TRAITÉ
DES
TESTAM

1756

emi die 3.a augusti 9.tt 10.s 1

1,256
Rs 4256(1)

TRAITÉ
DES
TESTAMENS,
CODICILES,
DONATIONS A CAUSE DE MORT
ET
AUTRES DISPOSITIONS
DE DERNIERE VOLONTÉ,

SUIVANT LES PRINCIPES ET LES DE'CISIONS du Droit Romain, les Ordonnances, les Coutumes & Maximes du Royaume, tant des Païs du Droit Ecrit, que Coutumiers, & la Juriſprudence des Arrêts.

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

ex libris — Chieze

ACADEMIE DE TOULOUSE FACULTÉ DE DROIT

A PARIS, AU PALAIS,

Chez JEAN DE NULLY, Libraire, Grand'Salle, du côté de la Cour des Aydes, à l'Ecu de France & à la Palme.

M. D. CC. XLV.

Avec Approbation et Privilege du Roy.

CODICILLI
TESTAMENTI
DE
NAPOLEONE

AVERTISSEMENT.

DANS le Traité des Teſtamens, Codiciles, & autres diſpoſitions à cauſe de mort, que je donne au Public, j'éxamine, & je réſous, non-ſeulement les queſtions & les difficultez qui peuvent naître des diſpoſitions de la Loi Romaine; mais encore celles qui peuvent naître du Droit Coutumier; & j'ai une attention particuliere à diſtinguer les regles & les principes de l'un & de l'autre Droit, afin que les Lecteurs puiſſent connoître par eux-mêmes, quelle eſt la Juriſprudence fondée ſur le Droit Romain, & quelle eſt celle des Pays gouvernez par les Coutumes, & démêler ce qui eſt aſſez ſouvent confondu dans nos Auteurs du Pays Coutumier, qui donnent des déciſions fondées ſur des principes puiſez dans les Coutumes, ſans l'expliquer. Ce qui induit ſouvent à erreur ceux qui devant ſe regler par le Droit Romain s'appuyent ſans examen ſur des autoritez de cette eſpece, & leur donne occaſion de

s'éloigner de l'eſprit du Droit Romain, & de ſe remplir de préjugez & de maximes qui ne peuvent être bonnes que dans les Pays Coutumiers.

Je remarque auſſi, avec ſoin, toutes les fois que l'occaſion ſe preſente, les dérogations que les maximes generales du Royaume, obſervées dans les Pays Coutumiers & du Droit écrit, ont faites au Droit Romain.

Les Ordonnances de nos Rois ſont les Loix que nous devons regarder comme les premieres & principales, auſquelles les diſpoſitions du Droit Romain doivent être ſubordonnées; parce que nous avons reçu ce Droit *non ratione imperii, ſed imperio rationis;* au lieu que les Ordonnances ſont des Loix émanées de la Juriſprudence de nos Rois, & de nos légitimes Légiſlateurs: Ainſi, après avoir expliqué hiſtoriquement ce qui eſt ſtatué & reglé par les Loix Romaines, ſelon la pureté de leur eſprit, je fais connoître au Lecteur les changemens ou les dérogations que les Ordonnances ont faites.

Perſonne n'ignore que la Juriſprudence des Arrêts des Tribunaux Superieurs, quand elle eſt uniforme, ne faſſe partie de notre Droit François, & ne doive prévaloir ſur la Loi Romaine, lorſqu'avec connoiſſance de cauſe, & par des raiſons puiſées dans nos mœurs, les Cours Superieures ont jugé convenable de s'éloigner de la diſpoſition de la Loi; c'eſt pourquoi j'ai auſſi l'attention d'établir & d'appuyer par des autoritez connuës & préciſes cette Juriſprudence. Je rap-

porte même plusieurs Arrêts que j'ai vû rendre. Mais dans les questions que les Cours Superieures du Royaume jugent diversement, après avoir rapporté la diversité des Jugemens, & les principales raisons qui servent de fondement à la décision de chaque Tribunal, je tâche de faire connoître quelle est la Jurisprudence qui paroît la plus conforme aux regles & aux principes que je prens soin d'expliquer aussi nettement & aussi succintement que la difficulté peut le comporter ou le requerir.

Deplus, comme la matiere testamentaire a une infinité de regles & de principes, qui ont été formez en des tems differens, & que de toutes les matieres du Droit écrit, c'est celle qui a souffert le plus de variations & de changemens : Pour résoudre une infinité de questions, & donner du jour à plusieurs matieres particulieres, qui dépendent du general, il a été nécessaire de rapporter historiquement tous les differens changemens, en remontant à la Loi primitive, qui est celle des douze Tables, & en expliquant selon l'ordre chronologique, les changemens, les corrections, les extensions ou les limitations faites au Droit antérieur, par les Loix postérieures, les Plébiscites, les Senatus-Consultes, les Edits des Préteurs, les interprétations des Jurisconsultes, & les Constitutions des Empereurs.

Après avoir parcouru tous les differens dégrez, & les changemens survenus, suivant l'ordre des tems, je me suis arrêté au dernier état de la Jurisprudence Ro-

maine ; pour faire remarquer ce qui demeuroit en vigueur des anciens principes, après avoir essuyé les changemens differens dans le progrès, depuis la Loi des douze Tables jusqu'au regne de l'Empereur Justinien, qui a fait rediger le Code, le Digeste & les Institutes, & qui a mis la derniere main à cette multitude innombrable de principes, de regles, & de décisions. J'ai encore remarqué les changemens que l'Empereur Justinien a faits, soit par les Loix inserées dans la nouvelle édition de son Code, soit par ses Novelles, qui fixent le dernier état de la Jurisprudence Romaine ; car nous ne reconnoissons pas comme Loi les Novelles de l'Empereur Leon.

Les Interpretes du Droit sur l'assertion de l'Empereur Justinien, s'étoient persuadez qu'il n'y avoit dans le Digeste & dans le Code rien de discordant. Dans cette idée que l'experience a montré n'être pas exactement vraie, ils avoient cru que tous les differens fragmens, tirez des Réponses des Jurisconsultes anciens & des Constitutions des Empereurs, dont les Loix sont composées, pouvoient & devoient être conciliez. Pour accorder les textes contraires ou opposez, ils avoient imaginé une infinité de distinctions & de solutions, qui n'avoient aucun fondement, & qui détruisoient l'économie & la liaison des principes sur lesquels le corps des Loix a été rédigé, sans s'appercevoir que l'opposition ou la contrarieté ne pouvoient être levées que par la distinction des tems ; parce que plusieurs de ces

Loix ſont tirées ou des Réponſes des Juriſconſultes, ou des Conſtitutions des Empereurs fondées ſur certains principes qui étoient en vigueur, lorſqu'elles furent faites, & qui avoient été changez ou abrogez par des Loix poſterieures, & que cette abrogation portoit par voye de conſéquence, ſur la déciſion qui étoit appuyée ſur le principe changé ou abrogé.

La matiere teſtamentaire eſt la plus importante, parce qu'elle eſt d'un uſage journalier ; auſſi a-t'elle été traitée par un nombre preſqu'infini d'Auteurs ; mais il n'y en a auſſi aucune autre, où l'on découvre une plus grande varieté ou diverſité d'avis ſur les difficultez que les Auteurs ont traitées ; enſorte qu'il y a un grand nombre de queſtions ſur leſquelles on s'eſt partagé en ſept ou huit avis differens ; ce qui vient de ce que les uns ſe ſont fondez ſur certaines Loix qui leur ont paru formelles, & qui le ſont en effet ; les autres ſur d'autres Loix qu'ils ont crû favoriſer leur maniere de penſer, & qui la favoriſoient réellement ; & ſouvent pour accorder ces contrarietez, on a inventé pluſieurs diſtinctions qui ont eu enſuite leurs partiſans, & que l'on a tâché d'appuyer par des textes quelquefois étrangers, & par des argumens aſſez éloignez, ſans avoir pû trouver le vrai moyen de conciliation.

Cette diverſité dans les opinions des Auteurs s'eſt gliſſée inſenſiblement dans les Tribunaux qui ont eu recours à leurs déciſions, parce qu'ils ont crû y voir les vraies maximes du Droit Romain, réduites en pra-

tique; & la facilité qu'ils ont trouvée dans cette méthode leur a fait négliger de chercher la déciſion dans les textes mêmes, dont l'intelligence & l'application leur ont paru difficiles, à cauſe du conflit des differentes Loix, qui ſemblent ſe choquer, & les a fait écarter inſenſiblement de l'eſprit de la Loi, tandis qu'ils penſoient s'y conformer, pour adopter les opinions des Interpretes, ſi bien que l'on en étoit venu à ce point de confuſion, qu'à peine vouloit-on ſouffrir qu'on les ramenât aux veritables maximes, & qu'on leur découvrît les erreurs dans leſquelles les Interpretes les avoient engagez.

Bien plus, les Auteurs n'étant pas d'accord entre eux, dans la déciſion des mêmes queſtions, parce qu'après avoir abandonné la Loi, il ne reſtoit plus de point fixe, qui pût diriger d'une maniere ſûre leur jugement; on voyoit juger les mêmes queſtions tantôt d'une façon, tantôt d'une autre, dans les mêmes Tribunaux, & l'on appelloit cette bigarure, changement de Juriſprudence.

Une longue experience dans l'exercice de ma Profeſſion, m'avoit fait appercevoir ce défaut capital, & la cauſe qui l'avoit produit, & j'avois penſé qu'il n'y avoit qu'un ſeul expedient pour y remedier; c'eſt d'apprendre la Loi dans la Loi même, & d'abandonner l'explication des Interpretes & leurs déciſions, non-ſeulement comme inutiles, mais encore comme pernicieuſes, parce qu'en ſe rempliſſant de leurs ma-

ximes, qui pour la plupart ſont contraires à celles que les Loix établiſſent, il n'étoit pas poſſible de bien entrer dans l'eſprit de la Loi, à cauſe de la prévention produite par la lecture des Auteurs, dont les déciſions paroiſſoient autant de regles infaillibles, & de la mauvaiſe diſpoſition, qui étoit un effet de la confiance trop aveugle que l'on avoit pour les Déciſionaires, qui étoit un perpétuel obſtacle à la veritable intelligence de la Loi.

Il faut néanmoins demeurer d'accord que la connoiſſance du veritable eſprit des Loix, n'eſt pas aiſée, ſurtout dans la matiere des Teſtamens, à cauſe des differentes variations qu'elle a ſouffertes avant de parvenir à un point fixe; cependant, elle n'eſt pas impoſſible; mais je ne vois point qu'on puiſſe l'acquerir juſqu'à un certain point de perfection, (& ce que nous voyons dans la varieté des opinions des Auteurs, en eſt une preuve convaincante,) ſi l'on ne ſe donne la peine d'apprendre la chronologie du Droit, de le réduire en ſiſtême, de remonter aux premieres Loix, & de diſtinguer les differentes variations & les changemens que les Loix poſterieures ont faits dans leur progrès. C'eſt par cette ſeule & unique méthode que l'on peut diſcerner quelles ſont les diſpoſitions abrogées, quels ſont les principes & quelles ſont les regles qui doivent ſervir de fondement à la réſolution des queſtions qui peuvent ſe preſenter, & que l'on peut trouver un point fixe de déciſion.

Dans la compoſition du Traité des Teſtamens, &c. je me ſuis ſervi de cette méthode, toutes les fois que le cas l'a exigé. C'eſt par-là, ſi je ne me trompe, que je ſuis parvenu à éclaircir pluſieurs difficultez, qui avoient partagé les avis des Interpretes, & qui tenoient en balance l'eſprit de ceux qui les examinoient.

J'ai donc rapporté par ordre chronologique les Loix differentes, qui doivent ſervir à décider les queſtions qui peuvent ſe preſenter dans chaque matiere particuliere. Je les ai miſes chacune à ſa place, & dans le rang qu'elle doit tenir; & après avoir diſtingué ce qui étoit abrogé ou corrigé, avec ce qui devoit demeurer pour ſervir de regle ou de déciſion, j'ai formé mes réſolutions ſur ce qui demeuroit en vigueur. C'eſt le premier dégré de mes operations.

Cette premiere diſcuſſion ſeroit inſuffiſante par rapport à nous, & à tout ce Royaume, qui eſt diviſé en des Pays régis par le Droit écrit, & en des Pays gouvernez par les Coutumes. Il a donc été néceſſaire, afin que le travail fût utile à ces differens Pays, de faire remarquer les differences des principes du Droit Coutumier, avec ceux du Droit écrit, pour former des déciſions qui puſſent convenir à chacun de ces Pays, & pour éviter l'inconvenient que l'on découvre dans la plupart de nos Auteurs, qui confondent le Droit Romain avec le Coutumier, & qui donnent des déciſions uniformes pour les uns & les autres de ces Pays; ce qui peut bien convenir dans certains cas que le

Droit

Droit Coutumier ne décide point, & dont on eſt obligé d'aller chercher la déciſion dans le Droit Romain, qui eſt obſervé comme raiſon écrite dans les Pays Coutumiers; mais non aux queſtions ſur leſquelles le Droit Coutumier a des regles differentes de celles du Droit Romain. C'eſt le ſecond dégré de diſcuſſion que j'ai mis en œuvre.

Dans le troiſiéme, j'ai rapporté les diſpoſitions de nos Ordonnances, & fait remarquer les corrections qu'elles avoient faites au Droit Romain, & au Droit Coutumier, à cauſe que ces Ordonnances doivent prévaloir, ſurtout celle du mois d'Août 1735, qui abroge expreſſément toutes Loix, Coutumes, Statuts & Uſages differens, ou qui ſeroient contraires aux diſpoſitions de cette Ordonnance. Voilà pourquoi tout autre Droit lui doit être poſtpoſé.

Je ſuis encore entré dans un quatriéme dégré de diſcuſſion, pour ne pas laiſſer mon ouvrage imparfait; c'eſt-à-dire, que j'ai rapporté la Juriſprudence des Arrêts des Cours Superieures, ſur chaque queſtion décidée par les Arrêts; mais je n'ai pas toujours pris pour regle cette Juriſprudence. Dans les queſtions qui ſe trouvent diverſement jugées, je n'ai fait entrer la Juriſprudence que d'une maniere hiſtorique. J'en ai uſé de même dans les cas auſquels la nouvelle Ordonnance a porté quelque changement, & je n'ai pris la Juriſprudence pour regle, que quand elle a été uniforme, que la nouvelle Ordonnance n'y a point

dérogé, qu'elle a décidé quelques queſtions qui n'étoient pas nettement réſoluës par le Droit Romain, le Droit Coutumier, ou nos Ordonnances, & lorſque la déciſion des Arrêts m'a paru fondée ſur les veritables maximes, ou que du moins elles n'y ſont pas contraires.

Au ſurplus, je me ſuis exactement attaché à ramaſſer les principes dans chaque matiere particuliere; j'ai rapproché les Loix diſperſées & répanduës dans les lieux differens, pour donner plus de jour & plus de force à ces principes, que j'ai tâché d'arranger dans l'ordre qui leur convient. Perſuadé que quand les principes ſont bien détaillez & bien expliquez, toutes les queſtions qui dépendent de la même matiere, peuvent être facilement & ſurement éclaircies.

J'oſe eſperer que le Public trouvera dans ce Traité, le même eſprit de clarté & de netteté qu'il a reconnu dans mes autres ouvrages. Je dois néanmoins l'avertir que s'il ne trouve pas tout-à-fait la même clarté dans la diſſertation que j'ai faite pour donner la veritable intelligence de la Loi *generaliter Cod. de inſtit. & ſubſtit. ſub conditione factis*, & quand j'ai diſcuté la queſtion de la diviſibilité ou indiviſibilité de l'herédité du pere, de celle du fils, dans le cas de la ſubſtitution pupillaire, il ne doit pas m'en rendre garand, il doit l'imputer aux matieres mêmes, où preſque tous ceux qui les ont traitées ont échoué, & ont donné leurs propres viſions à la place de la Doctrine des Loix.

TABLE DES CHAPITRES.

CHAPITRE PREMIER. *De l'Origine des Teſtamens, & ſi elle eſt du Droit des Gens, ou du Droit Civil*, page 1.
CHAPITRE II. *Définition, diviſion & differentes eſpeces des Teſtamens*, 10.
SECTION PREMIERE. *Differentes eſpeces des Teſtamens, ſuivant le Droit Romain nouveau, & de leurs formalitez*, 15.
SECTION II. *Des Teſtamens introduits par les Ordonnances anciennes, les Coutumes, ou Uſages, & de leurs formalitez*, 55.
SECTION III. *Des Teſtamens dont l'Ordonnance de 1735 autoriſe l'uſage, & regle les formalitez*, 67.
SECTION IV. *Ouverture du Teſtament myſtique*, 94.
SECTION V. *Preuves du Teſtament nuncupatif, non écrit, paganique & militaire*, 101.
SECTION VI. *Reconnoiſſance du Teſtament d'écriture privée*, 107.
SECTION VII. *Comment on peut diſtinguer le Teſtament d'avec le Codicile, & les autres diſpoſitions à cauſe de mort*, 109.
CHAPITRE III. *Des conditions néceſſaires pour la validité des Teſtamens & des diſpoſitions qu'ils renferment; de la qualité des Témoins teſtamentaires, & des autres choſes qui les concernent*, 117
SECTION I. *Regle ſur la matiere des Témoins teſtamentaires*, 123.
SECTION II. *Qualitez des Témoins teſtamentaires; quelles perſonnes ſont capables ou incapables d'être admiſes comme Témoins aux Teſtamens*, 127.
CHAPITRE IV. *De la capacité active de faire les Teſtamens, & des perſonnes qui en ſont capables*, 136.

SECTION I. *Quelles ſont les perſonnes qui peuvent teſter*, 143.
SECTION II. *Quelles perſonnes ſont incapables de teſter*, 153.
CHAPITRE V. *De la liberté requiſe pour faire des Teſtamens, & des défauts contraires qui peuvent annuller les diſpoſitions. De la Crainte & Violence. Du Dol & de la Fraude. De la Captation & Suggeſtion. Du Teſtament fait ſur l'interrogat d'autrui. De l'Erreur & de la fauſſe Condition, fauſſe Cauſe, fauſſe démonſtration, & autres ſemblables*, 224.
SECTION I. *De la Crainte & Violence*, 230.
SECTION II. *Du Dol & de la Fraude*, 239.
SECTION III. *De la Captation, & de la Suggeſtion, & du Teſtament fait à l'interrogat d'autrui*, 244.
SECTION IV. *De l'Erreur, de la fauſſe Cauſe, fauſſe Condition, fauſſe Démonſtration, & autres ſemblables*, 267.
CHAPITRE VI. *Des perſonnes qui ont, ou n'ont pas la Capacité paſſive, & de l'Indignité*, 292.
SECTION I. *Des perſonnes qui ſont capables de recueillir les liberalitez teſtamentaires*, 313.
SECTION II. *Des perſonnes qui ſont incapables de recueillir les liberalitez teſtamentaires en tout ou partie*, 344.
SECTION III. *De l'Indignité*, 465.

Fin de la Table des Chapitres.

APPROBATION.

J'AY examiné par ordre de Monſeigneur le Chancelier, un manuſcrit intitulé : *Traité des Teſtamens, Codiciles, &c. par M. Jean-Baptiſte Furgole, Avocat au Parlement de Toulouſe*, & je n'ai rien trouvé qui puiſſe empêcher l'impreſſion. A Paris, ce 15 Novembre 1742.

RASSICOD.

PRIVILEGE DU ROY.

LOUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre : A nos amez & féaux Conſeillers les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand-Conſeil, Prevôt de Paris, Baillifs, Sénechaux, leurs Lieutenans Civils & autres nos Juſticiers, qu'il appartiendra : SALUT. Notre bien amé M. FURGOLE, *Avocat en notre Cour de Parlement de Toulouſe*, Nous a fait expoſer qu'il déſireroit faire imprimer & donner au Public, un ouvrage intitulé : *Traité des Teſtamens, Codiciles, & Donations à cauſe de mort*, s'il Nous plaiſoit de lui accorder nos Lettres de Privilege pour ce neceſſaires ; A ces cauſes, voulant favorablement traiter l'Expoſant, Nous lui avons permis & permettons par ces Preſentes de faire imprimer ledit ouvrage en un ou pluſieurs volumes, & autant de fois que bon lui ſemblera ; & de le faire vendre & débiter partout notre Royaume pendant le tems de neuf années conſécutives, à compter du jour de la datte deſdites preſentes : faiſons défenſes à toutes ſortes de perſonnes de quelque qualité & condition qu'elles ſoient, d'en introduire d'impreſſion étrangere dans aucun lieu de notre obéiſſance : Comme auſſi à tous Imprimeurs, Libraires & autres, d'imprimer, faire imprimer, vendre, faire vendre, ni contrefaire ledit ouvrage, ni d'en faire aucuns extraits, ſous quelque prétexte que ce ſoit, d'augmentation, correction, changement ou autre, 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, & de tous dépens, dommages & interêts ; à la charge que ces Preſentes ſeront enregiſtrées tout au long ſur le Regiſtre de la Communauté des Libraires & Imprimeurs de Paris, dans trois mois de la date d'icelles ; que l'impreſſion dud. Ouvrage ſera faite dans notre Royaume & non ailleurs, en bon papier & beaux caracteres, conformément à la feüille imprimée & attachée pour modele ſous le contre-ſcel deſdites Preſentes ; que l'Impétrant ſe conformera en tout aux Reglemens de la Librairie, & notamment à celui du 10 Avril 1725 ; qu'avant que de les expoſer en vente, le manuſcrit ou imprimé 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 Chevalier le ſieur d'Agueſſeau, Chancelier de France, Commandeur de nos Ordres ; &

qu'il en ſera enſuite remis deux exemplaires dans notre Biblioteque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, & un dans celle de notredit très-cher & féal Chevalier le ſieur d'Agueſſeau, Chancelier de France, le tout à peine de nullité des Preſentes: Du contenu deſquelles vous mandons & enjoignons de faire joüir ledit Expoſant, & ſes ayans cauſes, pleinement & paiſiblement, ſans ſouffrir qu'il leur ſoit fait aucun trouble ou empêchement. Voulons que la copie deſdites Preſentes qui ſera imprimée tout au long au commencement ou à la fin dudit Ouvrage, ſoit tenuë pour dûëment ſignifiée, & qu'aux copies collationnées par l'un de nos amez, & féaux Conſeillers & Secretaires, foi ſoit ajoutée 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. DONNE' à Verſailles le ſeptiéme jour du mois de Décembre l'an de grace mil ſept cent quarante-deux, & de notre Regne le vingt-huitiéme. Par le Roi en ſon Conſeil. *Signé*, SAINSON.

Regiſtré ſur le Regiſtre XI. de la Chambre Royale & Syndicale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N°. 142, *Fol.* 119, *conformément au Reglement de* 1723, *qui fait défenſe*, *article* 4, *à toutes perſonnes*, *de quelque qualité qu'elles ſoient*, *autres que les Libraires & Imprimeurs*, *de vendre*, *débiter & faire afficher aucuns Livres*, *pour les vendre en leurs noms*, *ſoit qu'ils s'en diſent les auteurs ou autrement; & à la charge de fournir à ladite Chambre Royale & Syndicale des Libraires & Imprimeurs de Paris*, *huit exemplaires preſcrits par l'Article* 108 *du même Reglement. A Paris le* 5 *Mars* 1743.

SAUGRAIN, *Syndic.*

Je cede le preſent Privilege à M. JEAN DE NULLY, Libraire à Paris, pour en joüir conformément au traité fait entre nous. Fait à Toulouſe le neuviéme Septembre 1744. FURGOLE.

Regiſtré ſur le Regiſtre XI. de la Communauté des Libraires & Imprimeurs de Paris fol. 304, *conformément aux Reglemens & notamment à l'Arrêt du* 13 *Août* 1703. *A Paris le* 14 *Septembre* 1744.

VINCENT, *Syndic.*

CATALOGUE

Des Livres qui ſe vendent à Paris chez JEAN DE NULLY, Libraire, Grande Salle du Palais, du côté de la Cour des Aydes, à l'Ecu de France & à la Palme.

Livres de Droit & de Pratique.

JOURNAL du Palais, ou Recueil des principales Déciſions de tous les Parlemens & Cours Souveraines de France, par Claude Blondeau & Gabriel Gueret, Avocats au Parlement; nouvelle édition, augmentée. 2 vol. *in fol.*

Traité des Donations entre-vifs & teſtamentaires, par Jean-Marie Ricard, Avocat au Parlement; enſemble la Coutume d'Amiens & de Senlis, commentée par le même Auteur; derniere édition, augmentée de nouvelles Remarques. 2 vol. *in fol.*

Traité des Succeſſions, par Denis le Brun, Avocat au Parlement; cinquiéme édition, augmentée de nouvelles Déciſions & Remarques critiques, par Meſſire François-Bernard Eſpiard de Saux, Préſident à Mortier honoraire au Parlement de Beſançon. *in fol.*

Traité de la Communauté entre mari & femme, avec un Traité des Communautez ou Societez tacites, par Denis le Brun; nouvelle édition, augmentée de nouvelles Déciſions & de Notes critiques, par M... & M... Avocats au Parlement. *in fol.*

Les Loix Civiles dans leur ordre naturel, par Domat; nouvelle édition, augmentée du troiſiéme & du quatriéme Livre du Droit Public, par M. de Hericourt, Avocat au Parlement, & des Notes de feu M. Bouchevret, ancien Avocat au Parlement, ſur le *Legum Delectus*. 2 vol. *in fol.*

Arrêts de Louet; nouvelle édition, augmentée de nouvelles Additions, par M. de la Combe, Avocat au Parlement. 2 vol. *in fol.*

Nouveau Coutumier General. 4 vol. *in fol.*

Le Coutumier de Poitou, par Boucheuil. 2 vol. *in fol.*

Coutume d'Orleans, commentée par M. de la Lande; deuxiéme édition augmentée. 2 vol. *in fol.*

Plaidoyers & Arrêts de Baſſet. 2 vol. *in fol.*

Oeuvres de M. Guy Coquille. 2 vol. *in fol.*

Paſtor *de Beneficiis*. in fol.

La nouvelle Pratique Civile, Criminelle & Beneficiale, ou le nouveau Praticien François, réformé ſuivant les nouvelles Ordonnances, par M. Lange, avec un nouveau Stile des Lettres de Chancellerie, par M. Pimont; quatorziéme édition, corrigée & augmentée conſiderablement par M. . . ancien Avocat au Parlement. 2 vol. *in* 4°.

Traité de la vente des immeubles par Décret, avec un Recueil des Edits, des Déclarations & des Reglemens des Cours Souveraines ſur ce ſujet, par M. de Hericourt, Avocat au Parlement; nouvelle édition augmentée. *in* 4°.

Conferences des Ordonnances, par

Bornier. 2 vol. *in* 4°.

Procès-verbal des Conferences des Ordonnances. *in* 4°.

Les Oeuvres de M. Louis Froland, ancien Avocat au Parlement, contenant ſes Mémoires des Statuts, du Velleïen, des Décrets ſituez en Normandie, & du Comté d'Eu. 5 vol. *in* 4°.

Oeuvres de M. Matthieu Terraſſon, ancien Avocat au Parlement, contenant pluſieurs de ſes Diſcours, Plaidoyers, Mémoires & Conſultations. *in* 4°.

La Science parfaite des Notaires, par M. de Ferriere. 2. vol. *in* 4°.

Le Parfait Notaire Apoſtolique, & Procureur des Officialitez. 2 vol. *in* 4°.

Recueil de Juriſprudence du Pays de Droit Ecrit & Coutumier, par ordre alphabetique, par M. Guy du Rouſſeau de la Combe, Avocat au Parlement. *in* 4°.

Reglemens ſur les Scellez & Inventaires en matiere civile & criminelle. *in* 4°.

La Coutume de Chaumont en Baſſigny, commentée par de Laiſtre. *in* 4°.

Traité de la Communauté, par Renuſſon. *in* 4°.

Traité des Propres, par le même. *in* 4°.

Traité du Douaire, par le même. *in* 4°.

Traité de la ſubrogation, par le même. *in* 4°.

Le Traité de la preuve par Témoins, par Danty. *in* 4°.

Cauſes Celebres & Intereſſantes, avec les Jugemens qui les ont décidées, recueillies par M. . . . . Avocat au Parlement. 20 vol. *in* 12.

Les Stiles Civil & Criminel, par Gauret. 2 vol. *in* 12.

Traité des Droits Honorifiques, par Marechal, augmenté par Meſſieurs Simon & Danty; nouvelle édition augmentée. 2 vol. *in* 12.

Traité des Majoritez Coutumieres & d'Ordonnances, par M. . . Avocat au Parlement. *in* 12.

Traité concernant la maniere de proceder à toute Vérification d'Ecritures conteſtées en Juſtice, par de Blegny. *in* 12.

Le Traité des Aydes, par Aſſe. *in* 12.

Nouveau Traité des Elections, contenant l'origine de la Taille, Aydes, Gabelles, Octrois & autres Impoſitions. *in* 8°.

Traité de la Légitime, par de la Champagne. *in* 12.

Traité de l'Uſage & Pratique de la Cour de Rome pour l'expedition des Signatures & Proviſions des Benefices de France, par Perard Caſtel; derniere édition, augmentée par Guillaume Noyer. 2 vol. *in* 12.

Le Mémorial alphabetique pour les Tailles. *in* 4°.

Le Mémorial pour les Gabelles & cinq groſſes Fermes. *in* 8°.

L'Inſtitution au Droit François, par Argou. 2. vol. *in* 12.

Les Regles du Droit François par Pocquet de Livoniere. *in* 12.

Arrêts & Reglemens Notables du Parlement de Paris, & autres Cours Souveraines, depuis 1737 juſqu'en 1741, par M. de la Combe. *in* 4°.

On trouve chez le même Libraire beaucoup d'autres Livres de Droit & de Pratique, auſſi-bien que des Livres ſur toute ſorte de Sciences, Belles-Lettres, Romans, Théâtres, Voyages, Hiſtoires & autres, tant de France que des Pays Etrangers.

TRAITE'

TRAITÉ
DES
TESTAMENS,
CODICILES,
DONATIONS A CAUSE DE MORT
ET
AUTRES DISPOSITIONS DE DERNIERE VOLONTE'.

CHAPITRE PREMIER.

De l'Origine des Teſtamens, & ſi elle eſt du Droit des Gens, ou du Droit Civil.

SOMMAIRE.

1. *Ancienneté de la maniere de diſpoſer par Teſtament.*
2. *Des Teſtamens des Patriarches, & des Auteurs qui en ont parlé.*

Le Livre des Teſtamens des Patriarches eſt apocriphe.
Qui a donné lieu à l'invention des diſpoſitions par Teſtament.

3. *Si les Teſtamens ſont anterieurs au déluge.*
4. *Du Teſtament de Noé.*
Partage de Cédrenus ſur le Teſtament du Patriarche Noé.
5. *L'Ecriture Sainte ne parle point de ce partage.*
Ceux qui en doutoient étoient regardez comme héretiques.
6. *L'Ecriture Sainte prouve que les Teſtamens étoient en uſage.*
7. *Abraham n'ayant point d'enfans, deſtine ſon heritage au fils d'Eleazar ſon Intendant.*
8. *Preuve pour les diſpoſitions univerſelles, & pour les particulieres.*
9. *Le Prophete Ezechiel parle d'heredité & de legs.*
10. *Le mot* legatum *caracteriſe la diſpoſition teſtamentaire.*
Le Prince ne peut pas diſpoſer par Teſtament des biens de ſes Sujets.
11. *Les bénedictions que Iſaac donne à Jacob ſon fils ſont des diſpoſitions teſtamentaires.*
12. *Diſtribution de biens faite par Jacob en faveur de ſes enfans.*
La double portion étoit le lot de l'aîné.
13. *Si les Hebreux avoient une liberté indéfinie de diſpoſer par Teſtament.*
Les legs faits à des étrangers devoient revenir à la famille du Teſtateur à l'année du Jubilé.
14. *Les peres pouvoient diſpoſer en faveur de leurs enfans comme ils jugeoient à propos.*
15. *Les Hebreux ne pouvoient pas teſter de nuit.*
Raiſon de cela.
16. *L'établiſſement de l'uſage des Teſtamens chez les Hebreux fait comprendre qu'il s'eſt établi chez les autres Nations.*
17. *Durant quel tems les Hebreux demeurerent en Egypte.*
Les Hebreux peuvent avoir appris aux Egyptiens l'uſage des Teſtamens.
18. *Les Legiſlateurs de la Grece peuvent en avoir emprunté l'uſage des Egyptiens.*
19. *Loix des Romains empruntées des Grecs.*
Loy des douze Tables qui parle des Teſtamens.
L'uſage des Teſtamens reçu avant la fondation de Rome.
20. *De la faculté de teſter ſuivant la Loy des douze Tables.*
21. *Les Romains devenus maîtres des trois parties du Monde, purent y introduire l'uſage des Teſtamens.*
Uſage des Teſtamens reçu dans toutes les Nations.
Uſage des Teſtamens dans les Gaules.
22. *Difference parmi les Nations ſur l'étenduë du pouvoir de diſpoſer.*
Chez les Hebreux.
Les enfans ne pouvoient pas être exheredez.
Ils ne pouvoient pas s'abſtenir de l'heredité de leur pere.
23. *Des Lacedemoniens.*
24. *Des Atheniens.*
25. *Des Romains.*
Droit ancien.

26. *Du droit du Préteur.*
27. *Du droit des Novelles de l'Empereur Juſtinien.*
28. *Si l'origine des Teſtamens doit être rapportée au Droit des Gens ou au Droit Civil.*
29. *Les Reglemens ſur la forme des Teſtamens, la capacité active ou paſſive, & les autres conditions ſont du Droit Civil.*
30. *Queſtions agitées ſur les Teſtamens.*
Si la faculté de teſter peut être bornée.
Si l'on peut impoſer des formalitez qui ne ſoient pas du Droit des Gens.

LA maniere de diſpoſer par Teſtament eſt ſi ancienne, que, s'il falloit ajouter foi aux actes qui ſont rapportez dans les livres, ſous le titre de Teſtamens des Patriarches, Adam, notre premier Pere, auroit uſé de la faculté de teſter; par où il faudroit faire remonter l'origine des Teſtamens preſque auſſi loin, que la création de l'homme.

1. Ancienneté de la maniere de diſpoſer par teſtament.

Quoique Origene, & quelques autres Anciens ayent fait mention dans leurs écrits de ces Teſtamens des Patriarches, les Sçavans & les meilleurs Critiques * ont, avec raiſon, regardé ces actes comme ſuppoſez & apocriphes; mais cela n'empêche pas qu'on n'ait des preuves, que l'origine des Teſtamens eſt très-ancienne, & que l'on ne puiſſe la rapporter aux premiers tems, où les deſcendans d'Adam ayant poſſedé leurs biens ſéparément, après en avoir fait la diviſion entre eux : ce qui arriva au tems d'Heber, pere de Phaleg, comme il eſt rapporté dans la *Geneſe ch.* 10, *v.* 5, *&* 25, c'eſt-à-dire, vers l'an du monde 1757, & 2247 avant l'Ere vulgaire : ils ont été induits à inventer un genre de diſpoſition propre à faire connoître leur volonté pour ſervir de reglement dans leur famille, & pour diſtribuer leurs biens, de la maniere qu'ils trouveroient à propos, ſelon le degré de merite de ceux qui ſeroient appellez par les loix de la nature pour les recueillir, ou pour les laiſſer à ceux auſquels l'amitié les porteroit à diſpoſer en leur faveur.

2. Des Teſtamens des Patriarches, & des Auteurs qui en ont parlé.

Le Livre des Teſtamens des Patriarches eſt apocriphe.

* *V. Calmet Diction. Hiſt. & Crit. de la Bible* verbo *Teſtament. Selden de Succeſſio. in bona defunctor. ſecundum diſciplin. Hebr. cap* 24.

Qu'eſt-ce qui a donné lieu à l'invention des diſpoſitions par Teſtament.

Nous ne pouvons pas remonter aux tems qui ſe ſont écoulez avant le déluge, parce qu'il ne paroît pas que la Terre eût été partagée; il nous ſuffit de nous fixer à ce qui s'eſt paſſé depuis ce terrible évenement.

3. Si les Teſtamens ſont anterieurs au deluge.

Euſebe dans ſa Chronique, & après lui *Cedrenus* dans ſes Annales ou Hiſtoires abregées p. 10 de l'édition de Baſle de 1566, rapportent, que Noé, ſuivant l'ordre de Dieu, fit ſon teſtament, par

4. Du Teſtament de Noé.

lequel il partagea toute la terre à ſes trois fils. Il donna tout l'Orient à Sem, l'Affrique entiere à Cham, & à Japhet toute l'Europe avec les Iſles, & les parties ſeptentrionales de l'Aſie. Ayant ainſi reglé leur partage, il en dreſſa un écrit, & après l'avoir récité à ſes enfans il le ſcella, & le conſerva juſqu'à ce que ſe ſentant proche de ſa fin, il le remit à Sem, le plus pieux de ſes trois fils. Voici le paſſage de Cedrenus tel qu'on le trouve dans la verſion de Guillaume Xilander : *Anno ab origine mundi bis milleſimo-quingenteſimo-ſeptuageſimo ſecundo, Noe annum ætatis agens nongenteſimum-trigeſimum, oraculo nimirùm divinitùs accepto, tribus ſuis filiis terram diſtribuit, hoc modo. Semo primogenito ſuo filio, annum ætatis* 431 *agenti, dedit quidquid terræ in longum à Perſide & Bactris uſque ad Indiam porrigitur, in latus ab India uſque ad Rhinocoruva Ægypti, ſive quæ ab ortu Solis ſunt uſque ad plagam meridionalem. Syriam nempe, &c. Chamo autem, ſecundo ſuo filio annum agenti* 427, *terram addixit, quæ Auſtro & Africo eſt expoſita, & partem occidentis à Rhinocoruvis Ægypti Ethiopiam, &c. Japeto, tertio filio annum agenit* 425, *attribuit quidquid à Media ad ſeptentrionem, & Solis occaſum pertinet, uſque ad Gades, Inſulaſque Britannicas, Armeniam, &c. Cum ad hunc modum diviſiſſet ſcriptoque ſuam voluntatem teſtatus eſſet (ut perhibetur) id illis recitavit, atque poſt obſignatum penès ſe detinuit, uſque ad annum* 2592, *quo vitam finivit. Moritur, & tribus ſuis filiis mandavit, ne quis eorum, fratris regionem invaderet, eumve injuriâ aliquâ afficeret, alioquin hoc eis diſcordiarum & bellorum inteſtinorum cauſam allaturum. TESTAMENTUM Semeo quippe ætate ac pietate præſtanti tradidit.*

Paſſage de Cedrenus ſur le Teſtament du Patriarche Noé

5. L'Ecriture Sainte ne parle point de ce partage.

Quoique dans la Geneſe, ni dans aucun autre des Livres ſacrez, il ne ſoit pas fait mention de ce partage, & qu'on ignore d'où ces Auteurs ont tiré ces particularitez, comme le remarque Dom Calmet *dans ſon Commentaire ſur la Geneſe, ch.* 10, *v* 1, on voit néanmoins dans le Traité des Héreſies de Philaſtrius, Evêque de Breſſe en Italie, qui vivoit dans le quatriéme ſiécle, que l'on regardoit comme héretiques ceux qui en doutoient.

Ceux qui en doutoient étoient regardez comme héretiques.

6. L'Ecriture Sainte prouve que les Teſtamens étoient en uſage avant la Loi de Moïſe.

Quoiqu'il en ſoit, nous avons des Textes précis dans les Livres ſacrez, qui nous indiquent que la maniere de diſpoſer par teſtament étoit en uſage, longtems avant la Loi de Moïſe : Ce qui peut faire croire, non-ſeulement que Noé uſa de cette faculté; mais encore, que ſes prédeceſſeurs en avoient uſé avant le déluge.

7. Abraham n'ayant point d'enfans deſtine ſo heritage au fils d'Eleazar ſon Intendant.

En effet, on voit dans le *chap.* 15, *v.* 2 & 3 *de la Geneſe*, que Abraham ſe voyant ſans enfans, s'étoit propoſé de faire ſon heritier le fils d'Eleazar, Intendant de ſa maiſon, *Mihi autem non*

dediſti ſemen, & ecce Vernaculus meus heres meus erit ; ce qui ſuppoſe aſſez nettement l'uſage de faire Teſtament, par le moyen duquel Abraham ſe propoſoit de laiſſer ſa ſucceſſion au fils d'Eleazar ; car le Teſtament a toujours été la maniere la plus naturelle de faire paſſer les biens à des perſonnes étrangeres, & qui n'étoient pas appellées à la ſucceſſion par les droits du ſang, & de la parenté.

8. Preuve pour les diſpoſitions univerſelles, & pour les particulieres.

Au chapitre 25, verſ. 5 & 6 du même livre, après que l'Hiſtorien ſacré a rapporté le mariage d'Abraham avec Cethura, & les deſcendans de ce mariage, il ajoute : *Deditque Abraham cuncta quæ poſſederat Iſaac : filiis autem concubinarum largitus eſt munera.* Voilà une inſtitution d'heritier en faveur d'Iſaac, & des legs en faveur de ſes autres enfans. Tout cela déſigne bien clairement une diſpoſition teſtamentaire.

9. Le Prophete Ezechiel parle d'heredité & de legs.

Il paroît encore quelque choſe de plus précis dans le Prophete Ezechiel, chapitre 46, verſ. 17 & 18, qui parle du pouvoir que le Prince avoit de diſpoſer de ſes biens : *Si autem dederit legatum de hereditate ſua univerſorum ſuorum erit. Illius uſque ad annum remiſſionis, & revertetur ad principem : hereditas autem ejus filiis ejus erit, & non accipiet princeps de hereditate populi per violentiam & de poſſeſſione eorum ; ſed de poſſeſſione ſua hereditatem dabit filiis ſuis.*

10. Le mot *legatum* caracteriſe la diſpoſition teſtamentaire.

Le Prince ne peut pas diſpoſer par teſtament des biens de ſes Sujets.

Le mot *legatum* qui caracteriſe proprement la diſpoſition teſtamentaire, indique d'une maniere ſûre, la faculté de teſter, de même que la liberté accordée au Prince de laiſſer à titre d'heredité à ſes enfans, non les biens de ſes Sujets ; mais les ſiens propres, & d'en avantager les uns plus que les autres à ſa volonté.

11. Les benédictions qu'Iſaac donne à Jacob ſon fils, ſont des diſpoſitions teſtamentaires.

Ce que l'on lit dans les *chapitres 27, 48 & 49 de la Geneſe*, des bénédictions de Jacob par Iſaac, & par Jacob de ſes douze enfans, ne ſont-ce pas des veritables diſpoſitions teſtamentaires ? Iſaac aſſujettit Eſaü à ſon frere Jacob. Voilà un premier reglement de famille. Il diſpoſa en faveur de Jacob, de ſes poſſeſſions les plus fertiles. C'eſt le ſecond reglement, & la matiere principale des Teſtamens ; & quoiqu'il fût vivement ſollicité par Ezaü de révoquer ſa diſpoſition, comme il pouvoit le faire, ſuivant la remarque des Interprétes ; il le refuſa néanmoins, parce qu'étant divinement éclairé, il connut que tout ce qui s'étoit paſſé étoit conforme à la volonté de Dieu.

12. Diſtribution de biens faite par Jacob en faveur de ſes enfans.

Jacob regle pareillement la préference entre ſes enfans, & leur diſtribuë ſes biens ; & quoique Joſeph ne fût pas l'aîné, il lui laiſſa

La double portion étoit la part de l'aîné chez les Hebreux.

néanmoins la double portion, qui étoit le lot, & le partage de l'aîné. Cette disposition s'éxécuta non-seulement par rapport aux biens que Jacob possedoit au tems de sa mort; mais encore par rapport à la Terre Promise: Car après que Josué en eut fait la conquête, il en assigna une double portion aux descendans de Joseph; c'est-à-dire, à ceux qui representoient Manassé & Ephraim ses enfans, comme on peut le voir dans le livre de *Josué, chap.* 14, *v.* 4, *chap.* 15, *& chap.* 16.

13. Si les Hebreux avoient une liberté indéfinie de disposer par testament.

Cependant, selon la remarque de *Joachim Stephani, de Jurisdictione, lib.* 1, *cap.* 10, *num.* 32, *& suivans*, cette liberté de tester parmi les Hebreux n'étoit pas indéfinie. Ceux qui avoient des enfans ne pouvoient disposer à titre perpetuel des immeubles qu'en faveur de leurs enfans. Il leur étoit permis, à la verité, de faire des legs à des étrangers; mais les biens leguez ne pouvoient être possedez par les Légataires étrangers ou leurs heritiers, que jusqu'à l'année du Jubilé, après quoi les biens devoient revenir aux heritiers des enfans du Testateur, ce qui est fondé sur le texte précis d'Ezechiel, qui a été rapporté ci-dessus.

Les legs faits à des étrangers devoient revenir à la famille du Testateur à l'année du Jubilé.

14. Les peres pouvoient disposer en faveur de leurs enfans, comme ils jugeoient à propos.

Mais il étoit permis aux peres de disposer par testament en faveur de leurs enfans, de la maniere qu'ils trouvoient à propos. *Nam fas esse, heredes pro libitu ita instituere ex eis, qui ex lege coheredes forent, ex illo Deuteronom. cap.* 21, *vers.* 16; *adveneritque dies quo divisurus est hereditatem filiis suis ac si heredem, modo ex filiis illis seu liberis sumpti sunt, institutio libera patri permitteretur*, dit *Selden de succession. in bonis Hæbreor. cap.* 24.

15. Les Hebreux ne pouvoient pas tester de nuit.

Il est vrai que selon le même Auteur au lieu cité, les Hebreux ne pouvoient pas tester pendant la nuit, parce que l'institution d'heritier étoit regardée comme un acte judiciaire que leur Loi ne leur permettoit d'exercer que durant le jour.

16. L'établissement de l'usage des testamens chez les Hebreux, fait comprendre qu'il s'est établi chez les autres nations.

