu dire, que qui élit ne

(a) *Paulus de Castro §. si duos d. l. unum.* (b) *Bald. cons.* 162. *vol.* 5. *L. miles ita* 41. *D. de test. mil.* (c) *Simon de Pret. lib.* 5. *interp.* 1. *dub.* 2. *n.* 9. *Ruinus cons.* 115. *n.* 5. *lib.* 2. *Consult.* 58. (d) *Bart. ad l. si patroni* 55. *D. ad Trebell. Bald. ad l. eum virum* 16. *n.* 21. *C. de fideic. Joson in prælud. feud. num.* 46. *Menoc. de præs. lib.* 4. *c.* 197. *n.* 9. *& seq. Simon de Pret. l.* 1. *interp.* 3. *dub.* 5. *fol.* 3. *n.* 4.

„ donne rien du ſien, & partant ne peut charger d'aucun Fi-
„ déicommis la perſonne élûë ; car outre ce qui a été dit
„ ci-deſſus, que cette Maxime n'éſt pas en tout & par tout
„ vraye, mais ſeulement en certain égard, comme lors qu'il
„ eſt queſtion de la Falcidie : cela ſeroit conſiderable s'il étoit
„ queſtion de ſubſtituer un étranger, car lors il faudroit pour
„ rendre bonne la Subſtitution, que l'Electeur donnât autant
„ du ſien, comme a été dit ; mais puis que le Fidéicommis
„ eſt fait entre ceux, entre leſquels conſiſtoit la Donation,
„ tant le premier élû, que le Subſtitué, reçoivent la choſe
„ donnée du Donateur & non de l'Electeur ; & en vertu du
„ Contrat de Donation, non de celui de l'élection, vû que
„ l'Electeur n'eſt que le miniſtre & exécuteur du Donateur,
„ *cujus eſt propria liberalitas.* Et tout ainſi que ſi du commen-
„ cement il eût été donné à l'un purement, & à l'autre ſous
„ condition, ou à l'un juſques à certain tems, & à l'autre
„ après, tous deux ſeroient Donataires d'un même Donateur,
„ (*a*) quoi que non également, d'autant que l'un eût reçû
„ immediatement & directement du Donateur, & l'autre par
„ le benefice du tems ou de la fortune : De même lors que
„ l'effet & exécution de la Donation eſt commiſe à un tiers,
„ tout ce qu'il fait eſt attribué au Donateur & Commettant,
„ duquel il eſt l'inſtrument.

„ 21. On pourroit encore objecter, comme *adſignatio liberti*
„ *uſque ad diem certum fieri non poteſt quamvis ſub conditione*
„ *vel in diem & ex die rectè fiat* : qu'auſſi l'élection ne peut
„ être faite à tems, *cum ipſa adſignatio electio ſit, & is cui*
„ *adſignatur libertus eligatur in patronum & ſucceſſorem.* Mais la
„ réponſe eſt fort aiſée tirée de la même Loi, où le Juriſ-
„ conſulte rend raiſon de cela en deux mots, diſant que l'ad-
„ ſignation ne peut être faite juſques à certain tems, parce
„ que le Senat qui a permis l'adſignation, a lui-même établi

(*a*) *Gl. Bart. & alii ad §. 1. l. unum 67. D. de leg. 2. de prat l. 1. interp 1. dub. 1. fol. 5. 23. L. ult. § ult. D. de adſignandis libert. l. conditione 10. D. eod. d. l. fin. §. fin. D. de adſig. lib.*

„ une fin à cet affaire, par où il montre que cela procede „ de la nature de la choſe.

„ 22. Car il y a bien autant de difficulté de faire qu'une „ choſe ne commence ſinon depuis certain jour, que de la „ limiter juſques à certain tems. A cauſe de quoi comme, „ *inter paganos Teſtamentum fieri non poteſt ad tempus, ſic nec ex* „ *tempore* : Et au contraire *quemadmodum miles ex tempore teſta-* „ *mentum facere poteſt, ita ad tempus.* Et de même tout ainſi „ qu'on peut faire Donation juſques à certain tems, auſſi la „ peut-on faire commencer depuis un certain tems, parce que „ telle eſt la nature de ces actes & negoces.

„ 23. Mais l'adſignation de l'affranchi a cela de particulier, „ qu'elle ne peut être faite juſques à certain tems, encore „ qu'elle puiſſe être faite depuis un certain jour; & cela d'au- „ tant que le Senat par ſon Arrêt, ayant permis à celui qui „ avoit deux ou pluſieurs Enfans en ſa puiſſance, d'adſigner „ après ſa mort à l'un d'iceux ou à pluſieurs ſon affranchi, „ y appoſa cette condition, que ſi celui à qui ledit affranchi „ ſeroit adſigné venoit à mourir ſans Enfans, ou autrement „ perdoit le droit de Citoyen Romain, (*a*) qu'en ce cas „ l'adſignation fut tenuë pour non faite, & ne fut fait aucun „ préjudice aux autres Enfans de ce Patron; & ainſi ne per- „ met pas de faire l'adſignation de l'affranchi, ſinon juſques „ au decès de l'adſignataire ſeulement. Là où la nature de la „ Donation & élection dont il s'agit n'a rien de ſemblable, „ & le Donateur s'étoit réſervé plein & entier pouvoir de „ faire élection à ſon plaiſir, *inter eos qui donatione contine-* „ *bantur & qui eligi poterant.*

„ 24. Que ſi celui qui a reçû d'autrui la puiſſance d'élire, „ peut faire une telle élection, combien à plus forte raiſon „ le Donateur le pourra-t'il faire, qui s'eſt réſervé à ſoi „ même ce droit & pouvoir? (*b*) Car là où il y auroit quel-

(a) *L. 1. D. de adſig. libert.* (b) *L. 9. in fine C. de legib. Boer. queſt. 104. n. 32. Papon, liv. 20. tit. 2. art. 2. Bart. Jaſ. Cujac. & alii ad l. ſi ſtipulatus 76. D. de verb. obli. L. ex facto 43. D. de vulg. ſubſt. Sim. de Prat. lib. 1. dub. 3. fol. 5. n. 1.*

„ que doute & difficulté, ce qui n'eſt en notre fait, attendu „ que cette élection & Diſpoſition eſt entierement correſpon- „ dante à l'intention des Contractans, à leurs qualitez, à la „ nature des Biens donnez, & à l'élection conditionelle faite „ par ledit Contrat de Mariage, laquelle il a ſuivi entiere- „ ment par ſondit Teſtament. Il eſt certain qu'il pouvoit bien „ mieux déclarer ſa volonté & intention, *cum ejus ſit legem „ declarare & interpretari qui eam dixit, nec melior haberi poſſit „ interpretatio, quam quæ ab eo ſit qui diſpoſitionem condidit.* Et „ que comme tiennent tous les Docteurs, il y a bien grande „ difference, *inter eum cui competit electio jure ſuo & pro ſe, „ & eum cui competit jure alieno & pro alio.*

I. PAR *l'ancienne Juriſprudence anterieure à l'Ordonnance de* 1735. *l'Heritier ou le Donateur avoient la liberté de grever de Fidéicommis celui qu'ils éliſoient, pourveu que ce fût en faveur d'un autre éligible.*

II. *Raiſons ſur leſquelles on appuyoit cette Doctrine.*

III. *Arrêt du Parlement de Paris qui rejette la Subſtitution impoſée par l'Heritier.*

IV. *L'opinion ſuivie au Parlement de Paris a été acceüillie par la derniere Ordonnance.*

V. *Raiſons pour établir que ce dernier ſentiment eſt le plus conforme à l'eſprit des Loix & à la volonté.*

VI. *Explication des Loix qui déclarent que l'on peut charger ceux à qui l'on donne ou à qui l'on n'ôte point ce qu'on auroit pû leur ôter.*

VII. *Que la charge n'eſt legitime, ſuivant les Loix, que lorſque l'avantage qu'on fait en donnant ou en n'otant pas tombe ſur les propres Biens de celui qui Subſtituë.*

VIII. *Diſtinction que quelques Auteurs ont voulu faire entre les Heritiers & les Donateurs.*

IX. *Si l'Ordonnance, en ne parlant que des Heritiers, a entendu conſerver par là au Donateur la faculté de ſubſtituer.*

X. *Si aux termes de l'ancienne Juriſprudence le dernier des éligibles, qui étoit appellé par la voye de la Subſtitution, pouvoit être grevé indifferamment au profit de toute ſorte de perſonnes.*

XI. *Arrêt*

XI. *Arrêt qui a jugé qu'il ne pouvoit pas l'être.*

XII. *Idée ſinguliere que Fernand a euë ſur ce point.*

I. C'Etoit avant l'Ordonnance de 1735. une Juriſprudence reçûë dans la plus part des Cours Souveraines, que celui qui étoit chargé d'élire un d'entre pluſieurs, pouvoit grever celui qu'il avoit élû d'un Fidéicommis en faveur des autres éligibles. Les Arrêts du Parlement de Toulouſe ſont rapportés par Albert *in verbo* Election, chapitre dernier, & *in verbo Subſt.* chapitre 17. & par M. de Catelan, *liv.* 2. *chap.* 100. Lapeyrere, *in verbo* Election, *art.* 23. atteſte que telle étoit auſſi la Juriſprudence du Parlement de Bordeaux. Baſſet, *Tom.* 1. *liv.* 5. *tit.* 5. *chap.* 2. *& Tom.* 2. *liv.* 8. *tit.* 2. *chap.* 6. rapporte des Arrêts conformes du Parlement de Grenoble. Enfin les Arrêts rapportés par Boniface, *Tom.* 5. *liv.* 2. *tit.* 20. *chap.* 4. prouvent que le Parlement de Provence obſervoit la même Juriſprudence. La Subſtitution étoit rejettée ſeulement, lorſqu'elle étoit faite en faveur d'un étranger, ou même, ſelon que l'a jugé un Arrêt rapporté par M. de Catelan, ſi elle étoit faite en faveur des Enfans de l'un des Appellés; mais elle avoit ſon effet toutes le fois qu'elle étoit en faveur des éligibles ou de l'un d'entr'eux.

II. On fondoit cette Doctrine ſur trois raiſons. La premiere, que l'Heritier eſt cenſé faire à celui qu'il élit un avantage qui doit lui donner le droit de le grever. L'élection, diſent les Auteurs, n'eſt point un avantage en elle-même, puiſqu'elle eſt faite par devoir & par contrainte, mais elle eſt un avantage pour celui qui eſt préferé aux autres, *liberalitas eſt non in eligendo ſimpliciter ſed in eligendo talem.* La ſeconde, que ſelon le principe de la Loi 1. §. 6. *ff. de leg.* 3. on peut ſubſtituer, non-ſeulement à ceux à qui l'on donne, mais encore à ceux à qui l'on n'ôte point ce que l'on auroit pû leur ôter. De-là vient que ſuivant les derniers paragraphes de la même Loi & ſelon la Loi 8. §. 1. *ff. de Cod.* on eſt en droit de ſubſtituer aux Heritiers legitimes. De-là vient encore que la

Loi 92. §. dernier, *ff. de leg.* 1. permet au Pere de charger de Legs & de Fidéicommis ceux qu'il ſubſtituë pupillairement à ſes Enfans. Enfin la derniere raiſon étoit, que l'Heritier chargé d'élire ayant la liberté d'en élire pluſieurs ; de même qu'il ſeroit admis à faire ce choix en concours ; il ſembloit qu'il dût bien auſſi lui être permis d'élire pluſieurs ſucceſſivement & pour des tems differens.

III. Le Parlement de Paris étoit peut être le ſeul qui n'eût point adopté cette Juriſprudence. Henrys, *Tom.* 3. *liv.* 5. *queſt.* 18. *&* 19. rapporte un Arrêt du 3. Avril 1625. qui rejetta la Subſtitution impoſée par l'Heritier, & cela même dans une eſpece où les termes du Teſtament paroiſſoient la favoriſer. Le Teſtateur avoit dit qu'il chargeoit ſon Heritier *de Nommer & Subſtituer* un de ſes Enfans ; il ſembloit d'abord que les deux termes *de Nommer & Subſtituer* ne pouvoient avoir été appoſés que pour former un double degré dans la ligne des Enfans ; mais parce qu'on vit que l'un & l'autre de ces termes avoient été rapportés par le Teſtateur à la Perſonne du premier Enfant qui ſeroit élû, on jugea que ces deux mots étoient ſinonimes, qu'ils n'emportoient qu'une premiere reſtitution, & qu'ils n'avoient pas autoriſé l'Heritier à grever l'élû d'un Fidéicommis.

IV. La Juriſprudence du Parlement de Paris a été préferée par l'Article 63. de la nouvelle Ordonnance concernant les Teſtamens. *Celui*, dit cet Article, *qui aura été chargé d'élire un des Enfans du Teſtateur ou autres, ne pourra grever celui qu'il choiſira d'aucune Subſtitution, même en faveur d'un autre Sujet éligible, ſi ce n'eſt que le Teſtateur lui en ait expreſſement donné le pouvoir par ſon Teſtament.* Telle eſt la nouvelle Loi qui doit être ſuivie dans tous les Tribunaux ; & il faut convenir que cette Doctrine eſt en effet la plus conforme tant à la Diſpoſition du Teſtateur qu'aux principes même des Loix, que les Partiſans de l'opinion contraire reclament neanmoins en leur faveur.

V. La Diſpoſition du Teſtateur eſt reſtrainte & limitée à une premiere reſtitution des Biens, & ſi-tôt que cette reſti-

tution eſt faite, le miniſtere dont l'Heritier étoit chargé eſt fini, ſon pouvoir ne s'étend point au-delà.

VI. A l'égard des Loix où il eſt dit que l'on peut ſubſtituer, non-ſeulement ceux à qui l'on donne, mais encore ceux à qui l'on n'ôte point ce qu'on auroit pû leur ôter, elles ne le decident ainſi que quand l'avantage qui eſt fait en donnant ou en n'ôtant pas, provient du propre patrimoine de celui qui ſubſtituë, enſorte qu'il ne ſuffit pas de tenir les Biens de ſa main & de ſa Diſpoſition, s'ils ne ſont encore partie de ſa ſubſtance. C'eſt ce que la Loi 1. §. 6. *ff. de leg.* 1. a voulu nous apprendre, lorſqu'après avoir dit, *eorum quis Fideicommittere poteſt quibus aliquid morte ejus per venturum eſt, vel dum iis datur, vel dum non adimitur*, elle propoſe pour exemple celui des Heritiers *ab inteſtat*, qui ſuccedent aux Biens par la voye de la Succeſſion legitime, ou par celle de la Succeſſion prétoriene. Telle eſt auſſi l'eſpece de la Loi 6. & de la Loi 8. §. 1. *ff. de jure cod.* Et pour ce qui eſt des Loix qui concernent la Subſtitution pupillaire, loin d'être oppoſées à ce principe, il n'y en a point qui ſoient plus propres à le confirmer. Elles diſtinguent ſi le Fils, à qui la Subſtitution pupillaire a été faite a eu part aux Biens du Pere, ou s'il n'en a rien reçû. Au premier cas, l'Heritier que le Pere lui donne par la Subſtitution pupillaire peut être chargé de Legs ou des Fidéicommis; mais ce n'eſt pas preciſement parce qu'il ſuccede à l'Heredité du Fils en vertu de la diſpoſition du Pere, c'eſt plûtôt parce qu'il trouve les Biens du Pere mêlés & confondus dans cette Heredité. Auſſi les Loix en jugent-elles autrement, lorſque le Fils a été exheredé ou n'a reçû qu'un Legs égal à la Legitime qui n'eſt ſujette aucune charge; & l'Heritier pupillaire ne recuëillant en ce cas aucun Bien libre du Pere, elles déclarent qu'encore qu'il ne ſoit appellé que par ſa diſpoſition & par ſon choix, il n'eſt point obligé d'executer les Legs & les Fidéicommis qui lui ont été impoſés. C'eſt ce qu'on voit dans la Loi 94. *ff. de Leg.* 1. dans la Loi 87. §. 7. *ff. ad Legem falcidiam*, & dans la Loi 24. *Cod. de leg.*

VII. Il réſulte donc de ces Loix differentes, que pour rendre une Subſtitution utile il faut le concours de deux choſes, que les Biens ſubſtitués ayent été déferés par la Diſpoſition du Teſtateur & qu'ils proviennent de ſa ſubſtance, que la premiere ne ſuffit pas; qu'ainſi les Biens étrangers, dont un Teſtateur peut avoir la Diſpoſition par privilege ou à titre de faculté, ſont à couvert des charges qu'il prétendroit y attacher. Quant à la conſideration qui eſt priſe de ce que l'Heritier auroit eu la liberté d'élire pluſieurs Fidéicommiſſaires à la fois, il ne s'enſuit pas qu'il ſoit en droit, en commençant par le choix d'un ſeul, de grever celui qu'il élit d'un Fidéicommis en faveur d'un autre. La raiſon de la difference eſt, qu'il n'importe point que la premiere reſtitution que le Teſtateur a ordonnée s'opere ſur la tête d'un ſeul ou ſur celle de pluſieurs, mais ſi-tôt qu'elle s'eſt operée ſur la tête d'un premier élû, la volonté eſt accomplie & tout eſt terminé.

VIII. Il y a des Auteurs qui ont voulu faire difference des Donateurs qui éliſent en vertu de la faculté qu'eux mêmes ſe ſont réſervée, d'avec les Heritiers qui n'exercent qu'un pouvoir emprunté. La faculté d'élire doit être, diſent-ils, bien plus puiſſante & bien plus efficace en la perſonne des premiers, parce qu'elle tombe ſur des Biens émanés de leur patrimoine. Et ſur ce principe ils déclarent la Subſtitution valide de la part du Donateur, tandis qu'ils la réprouvent lors qu'elle eſt faite par un Heritier. Telle eſt la Doctrine de M. Cujas en ſa Conſulte 58. Henrys a paru adopter la même diſtinction au *Tome 3. liv. 5. queſt. 119.* elle eſt adoptée auſſi par l'Auteur des Notes ſur Ricard, *Tome 2. pag. 467.* & Vulſon ne paroît pas éloigné de reconnoître cette difference de pouvoir entre le Donateur & l'Heritier. Mais a en juger ſainement, cette diſtinction n'eſt-elle pas plus ſubtile que ſolide? Et les mêmes raiſons qui font interdire à l'Heritier la faculté de Subſtituer ne combattent-elles pas contre le Donateur? N'eſt-il pas vrai, d'un côté que le Donateur ne s'étoit réſervé de faire qu'une premiere reſtitution, qui eſt conſommée en la perſonne de celui qui eſt élû le premier? Et de

l'autre, que l'élection tombe sur des Biens qui n'étoient plus à lui, puisque la Donation les lui avoit rendu étrangers. *Bona donata extra causam bonorum sunt.*

IX. Il semble néanmoins que l'Ordonnance ait entendu conserver cette distinction, quand en interdisant la faculté de Substituer, elle ne parle que de ceux qui ont été chargés d'élire par autrui. Mais je doute qu'il y eût de la sûreté à interpêter l'Ordonnance en ce sens & de lui donner cette restriction. Elle est renfermée dans l'espece des Heritiers grevés, parce que la matiere des Testamens étant la seule dont elle eût entrepris de traiter, elle n'a pas voulu faire des incursions sur d'autres matieres qui n'étoient pas de son plan. Mais de-là que les principes sont les mêmes pour les Donateurs que pour les Heritiers, de-là que les uns & les autres sont reduits à l'exercice d'une simple faculté, que les uns & les autres n'ont, par les termes de l'Acte, qu'une premiere rêstitution à faire, & enfin que les Biens dont il est question sont également étrangers aux uns & aux autres, il s'ensuit que le droit de Substituer ne doit pas plus être conservé aux Donateurs qu'aux Heritiers.