Dès que nous voyons l'usage des Testamens introduit, reçû & établi chez les Hebreux, il n'est pas difficile de connoître de quelle maniere le même usage s'est introduit, & établi parmi les autres Peuples.

17. Durant quel tems les Hebreux demeurerent en Egypte. * *Grotius, Sacy.* * *Calmet.* Les Hebreux peuvent avoir appris aux Egyptiens l'usage des testamens.

Nous apprenons de l'Ecriture Sainte que les Hebreux demeurerent en Egypte pendant cent dix ans, selon l'explication que certains Interprétes * ont donné au *chap.* 12, *v.* 40. *de l'Exode*, ou cent quinze ans selon d'autres *. Les Egyptiens ont appris des Hebreux à user de la faculté de tester & de disposer de leurs biens, s'ils ne l'avoient déja appris de leurs ancêtres descendans de Cham, qui l'avoit appris de Noé son pere.

18. Les Législateurs

Comme les Egyptiens étoient les Peuples les mieux policez

de toute ancienneté, lorsque les Grecs se firent des Loix, après s'être rassemblez dans des Villes, ainsi que le rapporte *Plutarque dans la vie de Thesée*, leurs Législateurs qui avoient voyagé en Egypte, & conferé avec les Sages de ce Royaume, en emprunterent les principales Loix, & leurs usages les plus utiles. Aussi voit-on l'usage des Testamens reçu à Lacedemone, à Athenes & dans les autres Villes de la Grece.

Les Loix de la Grece peuvent en avoir emprunté l'usage des Egyptiens.

On voit dans Tite-Live, & dans les autres Historiens Romains, que le Peuple de Rome, n'ayant point de Loix suffisantes pour les regler, envoyerent environ trois cens ans après la fondation de leur Ville, plusieurs Députez à Athenes, & que sur leurs mémoires la Loi des douze Tables, qui parle nommément des Testamens, fut dressée, reçuë & autorisée par le Peuple Romain. On peut même conjecturer de ce que Tite-Live rapporte au liv. 1 de son Histoire, que Procas avoit legué le Royaume d'Albe à son fils Numitor, que l'usage des Testamens étoit reçu chez les Romains dès la fondation de Rome, & par conséquent avant la Loi des douze Tables.

19. Loix des Romains empruntées des Grecs.

Loi des douze Tables qui parle des testamens.

L'usage des testamens reçû avant la fondation de Rome.

Les fragmens de cette Loi qui nous ont été conservez par plusieurs Sçavans, portent au §. 14 du titre *de jure privato*: *Pater familias, uti legassit super familia pecuniaque sua, ita jus esto.* Il en est encore fait mention dans la Loi 120, *ff. de verbor. signif.* & dans plusieurs autres textes du Droit Romain.

20. De la faculté de tester suivant la Loi des douze Tables.

Comme les Romains devinrent dans la suite des tems les maîtres des trois parties du Monde connu, & qu'ils obligerent les Peuples vaincus à suivre la Loi du Vainqueur, l'usage des testamens auroit pû s'introduire presque dans tout l'Univers de cette maniere, s'il n'y avoit été reçû auparavant. Aussi n'y a-t'il point de Nations policées, du nombre de celles où les Particuliers ont conservé la proprieté des biens par eux possedez, qui n'ayent reçû l'usage des testamens, & de disposer de leurs biens de cette maniere: *Corvinus in enarratione codicis, tit. de testamentis. Apud enim omnes gentes semper in usu fuit testamenti factio*, comme dit *Vesembeck* dans ses Paratit. sur le digeste, titre *de testamentis & qui testam. fac. possunt, num.* 8. Les testamens ont été pareillement reçus dans les Gaules, comme le prouvent quelques anciens monumens qui nous restent, particulierement les Formules du Moine Marculphe, & ce que nous apprennent Gregoire de Tours dans son Histoire, & les Capitulaires de Charlemagne: Mais on n'a pas une connoissance assez exacte du tems auquel ils furent introduits.

21. Les Romains devenus maîtres des trois parties du Monde, purent y introduire l'usage des testamens.

Usage des testamens reçu dans toutes les Nations.

Usage des testamens dans les Gaules.

22. Difference parmi les Nations sur l'étenduë du pouvoir de disposer.

Mais toutes les Nations n'ont pas usé du pouvoir de disposer des biens avec la même étenduë. Avant la Loi de Moïse les Hebreux qui n'avoient point d'enfans pouvoient faire testament & instituer un heritier étranger au préjudice des parens collateraux, comme le remarque *Selden de succeſſ. in bon. Hæbreor. cap.* 24. Depuis la Loi de Moïse la faculté de tester étoit bornée à la distribution des biens ou à un simple droit d'élire un des parens du nombre de ceux qui auroient dû recueillir la succession *ab inteſtat.* Les enfans ne pouvoient pas être exherédez, ils étoient même heritiers néceſſaires de leur pere, & ils ne pouvoient pas être reçûs à s'abstenir de son herédité : *Joachim Stephani de Juriſdictione, lib.* 1, *cap.* 10, *num.* 35 *& ſuivans*, ou comme dit *Selden* au lieu cité, *nemo poteſt alium inſtituere præter eum qui ex eis eſt, ad quos hereditas jure communi ſpectat, nec hereditatem ab herede funditùs tollere nempè ad eum qui hæres omninò non eſt, transferre.*

Chez les Hebreux.

Les enfans ne pouvoient pas être exherédez.

Ils ne pouvoient pas s'abstenir de l'herédité de leur pere.

23. Des Lacedemoniens.

Les Lacedemoniens avoient la liberté d'instituer toutes sortes de personnes, même étrangeres, au préjudice & sans faire mention de leurs enfans. *Joachim Stephani*, au lieu cité, *num.* 39. *Alexander ab Alexandro, Gen. dier. lib.* 6, *cap.* 10.

24. Des Atheniens.

Les Atheniens ne pouvoient pas tester en faveur des étrangers, quand ils avoient des enfans, de la conduite desquels ils n'avoient pas lieu de se plaindre; mais ils avoient la liberté de retrancher leurs enfans désobéïssans & réfractaires, du nombre de leurs successeurs, & les priver de tout droit de succeder, selon la remarque du même *Joachim Stephani, n.* 40, & d'*Alexander ab Alexandro* au lieu cité, après *Demoſthenes in orat. contr. Stephan.*

25. Des Romains.

* *Inſtit. de exh. liber. in princ.*

Droit ancien.

Chez les Romains * par leur ancien droit les enfans qui étoient en la puissance du Testateur, devoient être instituez ou exheredez; mais ceux qui étoient émancipez étoient regardez comme étrangers, parce qu'ils n'avoient plus la capacité de succeder qui dépendoit du lien civil de la puissance paternelle, il en étoit de même des filles & des descendans par fille.

26. Du droit du Preteur chez les Romains.

* §. *Emancipatos inſtit. eod.*

Par le droit moyen * le Préteur accordoit aux enfans émancipez, aux filles & à leurs descendans le droit de demander la possession des biens, tout comme s'ils n'avoient pas été émancipez.

27. Du droit des Novelles de l'Empereur Justinien.

Mais par le droit des Novelles, non-seulement il est néceſſaire que les enfans mâles ou femelles, émancipez ou non, soient instituez *in re certâ;* mais encore ils ne peuvent être exherédez, que pour quelqu'une des quatorze causes exprimées dans la *Novelle* 115 *de l'Empereur Juſtinien*; autrement le testament est nul, quant

à

à l'inſtitution. Comme cette matiere eſt d'un uſage journalier encore aujourd'hui, on l'expliquera avec plus de détail dans le lieu qui lui eſt propre.

28. Si l'origine des teſtamens doit être rapportée au Droit des Gens ou au Droit Civil.

Des réflexions que nous avons faites ci-deſſus, réſulte la déciſion bien nette d'une grande queſtion agitée par les Interprétes, & ſur laquelle il s'eſt formé quatre opinions differentes. Si l'origine des Teſtamens doit être rapportée au Droit des Gens, ou au Droit Civil; car s'il eſt vrai, comme on ne peut pas le révoquer en doute, que l'uſage de diſpoſer par Teſtament ait été reçu, tandis que l'on n'avoit d'autre Loi, que celle de la nature, il n'eſt pas poſſible d'en attribuer l'origine au Droit Civil. C'eſt auſſi le ſentiment des meilleurs Interprétes, & notamment de *Theophile ſur le* §. 1. *aux inſtit. de jure natur. Gentium & Civili*, & de *Veſembeck*, au lieu ci-deſſus cité, que le droit de faire Teſtament dérive du Droit des Gens.

29. Les Reglemens ſur la forme des teſtamens, la capacité active ou paſſive, & les autres conditions ſont du Droit Civil.

Mais on doit rapporter au Droit Civil les Reglemens qui ont été faits ſur la forme, la ſolemnité des Teſtamens, la capacité active ou paſſive, & les autres conditions qui ſont néceſſaires pour rendre efficaces les diſpoſitions teſtamentaires. Pour un plus grand éclairciſſement de cette queſtion fameuſe, on peut voir ce qu'en a écrit *Vaſquius de Succeſſ.* §. 1, *in princ. & n.* 1, où les differentes opinions des Auteurs ſont rapportées, *le Préſident Faber, de error. pragmat. decad. 36, error.* 2, & les autres Auteurs rapportez par *Gonſalez* ſur le chap. *relatum* 11, *extrà de Teſtam.*

30. Queſtions agitées ur les teſtamens.

Si la faculté de teſter peut être bornée.

Si l'on peut impoſer des formalitez qui ne ſoient pas du Droit des Gens.

Les Interprétes du Droit Civil examinent la queſtion ſur l'origine des Teſtamens, pour décider d'autres difficultez qu'ils agitent, & qui conſiſtent à ſçavoir, ſi l'on a pû faire des Loix pour borner la faculté de teſter à certaines perſonnes, ſi l'on a pû l'interdire à d'autres, ſi l'on a pû exiger pour la validité des Teſtamens de plus grandes formalitez que celles du Droit des Gens, & pluſieurs autres ſemblables; mais on peut dire que cette diſcuſſion eſt indiſcrete; car quoique l'origine des Teſtamens ſoit du Droit des Gens, rien n'empêche que ceux qui ont la puiſſance légiſlative n'ayent pû faire les Reglemens qu'ils ont crû néceſſaires ſur la faculté de teſter, & ſur la forme des Teſtamens, parce que ces Reglemens n'ont pour objet que le bon gouvernement des Citoyens.

CHAPITRE II.

Définition, diviſion, & differentes eſpeces des Teſtamens.

SOMMAIRE.

1. *Définition ou deſcription du Teſtament.*
La volonté eſt la baſe du Teſtament.
Volonté diſpoſitive & non ſimplement énonciative.
2. *La volonté doit avoir ſon principe dans l'eſprit du Teſtateur, ou avoir été adoptée librement.*
Ne doit pas dépendre de l'arbitre d'autrui.
Sans dol, captation, ſugeſtion.
Les prieres ni les offices n'excluent pas la liberté de la volonté.
3. *La diſpoſition doit être revêtuë des formalitez de Droit.*
L'exécution du Teſtament ne doit ſe faire qu'après la mort du Teſtateur.
Faculté de révoquer & changer les Teſtamens.
Après la mort le Teſtament eſt une Loi domeſtique.
4. Teſtamentum eſt teſtatio mentis.
La ſolemnité y eſt néceſſaire.
5. *Auteurs qui ont critiqué la définition du Teſtament donnée par la Loi.*
Que cette critique eſt mal fondée.
6. *Deux ſortes de Teſtamens pratiquez par les anciens Romains.*
Calatis comitiis.
In procinctu.
7. *Forme du Teſtament* calatis comitiis.
8. *La forme du Teſtament* in procinctu *eſt inconnuë.*
9. *Abrogation de ces deux eſpeces de Teſtamens.*
Teſtamens per æs & libram *mis à leur place.*
10. *Inconveniens des Teſtamens* per æs & libram.
Précautions pour obvier à ces inconveniens.
11. *Nouvelle forme de Teſtament introduite par le Préteur.*
Sceau des Témoins au nombre de 7.
12. *Augmentation des formalitez du Teſtament par les conſtitutions des Empereurs.*
Signature du Teſtateur & des Témoins.
13. *Du Teſtament nuncupatif introduit par les Empereurs.*
14. *Du Teſtament Militaire.*
15. *Deux ſortes de Teſtamens paganiques, retenuës par le dernier uſage des Romains.*

Teſtament écrit ou ſolemnel.
Teſtament nuncupatif.
Troiſiéme eſpece de Teſtament Militaire.
Huit autres manieres de diſpoſer par Teſtament retenuës par le Droit nouveau.
Enumeration de ces huit ſortes de Teſtamens.
Du Teſtament en faveur de la cauſe pie.

LE Juriſconſulte Modeſtinus rapporte dans la Loi 1, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* une définition ou du moins une deſcription très-exacte du Teſtament. *Teſtamentum eſt voluntatis noſtræ juſta ſententia, de eo quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.* Le mot *voluntatis* indique que la volonté du Teſtateur doit être la baſe & le fondement de la diſpoſition; & qu'il faut qu'elle ſoit conçuë non en termes ſimplement énonciatifs, mais en termes diſpoſitifs, *in teſtamento pagani.* C'eſt ainſi que l'ont penſé les anciens Juriſconſultes avant *Juſtinien*, comme le prouve *l'Epitre* 10, *du livre* 4 *de Pline le jeune; la Loi* 72, *§. dernier, de condit. & demonſtrat.* & la Loi 7, *cod. de teſtam. milit.* le décident de même.

1. Définition ou deſcription du Teſtament.

La volonté eſt la baſe du teſtament.

Volonté diſpoſitive & non ſimplement énonciative.

Le mot *noſtræ* indique que la volonté doit avoir ſon principe dans l'eſprit du Teſtateur ou avoir été adoptée librement, quand on lui en a fait naître l'idée; que c'eſt lui qui doit ordonner; elle ne doit donc pas dépendre de l'arbitre d'autrui, *L.* 32. *ff. de hered. inſtit.* ni être extorquée par crainte ou violence. *L.* 1. *cod. ſi quis aliq. teſtar. prohib.* ni être ſurpriſe par dol, fraude, & par des ſuggeſtions artificieuſes, *vel novercalibus delinimentis, L.* 4, *ff. de inoff. teſtam.* ce qui n'exclut pourtant pas les prieres ni les bons offices dans la vûë de meriter la liberalité. *Leg. ult. cod. ſi quis aliq. teſtar. prohib. & leg.* 70, *ff. de hered. inſtit.*

2. La volonté doit avoir ſon principe dans l'eſprit du Teſtateur, ou avoir été adoptée librement.

Ne doit pas dépendre de l'arbitre d'autrui.

Sans dol, captation, ſuggeſtion.

Les prieres ni les offices n'excluent pas la liberté de la volonté.

Les paroles *juſta ſententia*, donnent à entendre que la diſpoſition doit être revêtuë des formalitez de Droit pour être valable, *L.* 1. *ff. de injuſto rupto*, parce que ce n'eſt que ſous cette condition que la Loi permet la diſpoſition, comme nous le montrerons dans la ſection I. de ce chapitre, nombre 2, & dans le chapitre 7, nombre 3, & ſuivans; & les mots *de eo quod quis poſt mortem ſuam fieri velit*, nous apprennent que le Teſtament n'eſt fait que pour être exécuté après la mort du Teſtateur, & qu'il a la liberté de le changer pendant ſa vie & juſqu'au dernier ſoupir, *L.* 4, *ff. de adimendis Leg. ubi enim teſtamentum eſt, mors neceſſe eſt intercedat Teſtatoris. Teſtamentum enim in mortuis confirmatum eſt alioqui nondum valet dum vivit qui teſtatus eſt*, ſelon les expreſſions de Saint Paul dans ſon Epître aux Hebreux, chap. 9,

3. La diſpoſition doit être revêtuë des formalitez de Droit.

L'exécution du teſtament ne doit ſe faire qu'après la mort du Teſtateur.

Faculté de révoquer & changer les teſtamens.

verſ. 16 &17. Mais après la mort du Teſtateur, le Teſtament eſt regardé comme une Loi domeſtique. *Diſponat Teſtator & erit lex. Novell. 22, cap. 2* : ou ſelon les paroles de la Loi 1, *cod. de Sacro Sanctis Eccleſ. nihil eſt quod magis hominibus debeatur, quam ut ſupremæ voluntatis poſtquam jam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus & licitum, quod iterum non redit arbitrium.*

Après la mort le teſtament eſt une loi domeſtique.

4. *Teſtamentum eſt teſtatio mentis.*

L'Empereur Juſtinien nous fait obſerver dans ſes *Inſtitutes, tit. de teſtam. ordin. in principio*, que le Teſtament eſt ainſi appellé, parce qu'il eſt une eſpece de témoignage de notre volonté. *Teſtamentum ex eo appellatur quod teſtatio mentis ſit.* Et le Juriſconſulte Ulpien dans ſes Fragmens, *tit. 20, in principio*, dit, *teſtamentum eſt mentis noſtræ juſta conteſtatio, in id ſolemniter factum, ut poſt mortem noſtram valeat.*

La ſolemnité y eſt néceſſaire.

5. Auteurs qui ont critiqué la définition du teſtament donnée par la Loi.

Quelques Interprétes, & entr'autres *Accurſe*, ont prétendu que la définition du Teſtament rapportée dans la Loi 1, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* n'étoit pas exacte, ſous prétexte qu'il n'y eſt pas fait mention de l'inſtitution de l'heritier, qui eſt la baſe & le fondement du Teſtament; mais cette critique ne paroît pas fondée; car on ne doit pas faire entrer dans la définition d'une choſe les formalitez qui ſont néceſſaires pour la faire valoir; il eſt vrai que l'inſtitution d'heritier eſt eſſentielle; mais la volonté n'a pas moins pour objet les liberalitez particulieres que les inſtitutions generales; & d'ailleurs, les termes *de eo quod quis poſt mortem ſuam fieri velit*, comprennent toutes ſortes de diſpoſitions generales, particulieres, conditions, charges, modes, & autres, que le Teſtateur ordonne pour être exécutées après ſa mort.

Que cette critique eſt mal fondée.

6. Deux ſortes de teſtamens pratiquez par les anciens Romains.

L'Empereur Juſtinien dans ſes Inſtitutes *de teſtam. ordin. §.* 1, nous apprend que les anciens Romains pratiquoient deux ſortes de Teſtamens: L'un étoit en uſage durant la paix, c'étoit par ce genre de Teſtament que ceux qu'ils appelloient *Pagani* diſpoſoient de leurs biens, & l'autre étoit propre aux Soldats. *Olim quidem duo genera teſtamentorum in uſu fuiſſe, quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant. Altero cum in prælium exituri eſſent quod procinctum dicebatur.*

Calatis comitiis

In procinctu.

7. Forme du teſtament *Calatis comitiis.*

La forme du Teſtament qui ſe faiſoit *calatis comitiis* eſt expliquée par Theophile, ancien Interpréte des Inſtitutes ſur le *§. 1, de teſtament. ordin.* en ces termes: *Teſtamentum calatis comitiis tempore pacis fiebat bis in anno hunc in modum. Præco univerſam circumibat civitatem conclamans, & totus populus congregabatur, & ita qui volebat teſte populo teſtamentum ſcribebat*, & le Teſtateur prioit les Romains qui aſſiſtoient à ſon Teſtament de l'ap-

prouver & d'en maintenir l'exécution, comme l'ont remarqué quelques Interprétes.

La forme du Teſtament *in procinctu*, comme parlent *Ulpien dans ſes Fragmens, tit. 20, §. 1, & A. Gellius noct. attic. lib. 15, c. 27,* eſt entierement ignorée; auſſi n'eſt-ce pas une choſe fort importante; tout ce que nous en ſçavons, eſt que le Teſtateur déclaroit ſa volonté en preſence des autres ſoldats.

8. La forme du teſtament *in procinctu* eſt inconnuë.

Tandis que ces deux eſpeces de Teſtament étoient en uſage, il arrivoit ſouvent que l'on mouroit *ab inteſtat*, ſoit à cauſe des maladies dont on étoit attaqué, qui empêchoient qu'on ne pût ſe preſenter devant le Peuple, ſoit parce que les aſſemblées ne ſe faiſoient que deux fois l'an, ſoit enfin parce qu'en tems de paix le Teſtament *in procinctu* ne pouvoit pas être pratiqué. Voilà pourquoi ces deux ſortes de Teſtament ceſſerent d'être en uſage, & l'on en introduiſit une autre à ſa place, que l'on appella *per æs & libram*, dont la forme eſt expliquée par le Juriſconſulte *Ulpien* dans ſes Fragmens, tit. 20, §. 1, & par l'Empereut *Juſtinien*, *au §. 1. inſtit. de teſtam. ordin. Acceſſit deinde tertium genus teſtamentorum, quod dicebatur per æs & libram, ſcilicet quod per emancipationem, id eſt imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque teſtibus, & libripende, civibus Romanis, puberibus præſentibus, & eo qui emptor familiæ dicebatur;* & ſelon la remarque de *Theophile*, lorſque le Teſtateur vouloit faire des diſpoſitions particulieres en faveur de quelque perſonne, autre que celui qui étoit l'Acheteur de l'herédité, & par conſéquent l'heritier, il en étoit dreſſé un écrit, qui contenoit tout ce que le Teſtateur ordonnoit pour être exécuté après ſa mort.

9. Abrogation de ces deux eſpeces de teſtamens.

Teſtament *per æs & libram* mis à leur place.

Forme de ce teſtament.

Ayant découvert dans cette eſpece de Teſtament, des inconveniens conſiderables, & notamment en ce que les Acheteurs de l'herédité qui étoient aſſurez de la ſucceſſion, entreprenoient ſouvent ſur la vie des Teſtateurs, on prit la précaution de faire acheter la ſucceſſion au nom d'une tierce perſonne; mais par un écrit ſéparé le Teſtateur prenoit le ſoin de déſigner la perſonne de celui qui devoit lui ſucceder, ſelon l'obſervation de *Theophile*, qui, au rapport de pluſieurs Auteurs, eſt le même que celui auquel l'Empereur Juſtinien confia le ſoin de rédiger les Inſtitutes du Droit Civil, ainſi qu'il eſt expliqué dans le §. 3, *aux inſtit. in pro mio.*

10. Inconveniens du teſtament *per æs & libram.*

Précautions pour obvier à ces inconveniens.

Dans la ſuite le Préteur introduiſit une autre eſpece de Teſtament, qui comme les précedens étoit rédigé par écrit, la vente imaginaire de l'herédité ne fut plus néceſſaire; mais il ſuffiſoit

11. Nouvelle forme de teſtament introduite par le Préteur.

Sceau des Témoins au nombre de sept.

que le Testament fût revêtu du sceau de sept Témoins, formalité qui n'étoit point requise par le Droit Civil, §. 2, *instit. de testam. ordin.*

12. Augmentation des formalitez du testament par les constitutions des Empereurs.

Postérieurement les constitutions des Empereurs donnerent plus de solemnité au Testament écrit qui avoit été introduit par l'Edit du Préteur, & il fut ordonné qu'outre les sceaux des sept Témoins qui devoient assister au Testament, il seroit encore souscrit & signé par le Testateur & par les Témoins en presence du Testateur, & sans divertir à aucun autre acte ce qui est exprimé par les paroles *uno contextu*, §. 3, *instit. de testam. ordin.*

Signature du testament & des Témoins.

13. Du testament nuncupatif introduit par les Empereurs.

Enfin, les Empereurs introduisirent une autre espece de Testament appellé *nuncupatif.* Il n'étoit pas necessaire de le rédiger par écrit; mais il suffisoit que le Testateur déclarât sa volonté en presence de sept Témoins convoquez pour cela. *L. hac consultissima* 21, §. 2, *& L.* 26, *cod. de Testam. & §.* 7, *sed & quidem* 14, *instit. de testam ordin. Si quis*, dit ce dernier texte, *sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis, & sua voluntate coram eis nuncupata, sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili, firmumque constitutum.*

14. Du testament militaire.

On introduisit encore le Testament Militaire en faveur des Soldats. La forme en est prescrite dans le rescrit de l'Empereur Trajan rapporté aux *Instit. de Militari testam. §.* 1, & dans les Loix 1 & 24, *ff. de testam. Milit.*

15. Deux sortes de testamens paganiques retenus par le dernier usage des Romains.

Testament écrit ou solemnel.

Testament nuncupatif.

Troisiéme espece de testament militaire.

Huit autres manieres de disposer par testament retenuës par le droit nouveau.

Enumeration de ces huit sortes de testamens.

On voit par le détail que nous venons de faire, que par l'usage du Droit Romain nouveau, il n'y a proprement que deux sortes de Testamens paganiques; sçavoir, le Testament écrit ou solemnel, & le Testament nuncupatif; & une troisiéme, c'est-à-dire, le Testament Militaire, les autres ayant été abrogées par l'usage, j'entends parler de ceux qui étoient faits *calatis comitiis, in procinctu, per æs & libram*, & de celui qui avoit été introduit par l'Edit du Préteur, ou par le droit honoraire; car il y a huit autres manieres de disposer par Testament, qui étoient autorisées par le Droit Romain nouveau; mais les meilleurs Auteurs n'en ont pas fait des especes differentes ou particulieres; les Loix se sont seulement relâchées sur partie des formalitez à l'égard de certains, & les ont augmentées à l'égard des autres. Tels sont les Testamens *inter liberos;* celui qui étoit fait devant le Prince, *principi oblatum*; celui qui étoit fait devant le Magistrat, *apud acta;* celui qui étoit fait aux champs; le Testament en faveur des successeurs *ab intestat;* celui qui étoit fait en tems de peste; le Testament des aveugles, & celui des personnes qui sont sourdes &

muettes par accident. On ne comprend pas dans ce nombre le Teſtament en faveur de la cauſe pie, parce que le Droit Romain n'avoit rien ſtatué de particulier à cet égard; le privilege de la cauſe pie n'ayant été introduit que par les Interprétes ſur le fondement du Droit Canonique; ils avoient même porté le privilege au-delà des bornes marquées par les textes Canoniques.

Du teſtament en faveur de la cauſe pie.

SECTION PREMIERE.

Differentes eſpeces des Teſtamens ſuivant le Droit Romain nouveau, & de leurs formalitez.

SOMMAIRE.

1. *Quelle eſt la matiere de cette Section.*
De quoi il eſt traité dans la Section III. de ce chapitre.
2. *Les formalitez des Teſtamens ſont comme des conditions attachées à la faculté de teſter.*
3. *Teſtament ſolemnel.*
L'omiſſion de la moindre ſolemnité l'annulle.
4. *L'écriture eſt de l'eſſence de ce Teſtament.*
De quelle main cette écriture peut être faite.
S'il faut qu'il paroiſſe que le Teſtateur a dicté ſes diſpoſitions.
Les Loix défendent de teſter par Procureur ou par le miniſtere d'autrui.
Lorſque le Teſtateur écrivoit le Teſtament, il n'avoit pas beſoin de le ſigner.
S'il falloit faire mention de la lecture.
5. *Le Teſtament peut être écrit par autre, ſoit homme ou femme.*
L'Ecrivain peut être libre ou eſclave.
Le Teſtament peut être écrit ſur du papier ou du parchemin ou autre matiere.
6. *La confirmation ou autenticité de l'Ecriture, conſiſte en quatre choſes.*
Aſſiſtance des Témoins.
Quels ſont ceux qui ne peuvent être Témoins.
Témoins doivent ſigner.
Un ſeul Témoin qui manque ou qui n'eſt pas capable annulle le Teſtament.
7. *Les Témoins doivent être requis & priez.*
Aſſiſter volontairement & non par force.
Aujourd'hui il n'eſt pas néceſſaire que les Témoins ſoient priez.
8. *De l'acte de ſuſcription ſuivant le Droit Romain.*
Addition du huitiéme Témoin

quand le Teſtateur ne ſignoit pas.

Si le Teſtateur qui avoit écrit le corps du Teſtament avoit beſoin de ſigner la partie intérieure ou l'exterieure.

9. *Le nom de l'heritier devoit être écrit de la main du Teſtateur.*

10. *De la ſignature des Témoins & de l'appoſition des ſceaux.*

Si en appoſant le ſeing on devoit exprimer le nom du Teſtateur.

Cette formule n'eſt plus en uſage.

Pourquoi ?

11. *Retranchement des ſeings & des ſceaux par la Novelle de l'Empereur Leon.*

Uſage des ſceaux abrogé.

Néceſſité du ſeing.

Il étoit indifferent que les Témoins ſcellaſſent le teſtament avec leur cachet ou celui d'un autre.

12. *Teſtament devoit être fait* uno contextu.

Quid *ſi un Témoin ſortoit pour quelque néceſſité.*

Le Teſtateur pouvoit écrire ou faire écrire le teſtament en un tems, & faire mettre la ſuſcription en un autre.

Cela n'eſt point changé.

13. *Toutes ces formalitez étoient eſſentielles.*

Teſtament ſolemnel nul ne vaut comme nuncupatif.

Exception.

14. *Le Teſtament eſt bon quoique les Témoins en ignorent le contenu.*

Aujourd'hui ce n'eſt pas par le Droit Romain ; mais par la nouvelle Ordonnance que les formalitez du teſtament ſolemnel doivent être reglées.

15. *Teſtament nuncupatif.*

L'écriture n'y étoit point requiſe ni la ſignature des Temoins.

16. *Forme du Teſtament nuncupatif.*

17. *Toute autre formalité & ſolemnité des paroles eſt retranchee.*

S'il faut que le Teſtateur déclare qu'il veut teſter ſans écriture.

18. *La déclaration de la volonté doit être faite* palàm.

19. *De la qualité des Témoins aux teſtamens nuncupatifs.*

S'ils doivent être priez ſelon le Droit Romain.

20. *La déclaration de la volonté doit être faite* uno contextu.

Le Teſtament eſt nul ſi le Teſtateur déclare une partie de ſa volonté en un tems, & une partie en un autre.

Quid *ſi le Teſtament eſt recommencé & fini.*

21. *Le Teſtament nuncupatif ſans écriture étoit bon.*

Preuve pour la réſomption des Témoins.

Changement fait par la nouvelle Ordonnance.

22. *Si le Teſtament ſeroit nul où le Teſtateur diroit qu'il fait heritier celui qui eſt écrit dans un tel papier.*

Quid *dans un Teſtament écrit & ſolemnel.*

23. *Uſage du Parlement de Toulouſe ſur le Teſtament nuncupatif ſans écriture.*

Changement fait par l'Ordonnance de 1735, toute diſpoſition qui

qui n'eſt que verbale, eſt nulle.

Pour la validité du Teſtament nuncupatif, il faut obſerver les formalitez preſcrites par l'Ordonnance de 1735.

24. *Teſtament militaire.*

25. *L'ignorance des Loix eſt excuſée aux Soldats.*

Les Soldats teſtent comme ils peuvent, & comme ils veulent.

Les Soldats, peres de famille, peuvent teſter militairement de tous leurs biens.

26. *Il eſt neceſſaire qu'il paroiſſe que le Soldat a eu la volonté de diſpoſer.*

27. *La diſpoſition militaire eſt valable de quelque façon qu'elle ſoit faite, pourvû qu'il en conſte.*

Deux Témoins ſuffiſent.

Il doit y avoir une preuve legitime.

28. *Uſage du Parlement de Toulouſe ſur la preuve par Témoins du Teſtament militaire.*

Dérogation à cet uſage par l'Ordonnance de 1735.

On doit obſerver au Teſtament militaire les formalitez preſcrites par cette Ordonnance.

29. *Des autres Teſtamens qui ſont des exceptions de la regle generale.*

30. *Teſtament* inter liberos.

Quatre differens textes qui reglent la formalité des Teſtamens inter liberos.

31. *Ces differens textes doivent être accordez entr'eux pour ce qui n'eſt pas corrigé par les poſterieurs.*

Il ne faut pas confondre les diſpoſitions diverſes dont ils parlent.

32. *Explication de la Loi derniere* cod. famil. erciſc.

Elle eſt de la compoſition de Tribonien.

Diſpoſition de cette Loi telle qu'elle eſt dans le Code de Juſtinien.

33. *Obſervations ſur cette Loi.*

Premiere Obſervation.

34. *Seconde Obſervation.*

35. *Troiſiéme Obſervation.*

36. *Quatriéme Obſervation.*

37. *Cinquiéme Obſervation.*

38. *Sixiéme Obſervation.*

39. *Septiéme Obſervation.*

Diſpoſition de la Loi rapportée au Code Theodoſien.

Et comparaiſon avec la Loi rapportée au Code de Juſtinien.

Si la diſpoſition imparfaite vaut en faveur des enfans illegitimes.

Ou des legitimes.

Les enfans legitimez par reſcrit ſont comparez à ceux qui ſont nez ex legitimo matrimonio.

Si le Teſtament imparfait d'un deſcendant en faveur d'un aſcendant eſt valable.

Quid *s'il y a cinq Témoins.*

40. *Avertiſſement pour connoître les additions faites par Tribonien.*

41. *Texte de la Loi derniere* cod. famil. erciſc.

42. *Texte de la Loi* 21, §. 1, cod. de teſtam.

43. *Cette Loi parle du Teſtament imparfait & non du partage.*

Si elle doit avoir lieu au Teſta-

ment nuncupatif.

44. *L'imperfection dont cette Loi parle, n'eſt qu'une raiſon de la formalité, & non de la volonté.*

45. Quid *ſi le Teſtateur n'a pas pû achever les diſpoſitions* inter liberos.

46. *Texte de la Novelle* 18, *chap.* 7.

47. *Il dit que ſi le pere veut partager ſes biens à ſes enfans, il doit le faire par Teſtament s'il le peut.*

Lequel Teſtament s'entend du parfait.

48. Quid *s'il ne peut pas faire un Teſtament parfait.*

L'écrit du partage doit être ſigné par le pere, ou par tous ſes enfans.

49. *On ne doit pas avoir égard à la diſpoſition qui ne contient pas un détail circonſtancié.*

S'il faut des Témoins lorſque le pere ou tous les enfans ont ſigné.

50. *Preuve qu'il n'a jamais été permis de teſter* inter liberos *par Teſtament nuncupatif imparfait.*

Les peres n'ont que deux moyens pour teſter valablement.

En faiſant un Teſtament parfait, ſolemnel ou nuncupatif.

Ou par un écrit revêtu des formalitez preſcrites par la Nov. 18, chap. 7.

51. *Texte de la Novelle* 107.

52. *Suite.*

53. *Cette Novelle fut faite pour lever les obſcuritez des Loix précedentes.*

C'eſt la ſeule Loi qui doit ſervir de Regle pour les points qu'elle décide.

54. *Ce n'eſt pas dans les Gloſes, ni dans les Auteurs, mais dans le texte même qu'on doit chercher ſon eſprit.*

Diſpoſition du chap. 1.

55. *Suite.*

56. *Suite des diſpoſitions en faveur de la femme ou de quelqu'autre étranger.*

57. *Combien il faut de Témoins pour faire valoir les diſpoſitions en faveur des perſonnes étrangeres mêlées avec les enfans.*

58. *Diſpoſition du chap.* 2 *de la Novelle* 107.

Comment peut être révoqué un premier Teſtament inter liberos *par un ſecond.*

Differentes leçons du texte ſelon les differens Interpretes.

59. *Reſultat du chap.* 2 *de la Novelle* 107.

Un Teſtament même imparfait inter liberos, *ne peut être révoqué que par un autre Teſtament parfait.*

Formalitez neceſſaires afin qu'un premier Teſtament inter liberos *ſoit révoqué par un ſecond.*

La ſimple déclaration que le Teſtateur fait comme il ne veut pas que ſon Teſtament vaille, ſans diſpoſer de nouveau, ne le révoque pas.

60. *Ce que les Auteurs appellent une clauſe dérogatoire n'eſt rien moins que cela.*

61. *Accord des Auteurs qu'il faut*

une révocation ſpeciale, lorſque le ſecond Teſtament eſt en faveur d'autres que des enfans.

Quid *ſi le dernier Teſtament eſt en faveur des enfans tout comme le premier.*

62. *Avis pour la révocation de plein droit.*

Avis contraire qu'il faut une révocation ſpeciale.

63. *Raiſons du premier avis.*

64. *Reſolution qu'il faut une révocation ſpeciale, quoique les enfans ſoient appellez dans le ſecond Teſtament comme dans le premier.*

65. *Confirmation de cette opinion.*

Le Teſtament où il n'y a que cinq Témoins ne vaut que comme derniere volonté en faveur des heritiers ab inteſtat.

66. *Suite.*

67. *Si le Teſtament imparfait entre enfans eſt révoqué par un ſecond Teſtament auſſi imparfait entre enfans.*

Raiſons pour l'affirmative.

68. *Reſolution pour la negative.*

69. *Réponſe aux raiſons de l'opinion contraire.*

70. *Suite.*

Il n'eſt point vrai que les peres ayent la liberté comme les Soldats de teſter comme ils peuvent & comme ils veulent.

La validité des ſecondes diſpoſitions des peres dépend de l'accompliſſement des formalitez que les Loix exigent.

71. *La Loi ne permet aux peres de faire une ſeconde diſpoſition qu'en y obſervant certaines formalitez.*

72. *La Loi parle indiſtinctement, ſoit que les enfans concourent entr'eux, ſoit qu'ils concourent avec des étrangers.*

73. *Chap. 3 de la Novelle* 107.

Du partage du pere entre ſes enfans.

74. *Conditions neceſſaires afin que les Teſtamens* inter liberos, *ou les partages des biens des peres vaillent.*

75. *Premiere condition.*

76. *Seconde condition.*

77. *Troiſiéme condition.*

78. *Quatriéme condition.*

Si le ſeing eſt neceſſaire quand le Teſtateur écrit le corps de la diſpoſition.

79. *Les mêmes conditions doivent être obſervées pour la validité des legs fideicommis faits à la femme ou aux perſonnes étrangeres.*

Il doit de plus y avoir cinq Témoins.

80. *Lorſque le pere n'a pas écrit le partage, il doit le ſigner ou le faire ſigner par tous ſes enfans.*

81. *S'il faut quelqu'autre choſe que la ſignature du pere ou des enfans.*

82. *Il faut qu'il paroiſſe par le ſeing ou par quelque mot écrit de la main du pere qu'il a conſenti au partage ſigné par les enfans.*

83. *Outre le ſeing du pere, il faut qu'il écrive la datte, le*

nom des enfans ; & les biens qu'il laisse à un chacun.

84. *Si la Novelle* 119 *a abrogé ces formalitez ou précautions.*

85. *Réflexions de l'Auteur sur la varieté & la contrarieté de l'opinion des Auteurs sur les dispositions* inter liberos.

86. *Aujourd'hui il faut suivre les formalitez de l'Ordonnance de* 1735 *dans les dispositions* inter liberos.

87. *Testament en faveur des successeurs* ab intestat.

La Loi hac consultissima, §. 3, cod. de testam. *est abrogée par la nouvelle Ordonnance.*

Elle n'admet d'autre distinction que celle des Villes & Bourgs murez, avec les Villages pour la signature des Témoins, & non pour leur nombre qui doit être le même partout.

88. *Testament devant le Prince.*

Ou devant le Juge.

89. *Comparaison du Testament fait devant le Prince avec le Testament fait devant le Juge.*

Totum jus in scrinio Principis.

90. *Formalité du Testament devant le Prince ou devant le Juge.*

91. *Le Testament* apud acta *est reçu à Toulouse.*

Il est aussi reçu dans plusieurs Coutumes avec deux Témoins.

Si les Testamens faits devant les Juges doivent être attestez de deux Témoins.

92. *Suite, s'il faut des Témoins au Testament* apud acta.

Resolution qu'il faut suivre ce qui étoit pratiqué avant l'Ordonnance de 1735.

93. *Testamens faits aux Champs.*

94. *Diverses questions agitées par les Interpretes devenuës inutiles par l'Ordonnance de* 1735.

95. *Testament en tems de Peste.*

96. *Quelle étoit la Jurisprudence des Arrêts de certains Parlemens.*

Forme de ces Testamens.

Reglée par l'Ordonnance de 1735.

97. *Testament des aveugles.*

98. *Les aveugles ne peuvent pas faire un Testament solemnel, mais ils doivent tester par nuncupation.*

Deux formes du Testament des aveugles.

Premiere condition pour la validité du Testament de l'aveugle.

99. *Deuxiéme condition.*

100. *Troisiéme condition.*

101. *Quatriéme condition par rapport aux legs fideicommis, & autres dispositions qu'on peut faire par Codicile.*

102. *Deuxiéme forme du Testament des aveugles.*

103. *Au défaut du Tabulaire on doit ajouter un huitiéme Témoin.*

104. *Formalitez des Testamens des aveugles reglées par l'Ordonnance de* 1735.

105. *Testament des sourds & muets par accident.*

106. *Le sourd & muet par accident & qui sçait écrire peut tester.*

107. *Le ſourd ſans être muet peut teſter & diſpoſer à cauſe de mort.*

108. *Le muet par accident ſans être ſourd peut diſpoſer par écrit.*

109. *Forme du Teſtament du muet qui ſçait écrire.*

Diſpoſition de l'Ordonnance de 1735 ſur le Teſtament du muet qui ſçait écrire.

110. *Teſtament en faveur de la cauſe pie.*

Sentiment des Auteurs ſur le Teſtament en faveur de la cauſe pie.

Clauſe dérogatoire tacite ſous-entenduë dans ce Teſtament.

111. *Le privilege de la cauſe pie étoit contraire au Droit Romain.*

112. *Diſpoſition du Droit canonique ſur la formalité des Teſtamens.*

113. *La cauſe pie n'avoit point de privilege qui ne fût communiqué aux Particuliers.*

114. *Les Loix canoniques pour ce qui regarde le temporel ne doivent avoir lieu que dans les Etats du Pape.*

La Juriſdiction de l'Egliſe eſt bornée au ſeul ſpirituel.

115. *La nouvelle Ordonnance aſſujettit la cauſe pie aux formalitez ordinaires entre étrangers.*

Les diſpoſitions en faveur de la cauſe pie ne ſeront bonnes qu'autant que les Teſtamens ſe trouveront revêtus des formalitez requiſes jure communi.

116. *Les Auteurs Coutumiers ſont moins favorables à la cauſe pie que les Interpretes du Droit Romain.*

NOUS nous contenterons de rapporter dans cet endroit les formalitez que le Droit Romain exige pour la validité de chacun des teſtamens dont nous avons parlé ; nous parlerons dans la Section III. de ce chapitre, des teſtamens dont l'uſage a été introduit ou retenu par les Ordonnances du Royaume.

1. Quelle eſt la matiere de cette ſection.

Qu'eſt-ce qui doit être traité dans la Sect. III. de ce chapitre.

Selon la judicieuſe remarque d'un Auteur moderne, la Loi, en permettant l'uſage des teſtamens, a élevé la volonté de l'homme au-deſſus des établiſſemens qu'elle avoit faits pour regler la forme des ſucceſſions legitimes, en lui donnant la liberté de diſpoſer de ſes biens juſqu'au dernier moment de ſa vie ſuivant ſes differentes inclinations, & d'y appeller les étrangers, même préferablement aux proches parens. Elle a voulu lui laiſſer, par ce moyen, le pouvoir de tenir dans la ſoumiſſion ceux, qui par l'ordre du ſang, ſont appellez à ſa ſucceſſion, & de s'acquerir les cœurs des autres qui n'y pouvoient rien prétendre, & néanmoins les Loix n'ont pas voulu entierement abandonner leur empire ; car en ſe montrant indulgentes en un point aux volontez des

2. Les formalitez des Teſtamens ſont comme des conditions attachées à la faculté de teſter.

hommes ; en leur donnant une espece de puissance legislative ; & la faculté de déroger à la Loi publique sur les successions *ab intestat*, elles ont voulu les tenir assujettis en un autre point, en prescrivant des bornes à cette puissance, & en leur imposant des conditions & des formalitez ausquelles elles les ont indispensablement attachez. De-là ont pris leur origine toutes les solemnitez que les Loix ont prescrites, desquelles elles veulent que les testamens soient revêtus, à peine de nullité, & dont les Testateurs ne peuvent se dispenser, en y dérogeant ou autrement, *l.* 55, *ff. de Leg.* 1, d'autant qu'elles sont introduites pour un bien public, plutôt qu'en leur faveur particuliere.

3. Testament solemnel.

A commencer par le testament solemnel, la Loi exige deux choses. 1°. L'écriture. 2°. La confirmation de cette écriture, & pour cela elle a introduit plusieurs formalitez qui sont toutes essentielles ; si bien que l'omission de la moindre suffit pour annuller le testament.

L'omission de la moindre solemnité l'annulle.

4. L'écriture est de l'essence de ce Testament.

L'écriture est de l'essence de ce testament, *l. hac consultissima* 21 *in princ. & §.* 1, *cod. de testam.* cette écriture peut être faite de la main du Testateur ou de quelqu'autre personne, *l.* 21 ; mais il faut qu'il paroisse que le Testateur en a dicté le contenu, *Leg.* 2, *§. si consulto* 7, *ff. de bonor. poss. sec. tab. Leg.* 28, *ff. qui testam. fac. poss. l.* 21, *versic. in omnibus*, & la Novelle de Theodose & de Valentinien *de testamentis*, d'où ce dernier texte a été tiré, ou du moins il est necessaire qu'il n'y ait point de preuve, ni de circonstance qui puisse faire présumer que le Testateur n'a pas dicté sa volonté à l'Ecrivain ; car ce seroit alors, non la volonté du Testateur, de laquelle dépend la force & l'efficace du testament, mais celle de l'Ecrivain, *quemadmodum non potest (petere bonorum possessionem secundum tabulas) qui heres scriptus est, non consulto testatore*, dit la Loi 2, *§.* 7, ff. *de bonor. possess. secund. tab.* & ce seroit en quelque façon tester par Procureur, ce que les Loix ne permettent pas ; puisqu'elles n'ont aucun égard aux dispositions qui dépendent de la volonté d'autrui, *l.* 32, *ff. de hered. instit.* Si le Testateur avoit écrit lui-même le Testament, il n'avoit pas besoin de signer la partie interieure, mais il devoit la signer si un autre l'avoit écrite ; c'est ainsi que l'usage avoit interpreté avant l'Ordonnance de 1735, la Loi 21, *cod. de testam.* quoiqu'elle ne parle de la signature du Testateur que par rapport à la partie exterieure du Testament : mais il n'étoit pas necessaire que le testament fit mention ni dans la partie interieure, ni dans l'exterieure, que le Testateur l'avoit lû, la Loi n'exigeant pas cette formalité, qui doit

De quelle main cette écriture peut être faite.

S'il faut qu'il paroisse que le Testateur a dicté ses dispositions.

Les Loix défendent de tester par Procureur ou par le ministere d'autrui.

Lorsque le Testateur écrivoit le Testament il n'avoit pas besoin de le signer.

S'il falloit faire mention de la lecture.

quand c'est un ami qui a écrit le testament il faut que le testament fasse mention que le testateur l'a lû henry tom. 1. liv. 11. quest. 1. loix civiles de domat tom. 3. ed. in 4°. part. 12. liv. 3. sect. 3. art. 17. aux notes p. 339. godefroid sur la loy 21. cod. de testam. autrement le testateur ne feroit pas certain de sa disposition

être préſumée dès que le contraire n'eſt pas juſtifié, comme le remarque Me. *Claude Henris, tom.* 1, *liv.* 1, *queſt.* 73, *de la nouvelle édition.*

5.
Le Teſtament peut être écrit par autre ſoit homme ou femme.

Peu importe que l'Ecrivain ſoit mâle ou femelle; car la Loi n'exclut pas les femmes de la liberté de prêter leur miniſtere pour écrire les Teſtamens d'autrui: La Loi 6, §. 3, & la Loi 15, §. 5, *ff. de Leg. Cornel. de Falſis*, prouvent au-contraire, que les femmes avoient cette liberté. Il n'importe pas non plus, que l'Ecrivain ſoit libre ou eſclave même d'autrui, pourvu que l'eſclave ait fait l'écrit *juſſu teſtatoris*, *l.* 28, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Enfin il eſt indifferent que le teſtament ſoit écrit ſur du papier ou ſur du parchemin ou ſur quelqu'autre matiere, §. *nihil* 12, *inſtit. de teſtam. ordin.* Voilà pour ce qui concerne l'Ecriture.

L'Ecrivain peut être libre ou eſclave.

Le Teſtament peut être écrit ſur du Papier ou du parchemin, ouautre matiere.

A l'égard de la confirmation ou de l'autenticité de l'écriture, elle conſiſte en quatre choſes eſſentielles.

6.
La confirmation ou autenticité de l'écriture conſiſte en 4 choſes.

1°. En l'aſſiſtance de ſept témoins, qui doivent être Citoyens Romains mâles, & puberes, *l. hac conſultiſſima* 21, *cod. de teſtam. & integri ſtatus*; car ni les femmes, ni les eſclaves, ni les impuberes, ni les furieux ou imbeciles, ni ceux à qui l'adminiſtration de leurs biens a été interdite, ni le ſourd, ni le muet, ni ceux qui ont été repris, & condamnez par Juſtice, & qui ont encouru quelque note d'infamie, ne peuvent pas être témoins aux teſtamens, §. *teſtes* 6, *inſtit. de teſtam. ordin.* ces témoins doivent encore ſçavoir écrire, parce qu'ils doivent ſigner le teſtament, *l.* 21, *& l. ult. cod. de teſtam.* que ſi un ſeul du nombre de ſept témoins manque, ou s'il n'eſt pas de la qualité requiſe, le teſtament eſt nul, *l.* 12, *cod. de teſtam.*

1. Aſſiſtance de ſept témoins.

Quels ſont ceux qui ne peuvent être témoins.

Témoins doivent ſigner.

Un ſeul témoin qui manque ou qui n'eſt pas capable annulle le Teſtament.

Il falloit de plus que les témoins fuſſent requis & priez pour aſſiſter à la faction du Teſtament, *l.* 21, *cod. de teſtam. & l.* 21, §. *in teſtamentis* 2, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* comme auſſi qu'ils aſſiſtaſſent volontairement, & qu'ils ne fuſſent pas retenus par force, *l.* 20, §. *ult. ff. de teſtam. L'art. 6 de l'Ordon. de* 1735, diſpenſe de la neceſſité de prier les témoins, mais il ne change rien par rapport à l'aſſiſtance volontaire.

7.
Les témoins devoient être requis & priez.

Aſſiſter volontairement & non par force.

Aujourd'hui il n'eſt pas neceſſaire que les témoins ſoient priez.

2°. Que le Teſtateur preſentât aux témoins l'écrit plié ou enveloppé, & qu'il leur déclarât qu'il contenoit ſon Teſtament, qu'il en fût dreſſé un acte écrit ſur la partie exterieure du Teſtament, que le Teſtateur le ſignât s'il ſçavoit écrire, ſinon qu'il ajoutât un huitiéme témoin qui ſignât au nom du Teſtateur, & qu'enſuite le Teſtateur preſentât l'écrit aux témoins pour y appoſer leurs ſceaux & leurs ſeings, *l. hac conſultiſſima* 21, *cod. de*

8.
De l'acte de ſuſcription ſuivant le Droit Romain.

Addition d'un huitiéme témoin quand le Teſtateur ne ſignoit pas.

teſtam. §. 1 ; & §. 3 inſtit. de teſtam. ordin. que ſi le Teſtateur avoit écrit lui-même le corps du Teſtament, il n'étoit pas neceſſaire qu'il ſignât la partie exterieure, tout comme s'il n'avoit pas beſoin de ſigner dans l'interieur, ni d'appeller un huitiéme témoin pour ſigner à ſon nom, *l.* 28, *§.* 1, *cod. de teſtam.* La nouvelle Ordonnance n'a preſque rien changé à cette forme.

Si le Teſtateur qui avoit écrit le corps du Teſtament avoit beſoin de ſigner la partie interieure ou l'exterieure.

9. Si le nom de l'heritier devoit être écrit de la main du Teſtateur.

L'Empereur Juſtinien avoit encore introduit une formalité qui devoit être employée par le Teſtateur, elle conſiſtoit en ce que le nom de l'heritier devoit être écrit de la propre main du Teſtateur, *l. Jubemus* 29, *cod. de teſtam. ordin.* mais il la retrancha dans la ſuite par la *Novelle* 119, *cap.* 9, dont le précis eſt rapporté dans *l'Auth. & non obſervato, cod. de teſtam.*

10. De la ſignature des témoins & de l'appoſition des ſceaux.

3°. Les ſept témoins devoient tous en la preſence & à la vûë du Teſtateur, ſigner de leur main la partie exterieure du Teſtament, & y appoſer chacun ſon ſceau, *l.* 12, *leg.* 21 *in princ. cod. de teſtam. §.* 3, *inſtit. de teſtam. ordin.* & il ne ſuffiſoit pas d'y appoſer le ſceau, ſi à même tems chaque témoin n'y appoſoit ſon ſeing, *Leg.* 22, *§.* 4, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* la Loi 30, *ff. eod.* exige encore que chaque témoin, en appoſant ſon ſeing, exprime en même tems le nom de celui dont il ſouſcrit le Teſtament, *ſingulos teſtes qui in teſtamento adhibentur proprio Chirographo adnotare convenit, quis, ac cujus teſtamentum ſignaverit.* La formule étoit *ego Lucius Titius Caii teſtamentum ſignavi ;* mais cette formule n'eſt plus pratiquée, le témoin ne fait qu'appoſer ſimplement ſon ſeing au bas de l'acte de ſouſcription ; parce que cet acte fait mention du nom du Teſtateur, & de celui des Témoins en preſence deſquels le Teſtament eſt ſouſcrit, ce qui ſupplée ſuffiſamment au Formulaire preſcrit par la Loi.

Si en appoſant le ſeing on devoit exprimer le nom du Teſtateur.

Cette formule n'eſt plus en uſage. Pourquoi.

11. Retranchement des ſeings & des ſceaux par la Novelle de l'Empereur Leon.

Uſage des ſceaux abrogé.

Neceſſité du ſeing.

La Novelle 42 de l'Empereur Leon avoit retranché la formalité des ſeings & des ſceaux des témoins : On a ſuivi en France la diſpoſition de cette Novelle par rapport aux ſceaux dont l'uſage eſt abrogé par la Juriſprudence de toutes les Cours ſuperieures du Royaume ; pour ce qui eſt de la ſignature, on a vû depuis 150 ans des uſages differens dans les Cours ſuperieures. Les unes exigeoient la ſignature, les autres ne l'exigeoient qu'autant qu'elle étoit preſcrite par les Ordonnances d'Orleans & de Blois. Pour connoître ſi cette ſignature étoit neceſſaire, il faut développer un point important de notre Hiſtoire, dont je n'ai vû qu'aucun Auteur ait fait l'application aux Teſtamens. Le Droit Romain exigeoit la ſignature des témoins non-ſeulement dans les Teſtamens, comme les textes ci-deſſus citez le montrent, mais encore dans

les

les autres actes & contrats. La Novelle 73 de l'Empereur Juſtinien, & quelques autres textes en fourniſſent une preuve inconteſtable ; cependant l'uſage de la ſignature des témoins n'étoit point reçu en France par une Coutume qui remonte à l'onziéme ſiécle, comme le remarque *le Pere Mabillon* dans ſon ſçavant Traité *de re diplomatica, l. 2, cap. 22, n. 6,* & c'eſt ce qui a été encore remarqué par *M. Paſquier dans ſes recherches de la France, liv. 4, ch. 13,* par *Loiſeau, des Offices, liv. 2, chap. 4, n. 15,* & pluſieurs autres. Cette Coutume s'étendit même juſqu'à la ſignature des Parties & du Notaire, & l'on ne trouve dans les Actes anciens qu'un ſimple monograme ou ſceau à la place du ſeing du Notaire. Cette coutume qui s'obſerva pendant plus de cinq ſiécles, avoit donc abrogé l'uſage du ſeing manuel dans les Contrats & Teſtamens. Nos Rois s'étant apperçus que cette coutume avoit des inconveniens, y remedierent inſenſiblement, comme nous l'allons expliquer. Premierement, François Premier par ſon *Ordonnance de 1539, art. 173, 174 & 175,* enjoignit aux Notaires de faire des Regiſtres & Protocoles des Actes & Teſtamens qu'ils recevroient, & de ſigner ces Actes & Teſtamens. Charles IX. dans *l'art. 84 de l'Ordonnance d'Orleans* de l'année 1560, enjoignit aux Notaires & Tabellions de faire ſigner aux Parties & aux Témoins inſtrumentaires, s'ils ſçavoient ſigner, tous actes & contrats qu'ils recevroient, à peine de nullité, & s'ils ne ſçavoient ou ne pouvoient ſigner, de faire mention de la cauſe du défaut de ſignature ; *l'art. 165 de l'Ordon. de Blois* de l'année 1579 ordonne la même choſe, & parle nommément des Teſtamens. *L'art. 166 de la même Ordonnance*, veut encore que dans les Païs où il avoit été permis juſqu'alors à un Notaire de recevoir des Actes & Teſtamens avec deux témoins, ledit Notaire, s'il eſt dans une Ville ou gros Bourg, où vrai-ſemblablement on puiſſe avoir des témoins qui ſçachent ſigner, & en cas que la Partie qui s'oblige ne puiſſe ſigner, ſoit tenu d'appeller pour le moins un témoin qui ſçache ſigner, lequel ſignera avec lui la minute. Depuis par la Déclaration du Roi du 19 Novembre 1681, à l'occaſion des fauſſetez qui ſe commettoient dans le Gevaudan, il fut ordonné que lorſque la Partie contractante ne ſçauroit pas ſigner, le Notaire ſeroit tenu d'appeller deux témoins au moins qui ſçuſſent ſigner, & les faire actuellement ſigner auſdits actes, à peine de nullité. La neceſſité de la ſignature des témoins ayant donc été abrogée en France par une coutume qui a été obſervée pendant plus de cinq ſiécles, il eſt clair que le défaut de cette ſignature n'a

pû ni dû être conſideré comme une nullité des Teſtamens, qu'autant qu'elle a été introduite par les Ordonnances d'Orleans & de Blois, & en la forme que ces Ordonnances l'avoient exigé, & non autrement. Le Parlement de Bordeaux s'étoit maintenu dans cet uſage, & ne requeroit la ſignature des témoins que de la maniere que les Ordonnances le preſcrivoient; j'en ai vû une Atteſtation de vingt-trois Avocats de ce Parlement de l'année 1743; mais aujourd'hui l'Ordonnance de 1735 exige la ſignature de tous les témoins teſtamentaires lorſque les Teſtamens ſont faits dans une Ville, ou Bourg fermé; que s'ils ſont faits à la Campagne ou dans des Villages, il ſuffit que parmi le nombre des témoins requis il y en ait deux qui ſignent actuellement; on peut voir les articles 5, 12 & 45. Cependant cette Ordonnance ne doit être exécutée que depuis la publication, & les Teſtamens anterieurs où l'on a obſervé la formalité preſcrite par les Ordonnances d'Orleans & de Blois, doivent être conſiderez comme valables. Mais dans le reſſort du Parlement de Toulouſe, il eſt neceſſaire qu'il y ait au moins deux témoins qui ayent ſigné, lorſque le Teſtateur ne ſçait ou ne peut ſigner, ſuivant la Déclaration du 19 Novembre 1681, qui preſcrit cette formalité pour la validité des actes publics. Il nous paroît d'autant plus indubitable qu'il ſuffit de la ſignature des témoins requiſe par les Ordonnances dans les Teſtamens anterieurs à l'Ordonnance de 1735; qu'indépendamment de la raiſon que nous avons expliquée, il y en a encore une autre également déciſive. Elle eſt priſe de ce que chez les Romains les Teſtamens ſolemnels étoient reçus & écrits par des perſonnes privées, & qui n'avoient pas de caractere pour les rendre autentiques; ce qui avoit lieu, quoique les Teſtamens fuſſent reçus par des Tabellions ou par des Tabulaires; car leurs actes ne faiſoient pas foi par eux-mêmes, & il falloit les faire enregiſtrer dans les Greffes des Juges, & en faire la reconnoiſſance, ſuivant la Loi 18, *cod. de teſtam.* & la Novelle 73, chap. 7, de l'Empereur Juſtinien: De-là vient que quand on faiſoit proceder à l'ouverture des Teſtamens clos, il falloit aſſigner devant le Juge tous les témoins qui ſe trouvoient vivans pour reconnoître leurs ſeings, celui du Teſtateur, & ceux des autres témoins qui étoient décedez, *l. 4, & l. 7, ff. teſtam. quemadmod. aperiantur.* Cela fait voir que l'aſſiſtance des témoins ne pouvoit être prouvée que par leur ſignature, & que c'étoit de cette ſignature que l'acte prenoit toute ſa force. Il n'eſt donc pas ſurprenant que le ſeing de tous les témoins fût requis par les Loix Romaines. Mais nos uſages ſont tout-à-fait differens; car

les Notaires qui reçoivent les Testamens sont des Officiers publics établis par l'autorité du Prince. Leurs actes font une foi publique par eux-mêmes, & sans qu'il soit necessaire d'en faire faire la reconnoissance. Lors donc que ces actes font mention du nom des témoins qui ont été appellez, leur assistance est prouvée par l'acte même indépendamment de leur seing: Voilà pourquoi il suffit que le Testament ou l'Acte de suscription soit signé par le nombre des témoins dont les Ordonnances exigent la signature pour la validité des actes publics, & que les autres ayent été interpellez de signer, comme l'enseignent plusieurs de nos Auteurs François, entr'autres *Bouvot, tom.* 1, *part.* 1, *verb. Notaire, quest.* 2, qui rapporte un Arrêt du Parlement de Dijon du 8 Avril 1615, qui l'a jugé ainsi sur un Testament fait dans le Lyonnois Païs de Droit écrit; *Duval dans ses Institutions au Droit François, liv.* 2, *ch.* 10, *pag.* 366, 367, & *le Brun dans son Procès civil, pag.* 284 *de l'édition de* 1628.

Il étoit indifferent que les témoins scellassent le Testament avec leur propre cachet, ou avec celui de quelqu'autre, *§. possunt. Instit. de testam. ordin.* & *l.* 22, *§. signum* 5, *ff. qui testam. fac. poss.*

Il étoit indifferent que les témoins scellassent le Testament avec leur cachet ou celui d'un autre.

4°. Enfin tout ce que l'on vient de dire devoit être fait *uno contextu*, c'est-à-dire, dans le même tems, tout de suite, & sans divertir à aucun autre acte, *Leg. heredes palam* 21, *§. ult. ff. qui testam. fac. poss. L.* 21, *cod. de testam. & §.* 3, *instit. de testam. ordin.* L'art. 4 de l'Ordonnance de 1735 exige la même formalité; ce qui n'empêche pourtant pas que si le Testateur ou quelqu'un des témoins étoit pressé de quelque necessité, il ne puisse la satisfaire, & même sortir de la chambre pour un instant; mais cela s'entend que les formalitez du Testament doivent être remplies sans interruption pour un tems considerable, & que les témoins demeurent en la presence du Testateur jusques à ce que la formalité de la suscription du Testament soit parachevée & parfaite, *l. cum antiquitas* 28, *cod. de testam. l.* 21, *§. ult. ff. qui testam. fac. poss. leg.* 20, *§.* 8, *ff. eod.* il étoit même permis au Testateur d'écrire ou faire écrire sa volonté en un tems, & ensuite d'y ajouter les formalitez necessaires à l'acte de suscription en un autre tems, & en autre lieu, *l.* 21, *cod. eod.* ce qui n'est point changé.

11.
Testament devoit être fait *uno contextu*.

Quid si un témoin sortoit pour quelque necessité.

Le testateur pouvoit écrire ou faire écrire le Testament en un tems, & faire mettre la suscription en un autre tems.

Cela n'est point changé.

Toutes les formalitez que nous venons d'expliquer, sont si essentiellement necessaires pour la validité du Testament solemnel fait avant la publication de l'Ordonnance de 1735, que si quelqu'une manque il est nul, sans qu'il puisse valoir comme nuncu-

13.
Toutes ces formalitez étoient essentielles.

Testament solemnel nul ne vaut pas comme nuncupatif.

Exception.

patif, dès qu'il paroît que le Testateur a choisi la forme du Testament solemnel, à moins qu'il n'eût déclaré sa volonté en entier en presence des témoins, auquel cas il pourroit valoir comme nuncupatif, *l.* 30, *cod. de testam.*

14. Le Testament est bon, quoique les témoins en ignorent le contenu.

Aujourd'hui ce n'est pas par le Droit Romain, mais par la nouvelle Ordonnance que les formalitez du Testament solemnel doivent être reglées.

Si toutes les formalitez prescrites ont été régulierement observées, le Testament n'en est pas moins bon, quoique les témoins en ignorent le contenu, *l.* 21, *cod. de testam.* ce qui avoit été ordonné de même auparavant dans la Loi 3, *cod.Theod. de testamentis & codicillis;* mais aujourd'hui ce n'est pas par le Droit Romain qu'il faut se regler sur les formalitez requises au Testament solemnel, il faut observer pour les Testamens faits depuis la publication de la nouvelle Ordonnance, celles qu'elle prescrit, à peine de nullité. Nous expliquerons en détail dans la section troisiéme les formalitez que l'Ordonnance exige pour la validité des Testamens solemnels ou mystiques.

15. Testament nuncupatif.

L'écriture n'y étoit point requise.

Ni la signature des témoins.

La forme du Testament nuncupatif n'est pas si solemnelle par le Droit Romain, que celle du Testament par écrit, l'écriture n'y est point requise, *l. hac consultissima, §.* 2, *cod. testam. & §. ult. instit.de testam. ordin.* quoiqu'on puisse l'y employer *probationis causa, l.* 4, *ff. de fide instrumentorum*, ni la signature des témoins, ni les sceaux; mais toutes les autres formalitez lui sont communes avec le Testament écrit & solemnel.

16. Forme du Testament nuncupatif.

Cette forme consiste en ce que le Testateur, après avoir fait assembler sept témoins dans le même tems, & même lieu, doit déclarer sa volonté à ces témoins, de maniere qu'ils l'entendent bien, & ces témoins doivent être de la même qualité que ceux qui sont employez au Testament solemnel, *per nuncupationem quoque, hoc est, sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, quam si septem testes (ut supra dictum est) simul uno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem, ut testamentum sine scripturâ facientis, audierint, l.* 21, *§.* 2, *cod. de testam.*

17. Toute autre formalité & solemnité de paroles est retranchée.

Toute autre formalité, & solemnité de paroles est retranchée, il suffit donc que le Testateur, ou la Testatrice déclarent leur volonté aux sept témoins, c'est-à-dire, qu'ils expliquent le nom des personnes qu'ils veulent gratifier de leurs biens, soit à titre d'institution, de legs, ou de fideicommis, & les autres parties de leur volonté; mais il n'est pas necessaire qu'ils déclarent qu'ils ont fait

S'il faut que le Testateur déclare qu'il veut tester sans écriture.

assembler les témoins pour tester sans écriture. *In testamentis sine scriptis faciendis omnem formalem observationem penitus amputamus, ut postquam septem testes convenerint, satis sit voluntatem testatori vel testatricis, simul omnibus manifestari, significantis ad quos substan-*

tiam ſuam pervenire velit, vel quibus legata dare, vel fideicommiſſa, vel libertates diſponere, etiam ſi non ante hujuſmodi diſpoſitionem prædixerit teſtator, vel teſtatrix, illa formalia verba, ideo eoſdem teſtes conveniſſe, quod ſine ſcriptis ſuam voluntatem, vel teſtamentum componere cenſuit, dit la Loi 26, *cod. de teſtam.*

18. La déclaration de la volonté doit être faite *palam.*

La Loi *heredes* 21, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* veut que la nuncupation, ou déclaration de la volonté du Teſtateur ſoit faite *palam;* ce qui, ſelon la même Loi, ne doit pas être entendu de maniere, que la nuncupation ſoit faite dans un lieu public, ni en preſence du Public, mais ſeulement en preſence des témoins, & de façon qu'ils puiſſent entendre, & qu'ils entendent en effet la volonté du Teſtateur.

19. De la qualité des témoins au Teſtament nuncupatif.

Les témoins doivent non-ſeulement être puberes, mâles, Citoyens Romains, & enfin de la même qualité que ceux du Teſtament écrit; mais encore ils doivent être priez, ce qui ſe collige des paroles de la Loi 21, §. 2, *cod. de teſtam.* où après avoir exigé le nombre de ſept témoins, elle ajoute *ut ſupra dictum eſt*, ce qui renferme une répetition de tout ce qui eſt requis par rapport aux témoins qui doivent aſſiſter au Teſtament ſolemnel: D'ailleurs la Loi 21, §. 2, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* exige que les témoins ſoient priez, *teſtes rogati eſſe debent ut teſtamentum fiat*, ce qui n'eſt plus néceſſaire aujourd'hui.

S'ils doivent être priez ſelon le Droit Romain.

20. La déclaration de la volonté doit être faite *uno contextu.*

Enfin la nuncupation ou déclaration de la volonté du Teſtateur, doit être faite tout de ſuite, ſans interruption, *uno contextu*, *l.* 21, §. 3, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* & ſans divertir à autres actes, *art.* 5 *de l'Ordonnance de* 1735, ce qui néanmoins doit être entendu de la maniere qu'on l'a expliqué en parlant du Teſtament ſolemnel; mais ſi le Teſtateur déclaroit partie de ſa volonté en un tems, partie en un autre, le Teſtament ſeroit nul, s'il y avoit une interruption ou un intervale conſiderable, quoique la déclaration eût été faite en preſence des mêmes témoins; cependant ce ne ſeroit pas une nullité ſelon l'eſprit des Loix, ſi un Teſtateur avoit commencé la nuncupation dans un tems, & en un certain lieu, & qu'enſuite ayant raſſemblé les mêmes témoins ou d'autres dans un autre lieu ou en autre tems, il avoit déclaré en entier ſa volonté, parce qu'alors on ne devroit s'arrêter qu'à la ſeconde nuncupation parfaite, & la premiere imparfaite devroit être regardée comme non advenuë.

Le Teſtament eſt nul, ſi le Teſtateur déclare une partie de ſa volonté en un tems, & une partie dans un autre tems.

Quid ſi le Teſtament eſt recommencé & fini.

21. Le Teſtament nuncupatif ſans écriture étoit bon.

Lorſque toutes ces formalitez étoient remplies, le Teſtament étoit bon & très-efficace, nonobſtant le défaut d'écriture, *hoc perfectiſſimum teſtamentum Jure civili firmumque conſtitutum*, §. *ult.*

Preuve par la réſomption judiciaire.

inſtit. de teſtam. ordin. & il ne reſtoit qu'à en faire la preuve par la réſomption judiciaire des témoins, qui avoient aſſiſté à la nuncupation, & entendu la diſpoſition du Teſtateur; mais cela a été changé par l'art. 1 de l'Ordonnance de 1735.

Changement fait par la nouvelle Ordonnance.

22. Si le Teſtament ſeroit nul où le Teſtateur diroit qu'il fait heritier celui qui eſt écrit dans un tel papier.

Puiſque la nuncupation & la déclaration verbale faite aux témoins, eſt de l'eſſence du Teſtament nuncupatif, on peut en conclure, qu'une diſpoſition par laquelle le Teſtateur déclareroit qu'il inſtituoit pour ſon heritier un tel marqué dans un écrit deſigné par le Teſtateur, la diſpoſition ſeroit nulle, même ſuivant les regles preſcrites par le Droit Romain, parce qu'elle manqueroit par la forme eſſentielle, quoiqu'en ayent pû dire quelques Interpretes qui ont jugé valable un tel Teſtament; mais dans un Teſtament écrit & ſolemnel, le Teſtateur peut valablement ſe referer à une autre écriture faite ou à faire, en diſant par exemple, je veux que celui que j'inſtituerai par un Codicile ſoit mon heritier, *l. aſſe toto* 77, *ff. de hered. inſtit. l.* 38, *ff. de condit. & demonſtr. & l.* 25, *ff. de reb. dub.* parce que la nuncupation n'y eſt pas neceſſaire: & c'eſt à l'égard d'un tel Teſtament qu'on peut admettre la déciſion des Auteurs.

Quid dans un Teſtament écrit & ſolemnel.

23. Uſage du Parlement de Toulouſe ſur le Teſtament nuncupatif ſans écriture.

Le Parlement de Toulouſe avoit toujours ſuivi la diſpoſition du Droit Romain par rapport au Teſtament nuncupatif, & en avoit reçu la preuve teſtimoniale; il avoit encore admis la preuve par témoins des fideicommis, dont on prétendoit que l'heritier avoit été chargé verbalement par le Teſtateur, quoiqu'il n'en fût point parlé dans le Teſtament, & qu'il n'y eût aucun commencement de preuve par écrit, nonobſtant les Ordonnances de Moulins, & de 1667, qui avoient rejetté la preuve teſtimoniale pour les choſes excedant la valeur de cent livres, fondé ſur cette raiſon que les Ordonnances ne parloient, que des contrats & des conventions, & non des diſpoſitions teſtamentaires, qui n'ont rien de commun avec les contrats, *verba contraxerunt, geſſerunt, non pertinent ad jus teſtandi, leg.* 20, *ff. de Reg. Juris.* Mais par l'Ordonnance de 1735, art. 1, cette forme de teſter a été abrogée. Cet article porte, que *toutes les diſpoſitions teſtamentaires, ou à cauſe de mort, de quelque nature qu'elles ſoient, ſeront faites par écrit.* Toutes celles qui ne ſeront faites que verbalement ſont déclarées nulles. Il eſt défendu d'en admettre la preuve par témoins, même ſous prétexte de la modicité de la ſomme dont il auroit été diſpoſé. Des paroles de cet article, il reſulte: 1°. Que toute diſpoſition teſtamentaire, ou à cauſe de mort, doit être par écrit; ce qui comprend l'inſtitution d'heritier, les legs, les fideicommis,

Changement fait par l'Ordonnance de 1735, toute diſpoſition qui n'eſt que verbale eſt nulle.

les donations à cause de mort, & autres de quelqu'espece ou nature qu'elles soient. 2°. Que toutes celles qui ne seront que verbales sont nulles, inefficaces & inutiles, même à l'égard des enfans. 3°. Que non-seulement la preuve par témoins en est défenduë comme inutile, quand même il s'agiroit d'une somme au-dessous de cent livres; mais encore qu'on ne peut pas ordonner le serment de l'heritier pour sçavoir si le Testateur l'a chargé d'un fideicommis ou autre disposition verbale, à cause de la nullité radicale déclarée par l'Ordonnance, qui fait qu'une telle disposition non écrite ne peut pas lier l'heritier ni operer aucun effet, quand même elle seroit constatée par sa confession. Du reste il faut appliquer au Testament nuncupatif la réflexion que nous avons faite ci-dessus en parlant du Testament solemnel; c'est-à-dire, que depuis la publication de l'Ordonnance de 1735, il faut observer les regles qu'elle prescrit, & que nous expliquerons ci-après; car il ne suffiroit pas de garder celles du Droit Romain.

Pour la validité du Testament nuncupatif il faut observer les formalitez prescrites par l'Ordon. de 1735.

Le Testament militaire est la disposition du Soldat occupé aux expéditions militaires, *cum in expeditionibus occupati sunt, instit. de milit. testam.* ou comme dit le §. 3 au même titre, *quatenus militant aut in castris degunt*, ce qui est pareillement déclaré dans les Loix 15 & 17, *cod. de testam. milit.* D'où il s'ensuit que si le Testament du Soldat est fait en autre tems ou en autre lieu, c'est-à-dire, hors du Camp, ou de l'expédition militaire, il ne vaut point *Jure Militari*, & il doit être revêtu des formalitez du Testament paganique.

14. Testament militaire.

Comme l'ignorance des Loix est excusée en la personne du Soldat, ainsi que l'explique l'Empereur Justinien dans ses Institutes *de milit. testam. in princ.* les Legislateurs se sont relâchez sur toute sorte de formalitez par rapport aux dispositions des Soldats, & ils les ont dispensez de toutes les regles; ensorte qu'ils testent selon le Droit Romain, comme ils peuvent & comme ils veulent, par écrit ou sans écrit: *Ut quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta, quomodo volent: Faciant quomodo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris*, L. 1. L. 24, *ff. de testam. milit. L. 15, cod. eod. & instit. de milit. testam. in princ.* & §. 1; mais aujourd'hui l'écriture y est necessaire.

15. L'ignorance des Loix est excusée aux Soldats.

Les Soldats testent comme ils peuvent & comme ils veulent.

Les mots *bonorum suorum*, qui se trouvent dans la Loi, & qui sont indéfinis, ne laissent aucun lieu de douter que les Soldats, peres de famille, ne puissent tester militairement de tous leurs biens de quelque part qu'ils leur soient advenus, de même que

Les Soldats, peres de famille, peuvent tester militairement de tous leurs biens.

de leur pécule caſtrenſe, & leur diſpoſition s'étend ſur tout leur patrimoine, s'ils ne trouvent à propos de la limiter à quelqu'eſpece de biens, comme il leur eſt permis, *L.* 1, *cod. de teſtam. milit.*

26. Il eſt neceſſaire qu'il paroiſſe que le Soldat a eu la volonté de diſpoſer.

Quoique toute volonté du Soldat Teſtateur doive être regardée comme valable & efficace, il faut néanmoins qu'il paroiſſe qu'il a eu une veritable intention de diſpoſer; car ſi un Soldat diſoit en raillant, *je vous fais mon heritier, je vous laiſſe mes biens*, une telle diſpoſition non ſerieuſe ne ſeroit pas valable. *L.* 24, *ff. de teſtam. milit. & §.* 1, *inſtit. de milit. teſtam.*

27. La diſpoſition militaire eſt valable de quelque façon qu'elle ſoit faite, pourvu qu'il en conſte.

De cette regle qui veut que les Soldats teſtent comme ils veulent & comme ils peuvent, *l.* 3, *l.* 15, *cod. de teſtam. milit. l.* 1, *& l.* 24, *ff. eod.* & qu'ils ſont diſpenſez de toute ſorte de formalitez, *inſtit. de milit. teſtam. in princ.* il s'enſuit, que pourvu qu'il conſte de la volonté du Soldat, ou par ſon écriture, ſoit ſur du papier ou ſur le bouclier, ou ſur la terre même avec ſon ſang, ou par la dépoſition de deux témoins, la diſpoſition eſt efficace, ſuivant le Droit Romain, *l.* 15, *cod. de teſtam. milit.* car le nombre des témoins n'étant pas fixé, deux ſuffiſent, *l.* 12, *ff. de teſtibus*; mais il faut toujours qu'il y ait une preuve capable de conſtater la volonté, & une volonté ſerieuſe, *l.* 24, *l.* 40, *ff. de teſtam. milit.*

Deux témoins ſuffiſent.

Il doit y avoir une preuve legitime.

militibus quoquo modo velint, & quoquo modo poſſunt teſtamentum facere conceſſum eſſe: ita tamen ut hoc ita ſubſecutum eſſe, legitimis probationibus oſtendatur, dit ce dernier texte.

28. Uſage du Parlement de Toulouſe ſur la preuve par témoins du Teſtament militaire.

On avoit toujours obſervé au Parlement de Toulouſe de recevoir la preuve par témoins du Teſtament militaire, conformément aux regles du Droit Romain, nonobſtant les Ordonnances de Moulins & de 1667; mais cet uſage a été corrigé par l'Ordonnance de 1735, qui veut que toute diſpoſition teſtamentaire ſoit prouvée par écrit, & qui exclut toute preuve teſtimoniale, ſans excepter même les Teſtamens militaires, & par conſéquent il n'eſt plus permis aux Soldats de teſter de vive voix, & d'en confier la preuve à la dépoſition des témoins. Il eſt de plus neceſſaire d'obſerver au Teſtament militaire les formalitez preſcrites par l'Ordonnance de 1735, à peine de nullité.

Dérogation à cet uſage par l'Ordonnance de 1735.

On doit obſerver au Teſtament militaire les formalitez preſcrites par cette Ordonnance.

29. Des autres Teſtamens qui ſont des exceptions de la regle generale.

Il faut preſentement parcourir les autres Teſtamens qui ſont proprement des exceptions des regles, & qui ne conſtituent pas des eſpeces differentes.

30. Teſtament *inter liberos*.

Il n'y a point de matiere qui ſoit plus embroüillée dans les Ecrits des Interpretes, que celle des Teſtamens des aſcendans en faveur de leurs deſcendans que l'on appelle *inter liberos*. Pour la développer avec exactitude, & éviter les écueils dans leſquels les Auteurs ſont

tombez

tombez, soit en augmentant ou en diminuant les formalitez qui y sont requises, soit enfin, en donnant au Testament *inter liberos*, plus d'étenduë que la Loi ne lui en a donné, il faut se fixer aux textes qui sont au nombre de quatre, lesquels confirment toutes les dispositions du Droit sur cette matiere. Le 1er. *la Loi derniere cod. famil. erciſc.* Le second, *la Loi* 21, §. 1, *cod. de Testam.* Le troisiéme, *la Novelle* 18, *chap.* 7: Et le quatriéme, *la Novelle* 107, qui est composée de la préface, de trois chapitres & de l'épilogue.

Quatre differens textes qui reglent la forme des Testamens *inter liberos*.

Comme l'on ne doit pas confondre les dispositions de ces textes, mais les concilier les uns avec les autres, en tout ce qui ne sera pas corrigé dans les premiers par les derniers, il ne faut pas nonplus confondre les choses ou les dispositions differentes *inter liberos* dont ils parlent. C'est avec ces précautions qu'on peut entrer surement dans l'esprit de ces Loix.

31. Ces differens textes doivent être accordez entr'eux pour ce qui n'est pas corrigé par les posterieurs.

Il ne faut pas confondre les dispositions diverses dont ils parlent.

Le premier de ces textes, qui est la *Loi derniere, cod. famil. erciſc.* devroit, selon son inscription, être de l'Empereur Constantin le Grand; mais elle est proprement de la composition de *Tribonien*, qui a pris quelques paroles de la *Loi* 1, *cod. Theod. famil. erciſc.* & y a ajouté le surplus, en mêlant ce qui est de sa composition, avec les paroles qu'il a tirées de cette Loi, qui est veritablement de Constantin le Grand, de l'année 321. La Loi telle qu'elle est rapportée dans le code de Justinien, veut, que si l'on trouve un écrit du pere ou autre ascendant, soit Testament commencé & non achevé, soit codicile, soit lettre, ou tout autre genre d'écriture, reconnuë pour être de la main du pere, en quelques paroles, ou indices qu'elle soit conçuë, elle doit valoir pour servir au partage de son herédité, en faveur de ses enfans, & autres descendans, émancipez ou non émancipez, & non en faveur des personnes étrangeres qui s'y trouveroient mêlées, quoiqu'elle soit destituée des solemnitez prescrites par les Loix.

32. Explication de la *Loi derniere, cod. familiæ erciſc.*

Elle est de la composition de Tribonien.

Disposition de cette Loi telle qu'elle est dans le code de Justinien.

On doit observer, 1°. Que cette Loi parle, *verbis generalibus*, de l'écrit du pere, de celui de la mere, & de tous les autres ascendans; mais le texte de l'Empereur Constantin, d'où elle a été prise en partie, ne parloit que du Testament du pere.

33. Observations sur cette Loi.

Premiere observation.

2°. Elle ne se borne pas au seul Testament, comme faisoit la Loi de l'Empereur Constantin; elle ne parle, par rapport à cela, que d'un simple projet de Testament commencé & non achevé, & ajoute le codicile, la lettre & tout autre écrit.

34. Deuxiéme observation.

3°. Elle fait valoir cet écrit non comme Testament; mais comme disposition *ab inteſtat, judicio familiæ erciſcundæ*.

35. Troisiéme observation.

4°. Elle n'exige point que le pere doive garder l'égalité dans

36. Quatriéme observation.

le partage qu'il fait de ſes biens à ſes enfans ; & comme l'écrit de quelque maniere qu'il ſoit conçû, *quibuſcumque verbis vel indiciis* inveniatur*, doit être exécuté, il eſt clair que ſoit que le pere ait fait un partage égal ou inégal de ſes biens, que l'inégalité ſoit grande ou petite, ſa diſpoſition eſt valable, ſauf le droit de légitime ou ſuplément, ſi la portion de quelqu'un des enfans ne la rempliſſoit pas, quoiqu'en ayent penſé quelques Auteurs, & cela eſt encore clairement fondé *ſur la Novelle* 18, *chap.* 7, *& ſur la Novelle* 107.

* Ce mot ſignifie non-ſeulement une écriture par notes ou chifres, comme l'a crû Godefroy ; mais encore les indues démonſtrations, & marques de la volonté, comme l'explique fort bien *Jacques Godefroy ſur la Loi* 1, *cod. Theod famil. erciſc.* après les Loix 16 & 21, *Cod. Juſtin. fam. erciſc.*

37. Cinquiéme obſervation,

5°. Dès que l'écrit vaut, quoique deſtitué des formalitez, on ne peut point révoquer en doute, qu'il ne ſoit très-efficace par la ſeule écriture du pere ſans Témoins, comme l'a fort judicieuſement penſé *Jacques Godefroy ſur la Loi* 1, *cod. Theod. famil. erciſ.* malgré le ſentiment de M. *Cujas*, qui a penſé le contraire.

38. Sixiéme obſervation,

6°. Les mots *ſervato Senatus-Conſulti auxilio*, ne ſignifient autre choſe, ſinon que les enfans venant à la ſucceſſion *ab inteſtat*, ſont cenſez grevez de rendre ce qui eſt retranché de leur portion par la diſpoſition du pere, en vertu du Senatus-Conſulte Trebellien, comme l'expliquent les *Loix* 16 *&* 21, *cod. Juſtin. famil. erciſc.*

39. Septiéme obſervation. Diſpoſition de la Loi rapportée au code Theodoſien.

7°. Selon le texte de la Loi de l'Empereur Conſtantin, rapportée au code Theodoſien, *famil. erciſc.* la diſpoſition du pere ſur le partage de la ſucceſſion ſans formalité, ne valoit qu'entre les enfans qui étoient *ſui heredes inter ſuos dumtaxat heredes valere oporter*, ce qui excluoit tous ceux qui étoient émancipez, & par conſéquent, les enfans illégitimes. La Loi de Juſtinien y a compris les enfans émancipez, mais non les illégitimes ; & par conſéquent, une telle diſpoſition imparfaite, ne peut valoir qu'en faveur des enfans légitimes, & non en faveur des bâtards ; elle vaudroit néanmoins en faveur des enfans légitimez, ou par un mariage ſubſéquent, ou par reſcrit du Prince, parce que ces enfans paſſent en la puiſſance de leur pere, & qu'ils ſont comparez à ceux qui ſont nez d'un mariage légitime, qu'ils joüiſſent des mêmes privileges, qu'ils ſuccedent *ab inteſtat* à leur pere, & peuvent demander un droit de légitime ſur ſes biens ; qu'enfin, l'Empereur Juſtinien dans la Novelle 89, chap. 9, §. 1, ne met point de difference entre les enfans légitimez par reſcrit, & ceux qui ſont nez *ex legitimo matrimonio*. C'eſt ainſi que l'a fort bien décidé *Jacques Godefroy ſur la Loi* 1, *cod. Theod. famil. erciſc.* après le Préſident Faber, *de error. pragmat. decad.* 35, *error.* 6, *v. Fachin. lib.* 4, *cap.* 3. Mais un Teſtament imparfait d'un deſcendant, en faveur d'un aſcendant, ou des collateraux, quoique les plus proches ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ne ſeroit pas bon ſelon le Droit Romain ; à moins qu'il ne fût

Et comparaiſon avec la Loi rapportée au code de Juſtinien.

Si la diſpoſition imparfaite vaut en faveur des enfans illégitimes.

Ou des légitimez.

enfans legitimes

Les enfans légitimez par reſcrit ſont comparez à ceux qui ſont nez *ex legitimo matrimonio.*

Si le teſtament imparfait d'un deſcendant en faveur d'un aſcendant eſt valable.

revêtu du témoignage de cinq Témoins, suivant *la Loi* 21, §. 3, *cod. de Testam.* parce que ni la Loi derniere *cod. famil. ercisc.* ni les autres textes qui font valoir les Testamens imparfaits, ne parlent que des Testamens *inter liberos*, & laissent, par conséquent, les dispositions en faveur des autres personnes, aux termes du Droit Commun.

Quid s'il y a cinq Témoins.

Afin que l'on puisse voir d'un clin d'œil ce qui a été pris du texte de la Loi de l'Empereur Constantin, & distinguer ce qui a été mêlé & ajouté par Tribonien, nous allons transcrire la Loi adoptée par l'Empereur Justinien, en mettant entre deux crochets ce qui est de Tribonien.

40. Avertissement pour connoître les additions faites par Tribonien.

Inter [*omnes*] dumtaxat heredes suos, [*qui ex quolibet venientes gradu, tamen pares videntur esse, vel emancipatos, quos Prætor ad successionem vocat:*] sive cœptum neque impletum Testamentum, [*vel codicillus, seu Epistola*] parentis esse memoretur, [*sive quocumque aliomodo scripturæ, quibuscumque verbis, vel indiciis inveniantur relictæ judicio familiæ erciscundæ, licet ab intestato ad successionem vocentur, servato Senatus-Consulti auxilio*] defuncti dispositio custodiatur, etiamsi solemnitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta [*si vero in hujusmodi voluntate designatis liberis, alia sit mixta persona, certum est, eam voluntatem, quantum ad illam dumtaxat personam permixtam, pro nulla haberi.*] dat. Romæ Kal. Crispo II. & Constantino Cæs. II. Coss. 321.

41. Texte de la Loi derniere *cod. famil. ercisc.*

Le second texte que nous avons annoncé ci-dessus, est la Loi *hac Consultissima* 21, §. *ex imperfecto* 1, *cod. de Testam.* Elle porte: *ex imperfecto autem Testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos, à parentibus utriusque sexus habeatur non volumus. Si vero in hujusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est eam voluntatem defuncti quantum ad illam dumtaxat permixtam personam pro nulla haberi; sed liberis accrescere.*

42. Texte de la Loi 21. §. 1. *cod. de testam.*

On doit observer, 1°. Que cette Loi parle nommément du Testament imparfait, & non pas du partage de l'herédité; mais peut-on l'entendre tant du Testament écrit, que du nuncupatif? Plusieurs Auteurs ont crû l'affirmative veritable, parce qu'il n'y a point de terme qui puisse induire qu'elle soit bornée à une seule de ces deux especes de Testament; mais cette opinion quoique fort accreditée, surtout au Parlement de Toulouse, n'a aucun fondement dans le Droit; car le §. *ex imperfecto*, étant placé après le commencement de la Loi, qui ne parle que du Testament écrit & solemnel, ne peut s'entendre, que du Testament écrit, *inter liberos*. Le §. 2 de la même Loi, qui prescrit la forme du Testa-

43. Cette Loi parle du testament imparfait & non du partage. Si elle doit avoir lieu au testament nuncupatif.

ment nuncupatif, ne dit pas non plus qu'un tel Teſtament imparfait vaille entre enfans ; mais ſeulement quand il y a cinq Témoins, en faveur des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, parmi leſquels les enfans tiennent le premier rang; & ni la *Loi derniere*, *cod. fam. erciſc.* ni la *Novelle* 18, *cap.* 7, ni la *Novelle* 107, ni aucun autre texte ne permet aux aſcendans de teſter ſans formalité, que par écrit ſeulement, & non par nuncupation, comme l'ont fort bien prouvé le *Préſident Faber*, *de error. pragmat. decad.* 35, *& Henrys*, *tome* 2, *liv.* 5, *queſt.* 35.

44. L'imperfection dont cette Loi parle n'eſt qu'à raiſon de la formalité, & non de la volonté.

2°. L'imperfection du Teſtament dont la Loi parle ne doit s'entendre que de l'imperfection par rapport à la formalité ou ſolemnité, & non du côté de la volonté conſiderée par rapport à chaque diſpoſition ; car un tel défaut devroit néceſſairement empêcher la validité de la diſpoſition qui dépend abſolument de la volonté, laquelle doit par conſéquent être parfaite, & non douteuſe ni incertaine.