X. La Jurisprudence qui avoit lieu au Parlement de Toulouse avant cette Ordonnance avoit donné lieu à une Question singuliere, si celui que l'Heritier ou le Donateur avoit Substitué, en élisant, pouvoit être indifferament grevé en faveur de toute sorte de Personnes. On opposoit pour le maintien de la Substitution, que le Substitué ne recuëilloit pas les Biens en vertu de la Disposition du Testateur qui avoit reçû son entier accomplisement sur la tête du premier, qu'il les receüilloit en vertu de la faculté libre & volontaire dont joüissoient l'Heritier ou le Donateur de pouvoir Substituer à celui qu'ils élisoient; qu'ainsi il ne falloit pas lui permettre de rejetter la charge que l'un ou l'autre avoient attachées à une Disposition libre & volontaire de leur part. On répondoit au contraire que le second n'ayant été appellé qu'autant qu'il étoit du nombre des éligibles, il est vrai de dire qu'il étoit censé n'avoir receüilli qu'en vertu de cette ancienne Dipositon, par laquelle le premier Testateur avoit destiné son Heredité à un certain nombre de Personnes; & de-là cette consequence qu'il

n'étoit pas naturel que l'Heritier peut le grever à ſon choix comme s'il étoit un étranger.

XI. La Queſtion ſe préſenta dans le Procès de la Dame de Lanogarede, contre Madame Daguin ſa Sœur, dont il a été parlé ailleurs. Denis de Segui, en ſubſtituant *Dominique* à ſon aîné, qu'il avoit nommé pour receüillir le Fidéicommis des Biens de *Geraud*, avoit grevé *Dominique* en faveur des Filles qui n'étoient pas du nombre des éligibles. La Subſtitution impoſée à *Dominique* fut déclarée ouverte en faveur de la Dame de la Nogarede; mais il fut queſtion de ſçavoir ſi cette Subſtitution devoit être executée dans toute ſon étenduë, tant pour les Biens propres de Denis, que pour ceux de *Geraud* que Denis étoit tenu de rendre. On jugea que la Diſpoſition par laquelle Denis, Heritier grevé, avoit appellé *Dominique*, n'étoit qu'une ſuite de l'execution de ce premier Fidéicommis que *Geraud* avoit établi en faveur des Enfans mâles. Qu'ainſi *Dominique* n'ayant point receüilli les Biens comme étranger, mais comme étant du nombre des Subſtitués à qui les Biens avoient été deſtinés, il n'avoit pas été au pouvoir de Denis de lui impoſer l'obligation de les rendre à des Filles qui n'étoient pas compriſes dans le plan de ce premier Teſtament.

XII. On auroit pû oppoſer pour la Dame de la Nogarede ce que Fernand, *cap. 9. n. 4.* ſur la fin enſeigne au ſujet de la Queſtion dont il s'agit. Il n'entend pas veritablemet que le dernier des éligibles, qui a été ſubſtitué aux autres, puiſſe être grevé indifferemment en faveur de toutes ſortes de Perſonnes; mais il veut du moins que dans le cas d'une Donation, qui n'a été faite qu'aux mâles, le Donateur ou l'Heritier, après avoir ſucceſſivement ſubſtitué tous les mâles, puiſſent appeller enſuite les Filles à leur défaut. Mais il y a apparence que l'Opinion arbitraire de cet Auteur n'auroit point balancé les ſuffrages, & l'on auroit decidé que de-là que les Filles n'étoient point du nombre des éligibles, elles n'avoient pas plus de qualité pour aſpirer à la Subſtitution, dont le dernier des mâles ſeroit grevé en leur faveur, que n'auroit eu un ſimple étranger.

QUESTION XVIII.

„ 1. NOUS avons montré ès deux précedentes Queſtions „ que notre Donateur par le moyen de l'inſtitution „ univerſelle contenuë en ſon Teſtament, a élû ſon Fils aîné „ en la moitié de tous ſes Biens par lui auparavant donnée, „ & qu'il l'a pû charger, au cas qu'il vint à déceder ſans En- „ fans mâles de rendre iceux bien donnés à ſon puîné. Main- „ tenant il reſte à voir s'il l'a fait par le moyen du Fidéi- „ commis univerſel, c'eſt-à-dire, ſi les Biens donnez ſont „ compris au Fidéicommis univerſel, & j'eſtime qu'oüi.

„ 2. Pour le montrer, & que telle a été la volonté & „ intention du Donateur, Teſtateur & Electeur: il faut con- „ ſiderer les conjectures & preuves que nous en avons.

„ 3. Premierement, eſt conſiderable la dignité & condition „ dudit Donateur (*a*) & Teſtateur (comme en ſemblable cas „ fait Ulpian) lequel étoit Gentilhomme, & partant deſireux „ de la conſervation de ſon Nom, Armes & Maiſon, ce qui „ ſe fait par le moyen des Enfans mâles, & en empêchant „ le partage des Maiſons.

„ 4. Secondement, la qualité des Biens donnés, qui conſiſ- „ toient en Juriſdictions & Fief nobles, & partant n'eſt vrai- „ ſemblable que le Teſtateur ait voulu qu'ils fuſſent diviſez, „ ou qu'ils parvinſſent aux Filles, pendant qu'il y auroit des „ mâles, moins encore à des étrangers.

„ 5. Davantage, on voit que par le Contrat de Donation „ il prefere expreſſement les mâles aux femelles, les aînés „ aux puînez, même entre les Filles pour éviter la Donation „ & partage de ſeſdits Biens.

„ 6. Il ne fait pas Donation de certaines choſes, mais de „ la moitié de tous ſes Biens, droits & actions.

(a) *L. ex facto* 17. §. *ſi quis regatus D. ad Trebell. & l. ſi ſervus* 50. §. *ult. D. de l.* 1.

„ 7. Ne donne pas à certain de ſes Enfans mâles, comme „ au premier, mais ſe réſerve l'élection, afin de pouvoir laiſ- „ ſer tous ſes Biens à un ſeul le plus propre & capable, pour „ conſerver la dignité de la maiſon, & faire que le Donataire „ fut auſſi ſon Heritier univerſel.

„ 8. Et après il ne fait aucune élection ou nomination du- „ rant ſa vie par Acte d'entre-vifs, & qu'on peut dire n'être „ revocable, mais ſeulement par ſon dernier Teſtament.

„ 9. Moins vint-il à partage avec ſon Fils Donataire; mais „ au contraire tint & poſſeda les Biens donnés, comme ſa „ choſe propre, s'en appellant Maître & Seigneur, tout ainſi „ que s'il n'eût fait aucune Donation, tel fut tenu, nommé „ & reputé par tous, durant ſa vie.

„ 10. Mêmes en la préface de ſondit Teſtament, il ſe qualifie „ Seigneur deſdits Biens, & déclare vouloir empêcher que „ pour raiſon d'iceux : il n'y ait differend entre ſes lignagers, „ c'eſt-à-dire ſes Enfans.

„ 11. Enſuite de ce, ſans faire aucune mention de ladite „ Donation, il fait ſondit Teſtament entre ſes cinq Enfans, „ auſquels il diſtribuë tous ſeſdit Biens, & leur aſſigne cha- „ cun ſa part : A ſçavoir aux quatre puînés certaines ſommes „ d'argent, & à ſon Fils aîné tous ſes autres Biens, droits, „ noms & actions, eſquels il inſtituë l'Heritier.

„ 12. Et au cas que ſondit Fils aîné vint à mourir ſans „ Enfans mâles, lui ſubſtituë ſon ſecond Fils; & encore fait „ pluſieurs autres Subſtitutions, préferant toûjours les mâles „ & les aînés aux puînés, n'en appellant jamais qu'un à la „ fois.

„ 13. D'où ſe voit & montre manifeſtement (*a*) qu'il a „ toûjours été & perſeveré en cette volonté & réſolution de „ laiſſer ſon Bien uni, & d'empêcher qu'il ne ſortit de ſon „ nom & Famille, & que la teneur de ſondit Teſtament eſt „ entierement conforme au contenu du Contrat de Donation, „ & eſt la vraye execution de l'élection qu'il s'étoit réſervée.

(a) *D. l. ſi ſervus* 50. §. *vul. D. de leg.* 1. *Sim. de Pret. lib.* 3. *interp.* 3. *dub.* 1. *fol.* 11.

„ 14. Et

„ 14. Et de-là il s'ensuit, que comme l'institution universelle est élection au profit de l'aîné, qu'aussi le Fidéicommis universel est élection au profit de puîné. Que tout ce que le Testateur à compromis par l'institution, qu'il l'a aussi compromis par la Substitution, & qu'ainsi sans difficulté ladite moitié des Biens donnés est compriſe au Fidéicommis universel. Tout ainsi que si le Testateur eût dit, j'élis mon Fils aîné en la moitié des Biens par moi donnés, & au surplus l'instituë Heritier universel; & s'il meurt sans Enfans mâles, dès-lors j'élis mon second Fils esdits Biens donnés, & le Substituë à son Frere, puisque *electio potest fieri ad tempus & ex tempore*, comme il a été verifié ci-dessus.

„ 15. Et n'a été non plus necessaire d'exprimer, faire exprimer, & faire expresse mention desdits Biens donnés en la Substitution, qu'en l'institution, & par ainsi n'est à propos d'alleguer la Loi (*a*) qui dit, que les Biens donnés par le Mari à la femme, laquelle il a depuis instituée Heritiere universelle, ne sont compris au Fidéicommis universel dont elle a été chargée.

„ 16. Car au même lieu le Jurisconsulte en rend la raison. A sçavoir que c'est d'autant que si le Mari eût institué un autre Heritier que sa Femme, elle n'eût pas laissé d'avoir lesdits Biens: à cause dequoi, puisque la qualité d'Heritier ne lui apportoit aucun avantage, pour ce regard il n'étoit pas raisonnable aussi que le Fidéicommis de l'Heredité lui préjudiciât: & par ainsi montre que si les Biens donnés n'eussent appartenu à la Femme, au cas qu'un autre eût été Heritier, qu'ils eussent été compris au Fidéicommis universel.

„ 17. Or nous avons montré ci-devant que les Biens donnés n'ont appartenu au Fils aîné de notre Donateur, sinon d'autant qu'il a été institué Heritier, & par là élû, & que si le second eût été institué Heritier, le premier n'eût pû

(a) *L. sequens, quest. 68. D. de leg. 2.*

„ prétendre aucune choſe auſdits Biens donnés : & par ainſi „ il n'a été beſoin d'autre expreſſion, pour faire qu'ils fuſſent „ compris audit Fidéicommis ; car la même raiſon qui fait „ que l'inſtitution à cette proprieté, a auſſi lieu en la Subſ- „ titution.

„ 18. Et d'autant plus que ce ne ſont pas certaines & par- „ ticulieres choſes (*a*) qui ont été données & delivrées, „ comme au fait dont parle le Juriſconſulte Paulus, *ubi ma-* „ *ritus certas res donaverat & in uxorem contulerat, ſed quota* „ *bonorum & actionum* : (*b*) Et une notable partie, à ſçavoir „ la moitié entiere : auquel cas *ſine dubio etiam prælegata con-* „ *tinentur fideicommiſſo univerſali*, comme tiennent les Doc- „ teurs, *quamvis non contineantur inſtitutione.*

„ 19. Davantage, il faut conſiderer que la Subſtitution „ eſt faite ſimplement à la Perſonne de l'Heritier & premier „ élû, & non aux Biens du Teſtateur, auquel cas il n'y a „ point de doute que tout ce que l'Heritier (*c*) a reçû par le „ moyen de l'inſtitution ne vienne au Fidéicommis, voire „ même tout ce qui lui eût été prelegué, puis que le Fidéi- „ commiſſaire eſt capable de tout, & pouvoit être ſeul élû „ & inſtitué Heritier du commencement.

„ 20. Ajoûtés à cela, que lors du Teſtament & decès „ dudit Teſtateur, ſon Fils aîné Heritier univerſel étoit pupille, „ (*d*) comme appert en ce qu'il lui pourvoit de Tuteur, & „ par ainſi s'il fut mort en pupillarité, même les Biens qu'il „ eût eu d'ailleurs euſſent été compris en la Subſtitution.

„ 21. Et mêmes que au cas que la Subſtitution eût lieu en „ la Perſonne dudit ſecond Fils, il déſigne certaine ſomme de „ deniers, que ſeule il veut appartenir aux Filles de l'Heri- „ tier s'il en avoit, ſi-non à ſes propres Filles.

„ 22. Que ſi la Donation ou Legs particuliers d'une choſe „ ſert d'élection, comme nous avons prouvé, pourquoi ne

(a) *D. l. ſequens, queſt.* 68. *de l.* 2. (b) *Menoch.* 4. *præſ. c.* 194. *n.* 46. *Decius conſ.* 254. (c) *Menoch. lib.* 4. *præſ. c.* 194. *n.* 2. (d) *Menoch.* 4. *præſ. c.* 54. *latè.*

„ ſerviroit auſſi bien d'élection la Donation univerſelle, ou „ le Legs & Fidéicommis univerſel ?

„ 23. Et ſuivant cela Cujas (*a*) allegué ci-deſſus, tient en „ ſemblable fait que le nôtre, qu'en vertu du Fidéicommis „ univerſel, le ſecond Fils aura auſſi les Biens donnés.

„ 24. Et ainſi a été jugé par deux Arrêts ſolemnels de la „ Cour (*b*) de Parlement de Paris, & Aix en Provence, ci- „ deſſous tranſcrits.

„ 25. Et qui plus eſt, (*c*) quand il ſeroit requis que le „ Fidéicommis fut exprès (ce que non) nous pouvons dire „ qu'il eſt aſſés exprimé, puiſque le Teſtateur diſpoſe de tous „ ſes Biens, en aſſigne à chacun de ſes Enfans ſa part, & „ après Subſtituë à un d'iceux : (*d*) *quia talia ſunt ſubjecta qualia* „ *prædicata, demonſtratio & expreſſio eorum quæ tacite in ſunt nihil* „ *operatur*, comme dit le Bertrand en ſemblable fait, & le „ Guy-Pape.

„ 26. Mais il y a bien davantage, c'eſt qu'encore que la „ Donation eût été faite au premier né, (*e*) & qu'ainſi il n'y „ eût eu lieu d'aucune élection, & que la Donation eût été „ acceptée par le Donateur (ce que non n'apparoiſſant pas „ même qu'il en ait eu connoiſſance comme dit eſt) toutefois „ puiſqu'il a avoüé purement & ſimplement l'inſtitution uni- „ verſelle, & s'eſt immiſcé en l'Heredité de ſon Pere, il n'y „ a point de doute que leſdits Biens donnés ne fuſſent con- „ fondus en l'Heredité, qu'il ne fut tenu aux charges portées „ par ledit Teſtament, & que ledit Fidéicommis univerſel ne „ comprit ladite portion auparavant donnée. Comme celui qui „ a accepté un Legs, ne peut réfuſer la charge & condition

(a) *Cujac. conſult.* 58. (b) *Char. liv.* 7. de ſes Reſp. *ch.* 126. (c) *Bertr. corſ.* 173. *vol.* 11. *part.* 2. *n.* 15. *G. Papæ conſ.* 203. *n.* 5. *in fine.* (d) *L. quia poterat* 4. *D. ad Trebell. l. debitori* 7. *C. de pactis l. ult. debitum* 5. *C. de paſtis l. nam. abſurdum* 7. *D. de bonis liber. Boer.* 4. 204. (e) *L. Imperat.* 70. §. *ſi certum D. de leg.* 2. *l. ſi libertus* 41. *D. de bon. libert. Bertr. conſ.* 1. & 173. *vol.* 1. *part.* 2. & *conſ.* 1. & 2 *vol.* 2. *part,* 1. *Bald. in L. cum virum* 16. *n.* 12. *C. de Fideicom. Pariſ. conſ.* 23 *vol.* 3.

„ qui y étoit annexée, encore qu'elle lui ſoit préjudiciable ; „ *quia iniquum eſt legatum velle percipere & onus recuſare, cum* „ *potuerit legato temperare.*

„ 27. Et ainſi le tient Bertrand (*a*) en plus forts termes : „ A ſçavoir lorſque le Pere mariant ſon Fils, lui a donné „ certains Biens, & depuis l'a inſtitué Heritier, à cauſe dit- „ il que le Donataire n'avoit qu'une action perſonnelle, *quæ* „ *aditione confuſa eſt.*

„ 28. De même le Balde, le Pariſius, le Gregorius qui „ en rend la raiſon bien au long, le Corneus, *Simon de* „ *Prætis*, le Guy Pape.

„ 29. Et le Charondas rapporte un Arrêt par lequel fut „ jugé, que celui qui ſe porte pour Heritier d'un Défunt, „ qui peut demander partie des Biens d'icelui, *alio titulo* que „ par ſucceſſion, comme par exemple par Donation, eſt reputé „ en ce faiſant avoir renoncé à ladite Donation.

„ 30. Ce qu'il faudroit d'autant plus admettre en notre „ fait, que contre la volonté du Teſtateur & Donateur, & „ mêmes des autres Contractans, les Filles veulent venir en „ concurrence des mâles, voire du ſecond Fils connu & nom- „ mé dudit Teſtateur & Electeur, & Subſtitué à ſon aîné ; & „ en outre veulent diviſer en pluſieurs parts ce que le Teſta- „ teur a voulu demeurer uni pour la conſervation de ſa Maiſon.

„ 31. Car poſé le cas qu'il n'y eût aucun Teſtament, & „ que notre Donateur fut mort ſans faire autre élection & „ déclaration de ſa volonté, que celle qui eſt contenuë en „ ſon Contrat de Mariage (ce qui n'eſt pas.) toutefois j'eſ- „ time que les Filles ne pourroient rien prétendre eſdits Biens „ donnez.

„ 32. Car ſi le premier Fils eſt mort (*b*) ſans avoir ac- „ cepté la Donation ni l'inſtitution, ou plûtôt élection con-

(a) *Petr. Gregor. lib.* 41. *tit.* 7. *n.* 18. *Corn. conſ.* 27. *lib.* 2. *Simon de Præt. lib.* 3. *interpr.* 3. *dub.* 2. *fol.* 4. *n.* 3. *G. Papæ conſ.* 203. *Charond. lib.* 7. de ſes Reſp. *ch.* 62.

(b) *Gl. in l. is poteſt.* D. *de ad quir. hered.* Decius *in l. traditionibus n.* 15. C. *de pact. Bertr. conſ.* 19. *vol.* 3. *part.* 2.

„ tractuelle : il eſt certain que tant par le Droit, que par „ l'Ordonnance, il n'a pû tranſmettre à ſes Heritiers legiti- „ mes ce qui ne lui a jamais été acquis, & que ladite Dona- „ tion & élection a eu ſeulement lieu, & a commencé en la „ Perſonne du ſecond Fils Subſtitué à ſon aîné.

„ 33. Et ſi ledit Fils aîné a accepté ladite élection & „ Donation, ce qu'il ne peut, vû qu'il n'en a jamais eu con- „ noiſſance, comme eſt preſuppoſé : toutesfois puiſqu'il eſt „ mort ſans Enfans mâles, il n'eût pû diſpoſer deſdits Biens, „ & ledit puîné ſon Frere ſe trouveroit ſubſtitué auſdits „ Biens, & en excluroit les Filles.

„ 34. Car outre ce qui a été dit de la qualité du Dona- „ teur & des choſes données, de ſa volonté & intention de „ laiſſer ſon Bien uni, & préferer les mâles aux femelles, „ pour perpetuer ſon Nom & Armes, (*a*) *ex quibus præſu-* „ *mitur Fideicommiſſum*, on voit que la Donation n'eſt faite „ qu'aux ſeuls mâles. Secondement, que mêmes il ne veut „ pas que les mâles incapables ayent leſdits Biens. En troi- „ ſiéme lieu il préfere les aînés. Et finalement ne ſe contente „ pas d'un degré de Subſtitution : mais en fait pluſieurs par „ ces mots, & en défaut des mâles les femeles. Et par ainſi „ il appert par toute ſorte de conjectures tirées même de „ l'Acte de Donation & élection, que ſon intention a été que „ leſdits Biens vinſſent d'un mâle à l'autre, & que comme „ celui qui eût été incapable du commencement, en étoit „ exclus : qu'auſſi devenant incapables par après de perpetuer „ ſon Nom & Famille (comme s'il ſe fut fait Prêtre, fut „ devenu furieux, & même s'il fut mort ſans Enfans mâle) „ le ſecond mâle capable étoit appellé ; (*b*) ce que ſans doute „ il eût exprimé s'il en eût été averti, comme diſent la Gloſe

(a) *Bald. l. voluntas* 1. *C. de Fideic. Dec. conſ.* 38. *vol.* 1. *n.* 2. *Menoch.* 4. *præſ. c.* 16. *Simon de Pret. liv.* 3. *interp.* 3. *dub.* 1. *fol.* 11.