45. *Quid* ſi le Teſtateur n'a pas pû achever les diſpoſitions *inter liberos*.

Cependant il ne faut pas croire qu'un pere Teſtateur qui avoit intention de faire pluſieurs diſpoſitions, n'ayant pû en manifeſter qu'une partie, ait diſpoſé inutilement, même pour cette partie, comme il arriveroit ſi le Teſtament étoit *inter extraneos*, *L. ſi quis* 25, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* mais tout ce qu'il paroîtra avoir ordonné, devra être exécuté, tout comme s'il avoit pû conſommer toutes les diſpoſitions, qu'il avoit projettées ; car ce qui eſt connu renferme une volonté parfaite en elle-même, parce qu'il eſt indépendant de ce qui demeure caché, & qui n'a pas pû être conſommé, *L. ult. cod. famil. erciſc. & L.* 1, *cod. Theod. eod. tit.* On peut voir là-deſſus *Fachin. lib.* 4, *controverſiarum*, *cap.* 4, qui explique aſſez exactement les differens chefs de cette difficulté, & *Perezius dans ſes Préleçons ſur le tit. du code de Teſtamentis*, *num.* 33.

46. Texte de la Novelle 18, ch. 7.

Le troiſiéme texte eſt la *Novelle* 18, *chap.* 7 ; elle porte : *Sancimus, ſi quis voluerit ſuas res filiis aut dividere, aut omnes, aut etiam aliquas forte relinquere præcipuas : has maximè quidem, ſi poſſibile eſt, dicat in Teſtamento, & indubitatam det filiis hinc utilitatem, ſi autem hoc non agat, propter aliquas neceſſitates, quæ plurimè circumaſſiſtunt hominibus ; licet tamen deſcriptiones facere rerum quas partiri voluerit & ſubſcribere omnibus, aut ipſum, aut filios univerſos ſubſcribere præparare, inter quos res dividet, & ex hoc cauſæ dare indubitatam fidem, & quod ſecundum hanc fit ſpeciem, ratum ſit atque firmum aliaque cautela non indigens. Si vero aliquis hoc non egerit, ſed diſperſam (ſicut plerumque) ſine teſtimonio ſubſcriptionem fecerit,*

ſciat nihil hinc filiis ſeſe præbiturum utilitatis: Sed quaſi nihil ſit factum, dividunt ſubſtantiam filii, incertas & plerumque ſine teſtimonio conſcriptiones non ſequentes; neque judicibus cauſæ (quos judices familiæ erciſcundæ Leges appellant) has ſequi cogendis.

Ce texte ordonne donc que ſi le pere veut partager ſes biens entre ſes enfans ou laiſſer des préciputs, il doit le faire s'il eſt poſſible par Teſtament; c'eſt-à-dire, par un Teſtament revêtu des formalitez de Droit, ce qui s'induit de ces termes, *& indubitatam det filiis hinc utilitatem.* D'ailleurs, les Légiſlateurs n'ont jamais donné le nom de Teſtament ſans épithete, qu'à celui qui eſt revêtu des ſolemnitez preſcrites.

47. Il dit que ſi le pere veut partager ſes biens à ſes enfans, il doit le faire par teſtament, s'il le peut.

Lequel Teſtament s'entend du parfait.

Que s'il ne peut pas faire un tel Teſtament, il lui eſt permis de faire le partage, en exprimant en détail dans un écrit toutes les choſes qu'il veut partager, & il doit ſigner cet écrit ou le faire ſigner à tous ſes enfans, entre leſquels il fera le partage, après quoi une telle diſpoſition ſans autre forme ſera valable & efficace.

48. *Quid* s'il ne peut pas faire un teſtament parfait.

L'écrit du partage doit être ſigné par le pere ou par tous ſes enfans.

Mais ſi l'écrit de partage, quoiqu'il ſoit ſigné du pere, ne contient pas un détail circonſtancié des choſes dont il a voulu faire le partage, on ne doit point y avoir égard. C'eſt le vrai ſens du verſ. *ſi vero aliquis*, qui n'impoſe point la néceſſité d'appeller des Témoins pour la validité de l'écrit ſigné par le pere ou par les enfans, quoique M^e. *Cujas* l'ait penſé, & cela paroît clairement des paroles qui précedent, où ſans avoir parlé des Témoins, il eſt dit qu'une telle diſpoſition ſera indubitablement bonne & valable, ſans avoir beſoin d'aucune autre précaution, *& ex hoc cauſæ dare indubitatam fidem, & quod ſecundum hanc fit ſpeciem, ratum ſit atque firmum, aliaque cautela non indigens.* Ainſi, ce qui ſuit dans le texte ne fait tomber la nullité que ſur l'incertitude & le défaut de détail des choſes que le pere veut diviſer, comme le prouve la *Novelle* 107, *cap.* 3, par ces paroles, *& clara omnia per ſubcriptionem ſuam fecerit*, & nullement ſur le défaut d'aſſiſtance & de ſignature des Témoins, que la Novelle 18 ni la Novelle 107 n'exigent pas pour la validité des diſpoſitions entre enfans; mais ſeulement pour faire valoir le legs ou fideicommis en faveur des perſonnes étrangeres, qui y ſont mêlées, comme nous le montrerons bientôt.

49. On ne doit pas avoir égard à la diſpoſition qui ne contient pas un détail circonſtancié.

S'il y faut des Témoins lorſque le pere, ou tous les enfans ont ſigné.

Mais il ne faut pas omettre une réflexion importante, qui ſert à prouver invinciblement, qu'il n'a jamais été permis aux aſcendans de diſpoſer *inter liberos* par un Teſtament nuncupatif imparfait. C'eſt que la *Novelle* 18, *cap.* 7, indique d'abord que le pere

50. Preuve qu'il n'a jamais été permis de teſter *inter liberos* par teſtament nuncupatif imparfait.

doit disposer de ses biens par un Testament parfait, & ne lui permet de s'écarter de cette regle, qu'en disposant par écrit, en la forme que le même texte prescrit à peine de nullité; ce qui exclut bien clairement toute permission au pere de disposer *inter liberos* par Testament nuncupatif imparfait; & il est clair que l'on n'a que deux moyens pour tester valablement; le premier en faisant un Testament parfait, solemnel ou nuncupatif, ou par un écrit revêtu des formalitez prescrites par cette Novelle; & tout ce que l'on pourroit faire de plus favorable pour les enfans, ce seroit de n'exiger au Testament pour le faire valoir, que le nombre de cinq Témoins marqué dans la *Loi* 21, §. 3, *cod. de Testam.* pour la validité des dispositions faites en faveur des heritiers *ab intestat*, au nombre desquels les enfans tiennent le premier rang. Cette réflexion avoit échappé à la pénétration des Auteurs qui ont examiné cette question.

Les peres n'ont que deux moïens pour tester valablement, en faisant un Testament parfait, solemnel, ou nuncupatif.

Ou par un écrit revêtu des formalitez prescrites par la Novelle 18, ch. 7.

51. Texte de la Novelle 107.

Il nous reste à voir la *Novelle* 107, qui est le dernier des textes que nous avons annoncez. Dans la Préface l'Empereur Justinien rappelle d'abord la *Loi derniere cod. famil. erciſc.* comme étant de l'Empereur Constantin, quoique les retranchemens, & les additions que Tribonien y a faites, en l'inserant dans le code de Justinien, en changent totalement le sens & les dispositions.

52. Suite.

Ensuite il parle de la Loi de Theodose où il est fait mention des dispositions imparfaites *inter liberos*. C'est le §. 1 de la *Loi* 21, *cod. de Testam.* ajoutant que ces Loix étoient tombées à un tel point d'obscurité par les explications qu'on leur avoit données, qu'il falloit deviner pour leur donner une véritable interprétation.

53. Cette Novelle fut faite pour lever les obscuritez des Loix précedentes.

C'est donc pour éclaircir cette matiere obscure, à cause des termes dans lesquels les Loix précedentes étoient conçuës, & encore plus par les explications des Interprétes, que l'Empereur Justinien porte la nouvelle Loi; ce qui fait entendre assez clairement que cette nouvelle Loi est la seule qu'il faut consulter, & que les précedentes sont abrogées du moins pour les points qui sont reglez dans la Novelle 107. Ainsi, tout consiste à bien connoître l'esprit & le sens de cette *Novelle* 107, comme étant la seule Loi des Romains qui subsiste sur la forme des dispositions imparfaites *inter liberos*.

C'est la seule Loi qui doit servir de regle pour les points qu'elle décide.

54. Ce n'est pas dans les gloses ni dans les Auteurs, mais dans le texte même qu'on doit chercher son esprit.

Ce n'est pas dans les gloses, ni dans les explications des Interpretes, qui sont de differens avis; mais dans le texte même, qu'il faut chercher cet esprit, & ce sens veritable. Le chapitre premier porte que si un pere, ou autre ascendant qui sçait écrire, veut disposer *inter liberos*, il doit en faire un écrit dont il marquera de sa

Disposition du chap. 1.

main la datte, les noms de ſes enfans, les portions auſquelles il les inſtituë, le tout non par chiffres, ou notes; mais tout au long par lettres ſans abreviation, afin que ſa diſpoſition ſoit en tout claire, & indubitable. *Primum quidem ejus ſubſcriptione tempus declaret, deinde quoque filiorum nomina propria manu; adhoc uncias in quibus ſcripſit eos heredes, non ſignis numerorum ſignificandas ſed per totas litteras declarandas; ut undique claræ, & indubitatæ conſiſtant.*

55. Suite. Il doit faire la même choſe s'il veut diviſer ſes biens à ſes enfans, ou laiſſer certaines choſes à certains, faire certaines inſtitutions. *Si verò etiam rerum voluerit facere diviſionem, aut in quibuſdam rebus certis, aut omnes aut quaſdam inſtitutiones ſtatuere, & harum inſcribat ſignificationes, ut ejus litteris omnia declarata nullam ulterius contentionem filiis derelinquant.*

56. Suite des diſpoſitions en faveur de la femme ou de quelqu'autre étranger. Que s'il veut faire quelque diſpoſition en faveur de ſa femme, ou de quelque autre perſonne étrangere, par des legs fideicommis ou autre liberalité particuliere, il doit non-ſeulement l'écrire de ſa propre main; mais encore déclarer en preſence des Témoins, qu'il a lui-même fait l'écrit, & qu'il veut que ce qu'il a écrit vaille; & cela ſuffit pour faire valoir les diſpoſitions, quoique, le Teſtateur qui ſemble avoir voulu teſter par écrit, & faire un Teſtament ſolemnel, n'ait pourtant pas obſervé les autres formalitez qui y ſont requiſes. *Si tamen aut uxori, aut extraneis perſonis voluerit relinquere legata aut fideicommiſſa, aut libertates, & hæc propriâ ſcripta manu dictaque à Teſtatoribus coram teſtibus quoniam omnia conſequenter in diſpoſitione poſita ipſi & ſcripſerunt, & volunt valere, ſint firma, nihilo minuenda eo quod videantur in Charta ſcripta, reliquam obſervationem Teſtamentorum non ſuſcipientia. Sed hoc ſolum immutatur quod ejus manus & lingua habet omnem virtutem Chartæ præbitam.* Ces dernieres paroles ſignifient que l'Empereur ne touche point aux formalitez des Teſtamens, & qu'il n'entend faire d'autre changement, ſinon que les deux operations, de la main par l'écriture, & de la langue par la déclaration faite aux Témoins, attribuent tout l'effet aux diſpoſitions écrites ſur le papier en faveur des perſonnes étrangeres.

57. Combien de Témoins faut-il pour faire valoir les diſpoſitions en faveur des perſonnes étrangeres mêlées avec les enfans. Certains Auteurs ont crû ſur ce que le nombre des Témoins requis dans ce cas, n'eſt pas fixé par la Novelle, que deux Témoins doivent ſuffire, par un argument tiré de la Loi 12, *ff. de Teſtibus;* mais leur ſentiment n'eſt pas fondé, & il en faut pour le moins cinq, parce que les Loix antérieures auſquelles l'Empereur ne déroge pas, & par leſquelles conſéquemment il entend

qu'on ſe regle, exigent l'aſſiſtance de cinq Témoins pour la validité des legs, fideicommis, & autres liberalitez particulieres, *L. ult. §. 3, cod. de Codicillis ;* que ſi l'Empereur avoit entendu qu'un plus petit nombre de Témoins dût ſuffire, il l'auroit dit expreſſément. On ne peut donc pas penſer qu'il ait dérogé aux Loix antérieures, d'autant mieux qu'il déclare qu'il n'entend faire aucun changement, ni donner aucune atteinte aux autres formalitez preſcrites pour les diſpoſitions teſtamentaires.

58 Diſpoſition du chapitre 2 de la Novelle 107.

Dans le *chapitre 2 de la Novelle* 107, il eſt dit que ſi cet écrit eſt conſervé juſqu'à la mort du pere, on ne ſera point recevable à alleguer, ni à prouver par Témoins, que le Teſtateur a changé de volonté, parce que n'ayant pas déchiré l'écrit, comme il pouvoit le faire, on doit préſumer qu'il a perſéveré, à moins que le Teſtateur n'eût déclaré en préſence de ſept Témoins, qu'il ne vouloit pas que ſa diſpoſition écrite (dont il doit faire mention expreſſe) valût, & qu'il vouloit en faire une autre, laquelle nouvelle diſpoſition doit être contenuë, ou dans un Teſtament ſolemnel parfait, & revêtu de toutes les ſolemnitez, ou dans une volonté parfaite non écrite. *Hoc & concedimus ei agere, hoc ipſum expreſſim ſignificantem ſub præſentia teſtium ſeptem, quia etſi fuerit quandam talem voluntatem, non tamen eam valere ulterius vult, ſed rurſus vult aliam facere, & hanc aut in Teſtamento perfecto faciat, omnia Teſtamentorum habente ſigna, aut in non ſcripta perfecta voluntate.* C'eſt ainſi que parle le texte de la Novelle ſelon les éditions de Denis Godefroy, qui a ſuivi la verſion de *Serienger ;* mais dans la verſion *d'Haloander*, on lit, *in præſentia ſeptem aut quinque teſtium deſignet ;* & dans le texte rapporté par *Harmenopule in promptuario lib. 5, tit. 1, §. 37, adhibitis ſeptem aut quinque teſtibus ;* mais cette derniere lecture eſt improuvée par M. Cujas, ſur la Loi 12, *ff. de bonorum poſſeſſ. contra tabulas.*

Comment peut être révoqué un premier Teſtament *inter liberos* par un ſecond.

Différentes leçons du texte ſelon les différens Interprétes

59. Réſultat du chapitre 2 de la Novelle 107.

Nous avons remarqué cette difference dans la lecture des textes de la *Novelle* 107, *cap.* 2, parce qu'elle ſert à réſoudre d'une maniere claire & certaine, une grand difficulté, qui a été diverſement décidée, ſur la révocation du Teſtament imparfait *inter liberos ;* mais avant de toucher à cette difficulté, il convient d'obſerver, 1°. Qu'il réſulte du *chapitre 2 de la Novelle* 107, qu'un Teſtament même imparfait *inter liberos* ne peut être révoqué que par un autre Teſtament parfait. 2°. Qu'il faut néceſſairement emporter l'effet du premier, que le Teſtateur, après avoir nommément parlé de la premiere diſpoſition *inter liberos*, déclare aux Témoins, au nombre de ſept ou de cinq ſelon les differentes lectures, la

Un Teſtament même imparfait *inter liberos* ne peut être révoqué que par un autre Teſtament parfait.

Formalitez néceſſaires afin qu'un premier Teſtament *inter liberos* ſoit révoqué par un ſecond.

la qualité des personnes, que le Testateur se propose de gratifier par une autre disposition, qu'il ne veut pas que sa premiere disposition vaille, & qu'il veut en faire une autre. 3°. Que cette déclaration simple sans une nouvelle disposition contenuë dans un Testament dans les formes, ou dans une volonté parfaite, ne suffiroit pas pour emporter, & pour révoquer la précedente disposition, & c'est sur le fondement de cette Novelle que les Interprétes ont enseigné, que les dispositions entre enfans renfermoient une clause dérogatoire tacite; ensorte que pour les révoquer valablement, il faut que la disposition suivante que le pere fait porte une révocation expresse, litterale & individuelle de la précedente disposition.

La simple déclaration que le Testateur fait comme il ne veut pas que son Testament vaille sans disposer de nouveau ne le révoque pas.

Mais ce que les Auteurs appellent clause dérogatoire tacite, n'est rien moins que cela, & elle est tout-à-fait mal imaginée; car c'est la Loi même qui fait valoir le premier Testament *inter liberos* au préjudice du second, qui ne les révoque pas expressément; & comme la clause dérogatoire expresse procede de la volonté du Testateur & non du ministere de la Loi, afin qu'on pût donner le nom de clause dérogatoire tacite à la nécessité que la Loi impose de révoquer *nominatim* le premier Testament *inter liberos*, il faudroit qu'elle dérivât de la volonté du Testateur, au lieu qu'elle prend sa source dans la disposition de la Loi.

60. Ce que les Auteurs appellent une clause dérogatoire tacite, n'est rien moins que cela.

Les Auteurs sont assez d'accord sur ce point, c'est-à-dire, qu'il faut une révocation spéciale du premier Testament, afin qu'il soit suffisamment révoqué, lorsque le second Testament est en faveur d'autres personnes que des enfans; lesquels sont instituez dans le premier Testament. Je ne connois que *Gudelinus de jure noviss. lib. 2, cap. 6*, qui se soit écarté de l'opinion commune, & qui ait crû que la révocation spéciale n'est pas nécessaire; mais ils sont partagez en avis, pour sçavoir si la révocation doit être spéciale, lorsque les enfans sont instituez dans le second Testament, tout comme dans le premier.

61. Accord des Auteurs qu'il faut une révocation spéciale lorsque le second Testament est en faveur d'autres que des enfans.

Quid si le dernier Testament est en faveur des enfans tout comme le premier.

Les uns tiennent que le second Testament *inter liberos* révoque le premier de plein droit, quoique dans le second il n'y ait point de révocation spéciale du premier. Les autres soutiennent l'opinion contraire, & veulent indistinctement que le second Testament renferme une révocation expresse du premier, afin qu'il soit révoqué.

62. Avis pour la révocation de plein droit.

Avis contraire qu'il faut une révocation spéciale.

Les raisons de ceux qui soutiennent le premier avis sont que tous les enfans étant également privilegiez, quand il s'agit de leur concours dans des Testamens differens, il faut s'en tenir à la re-

63. Raisons du premier avis.

gle commune, qui veut que le Teſtament poſtérieur révoque l'antérieur de plein droit, *§. poſteriore inſtit. quib. mod. Teſtam. infirmantur*, & que la révocation individuelle n'eſt néceſſaire que quand le ſecond Teſtament eſt en faveur des étrangers, lorſque le premier a été fait en faveur des enfans.

64. Réſolution, qu'il faut une revocation ſpéciale quoique les enfans ſoient appellez dans le ſecond Teſtament comme dans le premier

Mais cette opinion eſt viſiblement contraire aux termes & à l'eſprit de la *Novelle* 107, qui a preſcrit les regles pour la validité des Teſtamens entre enfans, & qui a auſſi fixé la forme en laquelle ces Teſtamens devroient être révoquez, non-ſeulement quand il s'agiroit de faire une nouvelle diſpoſition en faveur des étrangers; mais encore par rapport aux enfans mêmes; & comme il n'eſt pas commun & ordinaire que les peres laiſſent leurs biens à d'autres perſonnes qu'à leurs enfans, il eſt clair que l'Empereur a eu en vûë, en preſcrivant la forme de la révocation de l'exiger même par rapport aux enfans, dès que ſa Loi eſt conçûë en termes generaux, & ne ſe borne pas au ſecond Teſtament fait en faveur des perſonnes étrangeres, ce qu'il n'auroit pas manqué de faire ſi telle avoit été l'intention du Légiſlateur, tout comme il a marqué la formalité qui devoit être obſervée pour faire valoir les diſpoſitions faites en faveur de la femme ou des autres perſonnes étrangeres; la Loi prend ſoin elle-même d'en donner la raiſon, lorſqu'elle dit: *Etſi quidem uſque ad mortem maneat hoc ſchema nullus poſtea deducat teſtes, quia voluit forte talem voluntatem commutare, aut convertere, aut aliquid tale facere, cui licuit rumpere quod factum eſt.* Car dès que le pere, au lieu de rompre & déchirer l'écrit, le laiſſe ſubſiſter, la Loi ne veut pas qu'on préſume qu'il ait voulu changer de volonté, ni faire une autre diſpoſition qui parte de ſa volonté & de ſon mouvement, ſi elle n'eſt revêtuë des formalitez qu'elle preſcrit, & ſi elle ne contient une révocation expreſſe & individuelle, & que la Loi a introduit pour obvier à la ſurpriſe & à la captation, raiſon qui ne s'applique pas moins aux enfans qu'aux perſonnes étrangeres.

65. Confirmation de cette opinion.

Cette derniere opinion eſt d'autant plus certaine, & conforme à l'eſprit de la Loi, que l'on voit que l'Empereur a eu en vûë les enfans, tout comme les perſonnes étrangeres, en ce qu'il exige que la révocation ſoit faite, ou dans un Teſtament écrit parfait en preſence de ſept Témoins, ou dans une volonté nuncupative parfaite; le premier membre regarde les perſonnes étrangeres, parce qu'un ſecond Teſtament ne peut valoir en leur faveur que quand il eſt parfait & revêtu de toutes les formalitez, & le ſecond eſt relatif à la Loi 21, *§.* 3, *cod. de Teſtam.* qui veut qu'un Teſta-

Teſtament où il n'y a que cinq

ment qui n'eſt accompagné que du témoignage de cinq Témoins, & par conſéquent imparfait, vaille néanmoins comme derniere volonté, & non comme Teſtament en faveur des heritiers *ab inteſtat*, parmi leſquels les enfans tiennent ſans contredit, le premier rang; enſorte que par cette diſtinction du Teſtament parfait, & de la derniere volonté parfaite la Loi fait connoître qu'elle doit avoir lieu, non-ſeulement à l'égard des étrangers; mais encore à l'égard des enfans ſans diſtinction.

Témoins, ne vaut que comme derniere volonté en faveur des heritiers *ab inteſtat*.

66. Suite.

Nous ajoutons que cette verité paroît encore d'une maniere plus indubitable, ſi l'on admet la lecture du texte *d'Haloander* & *d'Harmenopule*, qui parlent de ſept ou de cinq Témoins; car cette alternative déſigne clairement les enfans & les étrangers; ſçavoir, les étrangers par le nombre de ſept Témoins, parce qu'un Teſtament fait en leur faveur ne peut valoir que quand il eſt accompagné de ce nombre de Témoins, & les enfans par le nombre de cinq Témoins, parce qu'à leur égard les Loix antérieures ſe contentent de ce nombre, pour faire valoir les inſtitutions & autres diſpoſitions faites en leur faveur.

67. Si le Teſtament imparfait entre enfans eſt révoqué par un ſecond Teſtament auſſi imparfait entre enfans.

Il y a encore une autre difficulté qui conſiſte à ſçavoir, ſi un premier Teſtament imparfait entre enfans peut être révoqué par un autre Teſtament imparfait auſſi entre enfans; ſur quoi les Auteurs ſont partagez; les uns tiennent l'affirmative; les autres la négative. Les premiers ſe fondent ſur ce que la liberté de diſpoſer *inter liberos* par teſtament imparfait, eſt une faveur qui regarde plutôt les peres que les enfans, que dans le Teſtament *inter liberos*, on ne conſidere que la volonté & non la ſolemnité, tout comme dans les Teſtamens des Soldats qui ont la liberté de teſter comme ils peuvent & comme ils veulent; que tout comme les peres peuvent faire une diſpoſition imparfaite, ils peuvent auſſi en faire une ſeconde également imparfaite; que ſelon la regle, *nihil tam naturale eſt eodem modo quidve diſſolvere quo colligatum eſt*, un ſecond Teſtament imparfait doit prévaloir ſur un premier également imparfait, & le révoquer; qu'enfin lorſque la Novelle exige une nouvelle diſpoſition renfermée dans un Teſtament parfait, cela ne doit avoir lieu que quand les enfans inſtituez dans le premier Teſtament imparfait, concourent avec des étrangers inſtituez dans un ſecond Teſtament, & non quand il s'agit de l'interêt des enfans dans l'un & l'autre Teſtament, parce qu'alors le privilege & la faveur étant égaux, il faut donner au pere la liberté de teſter une ſeconde fois, par une diſpoſition imparfaite, tout comme on lui permet de faire un premier Teſtament imparfait.

Raiſons pour l'affirmative.

68. Réſolution pour la négative.

Malgré ces raiſons, qui ſont plus ſpécieuſes que ſolides, il faut décider, que le premier Teſtament imparfait *inter liberos* ne peut être révoqué que par un autre Teſtament parfait, ou par une volonté parfaite *inter liberos*, parce que le texte de la Loi le décide nettement, même dans le cas de la concurrence des enfans, ainſi que nous venons de le montrer; & c'eſt renverſer & détruire la Loi que de lui donner une autre explication, & de la réſerver dans le ſeul cas, où le ſecond Teſtament eſt fait en faveur des perſonnes étrangeres. *M. Cujas ſur la Loi* 12, *ff. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas*, autoriſe bien clairement cette opinion, lorſqu'il dit, *interdum tamen imperfectum Teſtamentum, quod jure ſingulari valet, imperfecto non rumpitur, Novell.* 107, *Teſtamentum enim factum inter liberos valet, etſi ſit imperfectum. Sed an rumpatur alio Teſtamento æquè imperfecto? minimè, ſed perfecto tantum.*

69. Réponſe aux raiſons de l'opinion contraire.

Il ne nous reſte donc qu'à refuter les raiſons de l'opinion contraire. Il eſt aſſez indifferent que la liberté de diſpoſer par un Teſtament imparfait, ſoit une faveur qui ne regarde que les peres, tandis que la Loi qui accorde cette faveur ne veut pas qu'une telle diſpoſition puiſſe être révoquée; d'ailleurs la faveur des enfans n'eſt pas moins entrée dans les vûes du Légiſlateur que la faveur de la volonté des peres.

70. Suite.

Il eſt vrai que la volonté des peres eſt la baſe de leur diſpoſition; mais il ne dépend pas d'eux de la rendre efficace, de cela ſeul qu'ils le veulent, ſi à même-tems ils ne ſe conforment à la Loi, & ne rempliſſent les conditions qu'elle exige; car il n'eſt point vrai que les peres ayent, comme les Soldats, la liberté de teſter comme ils peuvent & comme ils veulent; il n'y a aucune Loi qui le diſe par rapport aux peres; & ſi les Légiſlateurs n'ont pas voulu les aſſujettir à toutes les formalitez qui ſont requiſes pour rendre un Teſtament parfait dans toutes ſes parties, ils n'ont pourtant pas voulu les diſpenſer des formalitez qu'ils ont nommément & expreſſément marquées pour rendre valables les diſpoſitions imparfaites Le penſer autrement ce ſeroit une veritable illuſion; car ce n'eſt pas en vain, que la Loi a voulu que les peres obſervaſſent certaines formalitez, afin que leurs diſpoſitions ſuſſent valables, puiſqu'elles les ont déclarées nulles, lorſque ces formalitez ne ſeroient pas obſervées, comme on le voit dans la *Novelle* 18, *chapitre* 7. D'ailleurs la validité des ſecondes diſpoſitions des peres entre enfans, dépend de l'accompliſſement des conditions & des formalitez, que la Loi exige, comme il paroît clairement des termes de *l'Auth. hoc inter liberos, cod. de Teſtam.* qui eſt un précis de la *Novelle* 107, *chap.* 2.

Il n'eſt point vrai que les peres ayent la liberté comme les Soldats de teſter comme ils peuvent & comme ils veulent.

La validité des ſecondes diſpoſitions des peres dépend de l'accompliſſement des formalitez que les Loix exigent.

La même Loi qui permet aux peres de faire une premiere disposition imparfaite entre enfans, ne leur permettant d'en faire une seconde, & de rendre inutile la premiere, qu'en y observant certaines formalitez, & en y ajoutant certaines précautions, il est inutile de recourir à la regle *nihil tam naturale, &c.* parce que la Loi veut que cette regle cesse dans ce cas.

70. La Loi ne permet aux peres de faire une seconde disposition qu'en y observant certaines formalitez.

Enfin, c'est parler contre les termes & l'esprit de la Loi, de dire qu'elle n'exige une disposition ou une volonté parfaite dans un second Testament, que quand le second Testament est fait en faveur des personnes autres que les enfans, puisque nous avons montré par des raisons très-solides en examinant la précedente difficulté, qu'une telle restriction étoit contraire à la Loi qui parle aussibien du concours des enfans entr'eux, que de leur concours avec des étrangers.

71. La Loi parle indistinctement, soit que les enfans concourent entr'eux, soit qu'ils concourent avec des étrangers.

Le chapitre 3 *de la Novelle* 107, veut, en conformité de la *Novelle* 18, *chapitre* 7, qui est confirmée expressément, que si le pere voulant partager les biens à ses enfans, les assemble, & après leur avoir fait à chacun la part & distribué les choses qu'il trouve à propos, en fait dresser un écrit, où tout soit bien expliqué, dans lequel écrit il soit déclaré que les enfans l'approuvent, & qu'ils s'y soumettent, qu'ensuite cet écrit soit signé de tous les enfans, une telle disposition soit bonne & valable; que si le pere signe lui-même l'écrit & qu'il contienne un état, ou un détail circonstancié des choses, de maniere que tout soit clair, ce partage sera également valable.

72. Chap. 3 de la Novelle 107.

Du partage du pere entre les enfans.

Après avoir fait une analise exacte des textes qui parlent des dispositions *inter liberos*, il ne reste qu'à résumer, & rappeller en peu de mots les conditions requises pour la validité de ces dispositions.

73. Conditions nécessaires afin que les Testamens *inter liberos*, ou les partages des biens des peres vaillent.

La premiere de ces conditions est, que la datte soit marquée de la propre main du Testateur.

74. Premiere condition.

La deuxiéme, que le pere ou autre ascendant écrive aussi de sa main, le nom de ses enfans, & les portions ou les biens qu'il laisse à un chacun.

75. Deuxiéme condition.

La troisiéme, que tout cela soit écrit non par notes, chifres, ou abreviations; mais par lettres, & tout au long, de maniere qu'il ne puisse y avoir ni ambiguité ni équivoque.

76. Troisiéme condition.

La quatriéme qu'il observe les mêmes choses, lorsqu'il fera un partage de ses biens. Tout cela est ainsi reglé par le *chapitre* 1 *de la Novelle* 107. Si toutes ces conditions sont exactement remplies, il n'est pas nécessaire que le Testateur signe sa disposition, ni qu'il

77. Quatriéme condition.

Si le seing est nécessaire quand

le Testateur écrit le corps de la disposition.

la fasse signer par ses enfans, parce que la Loi n'exige pas cette formalité.

79. Les mêmes conditions doivent être observées pour la validité des legs, fideicommis, faits à la femme ou aux personnes étrangeres.

Il doit de plus y avoir cinq Témoins.

Il doit observer les mêmes conditions pour la validité des legs, fideicommis, ou autres liberalitez particulieres faites à la femme, ou aux autres personnes étrangeres, & déclarer de plus en présence d'un certain nombre de Témoins, qu'il veut que ce qu'il a écrit de sa main dans sa disposition, soit bon & valable; cela est également reglé par le *chapitre* 1 *de la Novelle* 107; au surplus, on a remarqué ci-dessus que cette déclaration devoit être faite devant cinq Témoins pour le moins.

80. Lorsque le pere n'a pas écrit le partage il doit le signer ou le faire signer par tous ses enfans.

Que si le pere fait un partage qui ne soit pas écrit de sa main, il est nécessaire qu'il le signe, ou qu'il le fasse signer par tous ses enfans, *Novel.* 18, *cap.* 7, *& Novel.* 107, *cap.* 3.

81. S'il faut quelqu'autre chose que la signature du pere ou des enfans.

Je ne pense pas qu'on doive se figurer, comme certains Auteurs l'ont cru, que le seing du pere ou celui des enfans apposé au partage, suffise par le Droit Romain, pour remplir toutes les autres précautions marquées dans le *chapitre* 1 *de la Novelle* 107, sur l'expression de la datte, du nom des enfans, & des portions qu'il leur assigne, comme le tout devant être fait de la propre main du pere; car d'un côté, quoique le pere signe, la Loi veut encore qu'il explique tout cela dans sa souscription, si l'écrit n'est pas fait de sa main, par ces paroles du *chapitre* 3. *Si autem & in divisione ipse subscripserit, & clara omnia per subscriptionem suam fecerit, sit & hoc ratum.*

82. Il faut qu'il paroisse par le seing ou par quelque mot écrit de la main du pere, qu'il a consenti au partage signé par les enfans.

D'autre part, le seul seing des enfans ne suffiroit pas pour faire valoir le partage, il faut encore qu'il paroisse ou par le seing ou par quelques mots de l'écriture du pere qu'il y a donné son consentement, suivant la *Loi derniere, cod. de pactis.*

83. Outre le seing du pere il faut qu'il écrive la datte, le nom des enfans & les biens qu'il laisse à un chacun.

Encore moins y a-t'il lieu de croire que le seing du pere apposé au Testament *inter liberos*, suffise selon le même Droit, sans qu'il ait écrit de sa main la datte, le nom de ses enfans, & les biens qu'il laisse à un chacun; car cette précaution étant nommément prescrite dans le *chapitre* 1 *de la Novelle* 107, pour la validité d'une telle disposition, & n'y ayant rien dans le reste de la Loi, d'où l'on puisse induire que le seing du Testateur à une écriture faite en entier d'autre main, dût suffire pour la faire valoir (puisqu'il n'est parlé du Testament ou de la disposition differente du partage, que dans le *chapitre* 1 *de la Novelle* 107,) il est indispensable de remplir les autres conditions qu'elle impose dans cet endroit, quoique le Testateur signe sa disposition; car quand on pourroit dire que le *chapitre* 3 *de la Novelle* 107, corrige le *chapitre* 1, par

rapport aux actes de partage, ce qui n'eſt ni vrai ni vraiſemblable, puiſqu'il faudroit préſumer une correction d'une partie de la Loi par une partie de la même Loi, ce qui ne peut pas être imaginé, ſans imputer au Légiſlateur une variation vicieuſe & dès-honorante, on ne pourroit pas ſuppoſer la même correction par rapport aux diſpoſitions qui ſont differentes des actes de partage, parce que le *chapitre 3 de la Novelle* ne parle taxativement que des partages, & non des autres diſpoſitions *inter liberos*. Ainſi, on doit ſe regler à cet égard par le *chapitre 1 de la Novelle* 107: Il faut donc dire que le ſeing du Teſtateur ne peut pas ſuppléer aux formalitez que la Loi exige pour la validité de ces ſortes de diſpoſitions.

84. Si la Novelle 119 a abrogé ces formalitez, ou précautions.

La Novelle 119, chapitre 9, n'a pas non-plus abrogé ces formalitez ou précautions dans les Teſtamens *inter liberos*; car ſi cette Novelle a diſpenſé le Teſtateur d'écrire lui-même le nom de ſon heritier, ou d'en faire la nuncupation, comme il avoit été ordonné par la Loi 29, *cod. de Teſtam.* confirmée par la *Novelle 66*, cela ne regarde que les Teſtamens parfaits, & non les Teſtamens *inter liberos*, comme il paroît des dernieres paroles du *chapitre 9 de la Novelle* 119. *Si omnino reliquam obſervationem in Teſtamento Teſtator obſervaverit.*

85. Réflexions de l'Auteur ſur la varieté & la contrarieté de l'opinion des Auteurs ſur les diſpoſitions *inter liberos*.

Nous avons cru néceſſaire d'entrer dans ce détail pour faire connoître dans ſa pureté l'eſprit du Droit Romain. Les Auteurs s'en étoient ſi fort éloignez, & leurs déciſions avoient acquis un tel crédit, qu'on n'examinoit preſque plus les difficultez ſur les principes, & ſur les regles établies par les Loix; & la varieté, même la contrarieté que l'on trouve dans leurs déciſions, augmentant les difficultez, font qu'on ne ſçait plus à quoi s'en tenir, & que tout eſt arbitraire; car où trouver une regle certaine pour ſe fixer dans une matiere, dont on a, pour ainſi dire, enſeveli les regles dans le cahos des opinions des Interprétes.

86. Aujourd'hui il faut ſuivre les formalitez de l'Ordonnance de 1735, dans les diſpoſitions *inter liberos*.

A l'avenir, & pour les diſpoſitions qui ſeront faites depuis la publication de l'Ordonnance de 1735, on n'aura aucun inconvenient à craindre, parce que les formalitez des diſpoſitions & des partages *inter liberos* ſont reglées d'une maniere ſi claire, & ſi certaine par les ſages diſpoſitions contenuës dans les articles 15, 16, 17 & 38, que tandis qu'on s'y conformera, comme on le doit, il ne peut ſe former aucune difficulté qu'on ne puiſſe réſoudre ſans peine.

87. Teſtament en faveur des ſucceſſeurs *ab inteſtat*.

Le Teſtament en faveur des heritiers *ab inteſtat*, ou de l'un d'eux, n'a rien de particulier, & il eſt ſoumis aux regles établies

pour les autres Teſtamens ; à cela près, qu'au lieu du nombre de ſept Témoins, qui eſt requis pour rendre parfait un Teſtament fait *jure communi*, cinq Témoins ſuffiſent, même pour révoquer un Teſtament précedent parfait en faveur des perſonnes étrangeres, *L. hac conſultiſſima* 21, §. 3, *cod. de Teſtamentis ;* mais la diſpoſition de cette Loi à cet égard, a été abrogée par l'Ordonnance de 1735, qui aſſujettit les Teſtamens faits en faveur des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, autres que les enfans, aux regles ordinaires, & n'admet d'autre diſtinction, que celle des lieux, en exigeant ſept Témoins y compris le Notaire, qui doivent ſigner, pour les Teſtamens faits dans les Villes ou Bourgs fermez, & dont deux ſeulement doivent ſçavoir écrire, & ſigner pour les Teſtamens faits à la campagne, ou dans les lieux non fermez, ſuivant les articles 5, 9 & 45.

La Loi *hæc conſultiſſima* §. 3. *cod. de Teſtam.* eſt abrogée par la nouvelle Ordonnance.

Elle n'admet d'autre diſtinction que celle des Villes & Bourgs murez avec les Villages pour la ſignature des Témoins & non pour leur nombre qui doit être le même partout.

La Loi 19, *cod. de Teſtamentis*, nous marque deux differentes manieres de diſpoſer, qui ont leurs formalitez particulieres. La premiere eſt le Teſtament fait devant le Prince, *Principi oblatum.* La ſeconde eſt le Teſtament fait devant le Juge, *apud acta.*

88. Teſtament devant le Prince. Ou devant le Juge.

Pour autoriſer le Teſtament fait devant le Prince, la Loi ſe ſert de l'exemple du Teſtament *apud acta*, comme reçû & autoriſé par l'uſage : *Sicut ergo ſecurus erit, qui actis cujuſque judicis, aut municipium, aut auribus privatorum, mentis ſuæ poſtremum publicavit judicium ; ita nec de ejus unquam ſucceſſione tractabitur, qui nobis mediis, & toto jure* (*quod in noſtris eſt ſcriniis conſtitutum*) *teſte ſuccedit.*

89. Comparaiſon du Teſtament fait devant le Prince avec le Teſtament fait devant le Juge.

Totum jus inſcrinio principis.

Toute la formalité de ces Teſtamens conſiſte donc en la déclaration, que le Teſtateur fait devant le Prince, le Juge, ou quelqu'un des Magiſtrats municipaux, qu'il en ſoit dreſſé un acte ſigné par le Prince, ou par le Juge, ou par le Magiſtrat municipal & leur Greffier ; car la Loi n'en exige point d'autre.

90. Formalité du Teſtament devant le Prince ou devant le Juge.

L'uſage du Teſtament *apud acta* eſt reçu à Toulouſe ſuivant le témoignage de M. *de la Roche-Flavin*, & de *Graverol* ſon Commentateur *verb. Teſtament. art.* 11, & l'Ordonnance de 1735 déclare nommément dans l'art. 24, qu'elle ne déroge point à cet uſage. Il eſt encore reçu dans pluſieurs Coutumes par diſpoſition expreſſe, & notamment par celle de *Vermandois*, *article* 58, & celle de *Peronne*, *article* 162 ; mais ces Coutumes exigent l'aſſiſtance de deux Témoins, que le Droit Romain ne demande pas ; il ſemble néanmoins que les Juges qui recevront à l'avenir des Teſtamens en Pays de Droit écrit, devront prendre deux Témoins, puiſque par l'article 33 de la nouvelle Ordonnance, cette

91. Le Teſtament *apud acta* eſt reçu à Toulouſe.

Il eſt auſſi reçu dans pluſieurs Coutumes avec deux Témoins.

Si les Teſtamens faits devant les Juges doivent être atteſtez de deux Témoins.

formalité

formalité doit être obſervée même pour les Teſtamens faits en tems de peſte, qui meritent plus d'indulgence ſur les formalitez que les Teſtamens faits en autre tems. Ce n'eſt pourtant qu'un ſimple argument qui peut être combattu par d'autres. Car d'un côté, lorſque *l'art.* 24 *de l'Ordonnance de* 1735 en autoriſe l'uſage ſans exiger des formalitez particulieres, il autoriſe cet uſage en la maniere qu'il étoit pratiqué auparavant. Ainſi la neceſſité d'appeller des témoins aux Teſtamens *apud acta*, n'étant pas requiſe avant cette Ordonnance, elle ne doit pas non plus être requiſe aujourd'hui.

91. Suite. S'il faut des Témoins au Teſtament *apud acta*.

D'autre part, ſi les Officiers ne ſont conſiderez par l'Ordonnance que comme des ſimples perſonnes publiques, auſquelles elle donne l'autorité pour recevoir les Teſtamens, il faut les mettre au niveau du Notaire ſimplement ſans aucun avantage; il faudra donc qu'on appelle le même nombre de témoins, qu'on en requiert aux Teſtamens reçus par Notaire, ſelon les Loix du Païs; ainſi il en faudra ſept en Païs de Droit écrit pour les perſonnes étrangeres, deux *inter liberos*, & deux dans les Païs coutumiers, conformément à l'Ordonnance aux art. 15 & 23, pour les Teſtamens faits *Jure communi*. Le premier avis me paroît le mieux fondé; voilà pourquoi je penſe que dans les lieux où le Teſtament *apud acta* étoit reçu & valable, avant l'Ordonnance ſans témoins, il doit être également valable aujourd'hui ſans témoins, & que dans les lieux où il en falloit deux, il faut y obſerver la même formalité; cependant le plus ſûr eſt d'appeller des témoins, comme nous l'avons dit dans la ſect. 3, n. 11 & 79 de ce chapitre.

Reſolution qu'il faut ſuivre ce qui étoit pratiqué avant l'Ordonnance de 1735.

93. Teſtament fait aux Champs.

Les Legiſlateurs ſe ſont relâchez ſur partie des formalitez requiſes aux Teſtamens qui doivent être faits *Jure communi*, par rapport à ceux qui ſont faits aux Champs; ainſi au lieu de ſept témoins qui devoient ſigner le Teſtament écrit *Jure communi*, on n'en demande que cinq lorſqu'on n'en pourroit pas trouver un plus grand nombre, dont il ſuffit qu'il y en ait un ou deux qui ſignent pour eux, & pour les autres qui ne ſçavent pas écrire, ſous la même condition néanmoins qu'on n'en trouve pas un plus grand nombre qui ſçachent écrire & ſigner; mais il eſt neceſſaire dans ce cas que tous les témoins connoiſſent la volonté du Teſtateur, & toutes les diſpoſitions qu'il a faites, ſurtout le nom des heritiers, & qu'ils en portent témoignage moyennant leur ſerment devant le Juge; cependant le Teſtament ſeroit nul s'il n'étoit pas fait en preſence de cinq témoins. *L. & ab antiquis* 31, *cod. de teſtam.* Ce n'étoit donc que conditionnellement qu'il étoit permis aux

Ruſtiques de teſter avec le nombre de témoins, & qu'on n'exigeoit qu'un ou deux qui ſçuſſent ſigner; cependant les Auteurs en avoient fait une déciſion pure & abſoluë, en autoriſant les Teſtamens faits aux Champs avec cinq témoins, ſans s'informer ſi l'on avoit pû en trouver un plus grand nombre.

94. Diverſes queſtions agitées par les Interpretes devenues inutiles par l'Ordonnance de 1735.

Les Interpretes agitoient pluſieurs queſtions au ſujet de cette Loi, & notamment pour ſçavoir ce que l'on devoit entendre par les mots *Perſonnes Ruſtiques* dont la Loi parle, ſi les perſonnes lettrées, les Gentilshommes, Bourgeois ou Gens d'affaires réſidans à la Campagne, devoient être compris dans ce privilege, & ſur la nature des lieux qu'on devoit regarder comme Campagnes; mais toutes ces difficultez ont été reſoluës par l'art. 45 de l'Ordonnance de 1735.

95. Teſtament en tems de peſte.

La forme du Teſtament en tems de peſte eſt, ſelon la Loi 8, *cod. de teſtamentis*, la même que dans les autres Teſtamens *Jure communi*: A cela près, qu'il n'eſt pas neceſſaire d'y appeller tous les témoins dans le même inſtant, & qu'ils ſe pouvoient preſenter l'un après l'autre pour entendre la diſpoſition du Teſtateur, ou pour ſigner & ſceller l'acte de ſuſcription du Teſtament ſolemnel; mais le même nombre des témoins devoit y aſſiſter qu'aux Teſtamens faits en un tems plus libre.