(b) *L. tale pactum* §. *fin. & ibi gl. & doct. D. de pactis Menoch.* 4. *præſ. c.* 26. *& 65. late &c.* 67. *&* 68. *L. heredes* 57. §. *peto. D. ad Trebell.*

„ & les Docteurs, qui montrent qu'en ce cas *extenſio debet* „ *fieri de uno caſu ad alium.*

„ 35. De même que Papinian répond en un fait ſemblable, „ le Mari avoit inſtitué ſa Femme Heritiere, la priant de „ rendre ſon Heredité à ſes Enfans, ou à l'un d'iceux, ou à „ ſes Neveux, ou à celui de toute ſa cognation qu'elle vou- „ droit. Papinian dit qu'entre les Enfans il y a Subſtitution „ de Fidéicommis ; mais qu'entre les Neveux & autres de la „ cognation, la Femme avoit faculté d'élire ſubordinement.

„ 36. Autrement ce qui avoit été introduit au profit des „ mâles, tourneroit à leur dommage & préjudice, & auſſi „ dudit Donateur & Teſtateur.

I. *SI dans le cas que l'Heritier eſt élû par l'inſtitution le Fidéicommis, dont il eſt enſuite chargé, doit ſe rapporter, tant aux Biens donnés ou Subſtitués, qu'aux Biens propres du Défunt.*

II. *Circonſtances particulieres dont cette Queſtion étoit accompagnée dans l'eſpece traitée par Vulſon.*

III. *Que même ſans le ſecours de ces circonſtances le Fidéicommis eſt cenſé comprendre le tout, à moins qu'il n'aye été expreſſement reſtraint à l'Heredité ou aux propres Biens du Défunt.*

IV. *Auteurs & Arrêts qui l'ont ainſi decidé, même dans le cas que le Teſtament renferme, en faveur de l'Heritier, une élection expreſſe ſeparée de l'inſtitution.*

V. *Si l'Heritier qui a été grevé de rendre ſes propres Biens avec ceux de l'Heredité eſt tenu d'executer toute l'étenduë de ce Fidéicommis.*

VI. *Que par la diſpoſition des Loix l'Heritier n'eſt tenu de rendre que ce qu'il a gagné ou en fonds ou en fruits.*

VII. *Explication des Loix* 77. §. 31. ff. de Leg. 2. 15. §. 2. ff. ad Leg. Falc. 27. §. 6. & 78. §. 14. ff. ad Trebell.

VIII. *Explication de la Loi* 70. §. 2. ff. de Leg. 2.

IX. *Objection priſe des nouvelles Loix qui ont introduit le Benefice d'Inventaire.*

X. *Réponſe à cette Objection.*

XI. *L'Inventaire n'a été in-*

troduit qu'à raison des Legs & des Fidéicammis particuliers.

XII. *Raisons de difference entre les Substitutions universelles & les Legs ou Fidéicommis particuliers.*

XIII. *Réponse à l'Objection que l'on prend communement de ce que l'Heritier ayant negligé de faire Inventaire est censé s'être rendu coupable de latitation & de recelés.*

XIV. *Auteurs & Arrêts qui ont déterminé la Question en faveur de l'Heritier.*

XV. *Si le Donataire ou le Créancier institués Heritiers & grevés de rendre, confondent leurs Créances ou leurs Donations par défaut d'Inventaire.*

XVI. *Qu'elle est la difference entre cette Question & la precedente.*

XVII. *Que la plûpart des Auteurs anciens & modernes ont cru que l'Heritier devoit conserver le droit de detraction.*

XVIII. *Disposition de l'ancien droit en faveur des Heritiers.*

XIX. *Que les nouvelles Loix qui ont introduit l'Inventaire n'ont rien changé de cet ordre.*

I. L'Auteur établit dans ce Chapitre, que lorsqu'un Testament ne renferme point d'autre élection que celle qui résulte de l'institution, en ce cas la Substitution qui suit & qui forme, pour ainsi dire, un second degré de l'institution, ne se rapporte pas seulement aux Biens libres du Testateur, mais se rapporte même à ceux qu'il étoit tenu de rendre.

II. Il est vrai qu'il y avoit dans l'espece qu'il traite bien des circonstances particulieres qui aidoient beaucoup à la volonté. 1°. C'étoit le Donateur lui-même qui choisissoit un Heritier; & comme les Biens donnés avoient toûjours demeuré réünis avec le reste de son patrimoine, il étoit assés naturel de penser, que soit dans l'Institution, soit dans la Substitution il avoit été également occupé de tous. 2°. Il s'agissoit d'un Gentilhomme, dont la plus grande partie des Biens consistoit en Seigneuries ou en Fiefs Nobles; & de-là naissoit une presomption, qu'il avoit entendu que sur la tête du Substitué, de même que sur celle de son Heritier, tous les Biens

reſtaſſent réünis & ſans partage. 3°. Le Donateur prevoyant que ſon Heritier ne laiſſeroit que des Filles, avoit eu le ſoin de fixer certaines ſommes qui devoient être priſes ſur les Biens pour leur ſervir de dot. En auroit-il uſé ainſi, ſi les Biens donnés n'avoient pas dû être compris dans la Subſtitution qu'il impoſoit à leur Pere en défaut de mâles ? Et ces Biens-là n'auroient-ils pas été pour elles un appanage ſuffiſant ?

III. Vulſon n'allegue ces circonſtances que pour fortifier de plus en plus ſon avis. Car d'ailleurs il decide en général que la Subſtitution doit avoir toute la même étenduë que l'Inſtitution. Il veut ſeulement que l'on diſtingue ſi elle a été faite à la Perſonne, ſi du moins elle a été conçuë en des termes indefinis, ou ſi le Donateur a Subſtitué ſpecialement à ſon Heredité ou à ſes Biens. Dans ce dernier cas, dit-il, la Subſtitution n'embraſſe que ce qui eſt proprement de l'Heredité & du patrimoine du Donateur. Or nous apprenons de la Loi *Sequens queſtio 68. ff. de leg. 2.* que les Biens donnés forment une claſſe ſeparée, *extra cauſam bonorum ſunt.* Cela eſt encore plus ſenſible quand c'eſt un Heritier grevé, qui en inſtituant un Heritier, qu'il eſt cenſé élire par cette inſtitution, ne le charge de rendre nommément que ſon Heredité & ſes Biens, parce qu'il eſt de maxime que les Biens Subſtitués, loin de faire partie de l'Heredité & du patrimoine de l'Heritier grevé, ſont au contraire une dette & une charge qui le diminuent. La Subſtitution ne trouve point le même obſtacle lorſqu'elle eſt faite à la Perſonne ou qu'elle eſt conçuë en de termes indefinis, elle ſe meſure alors ſur l'inſtitution dont elle eſt l'image, & le Teſtateur eſt cenſé y avoir attaché tout ce qu'il a attaché à l'inſtitution même.

IV. M. Cujas là ainſi decidé dans ſa Conſultation 58. Baſſet, *Tom. 2. liv. 8. tit. 2. chap. 6.* en rapporte un Arrêt du Parlement de Grenoble, & il y en a un pareil du Parlement de Provence du mois de Juin 1564. rapporté par Duperier, *Tom. 2. pag. 332.* M. Dolive, *liv. 5. chap. 15.* aux Annotations a paſſé bien plus avant, il ſoutient que lors même

que

que le Testament renferme, en faveur de l'Heritier, une élection expresse & separée de l'institution, la Substitution qui suit est également censée embrasser les Biens dependans de cette élection, parce que l'expression particuliere que le Testateur en a faite est une preuve qu'ils ont été présens aussi à son esprit dans la Substitution qu'il a ensuite imposée à son Heritier. Telle est en effet la decision d'un Arrêt rendu au Parlement de Provence du mois de Janvier 1678. qui est rapporté par Boniface, *Tom. 5. liv. 2. tit. 20. chap. 2.*

V. Quoique aujourd'hui, depuis l'Ordonnance de 1735. l'Heritier élû ne puisse point être grevé, toutes ces décisions ne seroient pas inutiles, si l'on suivoit l'opinion de notre Auteur qui a voulu qu'un Donataire ou un Substitué que le Testateur a grevés de rendre, avec ses propres Biens, ceux de la Donation ou du Fidéicommis, soient tenus d'executer toute l'étenduë de cette charge, lorsqu'au lieu de repudier l'Institution pour s'en tenir à ce qui leur appartenoit de leur chef, ils ont eu l'imprudence de s'immiscer purement & *simplement* dans l'Heredité. Vulson n'est pas le seul Auteur qui l'aye pensé ainsi. On trouve la même Doctrine enseignée par Bretonier sur Henrys, *Tome 3. liv. 5. quest. 19.* par Henrys lui-même en la Question 117. du même Livre, par Maynard, *liv. 5. chap. 24. & liv. 6. chap. 5.* par Albert, *in verbo, Substit. chap. 15.* Mais je ne crois pas qu'il faille faire grand fondement sur cette opinion, elle est contraire tant à la Doctrine des Loix qu'à celle des Auteurs qui ont le mieux entendu la matiere des Substitutions, & la Jurisprudence des Arrêts s'est formellement déclarée pour l'Heritier institué.

VI. A l'égard des Loix, elles posent pour premier principe, qu'un Testateur ne peut grever ses Legataires ou ses Heritiers qu'à concurrence de ce qu'il leur donne. *Hoc solum observandum est*, dit l'Empereur Justinien au titre 24. du livre 2. des Institutes, *ne plus quisquam rogetur alicui restituere quam ipse Testamento ceperit.* Tout le temperament qu'on a trouvé pour favoriser la volonté a été de contraindre les Heritiers ou

les Legataires à executer cette portion du Fidéicommis qui regarde leurs propres Biens à concurrence des fruits qu'ils ont perçus de ceux du Teſtateur ; mais pour ce qui excede le montant de ces fruits, les Loix les maintiennent libres & les affranchiſſent de la charge qui leur a été impoſée. Elles ne diſent pas que l'Heritier doive opter avant de s'immiſcer, ſous peine d'être irrevocablement lié, elles ſuppoſent au contraire un Heritier qui a accepté, qui a joüi en vertu de cette acceptation pure & ſimple, & cette acceptation ſuivie de la joüiſſance des Biens, n'a d'autre effet que de le rendre comptable des fruits.

VII. Telle eſt la Doctrine de la Loi 15. *ff. ad leg. falc.* ſi un Ayeul, dit-elle, debiteur de ſon Petit-fils qu'il a inſtitué pour ſon Heritier, le charge de rendre tant ce qu'il lui devoit que ſon Heredité même, le Petit-fils peut accepter l'Heredité ſans craindre que cette charge injuſte puiſſe le depoüiller, & le Fidéicommis n'a lieu ſur ce qui lui étoit dû qu'à proportion de la recompenſe qu'il aura reçuë par la perception des fruits. *Plane ſi conditio Fideicommiſſis fuerit impleta fructus hæreditatis poſt mortem avi percepti pari pecunia debito Tutelæ compenſabuntur.* On trouve encore la même deciſion dans la Loi 77. §. 31. *ff. de leg.* 2. dans la Loi 27. §. 16. & dans la Loi 78. §. 14. *ff. ad Trebell.* & dans une foule d'autres.

VIII. On a paſſé plus avant, & quoiqu'un Teſtateur ait laiſſé l'Heritier libre à l'égard de ce qu'il lui tranſmet pour le charger ſeulement de rendre les Biens qui lui étoient propres, la Loi 70. §. *ff. de leg.* 2. ne permet pas que l'Heritier ſoit lié aveuglement ; mais elle ordonne qu'il ſoit fait une eſtimation des deux patrimoines, & la Subſtitution de celui de l'Heritier n'a lieu qu'à concurrence de ce que lui vaut l'Heredité avec les fruits qu'il en a retirés. La charge n'a lieu ſans eſtimation qu'en un ſeul cas, celui du §. 1. de la même Loi, lorſque le Teſtateur a legué une ſomme certaine, moyennant laquelle il charge le Legataire de rendre un de ſes fonds, ou lorſqu'il lui a legué un fonds, à la charge de payer une ſomme, parce qu'alors le Legataire qui a ac-

cepté ce Legs est censé avoir évalué lui-même le fonds à la somme marquée par le Testament. C'est un prix arbitraire qu'il y a attaché, & les Loix ne lui permettent pas de se repentir.

Voilà comme on se conduit lors même que le Testateur a laissé libre son patrimoine à l'Heritier, en remplacement des Biens propres qu'il lui ôte par la Substitution. Mais le Testateur ne tombe-t'il pas dans un excès bien plus vicieux lorsqu'il Substituë à la fois, & ses Biens propres & ceux de son Heritier, sans rien laisser à l'Heritier qui puisse lui servir de remplacement.

IX. On opposera peut-être que tout cela pouvoit avoir lieu dans l'ancien droit avant que le Benefice d'Inventaire fût introduit, mais que depuis l'introduction du Benefice d'Inventaire les Heritiers qui ont negligé de prendre cette precaution legale sont obligés d'executer toute l'étenduë des Legs & des Fidéicommis qui leur ont été imposés. *Impleant*, dit la Novelle, *omnes Legatarios & Fideicommissarios.*

X. L'opinion que je combats perd d'abord infiniment si on est forcé de lui chercher un fondement dans le défaut d'Inventaire. Il s'ensuit en effet qu'elle n'aura point lieu contre un Legataire, qui avec la chose Leguée a été encore grevé de rendre quelque chose du sien, parce que l'Inventaire n'a pas été introduit pour les Successeurs particuliers. Il s'ensuit aussi qu'un Heritier qui aura fait Inventaire ne sera point tenu d'executer l'injuste disposition qui tendoit à le dépoüiller, en même-tems, de ce qui lui appartenoit & de ce qui lui étoit donné. Il est facile de faire voir que l'Heritier qui n'a pas fait d'Inventaire, n'est pas plus lié à cet égard que s'il avoit eu recours à ce Benefice de droit.

La raison est que la necessité de l'Inventaire n'a été introduite qu'en faveur des Legs & des Fidéicommis particuliers, il n'a point lieu pour les Substitutions universelles. Il n'y a pour s'en convaincre qu'à considerer que la peine de la privation de la Quarte, qui est la premiere qu'entraîne le défaut d'Inventaire, ne s'entend dans la Jurisprudence que de la

Falcidie, qui regarde les Legs & les Fidéicommis particuliers; enſorte que les Heritiers grevés d'un Fidéicommis univerſel ſont admis, malgré ce défaut, à diſtraire la Trebellianique.

XII. On apperçoit même, ſans nulle peine, quel eſt le principe de la difference entre les Legs ou les Fidéicommis particuliers & les Subſtitutions qui tombent ſur l'univerſalité. L'Empereur Juſtinien a voulu s'aſſurer de la bonne foi des Heritiers qui oppoſeroient aux Legataires & Fidéicommiſſaires particuliers que l'Heredité n'étoit pas ſuffiſante pour acquiter ce qui leur a été donné; & comme l'inſuffiſance du patrimoine ne peut être connuë que par une deſcription exacte des Biens, c'eſt pour cela que l'Empereur ſoumet les Heritiers qui voudroient employer cette exception à commencer par ſe munir d'un Inventaire. La Loi n'a donc eu d'autre objet que de s'aſſurer ſi l'Heredité eſt aſſez riche pour faire fonds à ce que le Teſtateur a laiſſé; mais lorſqu'un Teſtateur a chargé ſon Heritier de rendre en même-tems & ſon Heredité & quelque choſe de plus, qu'eſt-il beſoin d'un Inventaire pour connoître qu'il a plus ôté qu'il n'a donné? L'excès ſe manifeſte de lui-même, & la Loi de l'Inventaire n'a pas été faite pour autoriſer l'excès des charges impoſées, elle n'a été faite que pour diſcerner dans le doute s'il y a excès ou s'il n'y en a point.

XIII. L'objection la plus commune de la part de ceux qui ſuivent le parti oppoſé eſt de dire que la Loi ſoupçonne l'Heritier, qui n'a point fait Inventaire, d'avoir commis des latitations qui lui repréſentent avec avantage tout ce qu'il ſera obligé de fournir du ſien. Mais on répond que ni dans la Loi *Scimus cod. de jure delib.* ni dans la Novelle 1. il n'y a point un ſeul mot d'où l'on puiſſe induire que l'Empereur ait entendu attacher une préſomption de fraude & de recelé à l'omiſſion de l'Inventaire; il préſume ſeulement une ſuffiſance dans l'Heredité pour acquitter tout ce qui étoit dû ou toutes les diſtributions particulieres que le Teſtateur a ordonnées. Et après tout, ſi on ne préſume pas que l'Heritier ſe ſoit payé de la Trebellianique par des recelés, ſi cette préſomption n'eſt point

reçûë pour le faire dechoir d'un profit, pourroit-on l'admettre pour lui faire encourir la perte de ses propres Biens ?

XIV. C'est en effet à cette Opinion que se sont rangés tous les Auteurs qui ont plus mûrement examiné la matiere des Fidéicommis. Voici comme s'est exprimé Ricard, qui n'ignoroit pas sans doute les revolutions que l'introduction de l'Inventaire a causées dans le Droit. *Quand même*, dit-il au Chapitre 12. de son Traité des Substitutions, *le Testateur auroit ordonné que l'Heritier institué restitueroit de son propre, si ce n'est qu'il soit d'ailleurs recompensé par la volonté du Défunt, le Fidéicommis reste sans execution, d'autant que c'est contre la nature des Donations d'être onereuses à celui en faveur duquel elles sont faites. Ricard ne connoît qu'une exception qui a été déja remarquée*, sçavoir, *lorsque l'Heritier trouve plus ou du moins autant dans la proprieté ou la joüissance des Biens qui lui ont été laissés.* Duperier, *liv. 3. quest. 3.* & M. de Catelan, *liv. 2. chap. 30.* ont été tellement éloignés de croire que l'acceptation de l'Heritier le liât & le soumît à rendre ses propres Biens, qu'ils ont même douté si les dispositions du Droit ancien, qui faisoient valoir le Fidéicommis du Bien propre de l'Heritier à concurence des fruits perçûs, devoient avoir lieu dans la ligne des Descendans. Enfin la Question a été ainsi jugée par plusieurs Arrêts célébres. Henrys, *Tome 3. liv. 5. quest. 19.* en rapporte un du Parlement de Paris du 3. Avril 1735. Un Pere que sa Femme avoit grevé de rendre à l'un de leurs Enfans, nomme & choisit l'aîné pour recuëillir le Fidéicommis, & l'instituant encore pour son Heritier, elle le charge de rendre les Biens Maternels avec son Heredité. Le Fils avoit accepté purement & sans Inventaire l'institution dont son Pere l'avoit honoré : Il y avoit même cette circonstance, qu'il n'étoit grevé qu'en faveur d'un des éligibles ; & le Parlement de Paris jugea cependant que les Biens maternels avoient été libres sur sa tête. Il y a deux Arrêts semblables du Parlement de Toulouse, rapportés au Chapitre 20. du Traité de Ferriere, *ad sen. Trebell.* & dans les Notes de Graverol sur Larroche, *liv. 2. in verbo, Mariage, art. 46.*

on jugea qu'un Fils Donataire inſtituë Heritier par le Pere ; & que le Pere avoit grevé de Subſtitution pour les Biens donnés, de même que pour les Biens réſervés, n'étoit point tenu, quoiqu'il eût accepté l'Heredité & qu'il l'eût acceptée ſans Inventaire, de rendre les Biens donnés qui compoſoient ſon patrimoine particulier. Telle eſt encore la déciſion de l'Arrêt intervenu ſur le Procès de Madame Daguin, contre la Dame de Nogarede, la Subſtitution que Denys avoit impoſée à Guillaume en faveur des Filles fut reſtrainte à l'Heredité particuliere de Denys, & les Biens émanés de Geraud furent adjugés à Madame Daguin, Heritiere de Dominique.

XV. Vulſon tombe dans une autre erreur bien plus remarquable. Il ſoutient qu'un Fils Donataire ou Creancier qui a accepté purement & ſimplement l'Heredité du Pere, n'eſt point reçû à diſtraire ſa Donation, ſes Créances ou ſes autres droits, dans la reſtitution qu'il fait du Fidéicommis qui lui a été impoſé. Le Preſident Duranti paroît l'avoir penſé de même en ſa Queſtion 123. & c'eſt ainſi que la Queſtion a été jugée par deux anciens Arrêts du 30. Juillet 1571. & 2. Decembre 1582. qui ſont rapportés par Maynard, *liv. 6 chap.* 5. & par Cambolas, *liv.* 1. *chap.* 6.