96. Quelle étoit la Juriſprudence des Arrêts de certains Parlemens.

Il eſt vrai que par la Juriſprudence des Arrêts de certains Parlemens, comme à Toulouſe, on n'exigeoit pas un ſi grand nombre de témoins: on admettoit même dans certains lieux les femmes comme témoins, à cauſe de la neceſſité; mais tout cela étoit contre la diſpoſition de la Loi. Aujourd'hui la forme de ces ſortes de Teſtamens eſt reglée d'une maniere certaine par *l'Ordonnance de* 1735, *aux articles* 33, 34, 35, 36 *&* 37.

Forme de ces Teſtamens reglée par l'Ordon. de 1735.

97. Teſtament des aveugles.

Nous avons rapporté ci-deſſus pluſieurs Teſtamens dont les formalitez ſont diminuées ou adoucies, comme ſont le Teſtament militaire, les diſpoſitions *inter liberos*, le Teſtament en faveur des ſucceſſions *ab inteſtat*, celui qui eſt fait aux Champs, ou en tems de peſte, & ceux qui étoient faits devant le Prince, ou *apud acta* devant le Juge ou les Magiſtrats municipaux. Nous en allons voir deux autres où les ſolemnitez ſont augmentées, ſçavoir celui des aveugles, & celui des perſonnes ſourdes & muetes par accident.

98. Les aveugles ne peuvent pas faire un Teſtament ſolemnel, mais ils doivent teſter par nuncupation.

La Loi *hac conſultiſſima* 8, *cod. qui teſtamenta facere poſſunt*, ne permet pas aux aveugles de naiſſance ou qui le ſont devenus par maladie, ou autre accident, de faire un Teſtament écrit ſolemnel, elle leur permet ſeulement de teſter en deux formes. La premiere eſt par nuncupation qui doit ſe faire de la maniere ſuivante. Pre-

mierement, ils doivent appeller ſept témoins & un Tabulaire, c'étoit un Officier chez les Romains different du Tabellion ou Notaire. Nous avons expliqué ſur l'art. 5 de l'Ordonnance de 1731 quel étoit l'emploi de cet Officier, & en quoi il étoit different du Tabellion ou Notaire.

Deux formes differentes du Teſtament des aveugles.

Premiere condition pour la validité du Teſtament de l'aveugle.

En ſecond lieu, il eſt neceſſaire qu'en préſence des témoins & du Tabulaire, le Teſtateur explique clairement & ſans équivoque le nom & la qualité des heritiers qu'il veut inſtituer, les portions dont il veut les honorer, & toutes les autres diſpoſitions qu'il voudra faire par legs, fideicommis ou autrement, qu'il obſerve les autres formalitez qui ſont preſcrites pour les Teſtamens nuncupatifs, & que tout ſe paſſe en même tems & même lieu, *uno contextu.*

99. Seconde condition.

En troiſiéme lieu, que toutes les diſpoſitions du Teſtateur ſoient redigées par écrit de la main du Tabulaire, lequel écrit doit être ſigné par tous les ſept témoins, & encore ſcellé par les mêmes témoins & par le Tabulaire, au moyen dequoi le Teſtament & tout ce qui y ſera contenu, ſera bon & efficace, *plenum obtinebit robur teſtantis arbitrium.*

100. Troiſiéme condition.

En quatriéme lieu, quoique l'aveugle ne veuille faire que des legs, des fideicommis, ou d'autres diſpoſitions qu'il eſt permis de faire dans des Codiciles, il devra néanmoins obſerver les mêmes formalitez dont on vient de faire le détail.

101. Quatriéme condition par rapport aux legs, fideicommis, & autres diſpoſitions qu'on peut faire par Codicile.

La ſeconde forme eſt, que l'aveugle peut faire écrire par telle perſonne qu'il trouvera à propos ſon Teſtament, ou ſon Codicile: Enſuite ayant aſſemblé dans un même lieu les témoins (au nombre de ſept) & le Tabulaire, & leur ayant expliqué la cauſe pour laquelle ils ont été appellez, le Teſtateur doit repreſenter l'écrit, & le bailler au Tabulaire qui en fera la lecture au Teſtateur & aux Témoins; & après que la teneur & le contenu leur aura été manifeſté, le Teſtateur doit déclarer que c'eſt ſa volonté, & qu'il a diſpoſé en la forme couchée dans l'écrit dont la lecture a été faite; après quoi les témoins doivent y appoſer leurs ſeings & leurs ſceaux, & le Tabulaire doit auſſi y appoſer ſon ſceau comme il a été dit. Que ſi l'on ne peut pas trouver un Tabulaire, le Teſtateur doit ajouter un huitiéme témoin, qui ſuppléera au défaut du Tabulaire, & fera tout ce que le Tabulaire auroit dû faire: étant libre au Teſtateur de dépoſer l'écrit de ſon Teſtament ou autre diſpoſition entre les mains de celui des témoins qu'il veut choiſir. Il s'enſuit du texte dont nous venons de faire l'analyſe: 1°. Que l'aveugle ne peut pas faire un Teſtament ſolemnel ou myſtique,

102. Seconde forme du Teſtament des aveugles.

103. Au défaut du Tabulaire on doit ajouter un huitiéme témoin.

même entre enfans. M. d'Olive, liv. 5, ch. 6, & plusieurs autres Auteurs. 2°. Que quoique plusieurs Auteurs confondant la premiere avec la seconde forme de cette espece de Testament, ayent pensé qu'il devoit être fait mention de la lecture en presence du Testateur & des Témoins, néanmoins cette expression de lecture n'étoit necessaire que quand le Testateur avoit expliqué sa volonté par écrit, & non quand il l'avoit expliquée de vive voix en presence des témoins, du Tabulaire ou du huitiéme témoin qui prenoit sa place & faisoit sa fonction. 3°. Qu'il n'est pas necessaire que l'aveugle commence son Testament par l'institution d'heritier; parce que cette formalité ne fait rien pour assurer la volonté du Testateur, & qu'elle a été abrogée pour toute sorte de Testamens.

104. Formalitez des Testamens des aveugles reglées par l'Ordon. de 1735.

Par la nouvelle Ordonnance, art. 7, si le Testateur est aveugle, ou si dans le tems du Testament il n'a pas l'usage de la vûë, on doit appeller un témoin outre le nombre de sept marqué dans l'art. 5, lequel doit signer le Testament avec les autres témoins, ce qui n'est ainsi ordonné que pour les Païs de Droit écrit où l'on suit la Loi Romaine; car dans les lieux où un moindre nombre de témoins suffit suivant les Coutumes ou Statuts, on n'a besoin que d'ajouter un témoin au nombre requis, comme le porte l'art. 13 de la même Ordonnance. Mais dans les Testamens faits en faveur des enfans & descendans par les ascendans, quoique le Testateur soit aveugle, il suffit que le Testament soit fait en presence de deux Notaires, ou d'un Notaire ou Tabellion, & deux témoins, sans qu'il soit besoin d'appeller un troisiéme témoin, suivant l'art. 15.

105. Testament des sourds & muets de naissance.

Les personnes sourdes & muetes de naissance ne peuvent tester en aucune façon, quand elles ne peuvent ni entendre ni parler. Elles ne peuvent pas non plus faire des Codiciles ni des Donations à cause de mort, ni laisser des legs ou des fideicommis; & cela a lieu pour les personnes de l'un & de l'autre sexe, *l. discretis 10, cod. qui testam. fac. poss.*

106. Le sourd & muet par accident & qui sçait écrire peut tester.

Mais, selon la même Loi, les personnes qui sont sourdes & muetes par accident, & qui sçavent écrire, peuvent tester par écrit.

107. Le sourd sans être muet peut tester & disposer à cause de mort.

Il est également permis à celles qui sont sourdes sans être muetes de faire des Testamens, Codiciles & Donations à cause de mort, tout de même que les autres personnes, qui ont un parfait usage de tous leurs sens corporels.

108. Le muet par ac-

Comme aussi celles qui ont perdu par accident l'usage de la

parole, & qui ne ſont pas ſourdes, peuvent également teſter par écrit ſi elles ſçavent écrire, ſans diſtinction de ſexe, *l.* 10, *cod. qui teſtam. fac. poſſ.*

cident ſans être ſourd peut diſpoſer par écrit.

Cette Loi inſinuë que dans le cas où le Teſtateur eſt muet, ne pouvant pas déclarer ſa volonté à un Ecrivain, doit lui-même écrire ſa diſpoſition; mais elle n'explique pas de quelle maniere il pouvoit être ſuppléé à la déclaration que le Teſtateur devoit faire en preſence des témoins, que l'écrit qui leur étoit preſenté, contenoit ſa volonté; ainſi pour remplir les vûës de la Loi, & en ſuivant exactement ſon eſprit il étoit neceſſaire ou que le Teſtateur fit connoître ſa volonté aux témoins par la lecture qu'ils devoient faire de l'écrit, & qu'enſuite ils le ſignaſſent; ce qui formoit une autre eſpece de Teſtament differente du Teſtament ſolemnel, & qui n'étoit pourtant pas nuncupatif: Ou bien il falloit que le Teſtateur mît de ſa main au dos de l'écrit que c'étoit ſon Teſtament & ſa volonté, & qu'il le preſentât aux témoins pour le ſouſcrire; c'eſt de cette derniere façon que la choſe a été reglée pour les Païs du Droit écrit par *l'art.* 12 *de la nouvelle Ordonnance, qui veut, qu'en cas que le Teſtateur ne puiſſe parler, mais qu'il puiſſe écrire, il pourra faire un Teſtament myſtique, à la charge que ledit Teſtament ſera entierement écrit, datté & ſigné de ſa main; qu'il le preſentera au Notaire ou Tabellion, & aux autres témoins, & qu'au haut de l'acte de ſuſcription, il écrira en leur preſence, que le papier qu'il preſente eſt ſon Teſtament; après quoi ledit Notaire ou Tabellion écrira l'acte de ſuſcription, dans lequel il ſera fait mention que le Teſtateur a écrit ces mots en preſence dudit Notaire ou Tabellion & des Témoins.* Le même article veut au ſurplus que ce qui eſt preſcrit par l'art. 9 ſoit obſervé.

109. Forme du Teſtament du muet qui ſçait écrire.

Diſpoſition de l'Ordon. de 1735 ſur le Teſtament du muet qui ſçait écrire.

A l'égard du Teſtament en faveur de la cauſe pie, quoique le Droit Romain n'en eût pas preſcrit la forme, qu'il ne l'eût pas diſpenſé des formalitez preſcrites pour les Teſtamens *Jure communi*, comme étant compris dans la regle generale, attendu que la cauſe pie n'en étoit pas exceptée; néanmoins par le ſentiment outré de certains Interpretes, on avoit accordé tant de faveurs & de privileges à ces Teſtamens, que non-ſeulement on les diſpenſoit de toutes les formalitez du Droit, & l'on n'exigeoit qu'une ſimple preuve de la volonté *quoquo modo*, la mettant au niveau, & dans le même dégré de faveur que les enfans par rapport aux diſpoſitions des aſcendans; mais encore ils attribuoient aux diſpoſitions faites en faveur de la cauſe pie une clauſe dérogatoire tacite, ſi bien que pour qu'elles fuſſent ſuffiſamment révoquées par un

110. Teſtament en faveur de la cauſe pie.

Sentiment des Auteurs ſur le Teſtament en faveur de la cauſe pie.

Clauſe dérogatoire tacite ſous-entenduë dans ce Teſtament.

autre Teſtament, il falloit une révocation ſpeciale de ce qui regardoit la cauſe pie dans un Teſtament précedent, & ils prétendoient qu'une révocation generale ne ſuffiſoit pas. On peut voir l'ample Traité *de privilegiis piæ cauſæ* de M. *Tiraqueau*, Conſeiller au Parlement de Paris, & ce qu'en ont écrit les Auteurs en particulier.

111. Le privilege de la cauſe pie étoit contraire au Droit Romain.

Mais tout cela étoit contraire à la diſpoſition du Droit Romain, & n'avoit même aucun fondement dans la Loi canonique qui n'avoit accordé à la cauſe pie aucun privilege particulier.

112. Diſpoſition du Droit canonique ſur la formalité des Teſtamens.

Il eſt vrai que le Pape Alexandre III. répondant à un Evêque de ſa domination temporelle, dans le ch. *relat.* 11, *ext. de teſtam.* déclare valables les diſpoſitions faites en faveur de l'Egliſe, ſi elles ſont faites en preſence de deux ou trois témoins; parce que ces matieres doivent être décidées, non ſelon les Loix humaines, mais ſelon ce qui eſt écrit dans les Livres ſacrez, *in ore duorum vel trium teſtium ſtat omne verbum.*

113. La cauſe pie n'avoit point de privilege qui ne fut communiqué aux particuliers.

Mais la cauſe pie n'a à cet égard rien qui ne ſoit communiqué aux Particuliers, puiſque le chap. *cum eſſes* 10, qui précede immédiatement, & qui eſt tiré d'une Décretale du même Pape faite pour ſervir de Loi dans ſes Etats particuliers; ainſi que le remarque *Molina de juſtitia & jure diſput.* 133, *n.* 4, *tractat.* 2, déclare bons les Teſtamens faits devant le Curé, & deux ou trois témoins, ſuivant une coutume generale de l'Egliſe qui ſe regloit, non par les Loix humaines, mais par les Loix divines.

114. Les Loix canoniques pour ce qui regarde le temporel ne doivent avoir lieu que dans les Etats du Pape. La Juriſdiction de l'Egliſe eſt bornée au ſeul ſpirituel.

D'ailleurs, les diſpoſitions du Droit canonique qui, comme on l'a remarqué, n'ont été faites que pour ſervir de Loi dans les Etats du Pape, ne doivent pas prévaloir, en matiere purement temporelle & prophane, ſur les Loix des Princes temporels; parce que la Juriſdiction de l'Egliſe ſe borne au ſeul ſpirituel, ſi l'on excepte les Terres qui ſont du Patrimoine de S. Pierre, & ſous la domination temporelle du ſouverain Pontife.

115. La nouvelle Ordonnance aſſujettit la cauſe pie aux formalitez ordinaires entre étrangers.

Auſſi la nouvelle Ordonnance où le Legiſlateur s'eſt attaché avec ſoin à faire revivre l'eſprit de la Loi Romaine, obſcurcie ou negligée, & d'y ajouter pour la perfection des diſpoſitions, des précautions dont l'experience avoit fait connoître la neceſſité & l'utilité, n'a-t-elle fait aucune attention, ni eu aucun égard aux privileges de la cauſe pie, imaginez par les Auteurs; puiſqu'elle a établi des regles generales auſquelles toute ſorte de perſonnes ſont aſſujetties, ſauf celles qui y ſont exceptées, & qu'à même tems elle n'a pas diſpenſé d'obſerver ces regles dans les diſpoſitions qui ſeront faites en faveur de l'Egliſe & de la cauſe pie; elle

a ordonné au-contraire par l'art. 78, que toutes les dispositions de cette Ordonnance, soit sur la forme, ou sur le fonds des Testamens, Codiciles & autres Actes de derniere volonté, seront exécutées, encore que ces dispositions de quelqu'espece que ce soit, eussent la cause pie pour objet. Il ne sera donc plus question à l'avenir de recourir à ces prétendus privileges, ni à ces faveurs imaginaires; mais les dispositions faites en faveur de l'Eglise ou de la cause pie ne seront valables, qu'autant qu'elles se trouveront dans des Testamens ou autres dispositions de derniere volonté, qui seront revêtuës des formalitez que l'Ordonnance exige selon la nature des dispositions, & la qualité des personnes qui les ont faites. On peut voir ce que nous avons dit dans la section troisiéme de ce chapitre pour expliquer l'art. 19 de l'Ordonnance, où nous avons concilié l'antinomie apparente entre cet article & les articles 18 & 78 de la même Ordonnance.

Les dispositions en faveur de la cause pie ne seront bonnes qu'autant que les Testamens se trouveront revêtus des formalitez requises *Jure communi*.

Les Auteurs Coutumiers plus exacts dans l'observation des regles, & moins favorables à la cause pie, que ceux du Droit écrit, décident, que quand une Coutume prescrit les formalitez des Testamens, il faut les observer pour les dispositions faites en faveur de la cause pie, autrement elles sont nulles. *Chopin de legib. Andium, lib. 1, cap. 49, num. 2. Peleus, quæst. 65*, & plusieurs autres.

116. Les Auteurs Coutumiers sont moins favorables à la cause pie que les Interpretes du Droit Romain.

SECTION II.

Des Testamens introduits par les Ordonnances anciennes, les Coutumes, ou Usages, & de leurs formalitez.

SOMMAIRE.

1. *De plusieurs especes de Testamens introduits par les Ordonnances, les coutumes ou l'usage.*
2. *Testament fait devant les Curez ou Vicaires.*

Son origine.

3. *Usage de ce Testament autorisé par les Ordonnances d'Orleans & de Blois.*

Extension aux Vicaires servant les Paroisses.

Les Testamens reçus par les Curez ou Vicaires sont des Actes publics.

On doit y observer les formalitez de Droit.

4. *Si les Curez ou Vicaires peuvent délivrer des expéditions*

des Teſtamens qu'ils ont reçus.

Remiſes des Teſtamens devers un Notaire.

5. *Des Teſtamens reçus par les Aumôniers des Hôpitaux, & des Armées.*

6. *Diſpoſition de la nouvelle Ordonnance ſur le pouvoir des Curez ou Vicaires.*

Quid *des Aumôniers des Hôpitaux.*

Et des Aumôniers des Armées.

7. *Du Teſtament maritime.*

8. *Forme du Teſtament maritime.*

9. *A quelles perſonnes la faculté de teſter de cette façon eſt accordée.*

10. Quid *Si les voyages ne ſont pas de long cours.*

11. *Le Teſtament maritime ne vaut qu'en cas que le Teſtateur décede pendant le voyage.*

Quid *du Teſtament écrit & ſigné de la main du Teſtateur.*

12. *Le Teſtament qui n'eſt pas reçu par l'Ecrivain doit être écrit en entier & ſigné par le Teſtateur.*

Si la datte y eſt neceſſaire.

13. *L'Ecrivain pour être capable de recevoir le Teſtament doit avoir commiſſion, & avoir prêté ſerment.*

14. *Les trois Témoins doivent ſigner.*

15. *Le Teſtament olographe vaut pour toute ſorte de biens.*

Mais celui qui eſt reçu par l'Ecrivain ne vaut que pour les effets que le Teſtateur a dans le Vaiſſeau & pour les gages à lui dûs.

16. *Quels ſont les biens qui peuvent être dans le Vaiſſeau.*

17. *Des diſpoſitions faites au profit des Officiers du Vaiſſeau.*

Quid *s'ils ſont parens.*

18. *Teſtament olographe.*

19. *Diſpoſition de l'Ordonnance de 1629 au ſujet du Teſtament olographe.*

20. *Diſpoſition de l'Ordonnance de 1735.*

Cas où le Teſtament olographe a lieu dans les Païs du Droit écrit.

1°. *En faveur des enfans ou deſcendans.*

2°. *Dans les diſpoſitions* Jure militari.

3°. *Dans celles qui ſont faites en tems de peſte.*

Les diſpoſitions olographes doivent être entierement écrites, dattées & ſignées de la main du Teſtateur.

21. *Dans les Pais du Droit écrit les diſpoſitions en faveur d'autres que des enfans dans les Teſtamens olographes ſont de nul effet.*

Uſage des Teſtamens olographes doit continuer dans les lieux où ils étoient en uſage.

22. *Ceux qui doivent faire des vœux ſolemnels doivent reconnoître les Teſtamens olographes devant Notaire.*

Preſomption contre la diſpoſition olographe non-reconnuë dans un tems libre & non-ſuſpect.

Si le domicilié dans un Païs où le Teſtament olographe eſt de

Droit

Droit commun, peut teſter en cette forme dans le Païs du Droit écrit entre étrangers, & vice verſa.
23. *Teſtament nuncupatif devant Notaire.*
24. *Le Teſtament, quoique rédigé par écrit par Notaire, ne laiſſoit pas d'être nuncupatif.*
Si le Notaire y étoit conſideré comme témoin.
Diſpoſition de l'Ordonnance de 1735.
25. *La nuncupation faiſoit l'eſſence du Teſtament, & l'écriture n'y étoit pas neceſſaire.*
26. *La validité de la diſpoſition nuncupative ne dépend pas de la validité de l'acte reçu par le Notaire ſuivant le Droit Romain.*
27. *Juriſprudence du Parlement de Toulouſe ſur la validité de l'acte pour prouver le Teſtament nuncupatif.*
28. *On doit ſuivre les formalitez preſcrites par l'Ordonnance de* 1735 *pour les Teſtamens nuncupatifs.*
Aujourd'hui la nullité de l'acte entraîne la nullité du Teſtament & des diſpoſitions.
29. *Des differentes formes de Teſtament portées par les Coutumes.*

IL nous reſte à parler de quelques autres Teſtamens qui ont été introduits par les Ordonnances, les Coutumes ou l'uſage, tels ſont le Teſtament reçu par les Curez, ou leurs Vicaires, les Aumôniers des Hôpitaux & des Armées, le Teſtament maritime, le Teſtament olographe, & celui qui eſt reçu par des Notaires, ou par un Notaire en preſence des témoins.

1. De pluſieurs eſpeces de Teſtamens introduits par les Ordonnances, les Coutumes ou l'uſage.

La permiſſion donnée aux Curez de recevoir les Teſtamens de leurs Paroiſſiens, prend ſon origine dans la diſpoſition du Droit Canonique au chap. *cum eſſes* 10, *extr. de teſtam.*

2. Teſtament fait devant les Curez ou Vicaires. Son origine.

Les Ordonnances d'Orleans, art. 27, & de Blois, art. 63, en avoient reçu l'uſage *utilitatis causâ*, & avoient étendu cette permiſſion aux Vicaires ſervant les Paroiſſes, elles leur avoient attribué une eſpece de caractere public, qui fait regarder comme publics & autentiques les Teſtamens qu'ils reçoivent; enſorte qu'ils font pleine foi ſans avoir beſoin d'être reconnus, ni que les Teſtamens ſoient réſumez d'autorité judiciaire; mais les Curez & les Vicaires n'interviennent dans les Teſtamens que pour leur imprimer le caractere public; car ils doivent d'ailleurs être revêtus des formalitez preſcrites par les Loix & les Coutumes des lieux pour être valables.

3. Uſage de ce Teſtament autoriſé par les Ordon. d'Orleans & de Blois. Extenſion aux Vicaires ſervant les Parroiſſes. Les Teſtamens reçus par les Curez ou Vicaires ſont des actes publics. On doit y obſerver les formalitez du Droit.

Quoique les Curez & leurs Vicaires ſoient réputez perſonnes publiques pour recevoir les Teſtamens de leurs Paroiſſiens, ils ne peuvent néanmoins en délivrer des expéditions, & ils n'ont

4. Si les Curez ou Vicaires peuvent délivrer des expéditions des Teſtamens qu'ils ont reçus.

Remise des Testamens devers un Notaire.

aucun pouvoir ni caractere pour cela ; mais ils doivent les remettre devers un Notaire, huitaine après le décès du Testateur, pour en délivrer des expéditions, comme l'a ordonné l'art. 8 de l'Edit du mois de Décembre 1691.

5. Des Testamens reçus par les Aumôniers des Hôpitaux & des Armées.

A l'exemple des Curez & de leurs Vicaires, on avoit attribué aux Aumôniers des Hôpitaux, & des Armées, un pouvoir semblable par l'analogie & ressemblance des fonctions, & ils pouvoient recevoir les Testamens des malades qui étoient dans les Hôpitaux, ou dans les Armées sous leur conduite & direction spirituelle ; parce que les Aumôniers exercent sur les personnes qui sont dans les Hôpitaux ou dans les Armées les mêmes fonctions que les Curez ou Vicaires dans leurs Paroisses ; il convenoit donc pour l'utilité publique qu'on leur attribuât le même pouvoir à cet égard.

6. Disposition de la nouvelle Ordonnance sur le pouvoir des Curez ou Vicaires.

Mais la nouvelle Ordonnance par rapport au pouvoir des Curez déroge à cet usage dans tous les Païs, où il n'y aura point de Statut ou Coutume qui les y autorisent ; même dans les Païs où il y a de tels Statuts ou Coutumes la permission est bornée aux Curez seculiers ou reguliers, ou aux Prêtres seculiers qui servent, comme Curez, les Paroisses qui n'ont point de Titulaires, ou dont les Titulaires sont interdits, ou suspendus de leurs fonctions ; & il n'est plus permis aux Vicaires, qu'on appelle Secondaires, de recevoir des Testamens, comme il paroît de l'art. 25 de cette Ordonnance ; mais il n'est rien innové aux Reglemens & usages observez dans quelques Hôpitaux par rapport à ceux qui y peuvent recevoir des Testamens & autres dispositions à cause de mort. L'art. 27 ne permet aux Aumôniers des Armées de recevoir les Testamens de ceux qui servent dans les Armées, qu'en cas que le Testateur soit malade ou blessé. Et dans ce même cas les Aumôniers des Hôpitaux ont la faculté de recevoir les Testamens des personnes malades ou blessées, qui seront dans leurs Hôpitaux.

Quid des Aumôniers des Hôpitaux

Et des Aumôniers des Armées.

7. Du Testament maritime.

Nous appellons Testament maritime celui qui est fait par les personnes qui sont sur mer, mâles ou femelles, Maîtres, Capitaines, Patrons, Pilotes & autres Officiers, Passagers & autres. La forme en est reglée par *l'Ordonnance de la Marine de l'année* 1687, *liv.* 3, *tit.* 11.

8. Forme du Testament maritime.

L'art. 1er. porte : *Les Testamens faits sur Mer par ceux qui décederont dans les voyages, seront réputez valables, s'ils sont écrits & signez de la main du Testateur, ou reçus par l'Ecrivain du Vaisseau en presence de trois témoins, qui signeront avec le Testateur ; & si le*

Testateur ne peut ou ne sçait signer, il sera fait mention de la cause pour laquelle il n'aura pas signé.

Pour l'intelligence de cet article, il convient d'observer: 1°. Que la faculté de tester de cette maniere est accordée à toutes les personnes qui sont sur Mer, ce qui comprend toutes celles dont nous venons de parler.

9. A quelles personne la faculté de tester de cette façon est accordée.

2°. Qu'il importe peu que les voyages soient de long cours ou autrement. Cette faculté dure pendant qu'on est sur Mer, & durant le voyage jusques au retour; mais quand on est arrivé au lieu de la destination, si quelqu'un des Officiers, Matelots, Marchands, Passagers ou autres personnes du Vaisseau vouloit tester, il devroit le faire *Jure communi*, en la forme prescrite par les Loix, Statuts ou Coutumes du lieu où il seroit fait.

10. *Quid* si les voyages ne sont pas de long cours.

3°. Que pour que le Testament fait en la forme prescrite par l'Ordonnance de 1687 soit valable, il faut que le Testateur ou la Testatrice décedent pendant le voyage; car il ne vaut plus après le retour, excepté par rapport au Testament écrit & signé de la main du Testateur, que cette forme de tester ne fût reçuë dans le lieu de la residence du Testateur, auquel cas il vaudroit *Jure communi*, & il ne faudroit pas avoir recours au privilege accordé à ceux qui testent sur Mer en voyage.

11. Le Testament maritime ne vaut qu'en cas que le Testateur décede pendant le voyage.

Quid du Testament écrit & signé de la main du Testateur.

4°. Que le Testament qui ne sera pas reçu par l'Ecrivain du Vaisseau, soit écrit en entier, & signé par le Testateur; il faut encore, pour constater qu'il a été fait un voyage, qu'il soit datté ou qu'il soit exprimé qu'il a été fait sur Mer en voyage.

12. Le Testament qui n'est pas reçu par l'Ecrivain doit être écrit en entier & signé par le Testateur. Si la datte y est necessaire.

5°. Que l'Ecrivain du Vaisseau, pour être capable de recevoir le Testament, ait une Commission d'Ecrivain, & qu'il ait prêté le serment devant les Officiers de l'Amirauté du lieu de l'embarquement, avant le départ du Vaisseau.

13. L'Ecrivain pour être capable de recevoir le Testament doit avoir une commission & avoir prêté serment.

6°. Que les trois témoins qui assisteront au Testament reçu par l'Ecrivain du Vaisseau le signent, & il ne suffiroit pas qu'ils fussent interpellez de signer, & qu'ils déclarassent la cause pour laquelle ils ne signeroient pas; cela ne regarde que le Testateur, & non les témoins.

14. Les trois témoins doivent signer.

7°. Le Testament olographe écrit & signé par le Testateur vaut pour toute sorte de biens, & pour l'entiere succession du Testateur; mais celui qui est reçu par l'Ecrivain en presence de trois témoins ne peut valoir que pour les effets que le Testateur aura dans le Vaisseau, & pour les gages qui lui seront dûs, & non pour ses autres biens, suivant l'art. 2 du même titre de l'Ordonnance de 1687.

15. Le Testament olographe vaut pour toute sorte de biens. Mais celui qui est reçu par l'Ecrivain ne vaut que pour les effets que le Testateur a dans le Vaisseau & pour les gages à lui dus.

16. Quels sont les biens qui peuvent être dans le Vaisseau.

Parmi les biens que le Testateur aura dans le Vaisseau, on peut mettre, suivant le Commentateur de cette Ordonnance, toute sorte de biens & effets quels qu'ils soient, comme marchandises, pierreries, perles, bijoux, argent monnoyé & non monnoyé, billets, promesses, obligations, lettres de change, hardes, linges, habits, armes, & generalement tous les effets mobiliers qui se trouveront dans le Navire au jour de son décès.

17. Des dispositions faites au profit des Officiers du Vaisseau. *Quid* s'ils sont parens.

Par *l'art. 3 de la même Ordonnance* au lieu cité, il est dit : *Ne pourront les mêmes dispositions valoir au profit des Officiers du Vaisseau, s'ils ne sont parens du Testateur.*

18. Testament olographe.

Les Coutumes ont introduit une autre espece de Testament, qui est appellé *olographe*, on en a emprunté en partie la forme du Testament *inter liberos* des Romains, & de la Novelle de l'Empereur Valentinien rapportée au code Theodosien, *tit. de testamentis*, qui ne se trouve point dans le code de Justinien ; mais ils l'ont reglée d'une maniere plus sûre & plus propre à faire connoître la volonté du Testateur, & qu'il a voulu disposer serieusement, en ordonnant qu'il seroit écrit en entier, & signé de la main du Testateur ; & c'est de toutes les formes la moins sujette à la surprise.

19. Disposition de l'Ordonnance de 1629 au sujet du Testament olographe.

L'Ordonnance de 1629, art. 126, avoit autorisé cette forme de tester, & avoit voulu qu'elle fût reçuë dans tout le Royaume ; mais le Parlement de Toulouse s'attachant trop scrupuleusement aux Regles du Droit Romain, modifia cet article par l'Arrêt de Registre ; ainsi elle n'y fut point reçuë par rapport aux dispositions en faveur des personnes qu'on appelle étrangeres, c'est-à-dire qui sont autres que des descendans du Testateur.

20. Disposition de l'Ordon. de 1735. Cas où le Testament olographe a lieu dans les Païs du Droit écrit. 1 En faveur des enfans ou descendans. 2. Dans les dispositions *Jure militari*. 3 Dans celles qui sont faites en tems de peste. Les dispositions olographes doivent être entierement écrites, dattées & signées de la main du Testateur.

L'Ordonnance de 1735 en a établi une des formes de tester *Jure communi* dans les Païs coutumiers où elle étoit en usage. Elle veut encore qu'elle ait lieu en trois cas dans les Païs du Droit écrit. Le premier, en faveur des enfans & descendans. Le second, dans les dispositions faites *Jure militari*. Le troisiéme, dans celles qui sont faites en tems de peste dans les lieux qui sont infectez de cette maladie, comme on le voit dans les articles 16, 19, 20, 29 & 35 ; mais elle veut que les Testamens, Codiciles ou autres dispositions olographes soient entierement écrites, dattées & signées de la main du Testateur, ou de la Testatrice, dans tous les cas, dans tous les Païs, & par quelques personnes qu'elles soient faites.

Par l'art. 18 elle veut, que les dispositions olographes qui seront faites au profit d'autres que des enfans & descendans du Testateur, soient regardées comme de nul effet ; mais par les articles 19 & 20 il est ordonné que l'usage des Testamens, Codiciles & autres dis-

21. Dans les Païs

positions olographes continuera d'avoir lieu dans les Païs, & dans les cas où ils ont été admis jusqu'à present, voulant néanmoins qu'ils soient entierement écrits, dattez & signez de la main de celui ou celle qui les aura faits.

Du Droit écrit les dispositions en faveur d'autres que des enfans dans les Testamens olographes sont de nul effet.

Elle veut encore dans l'art. 21, que *lorsque ceux ou celles qui auront fait des Testamens, Codiciles, ou autres dernieres dispositions olographes, voudront faire des vœux solemnels de Religion, ils seront tenus de reconnoître lesdits actes pardevant Notaire, avant que de faire lesdits vœux, sinon lesdits Testamens, Codiciles, ou autres dispositions demeureront nuls & de nul effet.* C'est une précaution très-sage & très-utile pour obvier aux fraudes, & empêcher qu'un Religieux devenu incapable de tester par les vœux solemnels, ne puisse supposer un Testament fait après la profession, comme s'il avoit été fait auparavant, en lui donnant une datte remontée: Cette nouvelle Loi suppose donc ou laisse présumer par la nullité qu'elle prononce, qu'un Testament ou autre disposition olographe non-reconnuë dans un tems libre & non-suspect, est censée faite dans un tems suspect ou prohibé; ce qui est très-conforme à la droite raison, & à la maxime du Royaume qui veut que les écritures privées n'ayent de datte que du jour qu'elles auront été reconnuës, lorsqu'il s'agit de l'écrit d'une personne encore vivante. Mais on demande si celui qui est domicilié dans un Païs où l'usage du Testament olographe est reçu par la Coutume de son domicile comme une forme de tester, valable par rapport à toute sorte de personnes, se trouvant dans le Païs du Droit écrit, peut tester par disposition olographe, & si elle vaudra par rapport aux collateraux & aux étrangers? *Ricard, Traité du don mutuel, chap. 7, n. 307*, décide cette question pour l'affirmative, parce que le Testateur est le seul Ministre de sa disposition; & que tenant de la Coutume de son domicile la capacité de tester, & le caractere pour disposer en cette forme, comme étant attaché & inherent à sa personne, il peut en user en quelque lieu qu'il se trouve, parce qu'il l'accompagne partout; mais cette décision me paroît fausse, & le raisonnement sur lequel *Ricard* la fonde, ne porte que sur la confusion de deux choses qui doivent être distinguées. Il est vrai que la capacité personnelle de tester dépend de la Coutume du domicile du Testateur, qui en la reglant, affecte, pour ainsi dire, la personne & la suit partout; parce que *quotiescumque de capacitate aut habilitate personarum quæritur domicilii leges & statuta spectantur*, suivant *Bartole* & les autres Docteurs sur la Loi *cunctos populos, cod. de summa Trinit.* Mais il n'est point vrai qu'un Testateur domicilié,

Usage des Testamens olographes doit continuer dans les lieux où ils étoient en usage.

22. Ceux qui doivent faire des vœux solemnels, doivent reconnoître les Testamens olographes devant Notaire.

Présomption contre la disposition olographe non-reconnuë dans un tems libre & non-suspect.

Si le domicilié dans un Païs où le Testament olographe est de Droit commun, peut tester en cette forme dans le Païs du Droit écrit.

par exemple dans la Coutume de Paris, reçoive de cette Coutume le pouvoir & le caractere de disposer par Testament olographe, pour l'exercer dans un lieu où cette formalité de Testament n'est autorisée qu'en faveur des enfans & descendans : cette Coutume ne pouvant avoir d'empire à cet égard que dans son district ; parce qu'il ne s'agit pas de la capacité de tester en general, mais de la faculté de tester en une certaine forme, qui dépend necessairement de la Coutume du lieu où le Testament est fait : vû que quand on dispose dans un lieu, il faut necessairement remplir la formalité requise dans ce lieu, afin que le Testament soit valable ; & par la même raison lorsqu'on a rempli la formalité requise dans le lieu, le Testament est bon partout ailleurs, même dans les lieux où la Coutume exige de plus grandes solemnitez. C'est par cette maxime reçuë par tous les Auteurs, & par la Jurisprudence des Arrêts des Cours superieures indiquez par *Soëfve, to. 2, cent. 2, chap. 44*, & autorisée par les articles 32 & 37 *de l'Ordonnance de* 1735, que cette difficulté doit être resoluë, & non par la consideration si le Testateur peut lui seul, & sans le ministere de quelqu'autre personne, rédiger sa disposition olographe ; parce que la Coutume du lieu où le Testateur dispose, ne doit pas moins exercer son empire sur les dispositions olographes, pour les annuller quand elle ne les admet pas, que sur celles qui sont faites en une autre forme autorisée par les Loix ou Coutumes pour les confirmer. De-là vient qu'il n'est point vrai, quoiqu'en dise *Ricard* au lieu cité, que si une personne du Païs du Droit écrit se trouvant par hazard à Paris, y faisoit un Testament olographe[a], il ne pourroit pas avoir son exécution, par la même raison que nous venons de toucher, que c'est par la Coutume du lieu où le Testament est fait, & non par les Loix du domicile du Testateur, que la forme du Testament, quant à sa validité, doit être reglée ; parce que selon la remarque de *M. Maynard, liv. 5, chap. 92, consuetudo non afficit res Testatoris, neque ejus personam; sed ipsam dispositionem, quæ fit in loco statuti, aut consuetudinis, qui ob id attendi debet :* Cela est textuellement décidé par *l'art. 32 de l'Ordonnance de* 1735, qui veut que les Testamens faits par ceux qui n'étant pas Officiers, ni engagez se trouvent à la suite des Armées à cause de leurs Emplois, ou des services qu'ils rendent aux Officiers ou autrement, soient bons & valables, s'ils sont revêtus des formalitez prescrites pour le Testament militaire, par les art. 27 & suivans : avec cette modification néanmoins que les Testamens faits en cette forme demeureront nuls six mois après que celui qui les aura faits, sera

(a) en faveur d'un étranger.

revenu dans un lieu où il puiſſe avoir la liberté de teſter en la forme ordinaire : *Si ce n'eſt*, ajoute l'art. 32, *qu'ils fuſſent faits dans les formes qui ſont requiſes de Droit commun dans le lieu où ils auront été faits ;* ſans examiner ſi le Teſtateur eſt domicilié dans un lieu où les Loix exigent d'autres formalitez ou non. Parmi les formes de teſter militairement, *l'art.* 29 met le Teſtament olographe. Si donc le Teſtament olographe qui ſe trouve fait par les perſonnes qui rendent ſervice dans les Armées dans un lieu où cette forme de diſpoſer eſt reçuë par le Droit commun du lieu, doit valoir partout, même après les ſix mois, ſans examiner ſi le Teſtateur a ſon domicile dans un Païs de Droit écrit, ou dans un Païs Coutumier, ce n'eſt que parce que l'Ordonnance autoriſe bien formellement la maxime des Auteurs, qu'il ſuffit qu'un Teſtament ſoit fait ſelon les formalitez requiſes par les Loix du lieu où il eſt fait, afin qu'il vaille partout, ſans diſtinguer le Teſtament olographe des autres eſpeces de Teſtamens. Il ſemble même que *Ricard* eſt de cet avis, & qu'il n'eſt pas d'accord avec lui-même, puiſque dans ſon *Traité des Donations*, *part.* 1, *n.* 1560, il ſoutient que la datte eſt requiſe au Teſtament olographe pour juger de ſa validité, & pour connoître ſi les Loix qui s'obſervent dans le lieu où il a été fait, permettent de faire un Teſtament olographe. On peut voir dans le *Dictionnaire des Arrêts*, verb. *Teſtament*, *n.* 11 & 12, l'Arrêt du Parlement de Paris du 15 Janvier 1715, qui a jugé qu'un Teſtament olographe fait par un domicilié à Paris, dans la Ville de Doüay, où cette forme de teſter n'eſt pas reçuë, n'étoit pas valable, avec les Mémoires des Parties ſur leſquels cet Arrêt intervint. J'ai vû rendre un autre Arrêt au Parlement de Toulouſe le 10 Février 1734, au rapport de M. Baſtard, qui confirme un Teſtament olographe fait à Paris par un domicilié à Montpellier Pays de Droit écrit, pour l'inſtitution faite en faveur de l'épouſe du Teſtateur. En voici l'eſpece : Me. Jean Milhau, Greffier en chef de la Cour des Aydes de Montpellier, ſe trouvant à Paris en 1716, où il avoit été pour des affaires, y fit un Teſtament olographe le 14 Novembre de la même année, écrit, datté & ſigné de ſa main, ſans autre ſolemnité. Il laiſſa la moitié de la legitime à chacun de ſes enfans & cinq ſols au-de-là, ſuivant le pouvoir à lui donné par le Statut de Montpellier auquel il ſe réferoit, & il inſtitua pour ſon heritiere Dame Jeanne Sanſon ſon épouſe, à la charge de rendre ſon hérédité lorſqu'elle jugeroit à propos, ſans détraction de quart, à Etienne, ou à Bernard Milhau ſes enfans, de l'avis & conſeil du ſieur Bornier & non autre-

ment; ſans rendre aucun compte des revenus de l'hérédité, dont il la déchargea par exprès. Le Teſtateur étant décedé à Paris peu de tems après, ſon Teſtament fut envoyé à Montpellier où il fut ouvert & publié le 19 Mars 1720 par le Lieutenant General ou Sénéchal. Il fut enſuite rendu une Sentence arbitrale le 10 Novembre 1723, qui en confirmant ce Teſtament, regla les legitimes dûës aux enfans du Teſtateur. Après quoi Etienne Milhau un des enfans éligibles pour recueillir le fideicommis étant décedé, Bernard, autre enfant du Teſtateur, forma Inſtance devant le Sénéchal de Montpellier contre la Dame de Sanſon ſa mere en délaiſſement des biens de l'hérédité de ſon défunt pere, avec reſtitution des fruits. Au-contraire la Dame de Sanſon ſe pourvut au Parlement de Toulouſe, où elle demanda l'exécution de la Sentence arbitrale, & Bernard Milhau en interjetta appel. Son moyen étoit pris de ce que les Arbitres n'avoient pas caſſé la clauſe d'inſtitution contenuë dans le Teſtament olographe en faveur de la Dame de Sanſon, vû que les Teſtamens olographes ne pouvoient valoir en Pays de Droit écrit qu'en faveur des enfans, & non pour les diſpoſitions faites en faveur d'autres perſonnes; il ſoutenoit encore que le Teſtateur s'étant expreſſément référé au Statut de Montpellier, on ne pouvoit pas faire uſage contre lui de la regle enſeignée par les Auteurs, que pour la validité du Teſtament il ſuffit qu'on y ait obſervé la formalité preſcrite par les Loix, l'Uſage, ou la Coutume du lieu où il eſt fait. La Dame de Sanſon répondoit que le Teſtament en queſtion ayant été fait à Paris en conformité de l'art. 289 de la Coutume de cette Ville, il devoit valoir pour toutes les diſpoſitions qu'il renfermoit ſuivant la doctrine des Auteurs, & la Juriſprudence des Arrêts; que ſi le Teſtateur s'étoit referé au Statut de Montpellier, ce n'étoit pas pour la formalité du Teſtament, mais uniquement par rapport à la faculté que ce Statut donne de réduire les enfans à la moitié de la legitime. L'Arrêt qui intervint débouta le ſieur Milhau de ſon appel, & confirma le Teſtament olographe, même pour l'inſtitution faite en faveur de la Dame de Sanſon perſonne étrangere. Auparavant & le 16 May 1732, le ſieur Milhau avoit conſulté Meſſieurs Bouteric, Quinquiry, Lardos, Cormonts & moi, ſur la validité de ce Teſtament, & nous fumes tous unanimement d'avis, qu'il étoit bon pour toutes ſes diſpoſitions : nonobſtant lequel avis, le ſieur Milhau ne laiſſa pas de pourſuivre; mais l'Arrêt qu'il fit rendre ſe trouva conforme à notre reſolution.

Comme

Comme la volonté nuncupative des perſonnes qui teſtent ſans écriture, ne pouvoit valoir, que quand il y en avoit une preuve legale; qu'il arrivoit ſouvent que quelqu'un des témoins venoit à mourir, ou ne pouvoit pas porter témoignage de la volonté du Teſtateur, lorſqu'il étoit neceſſaire de la rédiger en forme publique & autentique, & que par-là le Teſtament devenoit inutile: Pour remedier à cet inconvenient, & aſſurer la preuve de la volonté, l'uſage avoit introduit pour l'utilité publique une forme d'acte inconnuë chez les Romains, pour rédiger en forme probante & autentique les diſpoſitions nuncupatives; c'eſt-à-dire, en faiſant dreſſer un acte par un Notaire de la volonté & des diſpoſitions du Teſtateur, & des formalitez neceſſaires, pour donner à cette volonté toute ſa force & ſon efficace.

23. Teſtament nuncupatif devant Notaire.

Quoique cette eſpece de Teſtament fût rédigé par écrit, il n'étoit pourtant pas mis au rang des Teſtamens écrits ou ſolemnels; il retenoit toujours le nom & la nature de Teſtament nuncupatif; & le Notaire n'y faiſant que la fonction de perſonne publique pour donner à l'acte la forme autentique, il n'étoit pas conſideré comme témoin, ni ne pouvoit pas ſuppléer au défaut d'un autre témoin qu'on auroit negligé d'appeller; mais le Notaire pouvoit être mis au rang des autres témoins, ſuivant la Loi *Domitius Labeo* 27, *ff. qui teſtam. facere poſſunt*, lorſque l'acte ne pouvoit pas valoir comme public, & que la preuve du Teſtament nuncupatif étoit faite en la forme ordinaire, d'autorité de Juſtice, par la réſomption des témoins. Cette diſtinction autoriſée par le ſentiment commun des Interpretes, avoit été adoptée par le Parlement de Toulouſe, ſuivant le témoignage de M. *de Cambolas, liv. 3, chap. 46*; mais elle eſt abrogée par la nouvelle Ordonnance qui veut que le Notaire tienne lieu d'un témoin, quoiqu'il faſſe en même tems la fonction d'Officier public, pour donner à l'acte le caractere autentique.

24. Le Teſtament, quoique rédigé par écrit par Notaire, ne laiſſoit pas d'être nuncupatif.

Si le Notaire y étoit conſideré comme témoin.

Diſpoſition de l'Ordonnance de 1735.

Nous avons vû que l'écriture n'étoit pas neceſſaire par le Droit Romain pour la validité du Teſtament nuncupatif, & que la nuncupation en preſence de ſept témoins capables, aſſemblez en même tems & en même lieu, *uno contextu*, formoit la ſubſtance & l'eſſence de cette eſpece de Teſtament.

25. La nuncupation faiſoit l'eſſence du Teſtament, & l'écriture n'y étoit pas néceſſaire.

Nous avons encore vû que pour obvier aux inconveniens, & empêcher le déperiſſement de la preuve, l'uſage avoit introduit de faire dreſſer un acte devant Notaire de la diſpoſition du Teſtateur, & des ſolemnitez qui étoient employées au Teſtament. De-là il s'enſuit qu'il ne faut pas confondre le Teſtament ou la volonté

26. La validité de la diſpoſition nuncupative ne dépend pas de la validité de l'acte reçu par le Notaire ſuivant le Droit Romain.

nuncupative, ſelon le même Droit, avec l'acte dreſſé pour en être la preuve *ad perpetuam rei memoriam*, pour ſuppléer à la preuve judiciaire qui devoit en être faite : ainſi la volonté ou le Teſtament ne dépendoit pas de la validité de l'acte ; ſi bien que ſi l'on avoit omis quelque formalité capable de rendre l'acte nul, comme ſi le Teſtateur n'avoit pas été requis de ſigner, ou qu'aucun des témoins n'eût ſigné l'acte, la volonté n'en ſouffroit pas d'atteinte ; mais il étoit permis de la conſtater d'une maniere legale, en faiſant réſumer les témoins ſur la volonté & la formalité obſervée dans le Teſtament : de même l'acte pouvoit valoir comme étant revêtu de toutes les formalitez requiſes par les Ordonnances pour lui donner le caractere public & autentique, ſans que le Teſtament fût valable pour manquer de quelque formalité requiſe par la Loi Romaine.

27. Juriſprudence du Parlement de Toulouſe ſur la validité de l'acte pour prouver le Teſtament nuncupatif.

Il eſt vrai que le Parlement de Toulouſe avoit jugé anciennement par quelques Arrêts qui ſont rapportez par M. *Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 5. *M. de Cambolas*, *liv.* 2, *chap.* 44 ; & par *Albert*, verb. *Teſtament*, *art.* 26, que quoique le Teſtateur n'eût point ſigné, qu'il n'eût pas même été requis, & que le Notaire n'eût pas exprimé la cauſe pour laquelle il n'avoit pas ſigné, le Teſtament valoit comme acte public, ſans qu'il fût neceſſaire de faire réſumer les témoins pour conſtater la volonté d'une maniere legale. Ces Arrêts ſont fondez ſur ce que le Droit Romain n'exige point le ſeing du Teſtateur, ni celui des Témoins, ni même l'écriture ; mais c'étoit porter trop loin les diſpoſitions du Droit Romain, parce que le Teſtament ne peut valoir ſans qu'il y en ait une preuve legale. Or l'acte qui eſt fait pour en conſtater la preuve, n'étant pas revêtu des formalitez requiſes par les Ordonnances d'Orleans & de Blois pour la validité des actes ; il eſt donc nul, & ne peut par conſéquent faire aucune preuve. Comme aujourd'hui on obſerve ponctuellement au Parlement de Toulouſe les Ordonnances qui preſcrivent la formalité des actes publics, ainſi que le remarque M. *Duval*, Profeſſeur en Droit François à l'Univerſité de Toulouſe, dans ſes *Inſtitutions du Droit Franc. liv.* 3, *chap.* 10, *pag.* 367 : Si une pareille queſtion s'y preſentoit ſur un Teſtament anterieur à l'Ordonnance de 1735, on la jugeroit tout autrement, & l'on caſſeroit l'acte, ſans préjudice de faire la preuve du Teſtament nuncupatif, par la réſomption judiciaire des témoins.

28. On doit ſuivre les formalitez preſcrites par l'Ordonnance de

L'Ordonnance de 1735 a reglé les formalitez des Teſtamens nuncupatifs dans les Pays du Droit écrit, non-ſeulement *inter extraneas perſonas*, mais encore *inter liberos*, dans les articles 5,

15 & 45 ; la forme qui y eſt preſcrite ſelon la qualité des Teſtateurs & la nature des lieux où le Teſtament eſt fait, doit être aujourd'hui ponctuellement obſervée à peine de nullité, ſuivant l'art. 47, & cette nullité influë non-ſeulement ſur l'acte qui ſert de preuve, mais encore ſur la volonté & ſur les diſpoſitions, parce que les diſpoſitions ne peuvent valoir qu'autant qu'elles ſont appuyées ſur un acte valable, à cauſe que ſuivant l'art. 1 de la nouvelle Ordonnance, il eſt de l'eſſence de ces Teſtamens qu'ils ſoient rédigez par écrit, que toutes les diſpoſitions teſtamentaires faites verbalement ſont déclarées nulles, & qu'il eſt défendu d'en admettre la preuve par témoins, même ſous prétexte de la modicité de la ſomme dont il auroit été diſpoſé ; ce qui comprend toute ſorte de diſpoſitions teſtamentaires & à cauſe de mort, de quelque nature qu'elles ſoient, & en faveur de quelques perſonnes qu'elles ayent été faites.

1735 pour les Teſtamens nuncupatifs.

Aujourd'hui la nullité de l'acte entraîne la nullité du Teſtament & des diſpoſitions.

Nous ne parlerons pas des differentes eſpeces de Teſtamens, ou à parler plus juſte des differentes formes de teſter introduites par les Coutumes, à cauſe de leur diverſité ; nous obſerverons néanmoins qu'elles peuvent ſe réduire à ſix ou ſept qui ſont expliquées dans *l'art. 289 de la Coutume de Rheims*, dans *l'art. 58 de celle de Vermandois*, & *Buridan ſur ces articles*, & par *Ferriere ſur l'art. 289 de la Coutume de Paris*.

19. Des differentes formes de Teſtament portées par les Coutumes.

SECTION III.

Des Teſtamens dont l'Ordonnance de 1735 autoriſe l'uſage, & regle les formalitez.

SOMMAIRE.

1. *Des Teſtamens dont l'Ordonnance de 1735 a conſervé l'uſage.*
2. *Diſtinction des Païs du Droit écrit avec les Coutumiers.*

Diſtinction des differentes eſpeces des Teſtamens.

Quelles ſont les perſonnes qui peuvent recevoir les Teſtamens.

3. *Dans les Païs Coutumiers il ne peut y avoir que deux formes de diſpoſer* Jure communi.

Quelles ſont ces deux formes.

4. *Des diſpoſitions olographes ; de leur forme & valeur.*

La forme preſcrite doit y être obſervée, même inter liberos.

5. *Forme des diſpoſitions reçuës*

par une perſonne publique.

6. Des conditions requiſes afin que les diſpoſitions ſoient valables.

Que les Notaires ou Tabellions écrivent de leur main les diſpoſitions.

7. Les diſpoſitions écrites de la main du Clerc ſeront nulles.

Quid *ſi le Teſtateur écrivoit lui-même la diſpoſition.*

8. Quid *ſi les diſpoſitions reçuës par deux Notaires étoient écrites partie de la main de l'un, partie de la main de l'autre.*

Deuxiéme condition. Lecture.

Qu'il ſoit fait mention que la lecture a été faite.

Il faut qu'il paroiſſe que le Teſtateur a dicté ſa volonté, ou du moins qu'on ne puiſſe pas préſumer le contraire.

9. Troiſiéme condition. Seing du Teſtateur, des Notaires & Témoins.

Si le défaut du ſeing du Teſtateur annulle, quand la cauſe pour laquelle il n'a pas ſigné eſt exprimée.

Ces formalitez qui ſont Juris communis *doivent être gardées, même dans les Teſtamens* inter liberos, *à peine de nullité.*

10. Des Teſtamens reçus par les Curez.

Forme de ces Teſtamens.

Si le Curé doit lui-même écrire la diſpoſition.

11. Des Teſtamens reçus par les Officiers de Juſtice ou municipaux.

S'ils doivent obſerver les mêmes formalitez que les Notaires.

12. Des Teſtamens dans les Païs du Droit écrit.

Six differentes eſpeces de Teſtamens.

Il n'y en a que deux, ſçavoir le Teſtament nuncupatif & le ſolemnel qui ſoient Juris communis.

13. Du Teſtament nuncupatif dans les Païs du Droit écrit.

Le Teſtateur doit prononcer toutes ſes diſpoſitions en preſence du Notaire & des Témoins.

14. Le Notaire doit écrire les diſpoſitions.

15. Il doit être fait lecture, & l'acte doit en faire mention.

16. Le Teſtateur, les Témoins & le Notaire doivent ſigner, & il doit être fait mention de la raiſon pour laquelle le Teſtateur ne ſigne pas.

17. Le Teſtament doit être fait uno contextu.

L'omiſſion de quelque formalité rend le Teſtament nul.

18. Dans les Teſtamens faits aux Villages & Bourgs non-fermez on peut appeller des Témoins illiterez, & il ſuffit que deux ſignent.

19. Il n'eſt pas neceſſaire d'exprimer que les Témoins ont été priez.

20. Si le Teſtateur eſt aveugle il faut un Témoin de plus.

21. Du Teſtament miſtique ou ſolemnel.

22. Suite de la formalité du Teſtament miſtique.

23. Suffiroit-il que le Teſtament

fût enveloppé sans être cacheté.

24. *Seroit-il necessaire de cacheter le Testament dont l'acte de suscription est sur la même feuille que le corps du Testament.*

25. *Suite de la formalité du Testament mistique.*

S'il est necessaire que l'acte de suscription porte que le Testateur a lû & relû le corps du Testament.

26. *Suite de la formalité du Testament mistique.*

Si l'acte de suscription doit être couché sur la même feuille où est écrit le corps du Testament.

27. *Suite de la formalité du Testament clos.*

28. *Suite de la formalité du Testament solemnel.*

29. *Suite de la même formalité.*

Précaution quand le Testateur ne peut pas signer l'interieur du Testament.

Les personnes qui ne sçavent pas lire ne peuvent pas faire des Testamens mistiques.

A qui est-ce à prouver le défaut de sçavoir ou pouvoir lire.

30. *Du Testament de celui qui ne peut point parler & qui peut écrire.*

31. *Des Testamens faits dans des lieux du Droit écrit où il y a des Coutumes particulieres.*

Il faut un Témoin de plus dans le Testament de l'aveugle, même dans les Coutumes.

Idem, *quand le Testateur n'aura pas signé le corps du Testament.*

Si l'Ordonnance déroge aux autres formalitez des Coutumes.

De la datte dans l'interieur & exterieur du Testament.

32. *Forme du Testament* inter liberos *dans les Pays du Droit écrit.*

Un Notaire & deux Témoins.

Ou deux Notaires.

Quid *du pere aveugle ou muet.*

Quid *de celui qui n'a pas signé le corps du Testament mistique.*

33. *Du Testament olographe en faveur des enfans & descendans.*

Il doit être entierement écrit, datté & signé de la main du Testateur.

Les dispositions qui ne seront pas revêtuës de l'une des deux formes ci-dessus, sont nulles, même à l'égard des enfans.

34. *Des actes de partage faits par les ascendans en faveur de leurs descendans.*

35. *Les dispositions en faveur des étrangers mêlez avec les enfans sont nulles à l'égard des étrangers.*

36. *Conciliation des art.* 18 *&* 19 *de l'Ordonnance.*

37. *Dispositions des art.* 18 *&* 78.

38. *Disposition de l'art.* 19.

39. *Si le Testament olographe en faveur de la cause pie, est bon dans les Pays du Droit écrit.*

Raisons pour la négative.

40. *Raisons pour l'affirmative.*

41. *Resolution de la difficulté contre la cause pie.*

Elle est mise au niveau des per-

ſonnes étrangeres.

42. *Explication de l'art.* 19.

Raiſons contre la cauſe pie.

43. *Suite des raiſons contre la cauſe pie.*

44. *Deux eſpeces de Teſtamens dont les formalitez ſont les mêmes dans tous les Pays.*

45. *Du Teſtament fait en tems de peſte.*

46. *La faculté de teſter en cette forme eſt communiquée aux perſonnes non-attaquées de peſte.*

47. *Les Teſtamens faits dans les lieux infectez doivent avoir l'une des deux formalitez preſcrites.*

48. *On peut teſter par diſpoſition olographe, c'eſt la premiere forme.*

49. *Seconde forme de teſter dans les lieux infectez.*

1°. *Par deux Notaires.*

2°. *Devant un Notaire & deux Témoins.*

3°. *En preſence de deux Officiers Royaux ou municipaux.*

50. *Pardevant un Officier & deux Témoins.*

51. *Pardevant le Curé ou Déſervant & deux Témoins.*

52. *De la ſignature du Notaire, Officier, Curé, du Teſtateur, & des Témoins.*

Si quand le Teſtateur ſigne il faut appeller des Témoins qui ſignent.

53. *Comment les diſpoſitions faites en tems de peſte ſont valables après que le commerce eſt rétabli.*

Quid *ſi le Teſtament eſt fait* Jure communi.

Le privilege ceſſe après ſix mois.

54. *Exemples pour expliquer ce qui eſt dit ci-deſſus.*

55. *Suite.*

56. *Suite des exemples.*

57. *Suite.*

58. *Les Teſtamens de privilege qui manquent de quelque formalité de Droit commun, ne peuvent valoir que quand le Teſtateur décede durant la peſte ou dans les ſix mois.*

59. *Du Teſtament Militaire.*

Premiere obſervation.

La formalité eſt la même partout.

60. *Seconde obſervation.*

A quelles perſonnes le privilege de teſter militairement appartient.

61. *Troiſiéme obſervation.*

Le Teſtateur doit être in expeditione militari.

En Quartier ou Garniſon hors du Royaume.

Ou Priſonnier chez les Ennemis.

Ou dans une Place aſſiegée.

62. *Les diſpoſitions militaires ne ſont valables, ſi elles ne ſont revêtuës de l'une des deux formes preſcrites.*

63. *Premiere forme devant des perſonnes publiques.*

Seconde forme par diſpoſition olographe entierement écrite, dattée & ſignée de la main du Teſtateur.

64. *Forme de diſpoſer en preſence des perſonnes publiques.*

Deux Notaires ou Tabellions ſans Témoins.

65. *Un Notaire & deux Témoins.*

66. *Deux Officiers ſans Témoins. Quels ſont ces Officiers.*
67. *D'un Officier avec deux Témoins.*
68. *D'un Aumônier des Troupes ou des Hôpitaux avec deux Témoins.*
69. *De la ſignature du Teſtateur, des Témoins & des Perſonnes publiques. S'il faut des Témoins qui ſignent quand le Teſtateur ſigne.*
70. *Teſtament fait* Jure Militari, *pendant quel tems doit valoir, lorſque le Teſtateur ſurvit.*
71. *Regles communes aux Pays Coutumiers, & du Droit écrit.*
72. *Premiere regle. Toutes les diſpoſitions doivent être faites par écrit.*
73. *Seconde regle. Tous actes de diſpoſition doivent contenir la datte.*
74. *Troiſiéme regle. Toutes les diſpoſitions par ſignes ſont nulles.*
75. *Quatriéme regle. Les diſpoſitions par lettres miſſives ſont nulles.*
76. *Cinquiéme regle. Tout ce qui eſt marqué par l'Ordonnance pour la datte, la forme des Teſtamens & autres diſpoſitions, & la qualité des Témoins, doit être gardé à peine de nullité. Les formalitez des Teſtamens ſont de Droit public. Il ſuffit que dans chaque Pays on obſerve la forme particuliere qui eſt preſcrite.*
77. *Sixiéme regle. Les diſpoſitions mutuelles, ou faites conjointement, ſont nulles partout.*
78. *Septiéme regle. L'uſage des clauſes dérogatoires eſt abrogé partout.*
79. *Eſt-il neceſſaire que les perſonnes publiques qui reçoivent les Teſtamens les écrivent elles-mêmes.*
80. *Récapitulation de ce qui a été dit.*
81. *Les Notaires ſont capables de recevoir toute ſorte d'actes. Ils ſont des Juges Cartulaires. Si les Notaires Apoſtoliques ſeulement peuvent recevoir des Teſtamens.*
82. *Des Curez Séculiers ou Reguliers & Déſervans.*
83. *Des Officiers de Juſtice municipaux.*
84. *Des Officiers des Troupes. Des Aumôniers des Troupes & des Hôpitaux.*
85. *De l'Ecrivain du Vaiſſeau.*
86. *De l'effet du défaut des formalitez, & de celles qui doivent ou ne doivent pas être exprimées.*
87. *Renvoi de la matiere concernant les Témoins teſtamentaires.*

APRE'S avoir expliqué les differens Teſtamens introduits par le Droit Romain, les Ordonnances & l'uſage, & qui étoient pratiquez avant l'Ordonnance de 1735, il convient de voir quels ſont les Teſtamens dont l'uſage a été conſervé & au-

I. Des Teſtamens dont l'Ordonnance de 1735 a conſervé l'uſage.

torisé par cette Ordonnance, & quelles sont les formalitez qu'elle exige.

2. Distinction des Pays du Droit écrit avec les coutumiers. Distinction des differentes especes de Testamens.

Pour s'en acquitter d'une maniere exacte, claire & utile, faire connoître la veritable application des dispositions de cette Ordonnance & la réduire en pratique, il faut premierement distinguer les Pays du Droit écrit d'avec les Pays Coutumiers. En second lieu, examiner en détail chacune des especes des Testamens dont cette Ordonnance autorise l'usage, & prescrit les formalitez pour valoir *Jure communi*, ou bien *Jure speciali*, dans ces deux especes de Pays, & ceux qui ont une même forme dans tout le Royaume. En troisiéme lieu, comme il ne peut plus y avoir, selon cette Ordonnance, que des Testamens écrits, & qu'ils peuvent être constatez par deux sortes d'écriture, l'une publique, l'autre privée, il est necessaire de connoître quelles sont les personnes qui sont considerées comme revêtuës du caractere public pour recevoir les Testamens, & leur donner la forme autentique & probatoire.

Quelles sont les personnes qui peuvent recevoir les Testamens.

3. Dans les Pays Coutumiers il ne peut y avoir que deux formes de disposer *Jure communi*.

Dans les Pays Coutumiers, *où les formalitez établies par le Droit écrit pour les dispositions de derniere volonté, ne sont pas autorisées par les Loix, Statuts, ou Coutumes* de ces Pays, il ne peut y avoir à l'avenir (& depuis la publication de la nouvelle Ordonnance) *que deux formes qui puissent avoir lieu pour ces sortes de dispositions*; cela s'entend *Jure communi*, & n'exclut pas les dispositions qui ont quelque privilege; c'est-à-dire, que toutes les especes de dispositions faites *Jure communi* doivent être revêtuës de l'une ou de l'autre de ces deux formes. L'une est *celle des Testamens, Codiciles & autres dispositions olographes*; & l'autre, *celle des Testamens, Codiciles & autres dispositions reçuës par des personnes publiques.* C'est ainsi que l'ordonne l'art. 22 de cette nouvelle Ordonnance.

Quelles sont ces deux formes.

4. Des dispositions olographes, de leur forme & valeur.

Les dispositions olographes, pour être valables, doivent être entierement écrites, dattées & signées de la main du Testateur, ou de la Testatrice, suivant *l'art.* 20; quand elles sont revêtuës de cette formalité, elles sont efficaces pour tout ce qu'elles renferment, même entre personnes étrangeres, dans les Pays où cette forme de disposer est autorisée, conformément à l'art. 19, & comme c'est l'une des deux manieres de disposer *Jure communi*, il faut y observer les formalitez prescrites quelle que soit la qualité du Testateur, quand même il disposeroit *inter liberos*, autrement la disposition seroit nulle.

La forme prescrite doit y être observée, même *inter liberos*.

5. Forme des dispositions reçuës par une personne publique.

Les dispositions de derniere volonté qui se feront dans les mêmes Pays devant une personne publique, doivent être reçuës par

par deux Notaires ou Tabellions, ou par un Notaire ou Tabellion, en presence de deux témoins, suivant *l'art.* 23.

Le même article exige plusieurs formalitez, ou conditions, afin que les Testamens, Codiciles ou autres dispositions de derniere volonté, soient valables. La premiere, que les Notaires ou Tabellions, ou l'un d'eux, écrivent de leur main les dernieres volontez du Testateur à mesure qu'il les dictera.

7. Des conditions requises afin que les dispositions soient valables. Que les Notaires ou Tabellions écrivent de leur main les dispositions.

Ce seroit donc une nullité, si les dispositions étoient écrites de la main du Clerc du Notaire, ou de celle de quelqu'un des Témoins; c'est une précaution très sage pour obvier aux fraudes, & afin qu'on ne puisse pas coucher dans le Testament, des dispositions que le Testateur n'aura point dictées; & comme cet inconvenient ne seroit pas à craindre, si le Testateur écrivoit lui-même sa disposition, elle ne pourroit pas être regardée comme nulle, pour n'être pas écrite de la main d'un des Notaires, cela est conforme à l'esprit de la Loi.

7. Les dispositions écrites de la main du Clerc seroient nulles.

Quid si le Testateur écrivoit lui-même la disposition.

Ce ne seroit pas nonplus une nullité, si les dispositions faites devant deux Notaires, étoient écrites partie de la main d'un des Notaires, & l'autre, partie de celle de l'autre Notaire.

8. *Quid* si les dispositions reçuës par deux Notaires étoient écrites partie de la main de l'un, partie de la main de l'autre.

La seconde condition, est qu'après que toutes les dispositions auront été couchées tout de suite, il en soit fait lecture au Testateur par l'un des Notaires, en presence de l'autre Notaire, ou de deux témoins, & qu'il en soit fait mention expresse, sans néanmoins qu'il soit nécessaire de se servir précisément de ces termes : *dicté, nommé, lû & relû, sans suggestion, ou autres requis par les Coutumes, ou Statuts*; il suffit seulement qu'il paroisse que le Testateur a dicté, ou expliqué sa volonté, ou du moins qu'on ne puisse pas présumer le contraire, & qu'il soit fait mention de la lecture par quelque terme qui la désigne sans équivoque, comme *récité*, ou autre équipolent; mais il est indispensable que le Testateur prouve qu'il a été lû & récité.

Deuxiéme condition. Lecture.

Qu'il soit fait mention que la lecture a été faite.

Il faut qu'il paroisse que le Testateur a dicté sa volonté, ou du moins qu'on ne puisse pas présumer le contraire.

La troisiéme, que le Testament, Codicile ou autre disposition de derniere volonté, soit signée par le Testateur; ensemble par les deux Notaires, ou Tabellions, ou par le Notaire ou Tabellion, & les deux témoins; car le défaut de seing de ces personnes, ou de quelqu'une d'elles, rendroit le Testament ou autre disposition nulle, & en cas que le Testateur déclare qu'il ne sçait ou ne peut signer, il en doit être fait mention dans l'acte, par où l'on voit que le défaut de seing du Testateur n'annulle pas l'acte, pourvû que le Notaire exprime la cause pour laquelle le Testateur n'a pas signé. Les formalitez de cette disposition comme étant *juris com-*

9. Troisiéme condition. Seing du Testateur, des Notaires & Témoins.

Si le défaut de seing du Testateur annulle quand la cause pourquoi il n'a pas signé est exprimée.

Ces formalitez qui sont *juris*

communis, doivent être regardées même dans les Testamens *inter liberos*, à peine de nullité.

munis, dans les Pays Coutumiers, doivent nécessairement être observées par toutes sortes de personnes qui testent *jure communi*, même par les peres qui disposent en faveur de leurs enfans, à peine de nullité; mais il suffit aussi à l'égard de toutes sortes de personnes, que ces formalitez ayent été observées.

10. Des Testamens reçus par les Curez.

A l'égard des Testamens qui sont reçus par les Curez des lieux où les Coutumes ou Statuts les y autorisent expressément, on ne peut pas considerer cette maniere de disposer comme étant *juris communis*, puisqu'elle ne doit avoir lieu que dans les endroits où elle est expressément autorisée par les Coutumes, & non ailleurs, quoique la Jurisprudence des Arrêts, & l'usage les eût reçû. *L'article* 25 exige que les Curez y appellent deux témoins; il ne dit pas nommément, que le Curé ou autre Desservant à sa place, doive écrire les dispositions, ni en faire la lecture, & qu'il en soit fait mention expresse; mais il ne paroît pas douteux que le Curé & le Desservant ne soient obligez d'observer ces formalitez; car *l'article* 25 ne prescrit pas une forme differente dans les Testamens reçus par les Curez de celle des Testamens reçus par les Notaires, il ne fait qu'expliquer les mots, *personnes publiques*, qui se trouvent dans *l'article* 22, & donner à cet égard, le caractere de personnes publiques aux Curez, ou Desservans, en supposant qu'ils doivent observer les mêmes formalitez qui sont prescrites aux Notaires ou Tabellions dans l'art. 23, d'autant mieux que par les anciennes Ordonnances, & notamment celle de *Blois*, *article* 63, il est enjoint aux Curez d'observer les formalitez prescrites par les Loix, Coutumes & Usages, que les Notaires sont obligez de garder.

Forme de ces Testamens.

Si le Curé doit écrire lui-même la disposition.

11. Des Testamens reçus par les Officiers de Justice ou municipaux.

La question de sçavoir, si les Officiers de Justice & les Officiers municipaux, qui par *l'article* 24 sont mis au rang des personnes publiques, qui peuvent recevoir des Testamens, ou autres dispositions à cause de mort dans les lieux où les Coutumes ou usages les y autorisent, sont obligez de garder les formalitez prescrites par les articles 5 & 23, c'est-à-dire, de faire mention de la lecture, d'appeller des témoins & de les faire signer, paroît susceptible de beaucoup de difficulté; d'un côté, on peut dire d'abord que l'article suppose les formalitez prescrites dans les articles précedens, & qu'il ne fait que déclarer les personnes qu'on doit mettre au rang des personnes publiques. D'autre part, si par les Loix, Coutumes, ou Usages des lieux, ces Officiers n'étoient pas obligez auparavant, d'observer ces formalitez; il semble qu'ils n'y sont pas tenus, & qu'il suffit qu'ils se conforment à l'usage reçu

S'ils doivent observer les mêmes formalitez que les Notaires.

auparavant; parce que *l'article* 24 le confirme & n'y ajoute rien de nouveau. Par rapport à la néceſſité d'appeller des témoins, il faut voir ce que nous avons dit ci-devant dans la ſection premiere de ce chapitre, nombres 91 & 92, lorſque nous avons parlé des Teſtamens *apud acta* ſuivant le Droit Romain, & ce que nous dirons dans la preſente ſection nombre 79. Je penſe néanmoins par proviſion, que le parti le plus ſûr étant que les Officiers de Juſtice, & les Officiers municipaux obſervent toutes ces formalitez, ils doivent par précaution s'y ſoumettre, & ne ſe regarder que comme de ſimples perſonnes publiques, qui ſont obligées de garder les mêmes formalitez que les Notaires, s'ils reçoivent les Teſtamens, juſqu'à ce que l'uſage ou le Prince ayent fait connoître d'une maniere claire, de quelle maniere l'article 24 doit être entendu.

72. Des Teſtamens dans les Pays du Droit écrit.

Six differentes eſpeces de Teſtamens.

A l'égard des Pays de Droit écrit, on peut diſtinguer pluſieurs eſpeces de Teſtamens. Premierement, le nuncupatif écrit. En ſecond lieu, le ſolemnel ou miſtique. En troiſiéme lieu, le Teſtament fait hors les Villes ou Bourgs fermez. En quatriéme lieu, ceux des aveugles ou muets. En cinquiéme lieu, ceux dont certaines Coutumes en Pays du Droit écrit, fixent le nombre des témoins. En ſixiéme lieu, les Teſtamens *inter liberos*. Toutes ces manieres de diſpoſer different entr'elles en quelque choſe, dans les formalitez que l'Ordonnance de 1735 a preſcrites. Parmi ces differentes eſpeces, il y en a deux; ſçavoir, le Teſtament nuncupatif écrit, & le Teſtament ſolemnel, ou miſtique, qui ſont de Droit Commun & general dans les Pays de Droit écrit; les autres ſont ſpéciales par rapport à certaines perſonnes, ou aux lieux dans leſquels ils ſont faits.

Il n'y en a que deux, ſçavoir, le Teſtament nuncupatif & le ſolemnel qui ſont *juris communis*.

73. Du Teſtament nuncupatif dans les Pays du Droit écrit.

Le Teſtateur doit prononcer toutes ſes diſpoſitions en preſence du Notaire & des Témoins.

Comme l'Ordonnance commence par le Teſtament nuncupatif écrit, nous en parlerons en premier rang. Selon l'article 5, lorſque le Teſtateur voudra faire un Teſtament nuncupatif écrit, il devra premierement, en prononcer intelligiblement toutes les diſpoſitions en preſence au moins de ſept Témoins, y compris le Notaire ou Tabellion; c'eſt-à-dire, que le Teſtateur doit exprimer par ſa voix le nom de ſes heritiers, les portions qu'il leur aſſigne, les legs, les fideicommis & autres choſes qu'il voudra ordonner.

74. Le Notaire doit écrire les diſpoſitions.

En ſecond lieu, le Notaire ou Tabellion doit écrire les diſpoſitions à meſure qu'elles ſeront prononcées par le Teſtateur. Chez les Romains, il falloit que le Notaire ou Tabellion écrivit lui-même les actes, comme le remarque *Loyſeau, des Offices, liv.* 2,

chapitre 5, *nombre* 43; mais c'étoit parce que les Témoins, ni le Notaire ne le signoient pas. L'Ordonnance exige donc la formalité de l'écriture du Notaire que le Droit Romain exigeoit, & veut encore la signature des témoins, du Notaire & du Testateur, parce que le Droit Romain l'exigeoit, par rapport aux Testamens, & que les Ordonnances le veulent de même.

15. Il doit être fait lecture, & l'acte doit en faire mention.

En troisiéme lieu, quand toutes les dispositions seront couchées, il doit être fait lecture du Testament en entier au Testateur, & l'acte doit faire mention de cette lecture.

16. Le Testateur, les Témoins & le Notaire doivent signer, & il doit être fait mention de la raison pour laquelle le Testateur ne signe pas.

En quatriéme lieu, le Testament doit être signé par le Testateur, ensemble par le Notaire ou Tabellion, & par les autres Témoins, & en cas que le Testateur déclare qu'il ne sçait ou ne peut signer, il en sera fait mention.

17. Le Testament doit être fait *uno contextu*. L'omission de quelque formalité rend le Testament nul.

En cinquiéme lieu, les quatre conditions ou formalitez doivent être observées tout de suite, & sans divertir à autres actes; c'est-à-dire, que tout cela doit être fait *uno contextu*, comme parle la *Loi* 21, *§.* 3, *ff. qui Testam. fac. poss.* Si quelqu'une de ces formalitez manquoit, le Testament seroit nul, suivant l'article 47.

18. Dans les Testamens faits aux Villages & Bourgs non fermez, on peut appeller des Témoins illiterez, & il suffit que deux signent.

L'article 45 excepte de la nécessité de faire signer tous les Témoins dans les Testamens qui sont faits ailleurs que dans les Villes ou Bourgs fermez; & à cet égard, pourvû que dans le nombre des témoins requis, il y en ait deux outre le Notaire qui signent, le Testament n'en sera pas moins bon, pourvû qu'il soit fait mention qu'ils ont été presens, & qu'ils ont déclaré ne sçavoir ou ne pouvoir signer.

19. Il n'est pas nécessaire d'exprimer que les Témoins ont été priez.

Mais il n'est pas nécessaire qu'il soit exprimé dans le Testament que les témoins ont été priez & convoquez à cet effet, il suffit qu'il paroisse qu'ils y ont assisté, & qu'ils signent suivant la distinction des Testamens qui sont faits dans les Villes & Bourgs fermez ou ailleurs.

20. Si le Testateur est aveugle il faut un Témoin de plus.

Que si le Testateur est aveugle, ou si dans le tems du Testament, il n'a pas l'usage de la vûë, on doit appeller à son Testament un témoin de plus, lequel signera avec les autres Témoins.

21. Du Testament mistique ou solemnel.

L'article 9 ordonne que quand le Testateur voudra faire un Testament mistique ou secret, il soit tenu, 1°. De signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre. L'article n'éxigeant qu'un seing, il faut l'apposer à la fin de l'écrit, & il n'est pas nécessaire que le Testateur signe à chaque page. L'Ordonnance n'exige pas pareillement qu'après le seing le mot *Testateur* soit ajouté. Cela n'est donc pas néces-

faire non plus qu'il soit exprimé dans l'interieur du Testament, que le Testateur l'a lû & relû, quand même il seroit écrit d'autre main, par la même raison que cette formalité n'est pas imposée par l'Ordonnance; elle ne l'étoit pas non plus par le Droit Romain, comme nous l'avons observé dans la Section I. de ce chapitre, par la Loi *hac Consultissima* 21, *cod. de Testam.* dont *l'article 9 de l'Ordonnance de* 1735, est presque une traduction litterale.

22. Suite de la formalité du Testament mistique.

2°. Le papier qui contiendra les dispositions, ensemble le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, doit être clos, & scellé avec les précautions en tels cas requises & accoutumées. Il faut néanmoins observer que l'Ordonnance n'entend pas faire revivre l'usage des sceaux des témoins établi par le Droit Romain, & abrogé par la Jurisprudence de tous les Tribunaux du Royaume; elle dit expressément le contraire en ces termes: *Sans qu'il soit nécessaire d'y apposer le sceau de chacun desdits Témoins.* Il suffit qu'en fermant le papier, ou en le couvrant d'une enveloppe, on prenne les précautions requises & accoutumées, afin qu'on ne puisse pas substituer un autre écrit à la place de celui qui contient la veritable volonté du Testateur.

23. Suffiroit il que le Testament fût enveloppé sans être cacheté?

Mais est-il nécessaire que l'écrit qui contient le corps du Testament soit clos & cacheté? Et ne seroit-il pas valable quoiqu'il ne fût qu'enveloppé dans une feüille volante, sur laquelle l'acte de suscription auroit été apposé en la forme ordinaire par Notaire & témoins, si le Testateur avoit lui-même écrit & signé le corps du Testament? *Stockmans, décision* 11, est d'avis qu'un tel Testament seroit bon, par cette raison, qu'on peut valablement tester, rélativement au contenu en un écrit séparé, comme si le Testateur dit, je veux que mes dispositions contenuës dans un tel écrit, que j'ai remis en dépôt à un tel, soient exécutées, pourvû qu'il paroisse de la foi de l'écrit, & qu'il en doit être de même d'un écrit enveloppé dans la feüille, qui contient l'acte de suscription; il rapporte même un Arrêt du Conseil Souverain de Brabant, qui l'a ainsi jugé: Mais cette opinion ne peut pas être reçûë en France, parce que *l'article 9 de l'Ordonnance de* 1735, veut que le Testament soit clos & scellé. Il ne suffit donc pas qu'il soit simplement enveloppé dans une feüille volante & non cachetée, parce que l'on peut substituer un autre écrit à la place de celui auquel le Testateur a fait mettre l'acte de suscription; mais comme l'Ordonnance ne prescrit point la forme en laquelle l'enveloppe doit être close & scellée, il y a lieu de croire qu'il suf-

firoit qu'elle fût cachetée avec de la cire d'Eſpagne ou du pain à chanter, ſans qu'il ſoit beſoin qu'elle ſoit entrelacée d'un ruban ou du fil, comme le décide le même *Stockmans*, *déciſion* 14, parce qu'alors on n'a pas à craindre le changement du papier contenant le corps du Teſtament.

24. Seroit-il néceſſaire de cacheter le Teſtament dont l'acte de ſuſcription eſt ſur la même feuille que le corps du Teſtament?

Mais ſi l'acte de ſuſcription étoit appoſé à la même feuille où eſt écrite la diſpoſition du Teſtament, de maniere qu'on n'ait pas à craindre le changement ou la ſuppoſition d'une autre écriture, le Teſtament n'en ſeroit pas moins bon, quoiqu'il ne fût ni clos ni ſcellé, de maniere qu'on ne pût pas en connoître le contenu, parce que le ſecret n'eſt pas de l'eſſence du Teſtament; qu'ainſi, il importe peu qu'on puiſſe en faire la lecture ou non. Cela paroît aſſez clairement des termes de la *Loi* 21, *cod. de Teſtam.* & encore mieux de la Novelle 82 de l'Empereur Leon. A la verité, la Loi permet de teſter de façon que les diſpoſitions ne puiſſent pas être connuës; mais c'eſt une ſimple faculté dont elle n'impoſe pas une néceſſité. Il ſuffit que la diſpoſition ſoit conſtatée d'une maniere à ne ſouffrir point de doute ni d'équivoque, & que l'on ait obſervé les formalitez que la Loi preſcrit pour aſſurer cette volonté, ſans qu'il ſoit beſoin d'y ajouter celles qui peuvent rendre les diſpoſitions ſecretes & inconnues; d'ailleurs, le Teſtateur peut avoir en vûe de teſter de maniere que les témoins & le Notaire ne connoiſſent pas ſes diſpoſitions; mais il n'eſt pas eſſentiel que le Teſtament ſoit clos, de maniere que les diſpoſitions ne puiſſent pas être relûes par le Teſtateur quand il le trouvera à propos, ceci n'ayant rien de commun avec l'eſſence ou les formalitez des Teſtamens.

25. Suite de la formalité du Teſtament miſtique.

3°. Le Teſtateur doit preſenter le papier clos & ſcellé à ſept témoins pour le moins, y compris le Notaire ou Tabellion, ou il le fera clôre & ſceller en leur preſence; c'eſt une alternative; il ſuffit donc de faire l'un ou l'autre, au choix du Teſtateur; cela fait, il déclarera que le contenu en ce papier, eſt ſon Teſtament écrit & ſigné de lui, ou écrit par un autre & ſigné de lui. Il eſt donc néceſſaire, non-ſeulement que le Teſtateur déclare que le papier eſt ſon Teſtament; mais encore qu'il explique s'il l'a écrit & ſigné lui-même, ou bien s'il a été écrit d'autre main & ſigné de lui; & l'acte de ſuſcription doit en faire mention; mais il n'eſt pas néceſſaire qu'il ſoit dit dans l'acte de ſuſcription, que le Teſtateur a déclaré qu'il avoit lû & relû l'interieur du Teſtament écrit d'autre main, & ſigné de la ſienne, parce que ni le Droit Romain, ni l'Ordonnance n'exigent point une telle formalité.

S'il eſt néceſſaire que l'acte de ſuſcription porte que le Teſtateur a lû & relû le corps du Teſtament.

4°. Le Notaire ou Tabellion doit en dreſſer l'acte de ſuſcription ſur le papier qui contient la diſpoſition, ou ſur la feüille qui ſervira d'enveloppe. Ce ne ſera donc point un inconvenient, ni une nullité que l'acte de ſuſcription ne ſoit pas couché ſur le même papier, où eſt écrit le Teſtament, & l'on n'a pas à craindre que l'on ſubſtituë un autre écrit à la place de celui qui contient la volonté du Teſtateur, à cauſe de la précaution que l'Ordonnance exige de fermer & ſceller l'enveloppe quand il y en a, de façon qu'il ne ſoit pas poſſible de mettre un écrit pour un autre, ſans que le changement paroiſſe par l'alteration; & comme en procedant à l'ouverture, on tranſcrit & le Teſtament & l'acte de ſuſcription couché ſur l'enveloppe, il ne peut en aucun tems y avoir aucune équivoque, parce que tandis que le Teſtament eſt ſous l'enveloppe cachetée & ſcellée, il eſt en ſûreté; & quand il eſt ouvert, & que l'acte de ſuſcription ſe trouve ſéparé du Teſtament, la tranſcription de l'acte de ſuſcription à la ſuite du Teſtament, en aſſure également la verité, & obvie à tout inconvenient.

26. Suite de la formalité du Teſtament miſtique. Si l'acte de ſuſcription doit être couché ſur la même feuille où eſt écrit le corps du Teſtament.

5°. L'acte de ſuſcription doit être ſigné par le Teſtateur, par le Notaire ou Tabellion, & par tous les autres témoins. Ce qui s'entend des Teſtamens faits dans la Ville ou Bourgs murez; car s'ils ſont faits ailleurs, il ſuffit du ſeing de deux témoins, & qu'il ſoit fait mention de la cauſe pour laquelle les autres n'ont pas ſigné, ſuivant *l'article* 45; & en cas que le Teſtateur, par un empêchement ſurvenu depuis la ſignature du Teſtament, ne puiſſe ſigner l'acte de ſuſcription, il doit être fait mention de la déclaration qu'il en fera, ſans qu'il ſoit beſoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins.

27. Suite de la formalité du Teſtament clos.

6°. Dans l'acte de ſuſcription du Teſtament miſtique ou ſolemnel, tout doit être fait *uno contextu*, & ſans divertir à autres actes; mais il eſt libre au Teſtateur d'écrire, ou faire écrire, ſigner, envelopper, & cacheter ſon Teſtament en un tems, & d'y faire apoſer l'acte de ſuſcription en un autre; il n'eſt pas non-plus requis que l'écriture, la ſignature & la clôture ſe faſſent *uno contextu*, cela n'eſt requis que pour les formalitez qui doivent être obſervées dans l'acte de ſuſcription.

28. Suite de la formalité du Teſtament ſolemnel.

7°. Si le Teſtateur ne ſçait ſigner, ou s'il n'a pû le faire, lorſqu'il a fait écrire les diſpoſitions, on doit appeller un témoin outre le nombre de ſept, y compris le Notaire, lequel ſignera l'acte de ſuſcription avec les autres témoins, & il doit être fait mention de la cauſe pour laquelle le témoin ſurnumeraire aura

29. Suite de la même formalité. Précaution quand le Teſtateur ne peut pas ſigner l'interieur du Teſtament.

Les personnes qui ne sçavent pas lire ne peuvent pas faire des Testamens mistiques.

été appellé, *article* 10. Il faut néanmoins dans ce cas, que le Testateur sçache ou puisse lire; car ceux qui ne sçavent ou ne peuvent pas lire, ne peuvent pas faire des dispositions dans la forme du Testament mistique, *article* 11. On peut demander à l'occasion de cet article, à qui est-ce à prouver que celui qui a disposé par Testament ou Codicile mistique, sçavoit, ou ne sçavoit ou ne pouvoit pas lire? Il me semble que l'on doit user des distinctions qui suivent. Si le Testateur avoit sçû lire autrefois, & qu'il ne le pût pas lors de la disposition, c'est à celui qui fonde la nullité sur le défaut de pouvoir lire, à prouver le fait, à moins que l'acte ne le justifiât, parce que l'aveuglement ou l'affoiblissement de la vûë est un évenement contraire à l'état naturel. Que si la nullité est opposée de ce que le Testateur ne sçavoit pas lire, ou bien le Testament ou l'acte de suscription justifie que le Testateur sçavoit lire, comme s'il est dit qu'il a lû sa disposition; alors on ne peut pas être admis à la preuve du contraire, sans impugner l'acte de faux; mais s'il n'y a qu'une présomption comme si le Testateur a signé, ce qui peut faire présumer qu'il sçavoit lire, celui qui attaque le Testament doit être chargé de la preuve, comme le Parlement de Toulouse l'a jugé par un Arrêt du 19 Novembre 1690, rapporté par *Albert*, de la nouvelle addition, *lettre T. chapitre* 16; que s'il n'y a aucune présomption que le Testateur sçût lire, l'heritier qui soutient le Testament, doit être chargé de prouver le fait affirmatif, parce que *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat, L.* 2, *ff. de probat.* M. Catellan, *livre* 2, *chapitre* 12. Du reste, le défaut de sçavoir lire doit s'entendre non de l'écriture moulée, mais de l'écriture de main, parce que tel sçait lire la lettre moulée, qui ne sçait pas lire l'écriture de main, & que dans un Testament, il est question de l'écriture de main, suivant M. Catellan au lieu cité.

A qui est-ce à prouver le défaut de sçavoir ou pouvoir lire.

30. Du Testament de celui qui ne peut point parler & qui peut écrire.

Mais si le Testateur ne peut point parler, & que néanmoins il puisse écrire, outre les formalitez ordinaires du Testament mistique, qu'il doit observer, telles qu'elles sont prescrites dans *l'article* 9, & qui ont été expliquées ci-dessus; il doit de plus écrire entierement, datter & signer son Testament de sa propre main, le presenter au Notaire ou Tabellion, & aux Témoins, & qu'au haut de l'acte de suscription, il écrive en leur présence, que le papier qu'il presente est son Testament, après quoi le Notaire ou Tabellion écrira l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le Testateur a écrit les mots dont on a parlé,

en

en préſence du Notaire. Il eſt remarquable que dans cette eſpece de Teſtament, le Notaire doit écrire lui-même l'acte de ſuſcription, parce que l'Ordonnance l'exige.

31. Des Teſtamens faits dans des lieux du Droit écrit où il y a des Coutumes particulieres.

A l'égard de certains lieux du Pays du Droit écrit, où il y a des Coutumes, ou Statuts obſervez qui preſcrivent d'autres formalitez, elles doivent être gardées, eu égard ſeulement à ce qu'elles exigent un nombre de Témoins moindre que celui qui eſt requis par l'Ordonnance de 1735, ſoit pour les Teſtamens nuncupatifs ou pour les ſolemnels, ſauf toutefois qu'il ſera néceſſaire d'appeller un témoin outre le nombre requis par les Coutumes dans le Teſtament de l'aveugle, & dans celui de la perſonne qui ſçachant lire n'aura point écrit & ſigné le corps de ſon Teſtament miſtique ou ſolemnel; mais quant aux autres formalitez requiſes par les Coutumes, l'Ordonnance y a dérogé. C'eſt l'eſprit de l'article 13 & de l'article dernier.