XVI. Cette Queſtion eſt differente de celle que nous venons de traiter. Dans la premiere on ſuppoſe que l'Heritier a été grevé de rendre ſes propres Biens avec l'Heredité. Dans celle-ci on ſuppoſe que la Subſtitution a été faite ſimplement en l'Heredité. Mais on prétend impoſer la peine à l'Heritier qui n'a pas fait d'Inventaire, de perdre par la confuſion tous les droits qu'il pouvoit avoir de ſon chef. Tel eſt le veritable état de la Queſtion ; mais s'il eſt vrai, comme nous venons de l'établir, que l'Heritier ne perde pas ſes droits dans le cas même qu'il a été chargé de les rendre ; à combien plus forte raiſon ne doit-il pas les perdre lorſque le Teſtateur ne lui en a pas fait une Loi ?

XVII. Auſſi faut-il convenir que l'opinion contraire n'a jamais été bien établie ; elle a été rejettée par la plus ſaine partie des anciens Docteurs, comme nous l'atteſte Peregrinus

de Fideicomm. art. 35. *Heres*, dit-il, *per Fideicommissum universale gravatus credita sua de rebus hæreditariis detrahit & detrahere potest quamvis hæreditatem absque beneficio inventarii agnoverit.* Elle est rejettée encore par Lebrun des Succeſſ. *liv.* 3. *chap.* 4. *n.* 77. & par Faber en son Code, *liv.* 6. *tit.* 11. *deff.* 44. & Duranty lui-même rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, dans la cause du Seigneur de Chateaumaurand, contre le Seigneur de Senis, qui déclara que l'Heritier conservoit toutes les distractions. Il est en effet bien facile de faire voir que ce dernier sentiment est le plus conforme, soit à la disposition des anciennes Loix, soit même à celle des nouvelles Loix qui ont introduit la necessité de l'Inventaire.

XVIII. A l'égard de l'ancien droit nous avons les Loix 8. & 14. *Cod. ad leg. falc.* & une infinité d'autres, qui après avoir convenu que l'Heritier grevé de Legs ou chargé d'un Fidéicommis universel confond ses droits par l'acceptation qu'il fait de l'Heredité, ajoûtent neanmoins que la repriſe lui en est ouverte, par voye de la distraction, lorsqu'il restituë le Fidéicommis universel, ou qu'il s'agit de composer l'Heredité pour acquitter les Legs.

XIX. Quant aux nouvelles Loix qui ont introduit l'Inventaire, il suffit d'observer que la Substitution universelle, telle que le Testateur l'a établie, est restrainte & limitée à l'Heredité, qu'elle ne porte point sur les propres Biens ou sur les droits de l'Heritier. Que cependant l'objet de l'Inventaire se reduit à faire executer en entier les Dispositions du Testateur, *compleat Legatarios & Fideicommissarios*, que c'est là toute la Loi. Qu'ainsi en faisant essuyer une confusion irrevocable à l'Heritier, on feroit beaucoup plus que la Loi même, qu'on grossiroit un Fidéicommis qu'elle n'a voulu que conserver, en un mot, que l'on donneroit plus au Substitué que le Testateur ne lui a déferé. A cela se joignent les raisons qui ont été déja employées, pour faire voir que la Loi de l'Inventaire n'a pas été faite pour le Fidéicommis universel; sçavoir, d'un côté, que la Trebellianique ne laisse point d'avoir lieu malgré le défaut d'Inventaire; & de l'autre que l'Inven-

taire n'a été introduit que pour connoître ſi le patrimoine du Teſtateur eſt ſuffiſant pour acquitter les Diſpoſitions dont il l'a chargé. Ce qui ne s'applique nullement aux Fidéicommis univerſel, où il n'y a rien à remplir de fixe & de determiné. L'Heritier qui ne confond pas un pur profit tel que la Trebellianique, confondra-t'il ſes propres droits ?

DERNIERE QUESTION.

„ 1. LA résolution de la derniere Question, touchant la „ distraction de la Quarte Trebellianique, dépend „ aussi de ce qui a été dit ci-devant ; car si ledit Fils aîné „ Heritier a eu lesdits Biens donnez, non comme Donataire „ & élû par Testament Paternel, mais simplement comme „ Heritier, il est certain que lui ou ses Heritiers legitimes, „ pourront distraire la Quarte Trebellianique sur toute l'He- „ redité, & par consequent sur les Biens donnez, comme „ compris en icelle Heredité.

„ 2. De même si le Fidéicommis universel comprend les „ choses données, non pour autre raison, que parce que l'He- „ tier en acceptant purement l'hoirie de son Pere, a confondu „ son action, & est estimé avoir renoncé à la Donation à „ lui faite auparavant (posé le cas qu'il lui eût été donné „ nommement, & non entre plusieurs autres) c'est sans „ doute que la distraction de la Trebellianique se fera aussi „ eu égard ausdits Biens donnez & confondus, vû que sans „ ladite confusion, & si l'Heritier eût usé du Benefice d'In- „ ventaire, le Fidéicommissaire n'y eût rien pû prétendre.

„ 3. Mais si lesdits Biens donnez n'ont jamais appartenu à „ l'Heritier sinon en qualité de Donataire, & comme ayant „ été élû à tems par le moyen de l'institution universelle, „ & que pareillement le Fils puîné soit élû après son Fidéi- „ commis universel, & par consequent soit aussi bien Dona- „ taire que son Frere, & ait iceux Biens en vertu du Con- „ trat de Donation, duquel l'élection faite par Testament n'est „ que l'execution & effet (ce qui a été prouvé ci-dessus) „ Il est tout évident qu'aucune distraction ne peut être faite „ desdits Biens donnez, non plus que si l'élection & Substi- „ tution eût été expressement faite par ledit Contrat de Do- „ nation, comme elle l'a été, *per relationem ad aliud*, ou si

„ elle eût été faite par Acte d'entre-vifs. *Nec enim ut detrac-*
„ *tioni locus sit sufficit heredem rogatum, sed quasi heredem rogari*
„ *oportet.* (a) *Et ex contractu non detrahi quartam constat apud*
„ *omnes.* (b)

„ 4. Et si on dit qu'il ne faut plus considerer la nature
„ du Contrat, mais du Testament, *in quod confusus est con-*
„ *tractus.* (c) La réponse est aisée, car il n'est pas vrai, sauf
„ correction, que le Contrat de Donation soit aucunement
„ changé ou confondu au Testament, mais seulement est faite
„ par le Testament l'élection, laquelle le Donateur s'étoit ré-
„ servé; & ainsi n'étant pour le regard des choses données,
„ que la perfection & déclaration dudit Contrat, *initium potius*
„ *spectandum & causa, cujus electi testamentaria sequela est.*

„ 5. Ne servira aussi de dire, que *res eadem non debet di-*
„ *verso*, (d) *jure censeri*, & que l'Heritier recuëillant le tout
„ par un même Testament, *& jure institutionis*, la Quarte
„ doit aussi être distraite du tout : car l'institution contenant
„ élection ès Biens donnez, & nouvelle disposition pour tous
„ ses autres Biens, droits & actions, il n'a été loisible audit
„ Heritier de repudier ladite institution, en tant qu'elle con-
„ tenoit l'élection, & l'accepter pour institution pure & sim-
„ ple, au préjudice de son Frere qui se trouve élû en second
„ lieu, par le moyen de ladite Substitution : Encore moins
„ que celui à qui quelque chose auroit été leguée, à la
„ charge de la restituer, & qui par après auroit été institué
„ Heritier universel, ne pourroit la retenir en vertu de l'inst-
„ titution; car posé le cas qu'il eût été loisible audit Fils
„ aîné de rejetter l'élection faite par son Pere, & se tenir à
„ son institution (ce qui n'est sans difficulté, attendu mêmes
„ ce qui a été remarqué ci-dessus de la volonté du Testateur,

(a) *L. mulier* 22. §. *ult. ad Trebell.* (b) *Bald. l.* 1. *in fine C. de revo. his quæ in fr. cred. fern. in l. in quartam, n.* 239.

(c) *Grassus* §. *Trebellianica, quæst.* 5. *n.* 5. *Simon de Prat. de interp. ult. lib.* 2. *pag.* 177. *G. Papæ, quæst.* 296. *C. L. aliam* 29. D. *de novation. L. si procuratorem* 8. *initio* D. *mandati.*

(d) *L. jam hoc jure* D. *de vulg. subst.*

„ de laisser son Bien uni, & qu'à cet effet celui qui seroit „ son Donataire fût aussi son Heritier.) Toutefois cela n'eut „ apporté aucun préjudice audit puîné, qui en ce cas *per* „ *vulgarem*, se fut trouvé seul élû incontinent, & partant „ Donataire du tout sans aucune diminution: & n'eut pas „ laissé d'être Fidéicommissaire du surplus le cas écheant; „ mais aussi pour raison de ce y eut eu distraction de Quarte „ Trebellianique comme il y a lieu maintenant.

I. *QUELLE doit être la Trebellianique de l'Heritier, lorsqu'il est en même-tems grevé de rendre & l'Heredité & les Biens particuliers auxquels il a été élû.*

II. *L'opinion reçûë par les Arrêts est que la Trebellianique ne doit se prendre que sur l'Heredité.*

III. *Etablissement de cette Opinion par la disposition de la Loi 22. §. dernier*, ff. ad Trebell.

I. L'AUTEUR examine qu'elle doit être la Trebellianique, lorsqu'un Heritier à qui son institution a servi de titre pour recuëillir tout ensemble l'Heredité du Testateur & une Donation, se trouve ensuite grevé de rendre le tout à un autre.

II. Fernand, dans le Chapitre 9. de son Traité des *Inst. contr. n.* 4. veut que la Trebellianique se prenne, tant sur la Donation, que sur l'Heredité, parce que l'une & l'autre sont confonduës dans le même Fidéicommis. M. Cujas en sa Consultation 58. laisse la Question indecise, en disant simplement, sans entrer dans aucune precision, que l'Heritier doit retenir les Quartes ordinaires. Mais Vulson déclare que la Quarte ne doit se prendre que sur l'Heredité. Et nous lisons dans Boniface, *Tome* 5. *liv.* 2. *tit.* 19. *chap.* 4. divers Arrêts du Parlement de Provence des 21. Juin 1621. 12. Juin 1613. 18. Février & 10. Juin 1636. qui ont suivi cette opinion.

III. Elle est fondé sur la Loi 22. §. dernier, *ff. ad Trebell.* où il est dit que la Trebellianique n'a lieu qu'autant que l'on a été grevé, & sur une Heredité, & comme Heritier. *Ut Tre-*

belliano locus sic non sufficit de hæreditate rogatum esse sed quasi hæredem rogari oportet. Or l'une & l'autre circonstance manquent par rapport aux Biens dependans de la Donation. C'est en qualité de premier Donataire que l'Heritier institué les recuëille & est chargé de les rendre. Et ces Biens-là ne composent point un corps d'*Heredité.* En un mot, l'institution renferme en cette rencontre deux caracteres à la fois, elle fait un Heritier pour les Biens propres du Testateur, elle sert ensuite à designer celui d'entre plusieurs qui doit recuëillir la Donation ou le Fidéicommis dont le Testateur étoit grevé; & c'est à ces deux differentes qualités que se rapporte, suivant la difference des Biens, la Substitution générale que le Testateur a attachée à l'institution.

ARREST

QUI A JUGÉ QUE LE DROIT d'Elire a lieu en Ligne Collaterale.

PIERRE Champ, ſieur Dubois, qui avoit cinq Enfans, Criſtophle, Trophime, Anne, Margueritte & Noëmi, Champ, fait ſon Teſtament le 24. Septembre 1684. par lequel il inſtitua Demoiſelle Blanche Chalabruiſſe pour ſon Héritiére, à la charge de rendre les Biens à Trophime Champ; & à Trophime Champ, décedant ſans Enfans, il ſubſtitua ſucceſſivement ſon autre Fils, & après lui ſes trois Filles, Anne, Margueritte & Noëmi, l'une après l'autre & les leurs. Il prohibe la Quarte Falcidie & Trebellianique, *afin*, dit-il, *que ſes Biens demeurent unis & ne ſoient pas diviſés.*

Trophime, premier Subſtitué & premier Recuëillant, fit ſon Teſtament le 13. Septembre 1697. par lequel il inſtitua Anne ſa Sœur pour ſon Héritiére, & lui ſubſtitua Noëmi & les ſiens.

Criſtophle ſon Frere & Margueritte une de ſes Sœurs, étoient alors décedés; de ſorte que la Subſtitution faite par Pierre Champ regardoit Anne Champ, que Trophime inſtituoit auſſi pour ſon Héritiére.

Noëmi Champ fut mariée avec le ſieur Joſeph Rieuſol. Il nâquit trois Enfans de ce Mariage, Criſtophle Rieuſol, Claudine & Henriette, qui fut mariée avec le ſieur Michel Dalbon. Noëmi Champ déceda avant Anne ſa Sœur. Ainſi les deux Subſtitutions dont Anne étoit chargée par les deux Teſtamens de Pierre & Trophime Champ, regardoient déſormais ſes Enfans.

Anne Champ fit ſon Teſtament le 14. Septembre 1739. par lequel, inſtituant Claudine Rieuſol pour ſon Héritiére, elle déclara par exprès qu'elle lui remettoit les Héredités de Pierre & Trophime Champ.

Criſtophle Rieuſol fit aſſigner Criſtine ſa Sœur devant les Ordinaires du Mandement de Boutieres le 9. Décembre 1740. pour voir déclarer ouverte à ſon profit la Subſtitution contenuë au Teſtament de Pierre Champ, & le voir maintenir en la moitié des Biens de Trophime Champ. Il prétendoit que la Clauſe du Teſtament de Pierre Champ, par laquelle il étoit annoncé qu'il ſouhaitoit que ſes Biens *reſtaſſent unis & ne fuſſent pas diviſés*, emportoit naturellement un ordre de préference en faveur de la primogeniture. Et à l'égard de la Subſtitution faite par Trophime, il ſoûtenoit qu'Anne Champ Héritiére inſtituée ne pouvoit avoir le droit d'élire entre ſes Neveux.

Il faut obſerver qu'Henriette Rieuſol, Sœur de Criſtophle & de Criſtine Rieuſol, & Epouſe du ſieur Dalbon, étoit morte laiſſant une Fille de même nom, qui fut mariée avec Me. Pierre Charrier. Le Contrat de Mariage de Me. Pierre Charrier portoit que Criſtophle Rieuſol avoit convenu avec le ſieur Dalbon ſon Beau-Frere, de lui ceder la moitié de ce qui proviendroit des Biens ſubſtitués ; que Loüis Rieuſol, Fils de Criſtophle, intervint dans ce Contrat pour ratifier cette convention en faveur du ſieur Dalbon, & que le ſieur Dalbon aſſigna à ſa Fille cette moitié de Droits en augmentation de ſa Dot.

Il intervint Sentence devant le premier Juge le 9. Septembre 1743. qui déclara les deux Subſtitutions appartenir par égales parts & portions à Criſtophle & Criſtine Rieuſol ; c'eſt-à-dire, que la Sentence n'eut point d'égard à l'ordre de primogeniture qui étoit prétendu par Criſtophle Rieuſol, pour la Subſtitution de Pierre Champ ; mais qu'il fut jugé auſſi qu'Anne Champ n'avoit pas eu le droit d'élire pour l'une ni pour l'autre Subſtitution.

Les deux Parties furent également Appellantes. D'un côté

Criſtophle Rieuſol ſe plaignant que la Subſtitution de Pierre Champ ne lui eût pas été accordée en entier. De l'autre Criſtine Rieuſol ſoûtenant qu'Anne Champ avoit eu le droit d'élire à l'égard de l'une & l'autre Subſtitution. Me. Charrier ſe rendit Partie intervenante, en vertu de la ceſſion qui avoit été faite à ſon Epouſe dans ſon Contrat de Mariage.

La prétention de Criſtophle Rieuſol, que la Subſtitution de Pierre Champ dût ſe regler par ordre de primogeniture, n'étoit guere ſoûtenable. Tout ſe reduiſoit donc à la queſtion du droit d'élire. Et l'Arrêt qui intervint en la ſeconde Chambre des Enquêtes, Mr. de Palamini Rapporteur, le 10. Septembre 1746. jugeant qu'Anne Champ avoit eu ce droit, maintint en conſéquence Criſtine Rieuſol dans les deux Héredités de Pierre & Trophime Champ.

Il y avoit cette circonſtance favorable à l'égard de la Subſtitution de Pierre Champ, qu'il avoit annoncé un deſir que ſes Biens reſtaſſent unis & ne fuſſent point diviſés; mais la queſtion étoit pure & ſimple à l'égard de la Subſtitution de Trophime.

Il eſt vrai que Criſtophle Rieuſol avoit bien affoibli ſa défenſe. Il convenoit que la faculté d'élire étoit de droit pour les Fidéicommis faits à la Famille. Il n'avoit pas compris cette différence qui eſt dans les Loix, entre les Fidéicommis *directement faits à la Famille*, & la ſimple diſpoſition portant ordre de laiſſer les Biens *dans la Famille*, ou une défenſe de les en aliener. On le preſſoit bien fortement ſur cet aveu. Voilà donc, lui diſoit-on, la maxime que les Fidéicommis faits ſous un nom collectif, emportent eſſentiellement le droit d'élire.

Il ne pouvoit guere ſe défendre ſur cela avec ſolidité.

Premierement, il cherchoit une différence entre les Fidéicommis ayant pour objet *la Famille*, & ceux qui étoient conçus ſous le nom d'*Enfans*. Dans une diſpoſition faite en faveur de la *Famille*, le Teſtateur n'eſt point fixé, diſoit-il, ſur les *Perſonnes*. Le terme de Famille ne déſigne aucun Parent en particulier. Mais le Teſtateur eſt fixé ſur les Perſonnes dans

les Fidéicommis qui ſont faits ſous le nom d'*Enfans*. Il a voulu que les *Enfans* d'un tel euſſent ſes Biens.

Ce n'eſt qu'un vain mot. Si l'on dit que le Teſtateur qui a appellé la Famille n'a conſideré que la qualité, il faut le dire néceſſairement de celui qui a conçû ſon Fidéicommis ſous le nom d'*Enfans*; & ſi l'on dit de celui-ci qu'il eſt cenſé avoir affecté tous ceux qui ſeroient dans cette Claſſe d'*Enfans*, il faut dire également de l'autre qu'il eſt cenſé avoir affecté tous ceux qui ſeroient à la tête de *la Famille* & qui en exerceroient les droits.

Secondement, il foüilloit dans l'eſpece des Loix qui ont traité des diſpoſitions portant ordre à l'Héritier de laiſſer les Biens dans la *Famille* ou défenſe de les en aliener; & parce qu'il y a quelqu'une de ces Loix qui pour décider ſi c'eſt aſſez que l'Héritier ait legué les Biens à un de la Famille, ou qu'il ait inſtitué un de la Famille pour ſon Héritier, propoſent cela ſous l'eſpece particuliére que le Pere a inſtitué un ou deux de ſes Enfans, parce qu'il eſt vrai que c'eſt eux que regardent les premiers effets de cet ordre ou cette défenſe; il concluoit que ces Loix n'avoient donc entendu établir le droit d'élire qu'en la ligne directe. Mais outre qu'il y en a tant d'autres qui diſent en général *ſufficit uni ex Familia reliquiſſe*; d'ailleurs on voit dans celles qui étoient citées qu'elles ne prennent pas leur raiſon de décider de ce que la diſpoſition tomboit dans la ligne directe, mais en général de ce qu'une diſpoſition que les Biens ſoient laiſſés dans la Famille, eſt parfaitement accomplie, de-là qu'il y a un Legataire ou un Héritier de la Famille qui doit recuëillir.

Rien n'étoit donc plus foible que toute cette défenſe. Il falloit démêler l'équivoque entre *les Fidéicommis directement faits en faveur de la Famille*, & l'ordre ſimplement donné à l'Héritier de laiſſer *les Biens dans la Famille*, ou de ne point les en aliener.

Malgré tout cela l'Arrêt qui eſt intervenu ne me paroît pas moins dans les principes de la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe: à moins qu'on ne voulût dire, ſur ce que tous les

Arrêts

Arrêts qui ſont rapportés par Mr. Maynard, Mr. Dolive & Mr. de Catellan ſont dans le cas de Fidéicommis qui étoient reſtituables en ligne directe, que comme cette opinion du droit d'élire dans les Fidéicommis faits en termes collectifs eſt réellement contre le droit, il faut la reſtraindre dans l'eſpéce particuliére des Arrêts qui l'ont accueillie, quoiqu'il ſoit vrai d'ailleurs qu'ils ont été fondés ſur des raiſons communes & générales. J'ai dit ailleurs que l'Arrêt de Grifigni, qui eſt rapporté page 14. & ſuivantes, & qui regarde une reſtitution en ligne collaterale, ne m'eſt connu que ſur des ſimples Mémoires; qu'ainſi cela mérite, le cas échéant, qu'on le vérifie avec ſoin ſur les Regiſtres. Et les conſéquences que j'ai tirées de la maniére de penſer des Juges, lors de deux autres Arrêts qui ſont rapportés page 16. & 17. où la raiſon ſur laquelle on ſe décida ſemble ſuppoſer le droit d'élire mais qu'il y avoit d'autres raiſons pour l'exclure ou pour le rendre inutile, ne ſont pas des Arrêts ou n'ont pas la même force, parce que la Queſtion pouvoit n'avoir pas été élevée.

ADDITION

CONCERNANT LA QUESTION traitée à la page vingt-cinquiéme, ſi le Droit d'Eſire a lieu entre les Enfans ſuccedans par tranſmiſſion.

J'AY penché, contre la déciſion d'un Arrêt rapporté par Mr. de Catellan, que le droit d'élire devoit avoir lieu. Mais ayant eu depuis occaſion d'examiner ce Point de plus près, il m'a paru recevoir bien du doute.

Il certain que dans l'exacte Analogie de cette *Tranſmiſſion*, les Enfans ſont cenſés venir au Fideicommis du chef de leur Pere & comme ſes Succeſſeurs.

Il eſt vrai qu'ils n'y viennent pas comme *Héritiers*; mais on ſçait qu'en Droit il y a deux Ordres de Succeſſion différens, l'un qui ſe fait par Droit Héreditaire, l'autre qui ſe fait par les ſeuls Droits de l'Affiliation & du Sang.

C'eſt ainſi que par la Loi 34. *C. de inoff. Teſt.* la querelle d'inofficioſité, qui n'a pas été préparée par le Pere, ſe tranſmet aux Enfans.

C'eſt encore ainſi que par la Loi unique *C. de his qui ant. Tabul.* le Fils inſtitué Héritier, qui décede avant l'ouverture des Tables, tranſmet néanmoins ſa Portion Héreditaire à ſes Enfans.

C'eſt en la même qualité que les Enfans ſuccedent à la Portion d'Augment que leur Mere a gagné, qu'ils ſuccedent aux Droits Familliers, tels que le Sepulchre & le Patronnage, & qu'ils ſuccedoient parmi les Romains au Droit de Patronnage ſur les affranchis.

Quoique les Enfans viennent à tout cela ſans être Héritiers, & même dans le concours d'autres Héritiers, ce n'eſt pas moins pour eux une Succeſſion veritable, dans laquelle ils viennent du chef de leur Pere, en empruntant le droit du Pere, en un mot comme ſes Succeſſeurs, puiſque ſi le Pere avoit abdiqué le droit de ſon vivant, s'il y avoit renoncé il n'y auroit rien à prétendre pour eux. C'eſt le droit du Pere qui eſt tranſporté aux Enfans, mais en la ſeule qualité d'Enfans.

Il eſt certain que la Tranſmiſſion des Fidéicommis conditionnels a été accordée aux Enfans avec ce même caractére d'une Succeſſion attachée à la Filiation & au Sang.

C'eſt ce qui paroît par l'origine qu'on a donnée à cette Tranſmiſſion.

On la induite de la diſpoſition de la Loi 1. *C. de his qui ant. Tab.* dans laquelle une inſtitution non encore acceptée, & qui ne pouvoit l'être parce que le Teſtament n'étoit pas ouvert, eſt déclarée tranſmiſſible aux Enfans. C'eſt de-là qu'on eſt parti pour introduire la Tranſmiſſion des Fidéicommis non encore échûs; c'eſt la ſource où on a puiſé, & à laquelle tous nos Auteurs rapportent l'établiſſement de cette Juriſprudence.

Elle a donc été introduite dans le Plan de cette Loi; & j'ai déja dit que ce que porte cette Loi n'eſt autre choſe qu'un ordre de Succeſſion qu'elle a attaché à la Filiation & au Sang.

C'eſt ce qui paroît encore par les termes dans leſquels cette maxime de la Juriſprudence de la Cour a été conçûë. *Le Pere*, diſent tous nos Auteurs, *tranſmet à ſes Enfans l'eſpérance du Fidéicommis conditionnel.*

Premiérement, le mot *Tranſmettre* ne dénote-t'il pas eſſentiellement un droit qui dérive d'un autre, que l'on reçoit de lui?

Secondement, on intereſſe expreſſement le Pere dans ce tranſport, en diſant que c'eſt lui qui tranſmet. On a donc regardé le Pere Subſtitué, comme étant le principe de la Traſmiſſion; on a regardé la Tranſmiſſion comme un écoulement qui ſe fait pour ainſi dire de ſa Perſonne.

Il eſt vrai que dans la pureté des principes ; non-ſeulement le Pere n'étoit ſaiſi de rien à ſa mort, parce qu'un Fidéicommis conditionnel n'eſt point cenſé dans nos Biens, mais même il n'y avoit encore rien qui lui fût déferé.

On répond que le Fils exheredé n'étoit point *ſaiſi* non plus dans la Loi 34. *C. de inoff. Teſt.* parce que la querelle d'inofficioſité n'eſt realiſée & ne ſaiſit que quand elle a été préparée. Qu'il y a plus dans la Loi 1. *C. de his qui ant. apert. Tab.* que l'inſtitution n'étoit pas encore *déferée*, parce qu'elle ne pouvoit l'être que par l'ouverture des Tables. Que tout cela n'empêche pas que le droit qui eſt transferé aux Enfans dans ces deux Loix, ne ſoit réputé une vraye Succeſſion, parce que l'opération de ces deux Loix ſe réduit à ce que par leur autorité ſuprême, ce droit, tel qu'il étoit dans le Pere, elles le rendent capable de Succeſſion en faveur des Enfans. Et voilà ce qu'a fait auſſi la Juriſprudence, elle a fait d'un Fidéicommis non encore *échû*, un droit capable de Succeſſion en faveur des Enfans.

Enfin tous nos Auteurs s'expriment en des termes qui annoncent que les Enfans viennent dans l'ordre d'une vraye Succeſſion. Mr. Dolive, *liv. 5. chap. 24.* ne craint pas de dire *que les Enfans recuëillent les Biens du Fidéicommis du chef de leur Pere.* Mr. de Cambolas, *liv. 5. chap. 11.* dit de même *la Fille prend l'eſpérance de ſa Mere.* Et de-là vient enfin qu'ils décident tous. Fernand, ſur le *tit. de cad. toll. pag. 3.* Maynard, *liv. 5. chap. 55.* Cambolas, *liv. 5. chap. 24.* que la rénonciation faite au Fidéicommmis par le Pere vivant, exclud la Tranſmiſſion.

Voilà donc quelle eſt l'exacte Analogie de ce droit ; c'eſt une Succeſſion dans laquelle les Enfans viennent comme Succeſſeurs de leur Pere.

Or dans ce point de vûë il eſt très-vrai qu'il ne peut y avoir d'élection, parce que cette qualité de Succeſſeurs acquiert à chacun des Enfans un droit diviſé, une Portion virile. Le Fidéicommis n'eſt enviſagé que vis-à-vis du Pere, quoique la pourſuite ſoit faite par les Enfans. C'eſt à lui qu'il a appar-

tenu, c'eſt à lui qu'il eſt rendu, & ſes enfans le partagent de ſon chef.

En partant de ce même principe, il ſemble qu'il faut que je revienne auſſi ſur mes pas par rapport aux inſtitutions contractuelles. Il eſt mal aiſé de ſe diſſimuler que c'eſt en vertu d'un pareil ordre de Succeſſion qu'elles ſe tranſmettent aux Enfans. Car je demande ; les Enfans ſeroient-ils admis ſi le Pere avoit renoncé de ſon chef ? Il faudroit pourtant qu'ils le fuſſent, s'il étoit vrai qu'on ſuppleât en leur faveur une eſpece de Subſtitution vulgaire, par laquelle ils ſeroient cenſés être appellés de leur chef en cas de prédecès de leur Pere.

Voici néanmoins ſur tout cela deux reflexions qui ſe préſentent.

La premiére eſt, qu'il faut bien convenir que c'eſt l'intention préſumée de l'auteur de la diſpoſition, qui eſt le principe en vertu duquel les Enfans ſont admis. La Loi 1. ci-deſſus citée le dit par exprès, *indignum eſt pronepotes fraudari adverſus avitum deſiderium* ; & on n'a recherché cette couleur d'admettre les Enfans comme par Succeſſion, que parce qu'il étoit bien moins contre le droit de prendre cette voye, que de ſuppoſer une diſpoſition directe en leur faveur. Il y a une diſpoſition écrite en faveur du Pere. Il eſt moins contre l'ordre de la realiſer pour la rendre tranſmiſſible, que de ſuppléer une diſpoſition diſtincte dont le Teſtament ne dit rien.

Cela établi, les Enfans auront-ils plus de privilege par cette tranſmiſſion, qu'ils n'en auroient en vertu d'une diſpoſition propre & perſonnelle, quand on n'a recherché la couleur d'une tranſmiſſion, que parce qu'on ne pouvoit les ſuppoſer directement appellés ? Ce qu'on n'a introduit que pour tenir lieu d'une diſpoſition qu'on ne pouvoit pas créer vis-à-vis d'eux, leur donnera-t'il plus de droit que cette diſpoſition ne leur en auroit donné ?

La ſeconde reflexion eſt priſe de cette verité, que la tranſmiſſion des Fidéicommis conditionnels eſt conſtamment contre le droit. Sur quoi on raiſonnera ainſi. Que l'on ſe renferme autant que l'on voudra dans ces regles d'Analogie, lorſque

ce ſera pour reſtraindre les effets de cette tranſmiſſion, par exemple, pour décider que le Pere peut renoncer au préjudice des Tranſmiſſionnaires; il eſt juſte que contre un droit ſingulier on faſſe uſage de toutes les conſéquences qui peuvent s'enſuivre des principes ſur leſquels il a été élevé. Mais eſt-il naturel que vis-à-vis de celui qui eſt grevé de rendre, on ſe prévale de cette raiſon d'une exacte Analogie, puiſque ce n'eſt enfin qu'une erreur; au lieu de s'en tenir à ſon égard au fonds même de la choſe, qui eſt qu'on a prétendu introduire une vocation en faveur des Enfans.

Tout cela eſt de même force par rapport aux inſtitutions contractuelles. Il eſt également vrai qu'on n'y a attaché la couleur d'une tranſmiſſion, que parce qu'il n'étoit pas permis de ſuppléer en faveur des Enfans une diſpoſition directe qui n'eſt pas écrite.

Quelle ſera donc ma derniére réſolution? J'avouë que retenu par ce concours de vûës differentes, d'un côté que le droit d'élire eſt viſiblement exclu, ſi on veut raiſonner conſéquamment aux regles de ce qui a été introduit comme une tranſmiſſion; de l'autre les conſidérations d'équité qui naiſſent du fonds de la choſe, j'aurois de la peine à me décider tout-à-fait, & voici à quoi je me reduis. C'eſt une queſtion ſur laquelle le Juriſconſulte ne pourroit guere conſulter autrement que contre le droit d'élire, parce qu'il faut qu'il procede conſequamment aux principes qu'il trouve établis. Mais je ne ſerois pas ſurpris, le cas écheant, qu'un Arrêt en jugeât autrement, que la même autorité qui a introduit ce paſſe-droit, apportât un temperamment favorable. Et ne peut-on pas dire que c'eſt ce que les Arrêts ont déja fait en décidant le cas de la tranſmiſſion pour les inſtitutions contractuelles?

SI L'HERITIER QUI EST EN demeure d'élire peut purger cette demeure.

J'AY dit en plusieurs endroits que l'Héritier qui n'a point élû au terme, ou qui n'a point élû après un bref intervalle quand le Fidéicommis a été fait purement & simplement, étoit *déchû* de la faculté d'élire.

Mais il faut examiner s'il n'est pas reçu à purger la demeure avant qu'il ait été formé une demande contre lui. La question dépend de l'intelligence de la Loi 24. *ff. de Leg.* 2.

C'est une Loi qui a trois parties. Elle propose un sentiment du Jurisconsulte. *Marcellus*. Ensuite une Note de *Scævola*, sur cette Doctrine de *Marcellus*. Enfin des Reflexions du Jurisconsulte *Ulpien*.

L'Opinion de Marcellus, rapportée dans ce Texte, est, 1°. Que quand le Fidéicommis est pur & sans délai, ceux entre qui tombe la faculté d'élire sont en droit d'en demander l'ouverture par égales parts, si l'Héritier a tardé de faire un choix & d'offrir les Biens à l'un d'entr'eux, *si neminem eligat omnes ad petitionem admitti quasi jam præsenti die datum, cum sic relinquitur quibus voles, nec ulli offerat.* 2°. Que cependant si tous sont morts, à l'exception d'un seul, avant que l'Héritier ait été attaqué; c'est à cet unique survivant que les Biens sont dûs, ou à ses Héritiers. *Plane si cæteri defuncti sunt superstiti dandum vel Hæredi ejus si prius quam peteret decessit.*

La Note de Scœvola consiste en ceci : Que si la demande du Fidéicommis a été ouverte en faveur de tous, il ne peut y avoir de raison pourquoi ceux qui sont décedés à compter de ce moment n'ont point transmis le droit à leurs Héritiers.

Scævola autem notat, si omnes petere potuerunt cum nulli offertur, cur non qui decesserunt ad Hæredem transmiserunt.

Il ajoûte, *utique si uno petente jam eligere non potest cui det.* Ce sont ces derniers mots qui font la difficulté. C'est une condition que la Loi exige, pour que les défunts soient censés avoir transmis, *si uno petente jam eligere non potest cui det.* Mais a-t'elle entendu, que ce soit seulement la circonstance d'une demande déja formée contre l'Héritier qui fait cesser en lui ce pouvoir ? Ou bien faut-il dire que la Loi a noté tout simplement en cet endroit qu'il faut bien s'assurer avant tout, pour donner lieu à cette transmission en faveur des Héritiers, que le pouvoir de l'Héritier grevé ait réellement cessé ?

Enfin la Reflexion d'Ulpien est 1°. Qu'on a eu grande raison de reprendre le Jurisconsulte Marcellus, de ce qu'en établissant que la demande du Fidéicommis avoit été ouverte en faveur de tous, il vouloit pourtant, dans le cas que quelques-uns étoient venus à déceder, que le survivant ou son Héritier obtinssent les Biens en entier. 2°. Qu'il y a cependant un temperamment a observer ; que l'Héritier doit joüir d'un juste intervalle pour déliberer sur son choix, & qu'il est très-vrai que ceux qui sont décedés pendant cet intervalle n'ont rien transmis, parce que le Fidéicommis n'est pas encore rendu présent, qu'il est suspendu par une sorte de condition.

J'ai déja dit que la Question, si la demeure peut être purgée de la part de l'Héritier dépend de l'intelligence de ces mots, *utique si uno petente jam eligere non potest cui det.*

On ne peut douter qu'ils ne signifient qu'il faut que l'Héritier ait été prévenu par une demande, qui seule empêche désormais qu'il ne puisse élire. La Loi avoit dit que le droit est déferé à tous dans l'instant que l'Héritier a été en demeure. Elle ajoûte en cet endroit qu'il peut néanmoins élire encore s'il n'a été prévenu par une demande. C'est-à-dire, qu'il lui est permis de purger la demeure.

Il est vrai qu'il y a quelque chose de pressant contre cette interprétation

interprétation. On peut dire qu'elle produit une abſurdité, parce que dans ce ſens, la Loi aura décidé que les ſubſtitués défunts *n'ont pas tranſmis* ſi l'Héritier non encore attaqué purge ſa demeure *après leur mort*, en faiſant une élection. Or n'eſt-il pas *abſurde* de faire dépendre, ſi les Subſtitués ont tranſmis à leurs Héritiers, d'un évenement poſterieur à leur mort ? Les Subſtitués défunts auront tranſmis, ſi l'Héritier a été prévenu par une demande avant d'avoir élû. Ils n'auront point tranſmis ſi l'Héritier a prévenu lui-même une demande par une élection. C'eſt l'inſtant du décès des Fidéicommiſſaires, qui a dû décider s'ils ont eu un droit à tranſmettre ou s'ils ne l'ont point eu. En un mot il faudroit que la Loi eût conſideré ce pouvoir de purger la demeure, non point pour en induire qu'il n'y ait pas eu une tranſmiſſion, mais ſeulement pour induire que les effets de cette tranſmiſſion ſeroient variables, incertains & ſujets à être détruits.

Je réponds qu'il faut de néceſſité que cet endroit de la Loi ſignifie cela, ou il ne ſignifie rien du tout. Il faut ſe bien fixer ſur les termes : *utique ſi uno petente jam eligere non poteſt cui det.* Dira-t'on que le Juriſconſulte a propoſé la circonſtance de la demande formée contre l'Héritier, ſeulement comme l'époque par rapport à laquelle il faut conſiderer ſi le grevé a perdu le pouvoir d'élire, & non point comme la cauſe qui le lui ait fait perdre ; qui dans ce ſens ne ſeroit autre que la demeure dont il eſt déja queſtion dans ce qui précede, & que la Loi ordonneroit d'enviſager par rapport au tems de la demande.

Premiérement, au lieu que la Loi a manifeſtement voulu dire par ces mots quelque choſe de nouveau, il s'enſuivroit qu'elle n'auroit rien dit, & elle n'eût fait qu'une répetition très-inutile, en remarquant qu'il faut que l'Héritier ait été en demeure, pour qu'il y ait tranſmiſſion en faveur des Héritiers.

Elle avoit déja dit ; *ſi omnes petere potuerunt, cur non ad Hæredes tranſmiſerunt.* Elle avoit donc déja ſuppoſé cette demeure

de l'Héritier, puiſqu'autrement il n'auroit pas été queſtion que les Subſtitués puſſent *demander*.

Secondement, il ſeroit bien abſurde que la Loi eût fait dépendre la tranſmiſſion en faveur des Héritiers, de ſçavoir ſi l'Héritier eſt en demeure, quand il a été formé une *demande* contre lui, *utique ſi uno petente*, puiſqu'il pourroit bien être en demeure lors de la demande formée, & ne l'avoir pas été lorſque les Subſtitués ſont décedés.

Cela devient encore plus ſenſible par deux Obſervations, 1°. Que la Loi a prévû le cas que la demande ſeroit longtems retardée, puiſqu'elle a prévû que le dernier ſurvivant ait laiſſé paſſer toute ſa vie ſans demander. 2°. Que ce mot, *ſi uno petente*, doit s'entendre de quelqu'un des *Héritiers* des prédécedés, parce que ce mot ſuppoſant le concours de pluſieurs, (mais deſquels un ſeulement a demandé) cela ne peut s'entendre des Subſtitués eux-mêmes, puiſque la Loi ſuppoſe qu'il n'en a reſté qu'un. Or quoi de moins ſenſé que de faire dépendre la tranſmiſſion en faveur des *Héritiers*, de ſçavoir s'il y a demeure de la part du grevé dans le tems que quelqu'un deux ſe préſente *pour demander*, au lieu qu'il faut de néceſſité que cette demeure ait précedé la mort des Subſtitués pour qu'ils ayent pû tranſmettre.

Troiſiémement, il eſt ſenſible que la Loi propoſe cette demande comme la cauſe pourquoi l'Héritier ne peut plus élire, *ſi uno petente jam eligere non poteſt*. Ce mot *jam* dénote un effet qui ſe lie aux mots *uno petente*.