Il faut un Témoin de plus dans le Teſtament de l'aveugle, même dans les Coutumes.

Idem. Quand le Teſtateur n'aura pas ſigné le corps du Teſtament.

Si l'Ordonnance déroge aux autres formalitez des Coutumes.

8°. L'Ordonnance exige encore par l'article 38 que le Teſtament miſtique ſoit datté de jour, mois & an, non-ſeulement dans l'acte de ſuſcription; mais encore dans l'écrit intérieur, qui contient la diſpoſition, ſoit que le Teſtament ait été fait entre étrangers, ou entre enfans, à peine de nullité, comme porte l'article 47, la formalité de la datte dans l'interieur n'étoit pas néceſſaire auparavant au Parlement de Toulouſe; il ſuffiſoit que l'acte de ſuſcription fût datté.

De la datte dans l'interieur & l'exterieur des Teſtamens.

Les Teſtamens & les autres diſpoſitions *inter liberos*, à quelque dégré que ſoient les deſcendans, ſont bons & valables en Pays de Droit écrit, s'ils ſont faits en préſence de deux Notaires ou Tabellions, ou d'un Notaire & de deux témoins; ce qui a lieu, tant pour les Teſtamens nuncupatifs que pour les miſtiques, *article* 15, & quand même le Teſtateur ſeroit aveugle ou muet, & qu'il n'auroit pas écrit ni ſigné le corps du Teſtament miſtique; car l'Ordonnance n'excepte point ces cas, elle déclare au contraire, en ſe réferant aux articles 5, 7, 9 & 10, que deux Témoins ſuffiſent dans tous les cas y exprimez; mais quand les Témoins ſont appellez à ces ſortes de Teſtamens avec un ſeul Notaire, ils doivent ſigner ſuivant *l'article* 44, il eſt encore néceſſaire que le Teſtateur ſigne l'acte de ſuſcription du Teſtament miſtique, ou le Teſtament nuncupatif écrit, ou qu'il ſoit fait mention de la cauſe pour laquelle il n'a pas ſigné; car ſans cela, l'acte ſeroit nul, même ſuivant les anciennes Ordonnances.

32. Forme du Teſtament *inter liberos* dans les Pays du Droit écrit.

Un Notaire & deux Témoins.

Ou deux Notaires.

Quid du pere aveugle ou muet.

Quid de celui qui n'a pas ſigné le corps du Teſtament miſtique.

Dans les mêmes Pays du Droit écrit, les aſcendans peuvent auſſi teſter en faveur de leurs deſcendans ſeulement, par des diſ-

33. Du Teſtament olographe en fa-

veur des enfans & descendans.

Il doit être entierement écrit, datté & signé de la main du Testateur.

Les dispositions qui ne seront pas revêtuës de l'une des deux formes ci dessus sont nulles, même à l'égard des enfans.

positions olographes, & qui soient entierement écrites, dattées, & signées par le Testateur; mais toutes les dispositions *inter liberos*, qui ne seront pas revêtues de l'une de ces deux formes, sont déclarées nulles, *article* 16; c'est-à-dire, si le Testament olographe n'est pas entierement écrit, datté & signé de la main du Testateur, & si le Testament reçu par une personne publique n'est pas revêtu des formalitez prescrites par les *articles* 15 & 44.

34. Des actes de partage faits par les ascendans en faveur de leurs descendans.

Quant aux actes de partage faits par les ascendans en faveur de leurs descendans, ils seront pareillement nuls, s'ils ne sont revêtus de l'une des deux formes dont nous avons parlé, c'est-à-dire, s'ils ne sont entierement écrits, dattez & signez par le pere ou autre ascendant qui fait le partage, ou bien s'ils ne sont passez devant deux Notaires, ou Tabellions, ou devant un Notaire & deux témoins, même dans ces actes de partage on doit observer les autres formalitez qui sont prescrites par les Loix, Coutumes, ou Statuts qui autorisent ces sortes d'actes, *article* 17.

35. Les dispositions en faveur des étrangers mêlez avec les enfans, sont nulles à l'égard des étrangers.

Tous ceux qui ne sont pas du nombre des enfans ou descendans, sont réputez étrangers.

Mais les Testamens, Dispositions ou Actes de partage qui n'auront d'autre formalité que celles qu'on vient d'expliquer, n'auront d'effet qu'en faveur des enfans & descendans; car à l'égard des personnes étrangeres, & qui seront autres que des enfans, ou descendans, elles seront regardées comme de nul effet, *article* 18.

36. Conciliation des art. 18 & 19 de l'Ordonnance.

Il peut se presenter ici une difficulté considerable qui résulte des dispositions des *articles* 18 & 19, qui semblent se contrarier.

37. Dispositions des articles 18 & 78

L'article 18 déclare, comme nous venons de le voir, nulles toutes les dispositions contenues dans les Testamens olographes, & dans ceux qui seront faits en presence de deux Notaires, ou d'un Notaire & de deux témoins par rapport aux personnes étrangeres; c'est-à-dire, autres que les enfans ou descendans du Testateur; & l'article 78 veut que les dispositions de l'Ordonnance ayent lieu pour tout ce qu'elle contient, quand même les liberalitez auroient la cause pie pour objet.

38. Disposition de l'article 19.

Cependant l'article 19 veut que l'usage des Testamens, Codiciles & autres dispositions olographes, continuera d'avoir lieu dans les Pays & dans les cas où ils ont été admis jusqu'à present.

39. Si le Testament olographe en faveur de la cause pie, est bon dans

S'il faut s'en tenir aux articles 18 & 78, la cause pie ne peut pas profiter des dispositions faites en sa faveur, en Pays du Droit

écrit, dans les Teſtamens olographes, & dans ceux qui ſont reçus par deux Notaires, ou par un Notaire en preſence de deux témoins, parce que l'article 78 la met au niveau des perſonnes étrangeres, & lui retranche le privilege que les Auteurs & la Juriſprudence de quelques Parlemens lui avoient accordé contre la diſpoſition du Droit Romain.

les Pays du Droit écrit.

Raiſons pour la négative.

Au contraire, ſelon la diſpoſition de l'article 19, elle devra en profiter, parce qu'avant cette Ordonnance, il étoit permis de diſpoſer en Pays du Droit écrit en faveur de la cauſe pie par Teſtament olographe, dont l'Ordonnance veut que l'uſage continuë dans les Pays, & dans les cas où ils ont été admis juſqu'à preſent.

40.

Raiſons pour l'affirmative.

La ſolution de cette difficulté doit ſe prendre dans l'eſprit même de l'Ordonnance, ſuivant lequel les diſpoſitions faites en faveur de la cauſe pie, dans les Teſtamens olographes en Pays du Droit écrit, ſont nulles, parce que ſelon *l'art.* 78, la cauſe pie eſt miſe au niveau des perſonnes étrangeres, & non privilegiées. Elle ne peut donc être gratifiée que par des diſpoſitions contenues dans des Teſtamens revêtus de toutes les formalitez de Droit, pour les faire valoir *jure communi* en faveur des perſonnes étrangeres, & non privilegiées.

41.

Réſolution de la difficulté contre la cauſe pie.

Elle eſt miſe au niveau des perſonnes étrangeres.

Lors donc que l'article 19 veut que l'uſage des diſpoſitions olographes continue d'avoir lieu, comme auparavant, dans les Pays & dans les cas où elles ont été admiſes, il n'a eu pour objet que les Pays, & les cas où les Teſtamens olographes étoient reçus comme des diſpoſitions valables *jure communi*, ce qui eſt relatif aux Pays Coutumiers, où cette forme de teſter eſt reçue & autoriſée par Coutume expreſſe, & non pour les Pays du Droit écrit, autres que ceux qui ſont reſſortiſſans au Parlement de Paris, où les diſpoſitions olographes ne ſont déclarées valables qu'en faveur des deſcendans taxativement; ce qui exclut bien clairement la cauſe pie. On ne doit donc pas entendre l'article 19 de maniere qu'il puiſſe comprendre directement, ni indirectement, les Pays du Droit écrit, parce qu'elle y pourvoit par les articles 16 & 18; & par conſéquent, il faut l'appliquer à tout autre Pays qu'à celui du Droit écrit, où les diſpoſitions olographes n'étoient pas generalement reçues. On s'apperçoit en effet, pour peu d'attention que l'on employe à la lecture de l'Ordonnance, que l'article 18 eſt le dernier où il ſoit parlé des Teſtamens pour les Pays du Droit écrit, & que l'article 19 eſt le premier qui regle les formalitez des Teſtamens par rapport aux Pays Coutumiers.

42.

Explication de l'article 19.

Raiſons contre la cauſe pie.

43. Suite des raiſons contre la cauſe pie.

Cela eſt ſi vrai, que ſi l'eſprit du Legiſlateur avoit été d'autoriſer les diſpoſitions olographes en faveur de la cauſe pie, elle l'auroit nommément excepté de la nullité prononcée par l'article 18, & il ne ſe ſeroit pas contenté d'autoriſer vaguement l'uſage des diſpoſitions olographes comme il a fait par l'article 19, il auroit de plus déclaré valables les diſpoſitions contenues dans des Teſtamens reçus par deux Notaires, ou par un Notaire & deux témoins, ce qu'il n'a point fait; ainſi, comme dans les Pays du Droit écrit, ces Teſtamens ne peuvent valoir, qu'en faveur des enfans, il faut dire la même choſe des diſpoſitions olographes.

44. Deux eſpeces de Teſtamens dont les formalitez ſont les mêmes dans tous les Pays.

Il y a deux autres eſpeces de Teſtamens dont les formalitez ſont reglées d'une maniere uniforme dans tout le Royaume, ſans diſtinction des Pays Coutumiers d'avec ceux du Droit écrit: ſçavoir, les Teſtamens faits en tems de peſte, & ceux qui ſont faits par des perſonnes qui ſervent dans les Armées.

45. Du Teſtament fait en tems de peſte.

Les Teſtamens faits en tems de peſte dans les Villes ou lieux qui en ſont infectez, n'ont pas beſoin d'être revêtus des formalitez preſcrites par les Loix ou Coutumes des lieux où ils ſont faits, ils ſont encore exceptez des regles preſcrites par l'Ordonnance de 1735, pour les autres Teſtamens *jure communi*, & leur forme eſt marquée par la même Ordonnance.

46. La faculté de teſter en cette forme eſt communiquée aux perſonnes non attaquées de peſte.

Le privilege de teſter ſelon cette forme particuliere, n'appartient pas ſeulement aux peſtiferez; mais encore à toutes les perſonnes qui ſeront dans les lieux infectez de peſte, encore qu'elles ne fuſſent pas actuellement malades, *article* 36, ce qui comprend non-ſeulement celles qui y font leur habitation; mais encore, celles qui s'y trouvent par occaſion, & qui y réſident *actu*; car l'Ordonnance ne diſtingue point, & comprend les unes & les autres par les paroles indéfinies dont elle ſe ſert.

47. Les Teſtamens faits dans les lieux infectez doivent avoir au moins l'une des deux formalitez preſcrites.

Mais les Teſtamens faits dans les lieux infectez de peſte, doivent néceſſairement être revêtus au moins de l'une des formes dont on va parler, autrement ils ſeront nuls, *article* 35, ce qui n'empêche pas qu'on ne puiſſe y employer d'autres formalitez au-delà de celles qui ſont requiſes, même teſter *jure communi*; car s'il eſt permis de teſter avec moins de formalitez, il eſt à plus forte raiſon, permis de teſter *jure communi*, attendu qu'on a la liberté d'uſer ou de ne pas uſer d'un privilege.

48. On peut teſter par diſpoſition olographe. C'eſt la premiere forme.

La forme la plus courte, la plus naturelle, & la plus facile eſt de teſter par diſpoſition olographe, c'eſt-à-dire, que le Teſtateur écrive entierement, datte & ſigne de ſa main ſa diſpoſition. Elle

ſera valable indiſtinctement en faveur de toutes ſortes de perſonnes ſuivant l'article 35.

49. Seconde forme de teſter dans les lieux infectez. 1. Par deux Notaires. 2. Devant un Notaire & deux Témoins. 3. En preſence de deux Officiers Royaux ou municipaux.

L'autre forme de teſter en tems de peſte dans les lieux infectez, eſt de faire recevoir la diſpoſition par des perſonnes publiques, ce que l'on peut faire de pluſieurs manieres. La premiere, en preſence de deux Notaires ou Tabellions. La ſeconde, en preſence de deux Officiers de Juſtice Royale, Seigneuriale ou municipale, juſqu'aux Greffiers incluſivement; le Teſtament ſera donc valable s'il eſt reçu par le Juge, & ſon Lieutenant, ou Procureur du Roi, par le Juge & ſon Greffier, par le Lieutenant ou Procureur du Roi, ou Procureur Fiſcal & le Greffier; par deux Conſeillers au Siége, ou par un Conſeiller & le Greffier; par deux Conſuls, Echevins ou Capitouls, & le Greffier, même par deux Greffiers, puiſqu'ils ſont mis au rang des perſonnes publiques, auſquelles le pouvoir eſt donné dans ce cas, de recevoir les Teſtamens & autres diſpoſitions faites en tems de peſte.

50. 4. Pardevant un Officier & deux Témoins.

La troiſiéme, pardevant un Notaire ou Tabellion, ou pardevant un des Officiers ci-deſſus nommez, avec deux Témoins.

51. Pardevant le Curé ou Deſſervant & deux Témoins.

La quatriéme, pardevant le Curé ou Deſſervant à la place du Curé interdit, ou Vicaire, ou autre Prêtre chargé d'adminiſtrer les Sacremens aux malades, quand même il ſeroit Regulier, & deux Témoins. C'eſt la diſpoſition de *l'article* 33.

52. De la ſignature du Notaire, Officier, Curé, du Teſtateur & des Témoins.

A l'égard de la ſignature du Teſtateur, des Témoins, & des Officiers qui recevront le Teſtament, *l'article* 34 veut que l'on ſe regle de la maniere preſcrite par *l'article* 28 pour le Teſtament Militaire, c'eſt-à-dire, que le Teſtateur ſignera ſa diſpoſition, s'il ſçait ou peut ſigner, & en cas qu'il déclare ne ſçavoir, ou ne pouvoir le faire, il en ſera fait mention; ceux qui recevront les actes des diſpoſitions devront auſſi ſigner; enſemble les témoins: toutefois on n'eſt obligé d'en appeller qui ſçachent ou puiſſent ſigner que quand le Teſtateur ne ſçait ou ne peut ſigner; car s'il ſigne, la ſignature des témoins ne ſera pas néceſſaire; cependant lorſque les témoins ou l'un d'eux déclareront qu'ils ne ſçavent ou ne peuvent ſigner, il en doit être fait mention.

Si quand le Teſtateur ſigne il faut appeller des Témoins qui ſignent.

53. Comment les diſpoſitions faites en tems de peſte ſont valables, après que le commerce eſt rétabli.

Les Teſtamens ou autres diſpoſitions à cauſe de mort, faits en tems de peſte dans les lieux infectez de cette maladie, demeureront nuls ſix mois après que le commerce aura été rétabli dans le lieu où le Teſtateur ſe trouvera, ou qu'il aura paſſé dans un lieu où le commerce n'eſt point interdit, ſi ce n'eſt que le Teſtament ou autre diſpoſition ne ſe trouvât revêtu des formes requiſes de Droit Commun dans le lieu où elle aura été faite,

Quid ſi le Teſtament eſt fait *jure communi*.

c'eſt-à-dire, ſi le Droit Commun du lieu n'exige pas de plus grandes formalitez, que celles qui ont été obſervées dans le Teſtament, ou autre diſpoſition, auquel cas on n'aura pas beſoin de recourir au privilege pour le faire valoir, lequel privilege ceſſe après ſix mois, ainſi qu'on l'a expliqué, & le Teſtament ne peut valoir qu'autant qu'il ſe trouve revêtu des formalitez du Droit Commun. C'eſt l'eſprit de *l'article* 37.

Le privilege ceſſe après ſixmois.

54. Exemples pour expliquer ce qui eſt dit ci-deſſus.

Ainſi, le Teſtament olographe vaudroit après les ſix mois, en faveur de toutes ſortes de perſonnes dans les Pays Coutumiers, même dans ceux du Droit écrit reſſortiſſant au Parlement de Paris, où cette forme de diſpoſer étoit generalement reçûë avant l'Ordonnance de 1735. Il vaudroit encore en faveur des enfans & deſcendans, dans les Pays du Droit écrit, parce que cette forme de teſter y eſt reçûë & autoriſée par l'Ordonnance de 1735, qui forme le Droit Commun.

55. Suite.

Le Teſtament reçu par deux Notaires, ou par un Notaire en préſence de deux Témoins, qui auront ſigné avec le Teſtateur, ou lorſque le Teſtateur ne ſçachant ou ne pouvant ſigner, il aura été fait mention de la cauſe pour laquelle il n'aura pas ſigné, vaudra pareillement après les ſix mois dans les Pays Coutumiers pour toutes ſortes de perſonnes, & en faveur des enfans & deſcendans dans les Pays de Droit écrit, par la même raiſon qu'on vient d'expliquer.

56. Suite des exemples.

De même le Teſtament reçû par le Curé ou par le Deſſervant à ſa place avec deux Témoins qui auront ſigné avec le Teſtateur, ou que le Teſtateur aura déclaré la cauſe pour laquelle il n'a pas ſigné, ſera valable auſſi après les ſix mois, dans les lieux, où par la Coutume ou Statut le Curé eſt autoriſé à recevoir les Teſtamens.

57. Suite.

On doit dire la même choſe du Teſtament *apud acta* dans les lieux du Pays Coutumier, ou Droit écrit, où l'uſage permet aux Officiers de Juſtice, ou aux Officiers municipaux de recevoir des Teſtamens, leſquels vaudront après les ſix mois, parce que les formalitez du Droit Commun y auront été obſervées.

58. Les Teſtamens de privilege qui manquent de quelque formalité du Droit commun, ne peuvent valoir que quand le Teſtateur décede durant la peſte ou dans les ſix mois.

Mais à l'égard de tous les autres Teſtamens de privilege, & qui manqueront de quelqu'une des formalitez preſcrites par le Droit Commun du lieu où ils ſont faits en tems de peſte, ils ne peuvent valoir que quand le Teſtateur décede durant la peſte, ou dans les ſix mois après que la peſte aura ceſſé, & que le commerce aura été rétabli dans les lieux où le Teſtateur ſe trouve, ou dans les ſix mois, à compter depuis que le Teſtateur s'eſt

retiré dans un lieu libre, où le commerce n'eſt point interdit, parce qu'alors la raiſon du privilege ceſſe, attendu que le Teſtateur a une pleine & entiere liberté de teſter, & de diſpoſer *jure communi.*

55. Du Teſtament Militaire.

Premiere obſervation. La formalité eſt la même partout.

Avant d'expliquer les formalitez particulieres du Teſtament militaire, il convient de faire quelques réflexions, qui réſultent des diſpoſitions de l'Ordonnance de 1735. La premiere, que la forme preſcrite par cette Ordonnance, pour cette eſpece de Teſtament, eſt commune au Pays du Droit Coutumier & du Droit écrit, comme il paroît des articles 27 & 29.

60. Deuxiéme obſervation. A quelles perſonnes le privilege de teſter militairement appartient.

La deuxiéme que le privilege de pouvoir teſter & diſpoſer *jure militari* compete, non-ſeulement aux Officiers, & aux Soldats qui ſervent dans les Armées, en vertu d'un engagement particulier; mais encore à toutes les perſonnes qui n'étant ni Officiers, ni engagées dans les Troupes du Roi, ſe trouveront à la ſuite de ſes Armées, ou chez les ennemis, ſoit à cauſe de leurs emplois ou fonctions, ſoit pour le ſervice qu'ils rendent aux Officiers, ſoit à cauſe de la fourniture des vivres & munitions des Troupes du Roi. Cela réſulte clairement des articles 27 & 31.

61. Troiſiéme obſervation. Le Teſtateur doit être *in expeditione militari.* En quartier ou en garniſon hors du Royaume. Ou priſonnier chez les ennemis. Ou dans une Place aſſiegée.

La troiſiéme, qu'afin que le Teſtament ou autre diſpoſition puiſſe valoir *jure militari*, ſans qu'on y ait obſervé les formalitez requiſes aux Teſtamens *jure communi*, il eſt néceſſaire, & c'eſt une condition eſſentielle, que le Teſtateur ſoit actuellement en expedition militaire, ou bien en quartier, ou en garniſon hors du Royaume, ou priſonnier chez les ennemis, ſans que ceux qui ſeront en quartier, ou en garniſon dans le Royaume, puiſſent uſer de ce privilege, à moins qu'ils ne fuſſent dans une Place aſſiégée, ou dans une Citadelle, ou autres lieux dont les portes fuſſent fermées, & la communication interrompuë à cauſe de la Guerre, article 30.

62. Les Diſpoſitions militaires ne ſont valables, ſi elles ne ſont revêtuës de l'une des deux formes preſcrites.

La quatriéme que le Teſtament, ou autres diſpoſitions de derniere volonté, ne peuvent valoir que quand ils ſont revêtus de l'une des formes preſcrites par l'Ordonnance, & ſi l'une ou l'autre de ces formes n'eſt pas remplie, ils ſont déclarez nuls par *l'article* 29.

63. Premiere forme devant des perſonnes publiques. Deuxiéme forme par diſpoſition olographe entierement écrite, dattée & ſignée de la main du Teſtateur.

La premiere de ces formes eſt que les Teſtamens, & autres diſpoſitions ſoient faites en preſence de perſonnes publiques, & qui ont caractere pour cela; ainſi qu'on l'expliquera bientôt. La deuxiéme eſt par écriture privée, & par une diſpoſition olographe; c'eſt-à-dire, lorſque le Teſtament ou autre diſpoſition ſont entierement écrits, dattez & ſignez de la main de celui qui les

aura faits ; cette forme de disposer n'a besoin d'aucune autre solemnité, suivant *l'article 29.*

64. Forme de disposer en presence des personnes publiques.

A l'égard de la forme de disposer en presence des personnes publiques, elle peut être remplie de plusieurs manieres. La premiere en presence de deux Notaires ou Tabellions ; alors l'assistance des témoins est superfluë.

Deux Notaires ou Tabellions sans Témoins.

65. Un Notaire & deux Témoins.

La deuxiéme en presence d'un Notaire ou Tabellion, & de deux témoins.

66 Deux Officiers sans Témoins.

Quels sont ces Officiers.

La troisiéme, en presence de deux Officiers du nombre de ceux qui sont après désignez : sçavoir, les Majors & les Officiers d'un rang supérieur aux Majors, les Prevôts des Camps & Armées, leurs Lieutenans ou Greffiers, & les Commissaires des Guerres. Quand le Testament est reçu par deux de ces Officiers, il n'est pas nécessaire d'appeller des témoins.

67. D'un Officier avec deux Témoins.

La quatriéme, en presence d'un des Officiers de la qualité cidessus exprimée, avec deux témoins.

68. D'un Aumônier des Troupes ou des Hôpitaux avec deux Témoins.

La cinquiéme, en cas que le Testateur soit malade ou blessé, il pourra aussi faire ses dernieres dispositions en presence d'un des Aumôniers des Troupes du Roi, ou des Hôpitaux, avec deux témoins. Ce qui a lieu par rapport aux Aumôniers, quand même ils seroient Reguliers ou Religieux. Tout cela est renfermé dans *l'article* 27.

69. De la signature du Testateur, des Témoins & des personnes publiques.

Dans le cas de differentes dispositions dont on vient de parler, les Testateurs doivent signer leurs Testamens, Codiciles, ou autres dernieres dispositions, s'ils sçavent ou peuvent signer, & en cas qu'ils déclarent ne sçavoir ou ne pouvoir signer, il en doit être fait mention. Les mêmes Testamens ou dispositions doivent pareillement être signez par celui ou ceux qui les recevront ; ensemble, par les témoins, sans néanmoins qu'il soit nécessaire d'appeller des témoins qui sçachent ou puissent signer, si ce n'est lorsque le Testateur ne sçaura ou ne pourra le faire ; c'est-à-dire, que le Testateur ne signera pas, lorsque les témoins ou l'un d'eux déclareront qu'ils ne sçavent ou ne peuvent signer, il suffira d'en faire mention, *article* 28.

S'il faut des Témoins qui signent quand le Testateur signe.

70. Testament fait *jure militari*, pendant quel tems doit valoir lorsque le Testateur survit.

Les dispositions faites *jure militari*, & qui ne seront pas revêtuës des formalitez du Droit Commun, eu égard aux lieux où elles auront été faites, ne seront valables que dans les cas que les Testateurs viendroient à déceder ; car elles demeurent nulles de plein droit six mois après que celui qui les aura faites sera revenu dans un lieu où il puisse avoir la liberté de disposer en la forme ordinaire *jure communi*, si ce n'est qu'elles fussent faites dans

les

les formes qui ſont requiſes de Droit commun, dans le lieu où elles auront été faites ; ſurquoi on pourra appliquer au Teſtament militaire, ce que nous avons obſervé ci-deſſus en parlant des diſpoſitions faites en tems de peſte dans les lieux infectez de ce mal, n. 54 & ſuiv.

71. Regles communes aux Pays Coutumiers & du Droit écrit.

L'Ordonnance de 1735 preſcrit encore quelques autres regles qui ſont communes aux Pays Coutumiers, & à ceux du Droit écrit.

72. Premiere regle. Toutes les diſpoſitions doivent être faites par écrit.

La premiere eſt, que toutes les diſpoſitions teſtamentaires ou à cauſe de mort, de quelque nature qu'elles ſoient, & en faveur de quelques perſonnes qu'elles ayent été faites, ſans diſtinction ni exception, doivent être faites par écrit. Toutes celles qui ne ſont faites que verbalement, ſont déclarées nulles, avec défenſes d'en admettre la preuve par témoins, même ſous prétexte de la modicité de la ſomme dont il auroit été diſpoſé, *art.* 1.

73. Seconde regle. Tous actes de diſpoſition doivent contenir la datte.

La ſeconde, que toute ſorte de Teſtamens, Codiciles, Actes de partage *inter liberos*, & autres diſpoſitions de derniere volonté, de quelque nature qu'elles ſoient, ſans diſtinction des perſonnes, ni exception, doivent contenir la datte du jour, mois & an, encore qu'ils fuſſent olographes: Ce qui doit être obſervé dans le cas du Teſtament miſtique, tant pour la datte de la diſpoſition, que pour la datte de la ſuſcription, *art.* 38.

74. Troiſiéme regle. Toutes les diſpoſitions par ſignes ſont nulles.

La troiſiéme, que toutes les diſpoſitions qui ne ſeroient faites que par ſignes, encore qu'elles euſſent été rédigées par écrit ſur le fondement des ſignes que le Teſtateur auroit pû faire, ſont déclarées nulles, *art.* 2 ; ce qui comprend ſans diſtinction, ni exception toute ſorte de perſonnes de quelque qualité qu'elles ſoient.

75. Quatriéme regle Les diſpoſitions par lettres miſſives ſont nulles.

La quatriéme, que les diſpoſitions qui ſeront faites par lettres miſſives, ſont regardées comme nulles & de nul effet, *art.* 3.

76. Cinquiéme regle. Tout ce qu'eſt marqué par l'Ordonnance pour la datte, la forme des Teſtamens & autres diſpoſitions, & la qualité des témoins, doit être gardé à peine de nullité.

Les formalitez des Teſtamens ſont de droit public.

La cinquiéme, que toutes les diſpoſitions de l'Ordonnance de 1735 qui concernent la datte & la forme des Teſtamens, Codiciles ou autres Actes de derniere volonté, & les qualitez des témoins, doivent être exécutées, à peine de nullité, *art.* 47. Les formalitez que les Loix preſcrivent pour la validité des Teſtamens, ſont de Droit public ; & par conſequent les perſonnes qui diſpoſent de leurs biens n'ont pas la liberté d'y déroger, quand même elles le feroient expreſſement, *Leg.* 13, *cod. de teſtam.* & *L. nemo.* 55, *ff. de Leg.* 1 ; mais il faut prendre garde que la peine de nullité indite par *l'art.* 47 de l'Ordonnance eſt bien commune aux Pays du Droit écrit, & aux Pays Coutumiers ; cependant il

Il suffit que dans chaque Pays on observe la forme particuliere qui est prescrite.

suffit que dans chaque Pays on observe les formalitez qu'elle prescrit par rapport aux Testamens, & autres dernieres dispositions qui y sont pratiquées & qui y seront faites, afin qu'elles soient bonnes en quelques Pays que les biens soient situez.

77. Sixiéme regle. Les dispositions mutuelles ou faites conjointement sont nulles partout.

La sixiéme, que l'usage des Testamens & Codiciles mutuels, ou faits conjointement, soit par mari & femme, ou par d'autres personnes, est abrogé, & ils doivent être regardez comme nuls, & de nul effet dans tous les Pays de la domination du Roi, suivant *l'art.* 77.

78. Septiéme regle. L'usage des clauses dérogatoires est abrogé partout.

La septiéme, que l'usage des clauses dérogatoires dans tous les Testamens, Codiciles, ou dispositions à cause de mort, est pareillement abrogé dans tout le Royaume par *l'art.* 76, qui veut qu'elles soient regardées comme nulles & de nul effet, en quelques termes qu'elles soient conçuës.

79. Est il necessaire que les personnes publiques qui reçoivent les Testamens les écrivent elles-mêmes?

Enfin est-il necessaire que les Notaires & les autres personnes publiques qui ont le pouvoir de recevoir les dispositions testamentaires, les écrivent de leur propre main à peine de nullité, dans les cas où l'Ordonnance ne l'exprime pas? Pour la négative on peut dire, qu'il ne faut pas étendre les nullitez, & que suivant les regles du Droit, il faut prendre le parti qui fait valoir l'acte, *ut potius valeat quàm pereat, L. quotiens* 12, *ff. de reb. dub.* qu'il ne paroît pas necessaire que les Testamens & les autres dernieres dispositions soient écrits de la main des personnes ausquelles l'Ordonnance donne le pouvoir, & une espece de caractere public pour les recevoir, & leur donner une forme autentique; que ce défaut ne doit produire une nullité que dans les cas, & par rapport aux personnes ausquelles l'Ordonnance impose expressement la necessité d'écrire elles-mêmes les dispositions; d'autant mieux qu'avant cette Ordonnance, le Droit Romain, & l'usage autorisoient les actes & les dispositions testamentaires, (si l'on en excepte les Testamens olographes dans les Pays Coutumiers) de quelque main qu'ils fussent écrits; car selon la *Novelle* 4, *cap.* 1, il suffit que le Notaire assiste aux actes qu'il reçoit, sans avoir besoin de les écrire, ou, selon la remarque de *Gudelinus de jure novissimo, lib.* 4, *cap.* 11, *ut ipsemet tabellio ea scribat vel saltem absolutioni interfit, iisque suscribat. Bugnion, des Loix abrogées, liv.* 2, *chap.* 183. *Bouvot, tom.* 2, verb. *Notaire, quest.* 10. *Billecart sur la Coutume de Châlons, art.* 67; *& Lalande sur la Coutume d'Orleans, art.* 289, *n.* 27. Ainsi la nouvelle Loi étant corrective du Droit, & de l'usage constamment pratiqué, il faut la référer, par rapport à ce défaut, aux cas où elle exige expressément que

l'acte ou la disposition soient écrits de la main de la personne publique, en presence de laquelle l'acte ou la disposition sont faits. Toutefois, comme selon *Loiseau, des Offices, liv. 2, chap 5, n. 43*, les Tabellions ou Notaires devoient chez les Romains écrire eux-mêmes les actes qu'ils recevoient, que cette necessité a été imposée par l'art. 5 de notre Ordonnance aux Notaires qui sont les Officiers qui reçoivent le plus communément les Testamens, & que cette formalité peut être sous-entenduë dans les autres articles qui parlent des autres especes de Testamens ; nous croyons qu'il y auroit du danger à suivre l'opinion negative, & que la prudence exige que l'on fasse écrire les dispositions testamentaires par les Officiers publics qui les recevront ; ainsi que nous l'avons remarqué dans la Sect. I. n. 92, & au nomb. 11 de cette Section.

80. Récapitulation de ce qui a été dit.

Pour remplir le plan que nous avons annoncé, lorsque nous avons commencé de parler des differentes especes de Testamens autorisez & approuvez par l'Ordonnance, il ne reste qu'à récapituler ce que nous avons dit en particulier sur chaque espece de Testamens, touchant les personnes qui sont regardées comme publiques pour recevoir les dispositions de derniere volonté.

81. Les Notaires sont capables de recevoir toute sorte d'actes.

D'abord il faut observer que les Notaires ou Tabellions ont par leur office le pouvoir & le caractere public, pour recevoir toute sorte de Testamens, Codiciles & autres dispositions de derniere volonté, soit qu'elles se fassent *Jure communi*, ou par quelque privilege : Cela fait une des principales parties de leur emploi ; parce qu'en qualité de Juges cartulaires, ils peuvent faire tout ce qui est de la Jurisdiction volontaire, & qu'il suffit qu'ils en soient requis par les Parties ; mais il faut pour cela qu'ils soient établis dans leurs fonctions par l'autorité séculiere & temporelle, royale ou subalterne ; car s'ils étoient simplement Notaires Apostoliques, ils n'auroient ni pouvoir, ni caractere pour recevoir les Testamens & autres dispositions.

Ils sont des Juges cartulaires.

Si les Notaires Apostoliques seulement peuvent recevoir des Testamens.

82. Des Curez Seculiers ou Reguliers & Déservans.

Les Curez Seculiers ou Reguliers, & les Prêtres Seculiers Déservans à la place des Curez, ont aussi ce caractere public pour recevoir les dernieres dispositions dans toute l'étenduë de leurs Paroisses, & dans les lieux où ils y sont autorisez par les Coutumes ou Statuts, selon *l'art. 25* ; ils l'ont aussi pour recevoir toutes les dispositions en tems de peste, & ce pouvoir est encore communiqué aux Vicaires, ou autres Prêtres Seculiers ou Reguliers qui sont chargez d'administrer les Sacremens aux malades, comme l'explique *l'art. 33* ; mais hors de ces cas il n'est point permis aux Curez, ou aux Déservans, moins encore aux Vicaires & autres

Prêtres de recevoir des Teſtamens, Codiciles, ni d'autres diſpoſitions à cauſe de mort.

83. Des Officiers de Juſtice ou municipaux.

Les Officiers de Juſtice Royale ou Seigneuriale, y compris même les Greffiers & les Officiers municipaux, doivent auſſi être regardez comme perſonnes publiques capables de recevoir non-indiſtinctement dans toute ſorte de Pays, mais ſeulement dans ceux où ils ſont autoriſez par l'uſage, ſuivant *l'art.* 24; ils le ſont encore dans quelque Païs que ce ſoit pour recevoir les Teſtamens en tems de peſte dans les lieux infectez qui ſont de leur Juriſdiction, mais non ailleurs, ni dans aucun autre cas, *art.* 33.

84. Des Officiers des Troupes.

Les Officiers des Troupes qui ſont d'un rang ſuperieur aux Majors, les Majors eux-mêmes, les Prevôts des Camps & Armées, leurs Lieutenans ou Greffiers, & les Commiſſaires des Guerres, ſont mis par *l'art.* 27 au rang des perſonnes publiques capables de recevoir les Teſtamens, Codiciles & autres diſpoſitions militaires; mais non aucune autre eſpece de diſpoſition. Les Aumôniers Seculiers ou Reguliers des Troupes ou des Hôpitaux ont auſſi la faculté de recevoir les Teſtamens ou autres diſpoſitions militaires, des perſonnes qui ont le privilege de teſter de cette maniere; lorſqu'elles ſont malades ou bleſſées ſeulement, & non des autres perſonnes, ni pour aucune autre eſpece de diſpoſitions que les militaires; à l'exception néanmoins des Aumôniers des Hôpitaux qui ont des reglemens ou uſages qui permettent à leurs Aumôniers de recevoir les Teſtamens & autres dernieres diſpoſitions des perſonnes qui y ſont, auſquels reglemens & uſages il n'eſt point dérogé par la nouvelle Ordonnance, comme le porte *l'art.* 25; ces Aumôniers peuvent donc dans ces cas recevoir tous Teſtamens & autres diſpoſitions à cauſe de mort, des perſonnes qui ſont dans ces Hôpitaux, ſoit des malades, ſoit des autres perſonnes qui y reſident pour le ſervice des malades ou autrement.

Des Aumôniers des Troupes & des Hôpitaux.

85. De l'Ecrivain de Vaiſſeau.

Enfin l'Ecrivain de Vaiſſeau doit être regardé comme perſonne publique, & capable pour recevoir les Teſtamens, & autres dernieres diſpoſitions des perſonnes qui ſont dans le Vaiſſeau en voyage; parce que l'Ordonnance de la Marine lui attribuë ce pouvoir, & que celle de 1735, qui ne parle point de cette eſpece de Teſtament, n'y a pas dérogé.

86. De l'effet du défaut de formalitez, & de celles qui doivent ou ne doivent pas être exprimées.

Nous obſerverons en finiſſant cette Section, que le défaut des formalitez que l'Ordonnance veut être obſervées dans les Teſtamens & autres diſpoſitions de derniere volonté, produit une nullité qui rend le Teſtament ou autre diſpoſition inutile & comme

non-écrite. De ces formalitez il y en a dont l'Ordonnance veut qu'il ſoit fait mention dans le Teſtament, comme par exemple, qu'il en a été fait lecture. Si les formalitez de cette eſpece ne ſont pas conſtatées par le Teſtament même, il ſera nul de plein droit; mais à l'égard des autres formalitez dont l'Ordonnance n'exige pas en termes exprès, qu'il ſoit fait mention dans le Teſtament, comme celles-ci, par exemple, que les diſpoſitions ayent été dictées & prononcées par le Teſtateur, que les diſpoſitions ſoient écrites de la main du Notaire qui aura reçu le Teſtament, il ne ſera pas nul, quoique le Teſtament n'en parle pas; mais ſi le défaut de ces formalitez eſt ſoutenu, ce ſera à celui qui l'allegue à le prouver, & comme ces formalitez n'ont pas été preſcrites en vain, auſſi eſt-il juſte & raiſonnable que la preuve en doive être admiſe de la maniere qu'elle pourra être faite. Sçavoir, la preuve que les diſpoſitions n'ont pas été dictées par le Teſtateur, pourra être faite par témoins; parce que c'eſt un fait qui ne peut pas être établi autrement; ſans qu'il ſoit beſoin de s'inſcrire en faux contre le Teſtament, à moins qu'il n'exprimât litteralement que le Teſtateur avoit dicté ſes diſpoſitions. Et à l'égard de la formalité que le Notaire n'a pas écrit les diſpoſitions, elle pourra être faite par une verification d'Experts en la forme ordinaire. On devroit auſſi recevoir les témoins qui diroient que quelque perſonne autre que le Notaire auroit écrit les diſpoſitions. Sans cela ce ſera ſans aucun fruit que l'Ordonnance aura preſcrit ces formalitez, & qu'elle y aura attaché la peine de nullité.

87. Renvoi de la matiere concernant les témoins teſtamentaires.

Nous ne parlerons pas dans cet endroit de la qualité des témoins, & des perſonnes qui peuvent ou ne peuvent pas l'être dans les Teſtamens & autres diſpoſitions à cauſe de mort; parce que cela exige un détail trop long. Nous réſervons cette diſcuſſion pour faire en partie la matiere du Chapitre ſuivant, où nous parlerons des conditions requiſes pour la validité des Teſtamens & des autres diſpoſitions de derniere volonté.

SECTION IV.

Ouverture du Teſtament miſtique.

SOMMAIRE.

1. *De l'ouverture, publication & enregiſtrement des Teſtamens ſolemnels.*
2. *Pourquoi l'ouverture du Teſtament eſt neceſſaire.*

Afin que la volonté du Teſtateur ſoit connuë.

3. *Pour donner un caractere public au Teſtament écrit par une perſonne privée.*
4. *Afin de conſtater l'état du Teſtament.*

Le Teſtament dont les ſceaux, ou la ligature ont été coupez par le Teſtateur, eſt nul.

5. *Afin qu'on puiſſe valablement traiter ſur les Teſtamens.*
6. *Comment l'ouverture du Teſtament devoit être faite, & par qui ſuivant le Droit Romain.*

Si l'incompetence du Juge qui fait l'ouverture produit une nullité.

7. *Comment l'ouverture doit-elle être faite en France.*

Devant quel Juge elle peut être faite.

On doit obſerver les formalitez d'uſage dans le lieu où l'ouverture eſt faite.

8. *De l'ouverture faite par les Notaires.*
9. *Des formalitez à obſerver.*
10. *Premiere formalité. Il faut appeller par ajournement les Témoins pour reconnoître l'état du Teſtament.*

S'il faut faire la reconnoiſſance des ſeings quand la ſuſcription eſt par acte public.

11. *Seconde formalité. Appeller les ſucceſſeurs* ab inteſtat.

Mais il n'y a point de nullité, quoiqu'elle ne ſoit pas obſervée.

12. *Troiſiéme formalité. Le Teſtament doit être repreſenté aux Témoins preſens.*
13. *Quatriéme formalité. Il doit être dreſſé un Procès verbal ou acte.*

Conditions neceſſaires à l'ouverture, ſuivant quelques Auteurs.

14. *Si l'ouverture doit être faite en preſence de la plus grande partie des Témoins.*
15. *De l'ouverture des Codiciles.*
16. *Autres formalitez du Droit Romain.*
17. *On ne rendoit pas publique la datte du Teſtament.*

On n'ouvroit pas les parties de l'écrit dont le Teſtateur avoit défendu l'ouverture.

Quid de la partie qui contenoit une ſubſtitution pupillaire.

18. *Les Teſtamens ſont conſiderez comme des actes qui intereſſent*

le Public.
Toute perſonne en peut demander l'ouverture.
Quid *des Teſtamens imparfaits, rompus ou inutiles.*
L'heritier peut demander l'exhibition, & intenter l'action rei vindicationis *du Teſtament.*
Peine du Dépoſitaire qui ouvre le Teſtament & le publie.
19. *Si l'on doit proceder à l'ouverture quand quelque Témoin nie ſon ſceau.*
Si le Teſtament doit être envoyé dans le lieu où les Témoins demeurent.
20. *Si le Teſtament eſt nul, quand quelque Témoin eſt mort naturellement ou civilement avant l'ouverture.*
21. *Il ſuffit de faire ouvrir l'un des originaux quand il y en a pluſieurs.*
22. *On ne doit faire ouvrir que les Teſtamens qui ſont clos.*
23. *Quand le Teſtament a été ouvert & tranſcrit au Greffe ou dans les Regiſtres du Notaire, la tranſcription a la même autorité que l'original.*
24. *Comment peut-on pourvoir aux Legataires & autres Intereſſez, quand le Teſtament eſt brûlé ou ſupprimé avant l'ouverture.*
25. *On ne doit pas proceder à l'ouverture du Teſtament d'une perſonne vivante.*
Peine de celui qui ouvre le Teſtament d'une perſonne vivante.
Quid *ſi l'on eſt en doute de la vie ou de la mort.*
26. *L'Ordonnance de 1735 n'a pas reglé la forme de l'ouverture du Teſtament clos.*

APRE'S avoir vû les differentes eſpeces de Teſtamens & leurs formalitez, il faut venir à l'ouverture, publication & enregiſtrement des Teſtamens ſolemnels qui n'en étant pas une formalité extrinſéque, ni inhérente, ne contribuent en rien à leur validité; comme l'a fort bien remarqué *Ricard, des donat. tom.* 1, *part.* 1, *n.* 1397, & examiner premierement pourquoi l'ouverture du Teſtament doit être faite; en ſecond lieu, par qui peut-elle être faite; en troiſiéme lieu, quelles ſont les formalitez que l'on doit y obſerver.

1. De l'ouverture, publication & enregiſtrement des Teſtamens ſolemnels.

L'ouverture du Teſtament eſt néceſſaire: 1°. Pour connoître la volonté du Teſtateur, afin qu'elle ſoit exécutée, que l'heritier puiſſe accepter l'herédité, & que les legataires ou fideicommiſſaires puiſſent intenter leurs actions.

2. Pourquoi l'ouverture du Teſtament eſt neceſſaire.

1. Afin que la volonté du Teſtateur ſoit connuë.

2°. Pour donner un caractere public au Teſtament écrit par une perſonne privée, & qui n'a pas été reçu par une perſonne publique.

3

2. Pour donner un caractere public au Teſtament écrit par une perſonne privée.

3°. Afin de conſtater l'état du Teſtament, & qu'il apparoiſſe que le Teſtateur n'a pas changé de volonté, ſoit en déchirant le

4

3. Afin de conſtater l'état du Teſtament.

Le Testament dont les sceaux ou la ligature ont été coupez par le Testateur, est nul.

papier, ou bien en l'ouvrant, ou en coupant le fil ou le ruban qui lui servoit de ligature, ou en emportant les sceaux, auquel cas le Testament seroit nul, à moins qu'il ne fût prouvé que cela étoit arrivé par accident. *L.* 22, *§.* 3, *ff. qui testam. fac. poss. L.* 1, *§.* 10 *&* 11, *ff. de bonor. possess. secund. tab. L. ult. ff. de his quæ in testam. delent. & L.* 30, *cod. de testam.* Nous expliquerons ceci dans un plus grand détail, quand nous parlerons de la révocation des Testamens.

5. 4. Afin qu'on puisse valablement traiter sur les Testamens.