A l'égard de l'abſurdité qu'on réproche à cette Opinion, je réponds que ce que la Loi a entendu en diſant qu'il n'y a point tranſmiſſion ſi l'Héritier, faute d'une demande, a été en liberté de purger la demeure, & s'il la purgée en effet, c'eſt ſeulement que dans ce cas la tranſmiſſion ne s'eſt pas operée avec effet, parce qu'elle eſt retractée & miſe à néant.

Les Anciens ont tenu généralement que cette Loi devoit être entenduë du pouvoir accordé à l'Héritier de purger la demeure avant la demande. Le Préſident Faber l'a entendu de même

de err. pragm. dec. 54. *err.* 3. Il reconnoît que ces mots signifient *hæredem qui in mora fuit eligendi posse tamen moram purgare & adhuc eligere quamdiu Fideicommissum nemo petit exiis qui eligi potuerunt.* Il veut seulement que ce soit une Addition de Tribonien ; mais auroit-elle pour cela moins d'autorité, & le travail de ce Jurisconsulte n'a-t'il pas été érigé en Loi par les Edits de l'Empereur Justinien ?

Il se présente une Question subordonnée, sçavoir si l'Héritier, purgeant la demeure, pour faire le choix qu'il avoit négligé, peut élire un de ceux qui sont prédécedés, ou leurs Héritiers, ou s'il faut qu'il se renferme entre les survivans. Il semble que le choix de l'Héritier puisse s'étendre indifféremment entre les Substitués défunts, représentés par leurs Héritiers, & les Substitués survivans, parce que la qualité de ceux qui sont morts n'est pas dévenuë caduque ; elle subsiste puisque le Fidéicommis a été ouvert sur leur tête. Il est pourtant vrai que les termes de la Loi & la raison amenent à l'opinion contraire, & que le choix de l'Héritier ne peut tomber qu'entre les survivans. Je dis les termes de la Loi, parce qu'on voit effectivement qu'elle fait dépendre la transmission en faveur des Héritiers, que l'Héritier n'ait pas purgé la demeure en faisant un choix. Donc ce choix ne peut s'adresser aux Héritiers du défunt, puisque ce qu'il doit produire, c'est qu'il n'y ait pas pas eu de transmission en leur faveur, & que le Fidéicommis soit censé être devenu caduque par rapport à ceux qui sont prédécedés. Je dis la raison, parce que le choix de l'Héritier doit être considéré comme remettant sur-pied la condition de l'élection sous laquelle le Fidéicommis étoit fait ; de sorte qu'il faut envisager les choses dans l'état ordinaire d'un Fidéicommis conditionnel, & que quelques-uns des Substitués soient morts avant l'accomplissement de la condition.

La discussion que je viens de faire influë sur plusieurs endroits de ce petit Traité. C'est par-là qu'il faut temperer ce qui a été dit page 79. " Que dans les Fidéicommis purs & „ & simples, l'Héritier est *déchû* du droit d'élire si-tôt qu'est

„ passé le juste intervalle dans lequel il auroit pû se résoudre „ sur son choix. „ Ce qui est dit à la page 106. " Que ceux „ qui sont grevés de rendre à un certain tems, sont déchûs „ de la faculté d'élire, s'ils ont laissé passer ce tems sans avoir „ fait une élection. „ Ce qui est dit à la page 257. " Que la „ Profession Religieuse de l'Héritier qui a fait ses Vœux sans „ avoir élû *éteint* la faculté d'élire. „ Tout cela s'entend avec ce temperamment que l'Héritier est reçû à purger la demeure, s'il n'y a eu déja une demande en délaissement, ou si les Substitués ne sont pas entrés en possession des Biens.



ARREST

QUI A JUGE' QU'UN HERITIER déchû de l'utilité de l'inſtitution, ne laiſſoit pas de conſerver le Droit d'Elire.

VITAL Gineſtet étoit Pere de Jean-Claude Gineſtet, qui fut marié avec la Demoiſelle Irail.

Il nâquit quatre Enfans de ce Mariage, Pierre-Criſtophle, qui étoit l'aîné, Vital-Auguſtin, & deux autres qui entrerent en Religion.

Jean-Claude Gineſtet déceda, ſon Pere étant encore vivant, après avoir fait un Teſtament le premier Juillet 1716. par lequel il inſtitua ſon Pere pour ſon Héritier univerſel, à la charge de remettre ſon Hérédité, à la fin de ſes jours, ou quand bon lui ſembleroit, à la Demoiſelle Irail ſon Epouſe, qu'il vouloit avoir l'uſufruit de ſon Hérédité ſa vie durant; & il chargea le dernier ſurvivant de ſon Epouſe ou de ſon Pere de remettre ſon Hérédité à la fin de leurs jours, ſans diſtraction de Quarte, à celui de leurs Enfans que bon leur ſembleroit & qu'ils jugeroient le plus propre.

C'étoit un Teſtateur Fils de Famille. Le Parlement de Toulouſe ne connoît point de capacité dans les Fils de Famille, pour faire Teſtament, que vis-à-vis de leurs Enfans. Ainſi l'inſtitution qui étoit faite en faveur de l'Ayeul, & le premier Fidéicommis qui étoit impoſé en faveur de la Femme du Teſtateur étoient nuls de droit.

Vital Gineſtet, Héritier inſtitué, en mariant Pierre-Criſtophle, l'aîné de ſes Petits-Enfans en 1725. lui remit dans le

Contrat de Mariage, une partie des Biens dépendans de l'Hérédité de ſon Fils, en vertu du pouvoir qu'il en avoit reçû, diſoit-il, par ſon Teſtament. La Demoiſelle Irail préſente à ce même Contrat, fit donation à Pierre-Criſtophle d'une partie de ſes Biens.

Vital-Auguſtin, Frere de Pierre-Criſtophle, contracta Mariage avec la Demoiſelle Duclaux en 1727. le ſieur Vital Gineſtet lui donna 8000. liv. pour ſa Légitime Paternelle, & la Demoiſelle Irail lui fit donnation de 1000. liv. pour les Droits Maternels.

Vital Gineſtet fit ſon Teſtament la même année, par lequel après avoir fait mention du Teſtament de ſon Fils, dont il déclara avoir un Extrait en ſon pouvoir, il nomma la Demoiſelle Irail ſa Belle-Fille pour ſon Héritiére, *outre & par deſſus ce qu'il avoit donné à ſon Fils Jean-Claude*; c'étoient ſes termes; voulant, ajoûtoit-il, qu'elle eût la joüiſſance de ſes Biens & ceux de ſon défunt Mari, juſqu'à ce qu'elle remettroit l'Hérédité à l'un de ſes Enfans.

Il fut paſſé un Acte entre Vital-Auguſtin & ſon Frere le 10. Mars 1730. par lequel le premier, après avoir dit qu'il avoit renoncé à ſes Droits Légitimaires par ſon Contrat de Mariage moyennant 8000. livres, pour terminer tous les différends qu'il auroit pû y avoir pour raiſon deſdits *Droits*, après avoir pleinement examiné la *conſiſtance des Biens*, & pris connoiſſance des Reglemens faits dans la Famille, ratifioit & confirmoit la rénonciation par lui faite dans ſon Contrat de Mariage, & en tant que de beſoin, faiſoit ceſſion & tranſport à ſon Frere, de ſes droits & prétentions ſur l'Hérédité de ſon Pere & ſon Ayeul, enſemble de tout ſupplement de Légitime.

Enfin le 30. Avril 1742. Vital-Auguſtin fit quittance de ſes Droits Maternels, quoique la Demoiſelle Irail fût encore vivante, moyennant 3400. liv. On lui fit reiterer la promeſſe de ne plus rien demander de ſes Droits Légitimaires Maternels.

Vital-Auguſtin fit aſſigner ſon Frere l'année ſuivante, pour

ſe voir maintenir en la moitié des Biens qui avoient été remis à Pierre-Criſtophle lors de ſon Mariage ; car c'étoit encore alors tout ce que Pierre-Criſtophle avoit en ſon pouvoir. Vital-Auguſtin prétendoit que l'inſtitution de ſon Ayeul dans le Teſtament du Pere, & le Fidéicommis qui y étoit appoſé en faveur de la Demoiſelle Irail ayant été nuls, ils étoient l'un & l'autre déchûs du pouvoir d'élire qui leur avoit été donné.

Depuis l'inſtance engagée la Demoiſelle Irail paſſa un Acte en faveur de Pierre-Criſtophle le 20. Février 1744. par lequel en lui donnant tous & chacuns ſes Biens, elle confirma la remiſſion qu'elle ſuppoſoit que Vital Gineſtet lui avoit déja faite de l'Hérédité de Jean-Claude, & déclara qu'elle l'éliſoit tout de nouveau, pour recuëillir tant cette Hérédité que celle de Vital Gineſtet.

Il intervint Sentence devant le premier Juge, qui débouta Vital-Auguſtin de ſa demande. La Demoiſelle Duclaux ſa Veuve, agiſſant comme Adminiſtrereſſe de leurs Enfans, éprouva devant le Sénêchal un plus heureux ſuccès ; elle fut maintenuë en *un quart* des Biens de Jean-Claude Gineſtet avec reſtitution des fruits, parce qu'il fut jugé que l'Hérédité avoit été également déferée aux quatre Enfans de Jean-Claude Gineſtet.

Pierre-Criſtophle ayant été Appellant donna Requête pour être relaxé, tant par *fins de non-recevoir que par le mérite du fonds*. Et ſur cela il s'éleva trois Queſtions. 1°. Si les divers Actes dont il a été parlé produiſoient une fin de non-recevoir. 2°. Si la nullité de l'inſtitution emportoit la caducité du Fidéicommis qui étoit fait en faveur des Enfans, en ſorte que l'Hérédité fût dévoluë *ab inteſtat*. 3°. Si dumoins la nullité de l'inſtitution ne faiſoit pas tomber le droit d'élire qui avoit été donné à la Mere & à l'Ayeul Héritiers inſtitués.

De la part de la Demoiſelle Duclaux on diſoit qu'on ne pouvoit lui oppoſer de fin de non-recevoir.

Premiérement, parce que les acquieſcemens à un Teſtament nul ſont inutiles ; elle citoit la Loi 5. *ff. de his quæ ut ind.* & la Loi 47. *ff. de petit. hæred.*

Secondement ; parce qu'il ne paroiſſoit nulle part dans les Actes qui lui étoient oppoſés, que ſon Mari eût eu connoiſſance du Teſtament de Jean-Claude ſon Pere ; non point que ces Actes ne ſuppoſaſſent bien qu'il étoit procedé en conſéquence d'un Teſtament, mais il n'en eſt aucun qui annonce que ce Teſtament ait été vû, qu'il ait été connu ; car, ajoûtoit-elle, ce qui a été dit vaguement dans la quittance de 1730. que les *Reglemens* faits dans la Famille avoient été vûs, qu'on ratifioit & confirmoit les précedens *Reglemens* & *Diſpoſitions*, ne peut s'entendre de ce Teſtament, dont on n'auroit pas manqué de faire une mention expreſſe.

Troiſiémement, parce que ces Actes s'étoient operés vis-à-vis de Pierre-Criſtophle, dans un temps qu'il n'avoit point l'Hérédité ſur ſa tête, ni ne pouvoit même l'avoir, puiſque le droit d'élire n'avoit été donné qu'au dernier ſurvivant de la Mere & de l'Ayeul.

A l'égard de la ſeconde Queſtion, elle établiſſoit par le Droit Romain que les Fidéicommis ordonnés par un Teſtament ne ſubſiſtent point mais tombent du même coup quand l'inſtitution eſt nulle, & elle prétendoit que ce qu'on diſoit d'une Juriſprudence contraire, ſelon laquelle le Fidéicommis eſt converti en Subſtitution vulgaire étoit ſans fondement certain.

C'eſt la troiſiéme Queſtion qui faiſoit le grand objet. Et outre les raiſons générales qui s'y rapportent, la Demoiſelle Deſclaux employoit pluſieurs appuis particuliers.

1°. Que dans l'eſpéce dont étoit queſtion, le droit d'élire étoit eſſentiellement exprimé comme une dépendance, une annexe, un acceſſoire de l'inſtitution, parce qu'il étoit attaché à la reſtitution que l'Ayeul ou la Mere étoient chargés de faire comme Héritiers, qu'ils ne devoient élire qu'en *reſtituant*, que c'étoit comme *Héritier*, & comme reſtituant les Biens que cette faculté leur avoit été donnée.

2°. Que l'économie particuliére du Teſtament faiſoit obſtacle que le droit d'élire fût conſervé ; parce qu'étant donné indéterminement à celui qui *ſurvivroit* de l'Ayeul ou de la Mere, au lieu que la ſubſtitution vulgaire, en laquelle il étoit

queſtion

queſtion de convertir le Fidéicommis, étoit choſe préſente, qui avoit été incontinent déferée aux Enfans, il ne s'étoit point trouvé, dans le tems que cette Subſtitution avoit dû échoir, d'électeur à qui on ſe pût rapporter pour lui conſerver ce droit d'élire.

3°. Que le Pere & la Mere ſeroient particuliérement déchûs de ce droit, pour avoir tardé ſi long-tems de l'exercer, tandis que tout étoit reduit aux termes d'une Subſtitution vulgaire, qu'il faut reputer avoir été pure & ſimple en faveur des Enfans, pour avoir lieu du jour de la mort du Teſtateur. On employoit le principe de la Loi 24. *ff. de Leg.* 2. que ſi celui à qui la faculté d'élire eſt donnée, dans le cas d'une Diſpoſition pure & ſimple, ne fait pas l'élection dans un bref delai, le droit eſt dévolu à tous les Eligibles.

Malgré tout cela il intervint Arrêt le 9. Août 1752. en la ſeconde Chambre des Enquêtes, Mr. de Rouville Rapporteur, qui faiſant droit ſur l'Appel de Pierre-Criſtophle, le relaxe de la demande en partage qui avoit été formée contre lui. L'Arrêt ne prononce point par fins de non-recevoir, quoique Pierre-Criſtophle Gineſtet y eût conclu par exprès. Et en effet je ne croirois guere que ce qu'on oppoſoit comme fin de non-recevoir ait pû faire impreſſion.

Il fut donc jugé, 1°. Que le Fidéicommis univerſel ne laiſſe pas de ſubſiſter, quoique l'inſtitution ſoit nulle. 2°. Que le droit d'élire ſubſiſte auſſi en faveur des Héritiers inſtitués. 3°. Qu'il n'y avoit pas eu de déchéance de ce droit, encore que l'Ayeul ou le Pere euſſent long-tems differé l'élection.

La raiſon pour conſerver le droit d'élire à l'Héritier, quoiqu'il ſoit déchû du bénéfice de l'Inſtitution, eſt priſe de la préſomption de la volonté.

Il eſt vrai que la faculté d'élire a été rapportée à l'Héritier comme Héritier, & autant qu'il doit rendre le Fidéicommis. Mais il y a, ſur cette Matiére des Conditions, un principe reſultant de la Loi 11. §. 11. *ff. de Leg.* 3. qu'il ne faut point s'arrêter à ce qui paroît les limiter dans la maniére dont le Teſtateur s'eſt exprimé, quand on peut s'aſſurer par l'interprétation de ſa volonté qu'il a moins ajoûté cela dans

la penſée de limiter la condition, que parce que la choſe devoit naturellement arriver par cette voye.

Voici l'eſpece de cette Loi. Une Teſtatrice a dit, je ſubſtituë à mes Enfans, quand ils ſeront devenus *libres* par la *mort* de leur Pere. Ils ſont devenus libres par une *émancipation*. La condition a-t'elle défailli ? Elle auroit défailli dans la rigueur des termes, parce qu'elle étoit attachée au cas que les Enfans acqueroient la liberté par la mort de leur Pere. Mais il eſt trop évident que la Teſtatrice a parlé de la mort du Pere, ſeulement parce que c'étoit la voye naturelle par laquelle les Enfans devoient être rendus *ſui juris* ; mais qu'elle ne penſoit pas à limiter la condition.

Cela ſemble bien s'appliquer à notre Queſtion. Dans l'ordre commun un Teſtateur qui a donné le droit d'élire à ſon Héritier, eſt cenſé avoir fixement voulu qu'il y eût une élection. Il a deſtiné le Fidéicommis à un ſeul. C'eſt communement un Pere qui a voulu avoir un Héritier parmi ſes Enfans, un Oncle parmi ſes Neveux. Voilà quelle eſt la volonté.

Ainſi quand le Teſtateur a rapporté ce miniſtere à ſon Héritier en la qualité d'Héritier, il faut dire que c'eſt parce qu'il a crû que les choſes auroient le cours qu'il a marqué dans ſon Teſtament, que celui qu'il a inſtitué ſeroit le premier recuëillant, & que les Biens ne paſſeroient aux Subſtitués qu'après lui ; mais que ce n'a pas été pour limiter la diſpoſition, & que s'il avoit prévû que cet Héritier qu'il a inſtitué ne pourroit pas l'être, dans ce cas, ou il auroit eu le ſoin de nommer lui-même celui qui recuëilliroit à ſon défaut, ou il auroit eu la précaution de confirmer le droit d'élire à ce même qu'il nommoit pour ſon Héritier.

En partant de ce principe on répond à la Loi 14. *ff. de fid. lib.* à la Loi 38. *ff. de ann. legat.* qu'il y a cette différence que dans l'eſpece de ces deux Loix, le miniſtere commis à l'Héritier n'étoit pas néceſſaire pour donner à la diſpoſition ſon effet. Dans l'une le Teſtateur a voulu qu'un Eſclave eût la liberté, & elle l'aura. Dans l'autre le Legs n'aura que plus vîte ſon exécution, en retranchant à l'Héritier le dépôt qui

lui avoit été commis. Mais qu'ici la disposition qui tend à ce qu'il y ait un Héritier & que les Biens parviennent à un Substitué unique, ne peut avoir son effet qu'en conservant le droit d'élire.

De sorte qu'il faudroit dumoins distinguer le cas où le droit d'élire est censé avoir été réellement donné en vûë qu'il y ait un Héritier, où l'on peut dire avec la Loi *unum ex familia uni datum est*, d'avec ceux où le droit d'élire est purement en faveur de l'Héritier & pour lui faire honneur. Par exemple, quand le Testateur a dit, comme dans la Loi 77. §. 4. *ff. de Leg.* 2. je charge mon Héritier de rendre à ses Enfans ou à l'un d'eux, parce qu'il paroît que le Testateur, quant à lui, s'est peu soucié que les Biens fussent à tous ou qu'ils fussent à un seul, ou lors que c'est une faculté qu'on induit de ce que la Substitution a été conçûë en termes collectifs.

Quand il s'agit d'une espece, telle que dans l'Arrêt de Volonsac & dans celui de Gineſtet, où l'institution étant rejettée par nullité, le Fidéicommis devroit avoir reguliérement le même sort, si la Jurisprudence, contraire en cela à la Loi Romaine, n'avoit introduit une sorte de Substitution vulgaire, il semble qu'il convient encore mieux de conserver le droit d'élire. Premiérement, parce que comme c'est une Substitution que la Jurisprudence supplée d'office, uniquement pour faire subsister la volonté, il est naturel de la créer dans l'ordre le plus conforme à la volonté, qui a été que les Biens ne fussent qu'à un seul par le choix de celui qui étoit nommé Héritier, & qui est communement d'une qualité qui le rend l'Arbitre né des Substitués. On crée une Substitution qui n'est pas dans le Testament. Il n'en doit pas coûter d'avantage de créer aussi un droit d'élire pour cette Substitution, qu'on confiera au même que le Testateur avoit choisi pour nommer au Fidéicommis comme Héritier. Secondement, parce que si on présume que le Testateur a voulu une Substitution vulgaire sous cette forme d'un Fidéicommis, il faut présumer qu'il y a rapporté sous cette forme, toutes les mêmes conditions qu'il a exprimées.

De même auſſi quand le Teſtament contient la Clauſe Codicillaire, comme le Teſtateur eſt cenſé par-là avoir repeté le Fidéicommis *ab inteſtat*, & l'avoir repeté par conſéquent avec le même droit d'élire, c'eſt un témoignage bien certain que ce droit n'a pas été limité à la qualité d'Héritier.

Enfin dans les principes qui ſont propoſés à la page 64. & ſuivantes, que les Fidéicommis en faveur d'un d'entre pluſieurs ſont tellement ſubordonnés à une élection que regulierement ils doivent être caduques s'il n'en eſt fait aucune, excepté quand c'eſt le cas d'un Héritier ou Legataire grevés de rendre qui profiteroient des Biens ſi le Fidéicommis étoit caduque : comme ſelon ce principe, on ne pourroit décider que l'Héritier dont l'inſtitution eſt nulle ſoit déchû du droit d'élire ſans anéantir le Fidéicommis qu'on juge pourtant devoir ſubſiſter malgré cette nullité de l'inſtitution, ne vaut-il pas mieux conſerver ce droit d'élire, pour donner effet au Fidéicommis, que de s'attacher à la rigueur de la Lettre, en ce qu'elle a conferé ce droit à l'Héritier comme Héritier, & faut-il prendre droit de la diſpoſition pour l'impugner & l'expoſer à être inutile ? On voit bien que cette derniére reflexion n'a de la force que dans les cas où le Fidéicommis étant rejetté, les Biens ne ſeroient pas dévolus aux mêmes, *ab inteſtat*, à qui ils étoient deſtinés par le Teſtament.

ARREST

RENDU SUR LE PROCE'S
dont il eſt queſtion à la page 46.

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU, ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE, au premier notre Huiſſier ou Sergent requis. Comme en l'inſtance pendante en notre Cour du Parlement de Toulouſe, entre Dame Marie-Loüiſe de Segui de Beauſelle, Epouſe de Meſſire Jean-Joſeph Daguin, Préſident aux Enquêtes, Appellant du Jugement des Requêtes, du 23. Août 1742. d'une part; & Meſſire Jean-Pierre de Sers, Seigneur de Nogarede & Dame Marthe-Henriette de Segui, Défendeurs, d'autre. Et entre ladite Dame de Segui, Epouſe dudit Seigneur de Nogarede, Impetrant Lettres du 29. Décembre 1742. en Appel dudit Jugement des Requêtes, leſdites Lettres jointes, par Ordonnance déliberée du 2. Janvier dernier, d'une part; & ladite Dame de Segui, Epouſe dudit ſieur Préſident Daguin, Défendereſſe, d'autre. Notre dite Cour, vû les Procès plaidés des 13. Décembre 1742. Jugement des Requêtes, dont eſt l'Appel du 23. Août 1742. Productions reſpectives, ſur leſquelles ledit Jugement a eté rendu. Teſtament de Denis de Segui du 14. Juin 1691. Contrat de Mariage de ladite Dame de Nogarede du 15. Décembre 1726. Contrat de Mariage de la Dame Daguin du 8. Juin 1731. Acte de repudiation de la ſomme de 1400. liv. du 13. Septembre 1741. Extrait de compoſition de Patrimoine de Geraud de Segui du 30. Juillet 1712. Teſtament de Geraud de Segui du 3. Juin 1658. Tranſaction du

4. Juillet 1694. Instructions, Reponses & autres Actes remis & Productions respectives desdites Parties. Par son Arrêt prononcé le 23. Août 1743. disant droit aux Parties, sans avoir égard à l'Appel de ladite de Segui Daguin, dont la démise & démet; faisant droit sur l'Appel de ladite de Segui de Nogarede, a mis & met l'Appellation, & ce dont a été Appellant au néant, & reformant a ordonné & ordonne, en faveur de ladite de Nogarede, le délaissement de la moitié des Biens que Geraud de Segui I. chargea Denis de Segui son Fils de rendre à un de ses Enfans mâles, & que ledit Denis rendit à Geraud II. de Segui son Fils aîné, sans préjudice des exceptions respectives des Parties, sans préjudice à ladite de Segui de Nogarede de se pourvoir ainsi qu'elle avisera, pour la restitution des fruits concernant ladite moitié des Biens de Geraud premier. Comme aussi notredite Cour déclare la Substitution apposée au Testament de Denis de Segui du 14. Juin 1691. pour les Biens libres & dont il pouvoit disposer, ouverte au profit de ladite de Segui de Nogarede, la maintenuë & maintient aux Biens en dépendans, sauf les imputations & distractions, telles que de droit, condamne ladite Daguin à les lui délaisser, avec restitution des fruits depuis le 12. Août 1741. jour de la demande, suivant l'estimation qui en sera faite par Experts, accordés ou pris d'office, pardevant le Rapporteur du Procès. Et sur toutes les autres demandes, fins & conclusions des Parties, les a mises & met hors de Cour & de Procès; condamne ladite de Segui Daguin en l'amende envers nous, & en la moitié des dépens envers ladite de Nogarede, la taxe reservée; l'autre moitié des dépens, ensemble ceux exposés devant les Requêtes, demeurant compensés; & sera l'amende consignée pour l'Appel de ladite de Nogarede restituée. NOUS, A CES CAUSES, à la Requête de ladite Dame de Nogarede, te mandons & commandons mettre à dûë & entiére exécution le présent Arrêt; ce faisant faire tous Exploits requis & nécessaires, contraindre par toutes voyes dûës & raisonnables ladite Dame Daguin à payer & rembourser incontinent & sans délai à ladite Dame de Nogarede, ou à son

certain mandement la ſomme de 1551. liv. 5. ſ. 3. d. tant pour l'amende du fol Appel envers nous, pour dix-huit tours de verifications employés au Jugement du Procès, Rapport intervenu au préſent Arrêt, que Fraix, Expedition & Sceau d'icelui. Mandons en outre à tous nos autres Officiers, Juſticiers & Sujets, ſe faiſant obéir. DONNE' à Toulouſe en notredite Cour de Parlement le 29. du Mois d'Août 1743. & de notre Regne le vingt-huit. Par la Cour, CAZALS. Collationné, SERRES. Scellé, CAZALS. Collationné, ROBERT. *Monſieur DE SENAUX, Rapporteur.* 350. écus *ultra verificatio*, & 7. écus *pro Clericis.* Controllé, 100. liv. COURDURIER, *ſignés.*

Il faut faire attention ſur cette diſpoſition de l'Arrêt. *A ordonné & ordonne en faveur de ladite de Nogarede le délaiſſement de la moitié des Biens, que Geraud chargea Denis de Segui de rendre à un de ſes Enfans mâles, & que ledit Denis rendit à Geraud II. de Segui ſon Fils aîné, ſans préjudice des exceptions reſpectives, & ſans préjudice auſſi à ladite de Nogarede de ſe pourvoir ainſi qu'elle aviſera pour la reſtitution des fruits concernant ladite moitié des Biens de Geraud I.* J'avois donc eu à cet égard de fauſſes inſtructions. J'ai ſuppoſé à la page 304. & à la page 320. qu'il avoit été jugé que Dominique n'avoit pas pû être valablement grevé en faveur des Filles, pour les Biens de Geraud I. que Denis, Fils de Geraud, avoit été chargé de rendre à l'un de ſes mâles. L'Arrêt jugea au contraire que Geraud II. lui-même n'avoit pas été valablement grevé de rendre cette portion des Biens en faveur de Dominique ſon Frere ; puiſque le partage qui fut ordonné entre les Filles de Geraud II. étoit viſiblement un partage *ab inteſtat* en qualité d'Héritiéres de leur Pere, & que la reſervation qui fut faite en faveur de la Dame de Nogarede de ſe pourvoir pour la reſtitution des fruits contre la Dame Daguin, comme Héritiére de Dominique (lequel après le décès de ſon Frere, s'étoit emparé de cette portion des Biens à la faveur de la Subſtitution faite par le Pere commun, tout comme des Biens propres du Pere) annonce bien encore

qu'on regarda Dominique comme n'ayant pû prendre droit de cette Substitution, pour apprehender les Biens de Geraud.

A l'égard de la question de l'élection, j'ai sçû de l'un des Juges que plusieurs d'eux s'étoient fondés sur ce que le droit d'élire ayant été exprimé dans certaines clauses, c'étoit une raison pour l'exclure ou il n'étoit pas également exprimé, selon la fausse interprétation qui étoit faite dans ce Procès de la Loi 57. *ad Trebellian.* & que j'ai combattuë ; que d'autres crurent que les mots *l'une après l'autre* excluoient le droit d'élection, parce qu'il en resultoit que ce n'étoit plus une vocation collective, mais une vocation successive, qui supposoit essentiellement l'ordre de primogeniture ; que cette reflexion fut ce qui reunit les suffrages & détermina l'Arrêt.

FIN.

TABLE

TABLE DES MATIERES CONTENUES DANS CE TRAITÉ.

AGNATION.

LA marque que le Teſtateur a été occupé de l'Agnation, c'eſt quand il a appellé les Collateraux à l'excluſion de ſes propres Filles, *page* 205

ALTERNATIVE.

SI la faculté d'élire a lieu entre pluſieurs appellés par une *Alternative*. V. *Faculté d'élire.*

En quel cas ceux qui ſont appellés par une *Alternative* ſuccedent conjointement. Et en quel cas ils ſuccedent dans l'ordre qu'ils ont été nommés, *eod.*

Effets de cette forme de diſpoſition, *je charge de rendre à tels & tels ou à l'un d'eux.* V. *Faculté d'élire.*

ARREST.

ARREST du 29. Mai 1698. qui a jugé qu'une Subſtituion faite en termes *collectifs*, en ligne collaterale, emporte le droit d'élire, 14, 15 & 16

Arrêt ſemblable du 10. Septembre 1746. aux Additions, 332

Arrêt du 27. Juin 1638. ſur Partage, lors duquel il fut convenu de part & d'autre que la faculté d'élire avoit lieu à l'égard des Neveux ſuccedant par tranſmiſſion, 16

Arrêt rendu le 23. Août 1743. qui déclara n'y avoir eu lieu d'élection entre des Filles en ligne collaterale, encore que le Fidéicommis eût été fait pour être rendu *à une des Filles*, & adjugea la Subſtitution à l'aînée, 46 *& ſuiv.*

Arrêts des 14. Novembre 1673. 6. Avril 1674. qu'une inſtitution particuliére ne produit point élection, & que le Donataire univerſel, ou l'Héritier qui repudient, ne laiſſent

pas de conſerver les Biens ſubſtitués en vertu de l'élection reſultant de la donation univerſelle ou de l'inſtitution, 119
Arrêt du Avril 1686. qui a jugé de même cette derniére Queſtion, 125
Autre Arrêt ſemblable du 21. Août 1673. 230
Arrêt de Partage du Avril 1686. contre un Donataire univerſel d'un côté, de l'autre un Héritier inſtitué, ſur la queſtion ſçavoir lequel des deux étoit cenſé élû pour les Biens alienés, 124 *& ſuiv.*
Arrêt du 8. Juillet 1735. que l'Héritier eſt reçu à varier, encore que le Fidéicommis n'ait pas été renvoyé expreſſément à la mort, & que le Teſtateur s'en ſoit remis pour le tems à la volonté de ſon Héritier, & quoique l'élection faite par Acte entre-vifs ait été ſuivie de ſon execution, 145
Arrêt du 1684. que l'Héritier qui étant chargé de rendre à un d'entre pluſieurs a reſtitué le Fideicommis par anticipation, peut reprendre les Biens par le prédécès de celui à qui il avoit fait cette reſtitution, 152
Arrêt du 7. Juin 1674. qui jugea que la ſomme reſervée pour en diſpoſer ne reſte point à l'Héritier contractuel, mais tombe dans la Succeſſion *ab inteſtat*, 199
Arrêt contraire du 4. Mars 1684. 200 & 201
Arrêt du 2. Mai 1738. que l'élection *aliquo dato* eſt nulle, 240
Arrêt du 22. Mars 1678. dans le cas d'une Femme grevée de rendre à un Parent du Teſtateur, par lequel eſt confirmée l'élection qu'elle avoit faite ſous un nom interpoſé en faveur d'un Parent à qui elle ſe remaria, 246
Arrêt du Parlement d'Aix du 1743. qui a jugé que la Mere remariée, *non petitis tutoribus* étoit privée de la faculté d'élire, 286

AINE'.

SI les Diſpoſitions en faveur du *Fils Légitime & Naturel* de l'Héritier ſont collectives, ou appartiennent ſeulement à l'aîné. V. *Collectif.*
Si l'aîné ſeul eſt admis en défaut d'élection, quand le deſſein du Teſtateur a été de conſerver ſes Biens en leur entier, 72
Et lors qu'il a été dit, je ſubſtituë à l'aîné, ou tel autre que mon Héritier voudra choiſir, 76

Et lors que l'aîné a été mis à la tête du progrès de Substitution que le Testateur a fait, après avoir premiérement appellé celui des Enfans qui seroit élû par l'Héritier, 76

Et lors que le Testateur a affecté quelque autre part l'ordre de primogeniture, 77

CADUCITE' DE L'ELECTION.

L'ELECTION quoique irrévocable devient *caduque* par le prédécès de celui qui a été élû, si elle a été faite par anticipation de tems, 150

Si par cette *caducité* de l'élection l'Héritier est admis à rentrer dans les Biens, 151

Si celui qui a été nouvellement élû par l'Héritier depuis ce décès peut demander incontinent le délaissement des Biens contre les Héritiers du prédécedé, 153 *& suiv.*

La variation a lieu dans tous les cas que le Fidéicommis est caduque, 172

CONCOURS.

QUEN défaut d'élection tous les Eligibles concourent, 62 *& suiv.*

Si cela a lieu quand le droit d'élire a été donné à autre que celui qui étoit grevé de Fidéicommis, 64

Quelle raison a fait introduire la regle du concours en défaut d'élection, *eod.*

Si le concours doit cesser pour n'admettre que l'aîné quand il paroît que le dessein du Testateur a été de conserver ses Biens en leur entier, 72

Circonstances que proposent ceux qui se sont déclarés pour cette préference, 73

Que la raison qui fait le fondement du concours, semble être un obstacle invincible à cette opinion, 74

Arrêts qui ont admis tous les Enfans, 75

L'aîné doit être préferé, si le Testateur a dit, je charge de rendre à l'aîné, ou tel autre que le Testateur voudra, 75

Qu'il doit l'être aussi, quand le Testateur a mis l'aîné à la tête du progrès de Substitution qu'il a fait après avoir appellé celui des Enfans qui seroit nommé par l'Héritier, 76

Qu'il est encore préferé quand le Testateur a affecté l'ordre de primogeniture dans une partie de la *Substitution*, 77

Le concours est ouvert du vivant de l'Héritier, s'il a omis de faire l'élection au tems qu'il lui étoit ordonné, 78

Si ceux qui ſont décèdés avant d'avoir agi en Jugement tranſmettent en ce cas à leurs Héritiers, *eod.*

S'il eſt permis à l'Héritier de purger la demeure. Aux Addit.

Si tous les Parens ſont admis en concours dans les Fidéicommis faits à la Famille, ou ſi ce ſont ſeulement les plus proches, 80 *& ſuiv.*

Quid. Dans les dégrès de la repréſentation, 81 *& ſuiv.*

Si dans le cas du concours, il faut admettre, parmi les Parens du dégré, ceux que le Teſtateur a exclus *nommément* de ſon Héredité dans une autre partie du Teſtament, par des motifs particuliers de haine, 88

Si le Petit-Fils *exheredé* concourt avec ſes Freres & Sœurs au Fidéicommis dont le Pere ou la Mere ont été chargés ; quand ce Petit-Fils, malgré l'exheredation, a été expreſſément compris par ſon Ayeul dans le nombre des Eligibles, 89

Si les Filles qui ont renoncé & qui ont été compriſes dans le nombre des Eligibles, ſont admiſes au concours, 89

Si les Subſtitués peuvent convenir, au préjudice du droit d'élire, que le Fidéicommis ſera partagé entr'eux, quelque élection que l'Héritier faſſe, 94 *& ſuiv.*

CONDITION.

SI les Diſpoſitions avec droit d'élire ſont conditionnelles dans leur ſubſtance, ou ſi elles ſont pures & ſimples en faveur de tous, & conditionnelles ſeulement pour l'élection, 62. 66, 67 & 68

Election peut être faite ſous *condition*, pourveu qu'elle ne diminuë point l'utilité du Fidéicommis, 132, 133.

Les conditions qui diminuent l'utilité du Fidéicommis ſont légitimes ſi elles ſont en faveur des autres Eligibles, 134

Si cela peut avoir lieu encore après l'Ordonnance de 1735. qui ne permet pas de grever celui qui a été élû, 135

Les conditions tendant à diminuer l'utilité d'un Fidéicommis en faveur de l'Héritier lui-même, ou d'un étranger, ne ſont pas valables, 136

Si des déclarations faites par le Subſtitué dans l'Acte d'élection, en faveur de l'Héritier, paſſent pour une condition que l'Héritier a tacitement exigée, 137

CONFUSION.

SI l'Héritier grevé qui accepte sans Inventaire, confond ses Créances & ses Droits vis-à-vis du Substitué, ensorte qu'il ne puisse point les distraire, 320

DIGNITE' DES SUJETS.

L'HERITIER chargé d'élire peut préferer même celui qui est absolument *indigne*, 233

Si cela est valable quand l'Héritier préfere un sujet indigne par un principe d'animosité à l'égard des autres, *eod.*

Ou quand le Testateur s'est plûtôt remis à l'*Arbitrage* de l'Héritier qu'à sa volonté absoluë, *eod.*

L'Héritier décedant sans avoir disposé, il suffit de n'avoir pas *demerité* pour être admis au Fidéicommis fait en faveur de ceux qui *auront bien mérité*, ou qui *s'en seront rendus dignes*, quand même il auroit été dit: pour avoir lieu à mésure & à proportion des mérites, 234

L'Héritier chargé de rendre à ceux qu'il *jugera* dignes, n'est point tenu de rendre à tous ceux qui le méritent. Il peut faire un choix, 235

S'il lui est permis d'élire & préferer un sujet indifférent dont le seul mérite est de ne l'avoir pas offensé, *eod.*

L'Héritier chargé de rendre en général à *ceux qui seront dignes*, n'a point le droit de choisir, il doit également le Fidéicommis à tous ceux qui sont dignes, ou qui n'ont point démerité, 236

Quand l'Héritier a été chargé d'observer la différence des mérites, non-seulement il lui est permis de rejetter les sujets indifférens; mais il ne lui seroit pas permis, quand il le voudroit bien, de les joindre dans la restitution du Fidéicommis avec ceux qui ont mérité, quoiqu'il soit vrai que les uns & les autres sont également admis, quand l'Héritier est mort sans avoir disposé, 237

DONATIONS.

SI la faculté d'élire a lieu entre les Enfans succedant par transmission à une donation faite à un Donataire présent, 29

Quid. Si c'est une donation à des Enfans à naître, 29

Si les donations faites à des Enfans à naître saisissent au moment de la naissance, & forment d'abort un droit acquis, 29

Qu'elles n'ont force de Contrat que quant au Donateur pour l'empêcher de varier, & non point pour les Enfans eux-mêmes, à l'effet de leur acquerir un droit préſent, *eod.*

Que les diſpoſitions des Contrats, quand elles ne ſont fondées que ſur la volonté d'un ſeul, tiennent à cet égard de la nature des Teſtamens pour ne donner droit qu'au moment de leur échéance, 29 & 30

L'irrevocabilité de la diſpoſition ne tire point à conſéquence, pour dire que le droit ſoit acquis d'abord, 131

Auteurs qui ont décidé que ces ſortes de donations ne ſaiſiſſent & ne donnent droit qu'à la mort des Parens Donateurs, 32

Que cela s'étend même au-delà de la mort, juſqu'à l'échéance des conditions qui ont été preſcrites, 33

Si le Donateur qui s'eſt reſervé la faculté d'élire a plus de droit pour tranſmettre cette faculté à ſes Héritiers, que l'Héritier à qui elle a été donnée, 103 & 104

Si la donation particuliére des Biens du Fidéicommis tient lieu d'élection, 115

Si la donation ſimple d'une ſomme avec affectation expreſſe d'hypothéque ſur des Biens du Fidéicommis, emporte élection pour cette ſomme, 116

Si la donation univerſelle tient lieu d'élection pour les Biens du Fidéicommis qui ont été alienés, 124 *& ſuiv.*

Si le Donataire univerſel repudiant la donation, conſerve les Biens ſubſtitués en vertu de l'élection tacite qui y eſt contenuë, 125

ELECTION.