4°. Afin qu'on puisse valablement traiter & transiger sur les contestations qui naissent des dispositions testamentaires; car les transactions à cet égard ne sont bonnes, que quand elles sont faites *inspectis cognitisque verbis testamenti. L.* 1, *§* 1 *ff. testam. quemadmod. aper. & l.* 6, *ff. de transactionib.*

6. Comment l'ouverture du Testament devoit être faite, & par qui, suivant le Droit Romain.

L'ouverture & la publication du Testament devoit être faite chez les Romains par le Juge; & c'étoit au Juge competent à statuer ce qui étoit nécessaire pour cela. *L.* 1, *cod. quemadmod. testam. aperiantur.* Dans l'ancienne Rome c'étoit au Préteur. *L.* 4, *ff. quemadmod. testam. aperiantur.* Dans la nouvelle Rome la connoissance en étoit attribuée au Magistrat appellé *Magister Census. L.* 41, *cod. de Episcop. & Cler. L.* 18, *& L.* 23, *cod. de testam.* La Loi 18 qu'on vient de citer déclaroit nulle l'ouverture & publication faite ailleurs; mais par la Loi 23, *cod. de testam.* l'incompetence du Juge à cet égard ne produit point de nullité de l'ouverture & publication.

Si l'incompétence du Juge qui fait l'ouverture produit une nullité.

7. Comment l'ouverture doit-elle être faite en France.

Devant quel Juge elle peut être faite.

En France on n'a point de Loi particuliere qui regle la competence du Juge qui doit proceder à l'ouverture du testament; ainsi on peut dire qu'elle peut être faite ou devant le Juge du domicile du Testateur où il est décedé, ou bien devant le Juge dans la Jurisdiction duquel le Testament a été dépose, ou devant celui où les biens héréditaires ou la plus grande partie sont situez. *Arg. l.* 1, *cod. ubi de hered. agatur.* ou bien devant le Juge du domicile des heritiers *ab intestat* qui doivent être appellez pour faire l'ouverture & la publication. En un mot, l'incompetence ne produisant point de nullité, l'ouverture par quelque Juge qu'elle soit faite, pourvû qu'il ait une Jurisdiction ordinaire, doit être regardée comme valable, si l'on a rempli les formalitez necessaires, dans le lieu où l'ouverture est faite.

On doit observer les formalitez d'usage dans le lieu où l'ouverture est faite.

8. De l'ouverture faite par les Notaires.

Comme l'usage a introduit de faire les suscriptions des Testamens devant Notaire, on a introduit aussi la coutume de faire proceder à leur ouverture & publication par les Notaires; & ces sortes d'ouvertures sont considerées comme aussi valables, que si elles étoient faites devant le Juge. En

9. Des formalitez à observer.

En procedant à l'ouverture des Testamens, on doit observer les formalitez prescrites par les Loix & l'usage des lieux où l'ouverture est faite. *L. 2, cod. quemadm. testam. aper.*

10. Premiere formalité : Il faut appeller par ajournement les témoins pour reconnoître l'état du Testament.

Les principales formalitez que l'on doit observer dans ces occasions, consistent : 1°. A faire appeller par assignation devant le Juge, ou devant le Notaire, à jour, lieu & heure certains, les témoins testamentaires pour reconnoître l'état du Testament ; il étoit même necessaire chez les Romains, où les Testamens étoient ordinairement écrits par des personnes privées, de faire la reconnoissance du seing ; voilà pourquoi la Loi 4, *ff. testam. quemadmod. aper.* exige cette reconnoissance, selon l'explication des Auteurs ; mais quand l'acte de suscription est public, cette reconnoissance est superfluë, il suffit que les témoins reconnoissent l'état du Testament, & qu'il n'y ait point d'alteration.

S'il faut faire la reconnoissance des seings, quand la suscription est par acte public.

11. Seconde formalité. Appeller les successeurs *ab intestat.*

2°. On fait aussi appeller les plus proches successeurs *ab intestat* pour voir proceder à cette ouverture. Certains Auteurs, & entr'autres *Barry, de succeff. lib.* 11, *tit.* 1, & *Brunemannus* sur la Loi 4, *ff. testam. quemadm. aper.* prétendent que cette formalité est necessaire ; mais la Loi ne l'exigeant pas, ce ne seroit pas une nullité quand elle ne seroit pas pratiquée ; il est néanmoins de la prudence de ne pas la negliger.

Mais il n'y a point de nullité, quoiqu'elle ne soit pas observée.

12. Troisiéme formalité. Le Testament doit être representé aux témoins presens.

3°. Les témoins testamentaires, ou ceux qui sont vivans & presens sur les lieux, étant en presence du Juge ou du Notaire, le Testament doit leur être exhibé pour en reconnoître l'état.

13. Quatriéme formalité. Il doit être dressé un Procès verbal, ou acte.

4°. Le Juge ou le Notaire doivent dresser un Procès-verbal, ou acte de tout ce qui se sera passé devant eux, & notamment de la reconnoissance de l'état du Testament & de la reconnoissance des seings ; si l'acte de suscription n'est pas reçu par une personne publique, ils doivent encore exprimer qu'il a été procedé à l'ouverture & à la publication du Testament. *Brunemannus sur la Loi 4, ff. testam. quemadmod. aper.* rappelle d'après les Auteurs tout ce qui est necessaire dans la procedure d'ouverture du Testament. 1°. *Aditionem judicis.* 2°. *Citationem eorum quorum interest.* 3°. *Citationem testium.* 4°. *Ut testes rogentur de subscriptione contestium.* 5°. *Ut judex ad acta referat ea quæ gesta sunt ;* mais la seconde condition n'est pas necessaire, comme nous l'avons dit ; & la quatriéme n'est requise que par rapport aux témoins morts, lorsque le Testament est écrit par une personne privée ; on peut voir *Barry, de successionibus, lib.* 11, *tit.* 1.

Conditions necessaires à l'ouverture suivant quelques Auteurs.

14. Si l'ouverture doit être faite en presence de la plus grande partie des témoins.

Quoique regulierement on doive faire l'ouverture du Testament en presence de la plus grande partie des témoins, *L. 6, ff. testam.*

quemadmod. aper. on peut néanmoins proceder pour quelque juſte cauſe, en l'abſence de tous les témoins teſtamentaires ; mais cela doit ſe faire d'autorité de Juſtice, & en preſence d'autres témoins dignes de foi. *L.* 7, *ff. teſtam. quemadmod. aper.* & *L.* 2, *eod. cod.* cela peut ſe pratiquer lorſque le Teſtament a été dépoſé hors du lieu de la réſidence du Teſtateur, avec ordre à l'heritier de l'apporter dans ſon Pays, auquel cas, lorſqu'il a été ainſi procedé à l'ouverture, publication & tranſcription dans le lieu où le Teſtament a été apporté, il doit être recacheté par les témoins qui ont aſſiſté à l'ouverture, pour être envoyé dans le lieu de la reſidence des témoins pour faire la reconnoiſſance de leurs ſceaux. *L.* 2, *cod. quemadmod. teſtam. aper.* & *L.* 7, *ff. eod.*

15. De l'ouverture des Codiciles

Les Codiciles & toutes les autres diſpoſitions ſecretes doivent être ouverts en la même forme que les Teſtamens. *L. ult. cod. quemadmod. teſtam. aper.*

16. Autres formalitez du Droit Romain.

Il y a quelques autres diſpoſitions dans le Droit Romain concernant l'ouverture des Teſtamens qu'il eſt neceſſaire de connoître.

17. On ne rendoit pas publique la datte du Teſtament. On n'ouvroit pas les parties de l'écrit dont le Teſtateur avoit défendu l'ouverture. *Quid* de la partie qui contenoit une ſubſtitution pupillaire.

On ne rendoit point publique la datte, pour obvier aux fauſſetez & aux ſuppoſitions d'autres Teſtamens au préjudice des veritables; & on n'ouvroit pas non plus les parties de l'écrit, dont le Teſtateur avoit défendu l'ouverture, juſques à ce que le tems auquel le Teſtateur l'avoit permiſe fût venu. *Leg.* 3, *quemadmod. teſtam. aper.* & *§. ſin autem* 3, *inſtit. de pupill. ſubſtit.* On ne devoit pas même ouvrir qu'avec connoiſſance de cauſe la partie qui contenoit une ſubſtitution pupillaire, ſi elle étoit cloſe ou liée ſéparément du corps du Teſtament, quand même le Teſtateur n'en auroit pas défendu l'ouverture. *Leg.* 8, *ff. eod.*

18. Les Teſtamens ſont conſiderez comme des actes qui intereſſent le Public. Toute perſonne en peut demander l'ouverture. *Quid* des Teſtamens imparfaits, rompus ou inutiles.

Comme le Teſtament n'eſt pas l'acte d'un ſeul homme, c'eſt-à-dire de l'heritier, mais qu'il eſt regardé comme un acte qui intereſſe le Public, *L.* 2, *ff. teſtam. quemadmod. aper.* & que ſelon les expreſſions de la Loi 5 du même titre, *publicè expedit ſuprema hominum judicia exitum habere*, toute perſonne peut en demander l'ouverture, à le voir, & en prendre des extraits, *L.* 1, *ff. eod.* & cela a lieu pour toute ſorte de Teſtamens, quoiqu'ils ſoient imparfaits, rompus, ou qu'ils ſoient devenus inutiles, *L.* 2, *§.* 1, *ff. eod.* mais on doit donner un délai ſuffiſant, eu égard aux circonſtances, ſuivant le *§. utrum* 7 de la même Loi, & la même faculté doit être accordée pour pluſieurs Teſtamens, s'il y en a, comme pour un ſeul, *d. L.* 2, *§.* 3 ; cependant l'heritier a le droit de demander l'exhibition du Teſtament, ou d'intenter l'action *rei vindicationis*,

L'heritier peut demander l'exhi-

tout comme pour les autres choſes héréditaires, *Leg. 3, ff. eod.* que ſi celui auquel le Teſtament a été confié en dépôt l'ouvre, & le lit en preſence de pluſieurs perſonnes, il eſt tenu non-ſeulement de l'action du dépôt pour réparer les dommages qu'il a cauſez, mais encore de l'action d'injures, ſuivant la Loi 1, *§. ſi quis* 38, *ff. depoſiti*, & *Paul de Caſtre ſur cette Loi.*

bition & intenter l'action *rei vendicationis* du Teſtament.

Peine du Dépoſitaire qui ouvre le Teſtament & le publie.

Quoique quelqu'un des témoins ne reconnoiſſe pas ſon ſceau, que même il le nie, on ne laiſſe pas de proceder à l'ouverture, mais le Teſtament en devient ſuſpect, *L. 1, §. 2, ff. teſtam. quemadmod. aper.* Si quelque témoin eſt hors du lieu où l'ouverture eſt faite, on doit envoyer le Teſtament dans le lieu de la reſidence du témoin, afin qu'il en faſſe la reconnoiſſance; car il ne faut pas l'obliger de venir ſur les lieux où l'ouverture doit être faite. On doit faire la même choſe à l'égard de tous les témoins abſens. *L. 7, ff. eod.*

19. Si l'on doit proceder à l'ouverture quand quelque témoin nie ſon ſceau.

Si le Teſtament doit être envoyé dans le lieu où les témoins demeurent.

La Loi Romaine ne décide pas la queſtion de ſçavoir, ſi le Teſtament eſt nul, quand quelqu'un des témoins ſe trouve décedé, ou a ſouffert quelque changement d'état qui l'ait rendu inhabile, lorſqu'il faut proceder à l'ouverture; & les Auteurs ſont partagez, les uns tiennent la négative, les autres l'affirmative; mais le ſentiment de ceux qui ſont pour la nullité eſt inſoutenable; & principalement lorſque l'acte de ſuſcription a été reçu par une perſonne publique, parce que l'acte vaut comme public, & il n'eſt plus neceſſaire que de conſtater l'état du Teſtament, & de s'aſſurer qu'il n'a point été alteré par le Teſtateur, ce qui paroît par la ſeule inſpection, & indépendamment du miniſtere des témoins teſtamentaires; que s'il a été écrit par une perſonne privée, comme le ſeing des témoins en aſſure la verité, on n'a beſoin d'autre choſe que de faire proceder à la verification des ſeings des témoins morts naturellement, ou civilement, en la forme ordinaire; & par comparaiſon d'écritures, ou par les autres témoins vivans, qui aſſureront qu'ils les ont vû écrire. On peut voir M. *le Preſident Faber dans ſon code, lib. 6, tit. 13, defin. 1, & de error. pragmat. decade 67, error. 3. Henry Zoeſius dans ſon Commentaire ſur le titre du Digeſte, teſtam. quemadmod. aper.* qui ſont de ce dernier avis: Et *Fernand Vaſquius, de ſucceſſ. tom. 3, lib. 1, §. 9, n. 108. Graſſus, §. teſtamentum, qu. 81*, qui ſoutiennent l'opinion contraire; & *Manzius, de teſtam. valido & invalido, tit. 5, qu. 6*, qui examine à fonds cette difficulté.

20. Si le Teſtament eſt nul quand quelque témoin eſt mort naturellement ou civilement avant l'ouverture.

S'il y a deux differens originaux du même Teſtament, il ſuffit d'en faire ouvrir un, *L. ſi duobus 10, ff. teſtam. quemadmod. aper.*

21. Il ſuffit de faire ouvrir l'un des originaux quand il y en a pluſieurs.

mais s'il y en a un original & un extrait, en faisant proceder à l'ouverture de l'extrait, ce n'est rien faire; il faut que l'original paroisse. *Leg. ult. ff. eod.*

22. On ne doit faire ouvrir que les Testamens qui sont clos.

On ne doit faire proceder à l'ouverture, en la forme de Droit, que des Testamens qui sont clos; car s'ils sont ouverts, & qu'ils ne soient ni fermez ni cachetez, la procedure d'ouverture est inutile, *si sui naturâ tabulæ patefactæ sunt, apertum videri testamentum non dubitatur, non enim quæremus à quo aperiantur. Leg.* 10, §. 1, *ff. eod.*

23. Quand le Testament a été ouvert & transcrit au Greffe ou dans les Regiſtres du Notaire, la transcription a la même autorité que l'original.

Quand une fois le Testament a été publié & enregistré, ou au Greffe du Juge, ou dans les Regiſtres du Notaire qui a procedé à l'ouverture, la transcription qui en a été faite a la même autorité que l'original, & ce qui y est contenu doit être exécuté; quoique l'original vienne à se perdre ou à être supprimé; ce qui est fondé sur la déciſion expresse de la Loi 2, *cod. de testam.* sur l'esprit des Loix 18 & 23, *cod. eod.* & sur la déciſion des Interpretes, & entr'autres de *Perezius* sur le titre du code *de testam. n.* 51. Mais comment

24. Comment peut-on pourvoir aux legataires & autres interessez, quand le Testament est brûlé ou supprimé avant l'ouverture.

pourra-t-on pourvoir aux legataires & autres interessez si le Testament est brûlé, ou supprimé avant l'ouverture & la publication? On peut voir la Loi 11, *cod. de testam.* & la Loi 10, §. 2, *ff. testam. quemadmod. aper. La Gloſe & les Docteurs sur ces Loix.*

25. On ne doit pas proceder à l'ouverture du Testament d'une personne vivante.

Il n'est pas permis de proceder à l'ouverture du Testament d'une personne encore vivante. *Leg.* 2, §. 4, *ff. quemadm. testam. aper.* & celui qui le fait est puni de la peine du faux, *is qui aperuerit vivi testamentum Legis Corneliæ pœnâ tenetur. L.* 1, §. 5, *ff. de Cornelia de falsis;* mais si l'on est dans le doute sur la vie ou la mort du Testateur, le Juge ne doit permettre l'ouverture qu'avec précaution, après les perquisitions neceſſaires, & avec connoiſſance de cause. *L.* 2, §. 4, *ff. testam. quemadmod. aper.*

Peine de celui qui ouvre le Testament d'une personne vivante.

Quid si l'on est dans le doute de la vie ou de la mort.

6. L'Ordonnance de 1735 n'a pas reglé la forme de l'ouverture du Testament clos.

L'Ordonnance de 1735 n'a point reglé la forme de l'ouverture, enregiſtrement & publication des Testamens; elle les a laiſſez aux termes du Droit commun, & de l'usage par *l'art.* 79, conçu en ces termes: *N'entendons comprendre dans la presente Ordonnance ce qui regarde l'ouverture, l'enregiſtrement & la publication des Testamens ou autres Actes de derniere volonté, sur tous lesquels points il ne sera rien innové, en vertu de notre presente Ordonnance, aux diſpoſitions des Loix ou usages qui sont obſervez à cet égard.*

SECTION V.

Preuve du Teſtament nuncupatif, non écrit, paganique & militaire.

SOMMAIRE.

1. *De quelle maniere doit ſe faire la preuve du Teſtament purement nuncupatif, & du Teſtament militaire.*

Cette diſcuſſion inutile pour l'avenir peut ſervir pour le paſſé, & pour les diſpoſitions anterieures à la publication de l'Ordonnance de 1735.

2. *Formalitez à obſerver pour la preuve du Teſtament nuncupatif, non écrit.*

La preuve doit ſe faire par voye d'enquête.

Elle doit être ordonnée.

Doit-elle être ordonnée en contradictoire défenſe ?

Ou par Ordonnance ſur Requête.

3. *Si les Parties intereſſées doivent être aſſignées pour voir proceder à la réſomption des Témoins.*

4. *Les Témoins doivent être aſſignez devant le Juge.*

Les formalitez des enquêtes doivent être obſervées dans la réſomption des Témoins.

La contraire enquête n'eſt pas permiſe aux ſucceſſeurs ab inteſtat.

5. *De quelle maniere les Témoins doivent dépoſer dans la réſomption.*

Les Témoins doivent dépoſer ſur ce qu'ils ont entendu, ſans pouvoir ſe réferer à l'écrit ou memoire qui en ſeroit retenu.

Si quelque Témoin du nombre de ceux qui ſont neceſſaires contredit, le Teſtament eſt nul.

Le nombre des Témoins eſt neceſſaire pour la preuve & pour la formalité.

6. *Si la nullité dans la procedure de réſomption rend le Teſtament nul.*

La diſpoſition dépend de la ſeule nuncupation, & non de la validité de l'écrit qui eſt rédigé.

7. *Arrêt du Parlement de Toulouſe qui juge la queſtion.*

Quoique la procedure de réſomption fût caſſee, les heritiers teſtamentaires furent maintenus par proviſion en la poſſeſſion de l'heredité.

Il fut jugé qu'il ne ſuffiſoit pas que les Témoins euſſent dépoſé en ſe rapportant au memoire, & en diſant qu'il contenoit verité.

8. *Si le Teſtament eſt nul, quand quelqu'un des Témoins neceſ-*

faires eſt valablement objecté.
Diverſité dans l'opinion des Auteurs.
9. *Réſolution de la difficulté que quand un Témoin du nombre de ceux qui ſont neceſſaires, eſt objecté valablement, le Teſtament eſt nul.*
Arrêt conforme du Parlement de Toulouſe.
10. *Le Teſtament eſt-il nul ſi quelqu'un des Témoins meurt naturellement ou civilement avant la réſomption.*
Avis de quelques Auteurs pour la validité du Teſtament.
Reſolution pour l'avis contraire.
11. *Dans quel délai après la mort du Teſtateur doit-on faire réſumer les Témoins.*
12. *De la preuve du Teſtament militaire verbal.*

1. De quelle maniere doit ſe faire la preuve du Teſtament purement nuncupatif, & du Teſtament militaire.

L'ORDRE veut que nous parlions preſentement de la forme dans laquelle on doit faire la preuve du Teſtament purement nuncupatif, & du Teſtament militaire non-écrit, dont le Parlement de Toulouſe avoit retenu l'uſage, nonobſtant les Ordonnances, qui avoient défendu la preuve teſtimoniale pour les choſes excedant la valeur de cent liv. cette diſcuſſion ſera inutile par rapport aux Teſtamens & autres diſpoſitions purement nuncupatives faites par des Teſtateurs qui ſont morts après l'an de la publication de l'Ordonnance de 1735, parce qu'ils ſeront nuls, ſuivant *l'art.* 1, *& les art.* 80, 81 *&* 82, vû que les fideicommis verbaux, & non-compris dans le Teſtament écrit, n'ayant point de datte fixe, ils doivent ſe rapporter au tems de la mort du Teſtateur; & par conſéquent à un tems où une diſpoſition verbale ne peut pas ſubſiſter; mais elle pourra être utile pour les Teſtamens dont les Teſtateurs ſeront décedez auparavant, ou dont les actes ne ſeront pas revêtus des formalitez neceſſaires pour valoir comme actes publics, auquel cas la preuve de la diſpoſition pourra être faite par la réſomption des témoins en la même forme qui étoit pratiquée avant cette Ordonnance, qui n'a rien changé à cet égard pour le paſſé.

Cette diſcuſſion inutile pour l'avenir peut ſervir pour le paſſé, & pour les diſpoſitions anterieures à la publication de l'Ordonnance de 1735.

2. Formalitez à obſerver pour la preuve du Teſtament nuncupatif non écrit.
La preuve doit ſe faire par voye d'enquête.
Elle doit être ordonnée.
Doit-elle être ordonnée en contradictoire défenſe?

Pour avoir une preuve legale du Teſtament nuncupatif & purement verbal, il eſt neceſſaire d'obſerver quelques formalitez. Premierement, comme cette preuve doit ſe faire par voye d'enquête & d'autorité de Juſtice, il faut qu'elle ſoit permiſe ou ordonnée par le Juge competent. Il y a même des Auteurs, & entr'autres M. *Maynard, liv.* 5, *chap.* 5; & *Barry, de ſucceſſ. lib.* 1, *tit.* 1, *n.* 6, qui ſoutiennent que cette preuve doit être ordonnée avec grande connoiſſance de cauſe, & par conſéquent en contradictoire défenſe, avec les plus proches parens, ſucceſſeurs *ab*

inteſtat ; mais le Parlement de Toulouſe n'exige autre choſe à cet égard, ſinon que le Juge ait permis la réſomption des témoins, & j'ai vû autoriſer des procedures en pareil cas, quoique la permiſſion du Juge eût été accordée par Ordonnance ſur ſimple Requête.

Ou par Ordonnance ſur Requête.

En ſecond lieu, quoiqu'il ne ſoit pas indiſpenſable d'aſſigner les Parties intereſſées pour voir ordonner la réſomption des témoins teſtamentaires, il faut néanmoins qu'elles ſoient aſſignées pour voir proceder à la réſomption des témoins. C'eſt ainſi que le décident *Ranchin dans ſes Concluſions* verb. *teſtamentum, art.* 1, & *Mathæus ſur la queſtion* 331 *de Guy Pape*, & l'uſage eſt conforme à cette déciſion. *Albert* verb. *teſtament, art.* 11, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouſe qui n'eut point d'égard à une réſomption faite ſans appeller les Parties, & renvoya devant le Sénéchal pour en faire une nouvelle. V. *Catellan, liv.* 2, *chap.* 54.

3. Si les Parties intereſſées doivent être aſſignées pour voir proceder à la réſomption des témoins.

En troiſiéme lieu, il faut auſſi faire aſſigner les témoins, pour comparoir devant le Juge, à jour, lieu & heure certains, & il doit être procedé à leur audition, après leur avoir fait prêter le ſerment, ſuivant la Loi 21, §. 3, & la Loi derniere, *cod. de teſtam.* & après avoir obſervé les autres formalitez qui ſont preſcrites par l'Ordonnance de 1667 au titre des Enquêtes ; parce que la preuve du Teſtament nuncupatif doit ſe faire par voye d'enquête, & par la dépoſition des témoins aſſermentez, *& hoc poſt mortem teſtatoris jurati deponant*, ſelon les expreſſions de la Loi qu'on vient de citer. Cependant on ne permet pas aux ſucceſſeurs *ab inteſtat* de faire une contraire enquête, quoique cela ſe pratique en conſéquence de l'Ordonnance de 1667 dans les preuves ordinaires.

4. Les témoins doivent être aſſignez devant le Juge.

Les formalitez des enquêtes doivent être obſervées dans la réſomption des témoins.

La contraire enquête n'eſt pas permiſe aux ſucceſſeurs *ab inteſtat.*

En quatriéme lieu, tous les témoins doivent dépoſer non-ſeulement ſur toutes les diſpoſitions déclarées par le Teſtateur, telles qu'ils les ont entenduës, *L. ult. cod. de teſtam.* ne ſuffiſant pas même qu'ils s'en rapportent à l'écrit qui peut avoir été dreſſé pour ſervir de memoire, mais encore ils doivent dire que le Teſtateur les a déclarées, ou prononcées en leur preſence, & celle des autres témoins. *Ranchin* au lieu déja cité. Si tous les témoins ſont d'accord du Teſtament, & des diſpoſitions faites par le Teſtateur, il eſt mis par écrit & publié, c'eſt-à-dire inſeré parmi les actes du Greffe, comme le remarque *Deſpeiſſes, des Teſtamens, ſect.* 4, *n.* 124, après *Mantica, de conject. ult. volunt.* mais ſi quelqu'un des témoins du nombre neceſſaire contredit le Teſtament, il eſt nul ; la raiſon en eſt, parce que la Loi exigeant un certain nombre de témoins pour la validité du Teſtament, & décidant en même

5. De quelle maniere les témoins doivent dépoſer dans la réſomption.

Les témoins doivent dépoſer ſur ce qu'ils ont entendu ſans pouvoir ſe referer à l'écrit ou memoire qui en ſeroit retenu.

Si quelque témoin du nombre de ceux qui ſont neceſſaires contredit, le Teſtament eſt nul.

tems, que si un seul manque, le Testament est nul, *L.* 12, *cod. de testam.* le témoin qui contredit le Testament doit être regardé, comme s'il n'avoit pas été appellé, puisqu'il ne porte pas témoignage en sa faveur; d'ailleurs le nombre des témoins est necessaire pour la substance du Testament, & n'est pas moins requis pour la preuve, que pour la formalité; quoiqu'en ayent pû penser certains Auteurs qui ont voulu, à cet égard, distinguer la formalité d'avec la preuve; car cette distinction est visiblement contre l'esprit des Loix, qui exigent indistinctement le nombre des témoins requis tant pour l'une que pour l'autre; ensorte qu'il ne peut y avoir de preuve suffisante, si elle n'est accompagnée du témoignage de tous les témoins que la Loi requiert pour la validité du Testament.

* Le nombre des témoins est necessaire pour la preuve & pour la formalité.

6

Si la nullité dans la procedure de résomption rend le Testament nul.

Quoiqu'il y ait quelque nullité dans la procedure de résomption des témoins du Testament nuncupatif, & qu'il y ait lieu de la casser, cela n'influë pas sur la disposition qui demeure valable; mais on doit ordonner une seconde résomption; que si elle est rapportée en bonne forme, & qu'elle soit concluante pour la preuve de la disposition, elle sera confirmée sur la nouvelle procedure. La raison est, parce que la disposition est valable par la seule nuncupation, & indépendamment de la validité de l'écrit, qui en est rédigé après la mort du Testateur: Ainsi le Testament peut demeurer valable, quoique la procedure de résomption soit cassable par quelque nullité.

La disposition dépend de la seule nuncupation & non de la validité de l'écrit qui est rédigé.

7.

Arrêt du Parlement de Toulouse qui juge la question.

C'est ainsi que cette difficulté fut jugée par un Arrêt du Parlement de Toulouse rendu en la troisiéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Blanc, le 16 Février 1728, en faveur de Matthieu Duclaux, & Pierre Gardies, contre Jean Duport. Delphine Gardies fit son Testament nuncupatif la nuit du 22 au 23 Décembre 1726, après avoir appellé un Notaire & plusieurs témoins, ausquels elle déclara qu'elle instituoit pour ses heritiers Duclaux & Gardies, & qu'elle faisoit certains legs. Le Notaire ayant pris le memoire de la disposition nuncupative, la redigea sur son Regiſtre, & dans le tems qu'on voulut en faire la lecture à la Testatrice, elle expira. Les heritiers instituez firent résumer le Notaire & les témoins d'autorité du Juge des lieux, qui ordonna l'enregistrement de l'écrit couché sur le Regiſtre du Notaire; mais les témoins résumez ne déposerent querélativement à cet écrit, en disant qu'il contenoit verité. Appel par Duport, successeur *ab intestat*, devant le Sénéchal de Nîmes, qui cassa la procedure de résomption, & en ordonna une nouvelle; toutes les Parties ayant reclamé

reclamé de cette Sentence au Parlement de Toulouſe, les heritiers teſtamentaires ſe plaignant de ce qu'ils n'avoient pas été définitivement maintenus, & que la procedure n'avoit pas été confirmée ; & Duport, heritier *ab inteſtat*, de ce qu'il n'avoit été maintenu ſans ordonner une nouvelle procedure : Il fut rendu Arrêt le 16 Février 1726, qui ordonna une nouvelle réſomption des témoins, & néanmoins maintint par proviſion les heritiers teſtamentaires en tous les biens dépendans de l'herédité de Delphine Gardies. On jugea donc deux points importans ; le premier, qu'il ne ſuffiſoit pas que les témoins, en dépoſant, s'en fuſſent rapportez à la verité de l'écrit couché ſur le Regiſtre du Notaire, & qui avoit été enregiſtré au Greffe du premier Juge ; mais qu'ils devoient dépoſer *ſigillatim* de toutes les diſpoſitions de la Teſtatrice. Le ſecond, que la nullité de la réſomption n'influoit pas ſur le Teſtament nuncupatif.

Quoique la procedure de réſomption fût caſſée, les heritiers teſtamentaires furent maintenus par proviſion en la poſſeſſion de l'heredité.

Il fut jugé qu'il ne ſuffiſoit pas que les témoins euſſent dépoſé, en ſe rapportant au memoire, & en diſant qu'il contenoit verité.

Mais ſi les témoins, ou quelqu'un de ceux qui ſont neceſſaires ſelon le nombre fixé par les Loix, ſont objectables, le Teſtament ſera-t-il nul ? Il y a des Auteurs du Parlement de Toulouſe qui tiennent que dans ce cas les témoins ne ſont pas objectables, *Albert*, verb. *Teſtament*, *art.* 13. D'autres diſent qu'il ſuffit qu'il y en ait un nombre ſuffiſant parmi ceux qui ne ſont pas reprochez pour prouver les diſpoſitions, tout comme les autres choſes, & dans ce cas on n'a point d'égard aux objets propoſez contre les autres témoins non-neceſſaires pour la preuve, & qui ne ſont requis que pour la formalité ; c'eſt la diſtinction faite par M. *de Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 5. Il y en a d'autres qui eſtiment que les témoins ſont indiſtinctement objectables, comme dans les enquêtes & informations ; de ce nombre eſt M. *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 5 ; & que ſi tous ceux qui ſont requis pour la validité du Teſtament, ne ſont pas *omni exceptione majores*, le Teſtament eſt nul ; ils rapportent même des Arrêts qui ont jugé conformément à cette opinion.

8.
Si le Teſtament eſt nul, quand quelqu'un des témoins neceſſaires eſt valablement objecté.

Diverſité dans l'opinion des Auteurs.

Ce dernier ſentiment paroit le mieux fondé, puiſque la Loi derniere, *cod. de teſtam.* exige, que tous les témoins au nombre qu'elle requiert, dépoſent après leur ſerment ſur tous les chefs de la diſpoſition du Teſtateur ; elle veut donc que le témoignage de ces témoins ſoit hors d'atteinte, & qu'on compte pour rien ceux qui ſont valablement reprochez ; enſorte que c'eſt tout de même que s'ils n'y avoient pas été appellez, vû que leur témoignage eſt inutile & infructueux, & qu'il n'y a point de difference entre ne pas appeller le nombre des témoins requis par la Loi, &

9.
Reſolution de la difficulté que quand un témoin du nombre de ceux qui ſont neceſſaires, eſt objecté valablement, le teſtament eſt nul.

en appeller de ceux dont le témoignage n'eſt pas recevable. D'ailleurs nous avons vû que le nombre des témoins requis par les Loix n'eſt pas moins requis pour la perfection de la preuve, que pour la ſolemnité. Ce fut auſſi de cette maniere que cette queſtion fut jugée au Procès d'entre Duclaux, Gardies & Duport ſur l'interlocutoire de l'Arrêt du 16 Février 1726; car les heritiers teſtamentaires ayant fait faire une nouvelle réſomption des témoins parmi leſquels il y en avoit quelques-uns qui étoient objectez; par l'Arrêt définitif, Duport, ſucceſſeur *ab inteſtat*, fut définitivement maintenu en l'héredité de Delphine Gardies, nonobſtant la nouvelle procedure de réſomption, qui fut jugée inſuffiſante, parce qu'il ne reſtoit pas le nombre de cinq témoins non reprochez requis par la Loi derniere, *cod. de teſtam.* pour faire valoir le Teſtament en queſtion qui avoit été fait aux Champs, quoiqu'on en eût fait réſumer ſept ou huit au nombre deſquels il y avoit deux femmes.

Arrêt conforme du Parlement de Toulouſe.

10. Le Teſtament eſt-il nul ſi quelqu'un des témoins meurt naturellement ou civilement avant la réſomption.

Si quelqu'un des témoins eſt mort naturellement ou civilement dans l'intervale qui s'eſt écoulé; enſorte qu'il ne puiſſe point être réſumé, le Teſtament ſera-t-il nul? Ou ſuffira-t-il qu'on faſſe réſumer ceux qui ſont vivans, pourvu qu'ils ſoient au moins au nombre de deux, & que les témoins vivans dépoſent que les autres y ont aſſiſté? *Ranchin* & *Deſpeiſſes* aux endroits ci-deſſus citez, & *Godefroy ſur la Loi 4, ff. teſtam. quemadmod. aper.* décident cette queſtion pour la validité du Teſtament: mais cette opinion eſt inſoutenable par les raiſons qui ont été touchées ci-deſſus; que tous les témoins doivent dépoſer en faveur de la diſpoſition, afin qu'elle ſoit valable, & que le nombre des témoins que la Loi exige n'eſt pas moins requis pour la perfection de la preuve, que pour la ſolemnité; auſſi y a-t-il une foule d'Auteurs qui ont décidé que le Teſtament étoit nul, ſi tous les témoins n'étoient en état de dépoſer lors de la réſomption, & entr'autres *Vinnius ſur le §. dernier aux Inſtit. de hered. inſtit. n. 3. Henry Zoeſius ſur le titre du Digeſte qui teſtam. fac. poſſ. n. 57. Ricard, des donations, tom. 1, part. 1, n. 1388 & ſuiv. Pereſius ſur le titre du cod. de teſtam. n. 15;* & *M. le Preſident Faber, de error. Pragmat. decad. 67, error. 6*; & c'eſt ainſi que le Parlement de Toulouſe l'a jugé par Arrêt du 11 Juillet 1727, rendu en la troiſiéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. l'Abbé de Mariote.

Avis de quelques Auteurs pour la validité du Teſtament.

Reſolution pour l'avis contraire.

11. Dans quel délai après la mort du Teſtateur doit-on faire réſumer les témoins.

Après dix ans, depuis la mort du Teſtateur; on n'étoit plus recevable à faire la preuve par témoins d'un Teſtament nuncupatif, même *inter liberos*, ſuivant les anciens Arrêts qui ſont rapportez

par *M. Maynard*, *liv. 5*, *chap. 94*, & par *Deſpeiſſes* au lieu déja cité ; cependant il a été rendu des Arrêts au Parlement de Toulouſe qui ont jugé en dernier lieu que le laps de dix ans n'étoit pas un terme fatal, & qui ont permis la preuve après ce délai.

12. De la preuve du Teſtament militaire verbal.

Pour ce qui eſt de la preuve du Teſtament militaire verbal, il faut obſerver les mêmes formalitez qu'à la preuve du Teſtament paganique nuncupatif, & proceder à la réſomption des témoins de la même maniere. Nous voyons que dans l'eſpece de l'Arrêt rapporté par M. *de Catellan*, *liv. 2*, *chap. 54*, il fut formé un partage ſur la caſſation de la procedure de la réſomption des témoins qui avoient été preſens à un Teſtament militaire, ſur ce qu'elle avoit été faite ſans appeller la Partie intereſſée, & le Teſtament ne fut confirmé que par la raiſon, qu'ayant été reçu par l'Aumônier du Regiment, il n'avoit pas beſoin de réſomption, comme ayant le caractere public, ſans quoi la procedure auroit été caſſée.

SECTION VI.

Reconnoiſſance du Teſtament d'écriture privée.

SOMMAIRE.

1. *Comment peut être faite la reconnoiſſance du Teſtament olographe.*
2. *Forme de cette reconnoiſſance faite par le Teſtateur.*
Deux Notaires ſans Témoins.
Un Notaire avec deux Témoins.
Le Juge avec ſon Greffier.
3. *Forme de la reconnoiſſance après la mort du Teſtateur.*
Par des Experts, & par comparaiſon d'écritures en la forme de l'Ordonnance de 1667.
4. *Si les Teſtamens olographes ont beſoin d'être reconnus dans les Coutumes où ils ſont réputez ſolemnels.*

1. Comment peut être faite la reconnoiſſance du Teſtament olographe.

LA reconnoiſſance du Teſtament fait d'écriture privée *inter liberos* dans les Pays du Droit écrit, & du Teſtament olographe dans les Pays Coutumiers où la Coutume ne le répute pas ſolemnel par diſpoſition expreſſe, peut ſe faire de deux manieres. La premiere par le Teſtateur lui-même, qui comparoît devant quelque perſonne publique, comme un Juge avec le Greffier ou un Notaire, en preſence deſquels il reconnoît ſon écrit. Après

qu'il en a été dreſſé ou donné acte en la forme pratiquée dans les lieux où la reconnoiſſance eſt faite, le Teſtament devient une écriture publique.

2. Forme de cette reconnoiſſance faite par le Teſtateur.

Deux Notaires ſans témoins
Un Notaire avec deux témoins.
Le Juge avec ſon Greffier.

Cela peut ſe faire, ou devant deux Notaires, ou Tabellions, ſans qu'ils ayent beſoin d'être aſſiſtez de témoins dans les lieux où l'uſage autoriſe cette forme de contracter, ou devant un Notaire avec deux témoins dans les lieux où l'on pratique cette forme dans les contrats. La reconnoiſſance peut encore être faite devant un Juge qui doit être aſſiſté de ſon Greffier, par lequel il doit faire écrire un Procès verbal de la comparution du Teſtateur, & de la reconnoiſſance par lui faite de ſon écrit; mais dans aucun de ces cas il n'eſt pas neceſſaire que le Teſtateur faſſe aſſigner aucun de ſes ſucceſſeurs *ab inteſtat*; parce que la reconnoiſſance dépend abſolument de lui, & de la déclaration qu'il fait devant les perſonnes publiques qu'il choiſit, & qui ont caractere pour cela. Cependant pour éviter le changement ou la ſuppoſition, il eſt neceſſaire qu'il ſoit paraphé, ou qu'il ſoit deſigné d'une maniere univoque, & non ſuſceptible de doute.

3. Forme de la reconnoiſſance après la mort du Teſtateur.

Par des Experts & par comparaiſon d'écritures en la forme de l'Ordonnance de 1667.

La ſeconde maniere eſt, lorſque le Teſtateur eſt mort ſans avoir fait de ſon vivant la reconnoiſſance du Teſtament, de la faire faire par Experts & par comparaiſon d'écritures, auquel cas il eſt neceſſaire de faire cette procedure avec les Parties intereſſées, c'eſt-à-dire avec les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ou avec ceux contre qui on veut faire uſage du Teſtament privé ou olographe; & pour la forme de cette procedure, il faut ſe regler par l'Ordonnance de 1667, au titre du compulſoire & collation des pieces, & par la Déclaration de 1684, & obſerver ponctuellement tout ce que preſcrivent l'Ordonnance & la Déclaration de 1684, comme poſterieure pour les diſpoſitions qui ſont incompatibles avec celles de l'Ordonnance, comme abrogées ou corrigées par la Déclaration du Roi; parce qu'en matiere de Loix les dernieres corrigent les précedentes pour les diſpoſitions qui y ſont contraires ou incompatibles.

4. Si les Teſtamens olographes ont beſoin d'être reconnus dans les Coutumes où ils ſont réputez ſolemnels.

Du reſte, il me ſemble fort raiſonnable de croire, malgré la maxime qui veut que les écritures ont beſoin d'être reconnuës, quand le miniſtere d'une perſonne publique n'y eſt pas intervenu, qu'il n'eſt pas neceſſaire de faire proceder à la reconnoiſſance des Teſtamens olographes dans les Coutumes qui les déclarent ou réputent ſolemnels par diſpoſition expreſſe, comme dans celle de Paris, art. 289, parce que ces Coutumes les mettent au niveau de ceux qui ſont reçus par une perſonne publique, en déclarant

les uns & les autres également solemnels, & qu'elles donnent aux Testateurs une espece de caractere public pour cela.

SECTION VII.

Comment on peut distinguer le Testament d'avec le Codicile; & les autres dispositions à cause de mort.

SOMMAIRE.

1. *Regles pour distinguer les Testamens des Codiciles.*
2. *Dans les Pays Coutumiers les Testamens & les Codiciles sont confondus.*
3. *Dans les Pays du Droit écrit les Testamens produisent un autre effet que les Codiciles.*

La disposition testamentaire vaut jure directo.

Les dispositions universelles par Codicile ne valent que comme fideicommis.

4. *La plupart des distinctions des Auteurs sont contraires à l'esprit des Loix.*
5. *Premiere Regle pour distinguer les Testamens des Codiciles.*

L'institution & l'exhérédation sont des marques du Testament.

Idem, *de la substitution vulgaire.*

L'acte qui ne contient que des dispositions particulieres est considéré comme Codicile.

6. *Seconde Regle. La dénomination doit fixer la nature de l'acte.*

Superflua non nocent.

La disposition qualifiée de Codicile est considerée comme Testament, s'il y a des institutions ou des substitutions directes.

On doit juger de la qualité des actes par la nature de leurs dispositions plutôt que par leur dénomination.

7. *Troisiéme Regle quand l'acte a plusieurs qualifications.*

La dénomination diverse est déterminée par la formalité employée.

8. *La nature des dispositions doit regler la nature de l'acte.*

La conjecture qui se tire de la nature des dispositions est plus forte que celle qui se tire de la formalité.

9. *La disposition est considerée comme Testament, si elle contient des institutions ou des substitutions directes, ou une exhérédation, quoiqu'il n'y ait que cinq Témoins.*
10. *Quatriéme Regle. Une disposition qualifiée de Codicile où se trouve une institution* verbis communibus, *doit être considerée comme Codicile.*

11.12.13.14.15.16.17.18.19.20.

Des Lettres fideicommissaires, de leur effet suivant le Droit Romain, & de leur abrogation par l'Ordonnance de 1735.

21. Comment on peut distinguer le Testament de la donation à cause de mort.

1. Regles pour distinguer les Testamens, des Codiciles.

IL ne nous reste pour finir la matiere, que nous nous sommes proposé d'éclaircir dans ce chapitre, qu'à expliquer de quelle maniere on peut distinguer les Testamens d'avec les Codiciles, & par quelles regles on peut connoître si la disposition est un Testament ou un Codicile.

2. Dans les Païs Coutumiers les Testamens & les Codiciles sont confondus.

Cette discussion est assez inutile dans les Pays où l'institution d'heritier n'est pas necessaire pour la validité des dispositions testamentaires; parce que les Testamens, de quelque forme qu'ils soient revêtus, n'y sont considerez, & n'y valent que comme des Codiciles.

3. Dans les Païs de Droit écrit les Testamens produisent un autre effet que les Codiciles.

La disposition testamentaire vaut *jure directo*.

Les dispositions universelles par Codicile ne valent que comme fideicommis.

Mais dans les Pays du Droit écrit cet examen est très-important; parce que si la disposition universelle est considerée comme un Testament, elle vaut *jure directo*; au lieu que si elle n'est regardée que comme Codicile, elle ne peut valoir que par forme de fideicommis, les successeurs *ab intestat* sont saisis de plein droit de l'héredité; mais ils doivent la restituer aux heritiers nommez dans le Codicile, en retenant la Quarte Trebellianique, lorsqu'elle n'a pas été prohibée; d'ailleurs si la disposition est considerée comme Testament, & qu'elle n'en ait pas les formalitez, elle est nulle.

4. La plupart des distinctions des Auteurs sont contraires à l'esprit des Loix.

Sans nous arrêter aux distinctions que les Auteurs ont faites pour l'éclaircissement de cette question qui sont la plupart contraires à l'esprit des Loix, nous nous contenterons de poser quelques regles tirées de la disposition ou de l'esprit des Loix, lesquelles regles suffiront pour l'éclaircissement de cette matiere.

5. Premiere regle, pour distinguer les Testamens des Codiciles.

La premiere regle est, que si l'on n'a point donné de dénomination à la disposition, on doit juger de sa nature & de sa qualité, principalement par ce qu'elle contient, sans examiner les formalitez qu'on y a employées, *voluntatis autem quæstio ex eo scripto plerumque declarabitur, Leg.* 13, §. 1, *ff. de jure codicill.* Si par exemple elle contient une institution ou une exhéredation, c'est une preuve certaine que celui qui a disposé a voulu faire un Testament & non un Codicile; parce que ces sortes de dispositions ne peuvent pas faire la matiere d'un Codicile, *non codicillum sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio, & exheredatio facta, probant evidenter,* dit la Loi 14, *cod. de testam.* On est éga-

L'institution & l'exheredation sont des marques du Testament.

lement censé avoir fait un Testament par la disposition qui contient une institution, une substitution vulgaire & des legs, *L. illud* 13, §. 1, *ff. de jur. codicill.* auquel cas si la disposition n'est pas revêtuë de la forme requise au Testament, elle ne vaudra ni comme Testament, ni comme Codicile, ainsi que le décide le §. 1 déja cité. Que si au-contraire l'acte ne contient que des dispositions particulieres, il ne pourra être consideré que comme un Codicile, parce que ce qui est de l'essence du Testament, c'est-à-dire l'institution d'heritier, manque.

Idem, de la substitution vulgaire.

L'acte qui ne contient que des dispositions particulieres, est consideré comme Codicile.

La seconde regle est, que si celui qui a disposé, a donné une qualité à sa disposition, il faudra en juger par la dénomination, que le disposant lui a donnée, quand même il n'en auroit pas suivi exactement la forme requise, & qu'il y auroit ajouté des formalitez superfluës, *Leg. 3, cod. Theod. de testam. & codicill.* & *L. 17, de testam. & quemadmod. testam. fiant* au code de Justinien; parce que *superflua non nocent*, pourvu qu'il n'y ait rien