LES plus éloignés peuvent être élûs par préference aux plus proches dans les Fidéicommis qui ont été faits en faveur de la *Famille*, avec expreſſion formelle du droit d'élire, 92

S'il en eſt de même dans le cas du droit d'élire, qui a été accordé par privilege ou par erreur à l'égard des Fidéicommis faits purement & ſimplement en faveur de la Famille, *eod.*

Si celui en qui reſide le droit d'élire peut ſe remettre de l'élection à ſes Héritiers, 100 *& ſuiv.*

Si celui qui a été chargé de rendre à un à ſon choix, peut en élire pluſieurs; de même ſi celui qui a été chargé de rendre à pluſieurs, peut n'élire qu'un, 108

S'il faut en juger différemment quand le Teſtateur a dit taxativement qu'il vouloit que les Biens fuſſent rendus à un, ou quand il a ordonné par exprès qu'ils fuſſent rendus à pluſieurs, 109

Si dans ce cas l'élection doit être nulle, comme étant contre la volonté, *eod*

Si la Mere chargée de rendre à un ou à pluſieur Enfans à ſon choix, *les Mâles préferés aux Filles*, (y ayant alors pluſieurs Mâles, au lieu qu'il n'en reſte qu'un ſeul, lors de l'élection) peut élire une Fille pour ſucceder conjointement avec le Mâle, 111

Si l'élection peut ſe faire en partie, 113

Si la Donation ou Legs des Biens du Fidéicommis tiennent lieu d'élection. *V.* Donation.

Quid. De la donation univerſelle, *eod.*

Si l'inſtitution tient lieu d'élection. *V.* Inſtitution.

Si l'élection peut être faite conditionnellement. *V.* Condition.

Si l'élection donne par elle-même un droit préſent; enſorte que celui qui a été élû puiſſe demander le Fidéicommis du vivant de l'Héritier, 155

Si le ſurvivant de deux Héritiers qui ont été chargés d'élire peut faire l'élection, 166

De quelle maniére l'élection ſe revoque. *V.* Revocation.

Si l'Héritier peut préferer des Sujets moins dignes. *V.* Dignité des Sujets.

ENFANS.

SI le mot Enfans eſt un terme collectif de pluſieurs dégrès, *86 & ſuiv.*

Si dans les Fidéicommis qui ſont conçûs ſous ce mot, il eſt permis d'élire un des Petits-Enfans par préferance aux Enfans du premier dégré, *93* & *94*

Si les Diſpoſitions faites en faveur des Enfans peuvent être reſtraintes aux ſeuls Mâles par la circonſtance de la Nobleſſe du Pere & de la dignité des Biens, 204.

Si c'eſt aſſez pour produire cet effet, que le Teſtateur ait ajoûté, *s'ils ſont capables*, au Maſculin, *eod.*

La Diſpoſition eſt reſtrainte aux Mâles, quand le Teſtateur s'eſt occupé de ſon *Agnation*, 205

La marque pour connoître que le Pere a été occupé de

l'*Agnation*, c'eſt quand il a appellé les Collateraux à l'excluſion de ſes propres Filles, *eod.*

Elle eſt reſtrainte auſſi aux Mâles ſi les Enfans ont été nommés ſous cette qualité dans quelqu'autre partie du Teſtament, 206

De ce que les Enfans ont été nommés dans les Clauſes *diſpoſitives* ſous la qualité des Mâles, il ne s'enſuit pas que les *conditions* du Fidéicommis, qui ſont conçûës ſous le nom d'*Enfans*, doivent être limitées aux Mâles ſeuls, 206 *& ſuiv.*

La repetition de la qualité des Mâles ne ſe fait pas d'une Subſtitution à l'autre, quand ce ſont deux Héritiers auſquels il a été ſubſtitué ſéparement, 210

Elle ne ſe fait pas non plus lorſqu'il y a différence de qualité des perſonnes, *eod.*

La charge impoſée de porter le Nom & les Armes ne ſuffit point pour operer cette reſtriction en faveur des Mâles, 211

EXHEREDATION.

PETIT-FILS exheredé & qui a été compris au nombre des Eligibles, dans le Fidéicommis dont le Pere ou la Mere ont été chargés, s'il eſt admis au concours en défaut d'élection, 89

FACULTE' D'ELIRE.

DANS quel cas elle a lieu,

Si elle a lieu dans les Subſtitutions en termes collectifs. *V.* Collectifs.

Si elle a lieu entre les Enfans ſuccedant par Tranſmiſſion,

Dans les inſtitutions contractuelles, 21, 22 & 23

Dans les Fidéicommis Teſtamentaires, 25 *& ſuiv.*

Dans les Donations faites à un Donataire préſent, 29

Dans les Donations faites aux Enfans à naître, 28 & aux Addit.

Si elle a lieu dans les diſpoſitions faites au Singulier en faveur du *Fils Légitime* & Naturel du Donateur ou Héritier. *V.* Collectif.

Si elle a lieu dans les Diſpoſitions qui ſont rapportées à pluſieurs par une *alternative*, 40

Que reguliérement ceux qui ont éte compris dans cette alternative doivent être admis en concours, 41

Que quand ce ſont des perſonnes entre leſquelles tombe quelque ſubordination, il n'y a ni concours ni élection, mais les

les Biens ſont déferés dans l'ordre que les perſonnes ſont nommées, *eod.*

Que cette ſubordination ne ſe prend pas ſeulement de la différence des dégrès, mais même de la qualité, *eod.*

Si cela a lieu, lorſqu'au lieu de dire, je charge de rendre à un tel ou à ſes Enfans, il a été dit que l'Héritier eſt chargé de diſpoſer en faveur de ce tel ou ſes Enfans, 42

Que les effets de cette ſubordination naturelle ceſſent ſi le Teſtateur en a interverti l'ordre quand il a nommé les perſonnes, 43

Si le droit d'élire eſt cenſé donné dans cette forme de diſpoſition, *je charge de rendre à tels & tels ou à l'un d'eux*, 43

Que par les Loix Romaines cela ne ſervoit qu'à induire le deſſein d'établir une Subſtitution vulgaire entre les appellés, 44

S'il en doit être ainſi parmi nous, *eod.*

Raiſon de cette déciſion des Loix Romaines. Qu'il y avoit alors deux inconveniens à éviter, qui auroient eu lieu ſans cette Clauſe; qu'ainſi elle étoit cenſée n'avoir été miſe que pour les éviter,

Changement du droit touchant ces deux objets, 45

Si la faculté d'élire peut être transferée par celui qui l'avoit, en faveur de ſes Héritiers, 101 *& ſuiv.*

S'il y a quelque différence à cet égard entre le Donateur qui s'eſt reſervé cette faculté, & l'Héritier à qui elle a été donnée, *eod.*

Si la faculté d'élire ſe repete d'une diſpoſition à l'autre, 214

Si c'eſt *au contraire* une raiſon pour *l'exclure*, qu'ayant été expreſſement donnée dans une diſpoſition elle ne l'a pas été dans une autre, 4 & 214

En quel cas le droit d'élire ſe perd,

V. Mort civile. Secondes nôces. Profeſſion Religieuſe. Indignité. Répudiation, & Nullité.

FIDEICOMMIS.

SI la faculté d'élire a lieu entre les Enfans ſuccedant par Tranſmiſſion dans les Fidéicommis Teſtamentaires. *V.* Faculté d'élire.

De la nature & effets de cette Tranſmiſſion. *V.* Tranſmiſſion.

Si parmi nous les Fidéicommis univerſels ſont cenſés tous être renvoyés à la mort. 80

Dans les Fidéicommis faits à la Famille, il n'y a que les

Parens du premier dégré qui concourent, 80
Si cela a lieu dans les dégrès de la repreſentation, 81
Si les Fidéicommis faits pour élire & pour rendre, quand l'Héritier voudra, ou quand bon lui ſemblera, ſont cenſez avoir été attachez à la mort de l'Héritier, 156
Effet de cette condition, que l'Héritier ne peut être contraint de rendre avant la mort; mais que le premier inſtant où il déclare la volonté de rendre, donne une échéance certaine; de ſorte que cela ne peut paſſer pour une reſtitution anticipée, 158
Si celui qui eſt élû peut être grevé de Fidéicommis en faveur d'un autre Eligible, 299
Que la maxime qu'on peut ſubſtituer ceux que l'on honore ou à qui on n'ôte point, s'entend quand cela tombe ſur les propres Biens de celui qui veut grever de Fidéicommis, 301
Si le Donateur a plus de droit que l'Héritier pour grever celui qu'il élit, 302
Si dans la Juriſprudence des Parlemens qui admettoient que celui qui a été élû fût grevé en faveur d'un autre Eligible, ce ſubſtitué pouvoit être grévé à ſon tour, en faveur de toutes perſonnes indifféremment, 303
Dans le cas de l'inſtitution emportant élection, la Subſtitution qui a été faite à l'Héritier, tombe auſſi ſur les Biens du Fidéicommis, ſi elle n'a été faite ſpécialement à l'Hérédité; 313 *& ſuiv.*
Si le Donataire ou le Subſtitué grevés de rendre, avec les Biens de l'Hérédité, ceux de la Donation, ou du Fidéicommis, ſont tenus d'executer cette charge, 315
Si l'introduction du bénéfice d'Inventaire a fait à cet égard quelque changement, 317
S'il ne faut pas du moins executer le Fidéicommis à concurrence des fruits qui ont été perçûs de l'Hérédité, *eod.*

FILS.

SI les Diſpoſitions en faveur du Fils légitime de l'Héritier ou du Donateur, regardent ſeulement l'aîné, ou ſi elles ſont collectives, en ſorte que la faculté d'élire y ait lieu. *V.* Collectif.

INDIGNITE.

SI l'élection peut être revoquée par l'ingratitude & l'indignité de celui qui a été élû, 171
Si l'Héritier qui a fait acheter

l'élection devient indigne de droit de l'Hérédité ; en ſorte qu'il puiſſe être contraint de ce moment à la reſtituer, 243

Si celui des Subſtitués, qui s'eſt prêté à ce traité eſt indigne d'entrer dans le concours comme Eligible, 246

Si l'Héritier eſt déchû du droit d'élire, quand il a entrepris de faire acheter l'élection aux Subſtitués, 289

INSTITUTION Contractuelle.

TRANSMISSION de l'inſtitution contractuelle en faveur des Enfans, & ſi le droit d'élire y a lieu. *V.* Tranſmiſſion.

Si l'Héritier contractuel d'une partie des Biens emporte le reſte par accroiſſement, n'y ayant point d'autre Héritier inſtitué, 197

Si l'Héritier contractuel emporte, au préjudice des Succeſſions Légitimes, les ſommes ou les Biens qui ont été particuliérement reſervés pour en diſpoſer, 199

INSTITUTION D'HERITIER.

L'INSTITUTION d'Héritier emporte élection, 117

S'il en eſt ainſi d'une inſtitution particuliére, 119

Ou d'une inſtitution faite en la légitime, *eod.*

Si l'Héritier répudiant l'inſtitution conſerve les Biens ſubſtitués en vertu *de l'élection* tacite qui y eſt contenuë, 119 & 230

Si l'inſtitution étant nulle, l'élection qui en reſulte eſt inutile, 228 & 229

Si l'inſtitution emporte élection, quand le Teſtateur ou le Donateur ont élû d'avance, au cas qu'il ne ſeroit point fait d'autre élection, 248

MORT CIVILE.

LE droit d'élire ne ſe perdoit point à Rome par la déportation, mais ſe perdoit par la condamnation aux métaux, 253. 254

Si les effets de la ſervitude de la peine ſubſiſtent parmi nous, 255, 256

Condamnation aux Galeres perpetuelles donne ouverture au Fidéicommis, 257

Elle fait déchoir de la faculté d'élire, 257

Condamnation à mort contradictoire, quoique non executée, fait perdre auſſi le même droit, 257

Condamnation à mort par défaut ne le fait pas perdre, *eod.*

NULLITE' DES ELECTIONS.

LA nullité du Testament n'empêche point l'effet de l'élection expresse qui y est contenuë, 227

Cela a lieu quand même la Substitution a été conçûë en cette forme *que l'Héritier a été chargé de disposer*, eod.

Si l'élection resultante de l'élection est nulle par la nullité de l'institution, 228 & 229

Si l'élection faite *aliquo dato* est inutile, 239

Si l'Héritier qui s'est fait ceder l'Hérédité par celui qu'il a élû, moyennant une somme de deniers qu'il lui a donnée, peut opposer le défaut de publication de la Substitution, 241 *& suiv.*

S'il y a prescription dans ce cas contre les autres Substitués, *quand* l'Héritier a survêcu trente ans à ce Traité, sous prétexte qu'étant devenu indigne, on auroit pû le poursuivre dès-le même moment, *eod.*

Si celui des Substitués qui s'est prêté à ce Traité doit conserver une portion comme Eligible, 246

Election faite avant le temps marqué dans le Testament, si elle est nulle, 247

OPTION.

DANS quel cas celui à qui il a été permis d'opter entre plusieurs choses a le droit de varier, 158

Pourquoi l'option faite par le *Stipulant* est sujette à variation, au lieu que celle qui est faite par le *Promettеur* ne l'est pas, 159

PROFESSION RELIGIEUSE.

SI la Profession Religieuse fait perdre le droit d'élire, quand le Religieux étoit en même-temps l'Héritier grevé de rendre, 257

Si elle le fait perdre quand l'élection lui avoit été confiée comme un simple ministére, 258

RENONTIATION.

FILLES qui ont renoncé & qui ont été admises au nombre des Eligibles, si elles sont admises au concours en défaut d'élection,

REPUDIATION.

SI l'Héritier qui répudie, ou dont l'institution est nulle est déchû de la faculté d'élire, 259. & aux Additions,

RESTITUTION DE Fidéicommis.

RESTITUTION de Fidéicommis, pour être valable, doit être faite dans un ordre conforme à la volonté, 239

L'élection n'emporte pas par elle-même la restitution du Fidéicommis, 155

REVOCATION D'ELECTION.

ELECTION qui resulte de l'institution d'Héritier, est revoquée par une seconde institution, 176

Institution particuliére dans un second Testament qui devient universelle, parce qu'il ne se trouve point d'autre Héritier institué, produit-elle le même effet de revoquer l'élection resultant d'une institution précedente, 176

Seconde institution quoique nulle, revoque l'élection qui resultoit de l'institution précedente, 177

Institution d'Héritier ne revoque pas l'élection expresse si elle ne contient quelque détail d'où il resulte que l'Héritier a prétendu la faire tomber sur les Biens substitués, 180

Election expresse est revoquée par la Donation particuliére ou Legs particulier des Biens du Fidéicommis, 185

Si l'élection expresse est revoquée lorsque la Donation ou le Legs sont nuls par l'incapacité du sujet, 185 & 190

Revocation est inutile, si elle est faite parce que l'Héritier s'est prétendu libre & sans charge de Fidéicommis, ne l'étant pas en effet, 191

SECONDES NOCES.

SI la Veuve remariée *tempore libero*, perd le droit d'élire, 263 *& suiv.*

Dans la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, l'Hérédité reste sur la tête de la Veuve remariée tout le temps de sa vie, *eod.*

Au Parlement de Paris, la Veuve est déchûë aussi-tôt de l'Hérédité, & il ne lui reste qu'un simple usufruit, *eod.*

Des Veuves qui se remarient dans l'an du décès,

Si la privation de la faculté d'élire peut être imposée à titre de *peine* aux Veuves remariées dans l'an du deüil, 266 *& suiv.*

Privations qui sont imposées à la Veuve par les Loix, ne tombent que sur *ce qui a la nature d'avantages*, & qui est dans l'ordre de *Biens*, & sur

ce qui peut être transmis à un Successeur, 267

Interêt de la disposition & de la volonté, exige qu'on ne fasse point entrer cela dans le nombre des peines, 269

Répugnance prise de la nature de ce droit d'élire, comme n'étant qu'un pur ministére & une simple condition dont l'accomplissement a été attaché à la personne de la Femme, 270

Des Veuves remariées *non petitis tutoribus*, 273

Les peines qui leur sont imposées par le droit, avoient un fondement particulier, qui n'a pas lieu parmi nous, 279 & *suiv.*

Progrès de la Jurisprudence du Parlement de Toulouse à l'égard de ces peines,

Différences avec les peines de l'an du deüil, 282

Les Veuves remariées *non petitis tutoribus* sont relevées par minorité, *eod.*

Elles ne sont privées de la Succession de leurs Enfans, qu'autant qu'ils décedent en pupillarité, *eod.*

TESTAMENT.

SI un Testament valable est revoqué par un second qui péche par une nullité intrinséque, 185 & *suiv.*

TRANSMISSION.

SI la faculté d'élire a lieu entre les Enfans succedant par Transmission, soit aux Institutions Contractuelles, Fidéicommis Testamentaires, Donations. *V.* Faculté d'élire.

Si les Enfans, recuëillant le profit d'une Institution Contractuelle, par le prédecès de leur Pere, sont censez recuëillir, du chef de leur Pere, ou par une vocation particuliére en leur faveur, 22 & 23. Et aux Additions,

Que les Institutions Contractuelles, encore qu'elles soient des Contrats, ne sont pas susceptibles d'une Transmission reguliére & proprement dite de la part de l'institué décedant avant celui qui a fait l'Institution, parce que ce sont des Contrats, tombant sur une Hérédité qui ne peut commencer qu'à la mort, 23

Que la Transmission dans les Fidéicommis Testamentaires est contre le droit, 25

Si les Enfans recuëillant par cette Transmission, sont censés venir *jure suo*, ou du chef de leur Pere, 26 & 27. Et aux Additions,

Si le Pere peut renoncer au préjudice de ſes Enfans Tranſmiſſionnaires. Aux Additions,

Si les Petits-Fils recueillants par le prédecès des Enfans du premier dégré, dans le cas d'une Donation faite à des Enfans à naître, viennent comme Héritiers, & du chef de leurs Peres, 29 *& ſuiv.*

Si la regle que la Tranſmiſſion n'a point lieu quand il y a un Enfant du premier dégré ſurvivant, s'obſerve pour la Tranſmiſſion de ces Donations, 34

TREBELLIANIQUE.

SI l'Héritier grevé de rendre en même-temps l'Hérédité & les Biens auſquels il a été élû, doit avoir ſa Trebellianique ſeulement ſur l'Hérédité, 325

VARIATION.

L'HERITIER chargé de rendre à ſa mort, peut varier, 139 *& ſuiv.*

Si cela a lieu quand l'élection a été faite par un Contrat accepté, 144 *& ſuiv.*

Si depuis la nouvelle Ordonnance, qui déclare irrevocables les élections faites par Contrat, cela doit avoir lieu pour l'élection tacite, reſultant d'une Donation univerſelle, 149

Irrevocabilité attribuée par l'Ordonnance aux élections faites entre-vifs, n'empêche pas que l'élection devienne caduque, par le prédecès de celui qui a été élû, 151

S'il y a lieu à la variation dans les Fidéicommis faits pour élire, & pour rendre quand l'Héritier voudra, 156

S'il y a lieu quand l'élection a été faite au terme porté par le Teſtament, *ou* qu'elle a été faite auparavant & que ce terme eſt paſſé, 160

S'il y a lieu quand la faculté d'élire a été donnée purement & ſans la renvoyer à aucun temps, 160 & 161

Elle a lieu, s'il a été dit, que l'Héritier étoit chargé de *laiſſer*, 161

Elle a lieu auſſi dans les Donations faites aux Enfans à naître, quoiqu'elles ayent été conçûës purement & ſimplement, 161 & 219

Il n'y a jamais lieu à la variation, quand la faculté d'éliré a été accordée comme un ſimple miniſtere à un tiers, autre que celui qui étoit char-

gé d'élire, 163
Exception dans le cas qu'il y a un Héritier ou un Donataire, après le décès de qui seulement les Biens doivent être rendus, 164
Si l'execution réelle de l'élection, par la remise du Fidéicommis, met obstacle en tous cas à la variation, 164 & 165
Si la variation peut avoir son effet pour dépoüiller du vivant de l'Héritier, celui à qui le Fidéicommis a été rendu, 165 & 166
Si le survivant de deux Héritiers, à qui la faculté d'élire a été donnée, & qui ont élû ensemble, peut revoquer l'élection, 166
Si l'Héritier peut varier, après avoir déclaré dans l'élection que le Testateur l'avoit verbalement chargé de rendre à celui qu'il nomme en ce moment, 167
Si l'élection est toûjours sujette à variation, quand elle est faite par Testament, 170
Si elle devient sujette par l'ingratitude & l'indignité de celui qui a été élû, 171

Fin de la Table des Matiéres.

BIBLIOTHEQUE DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE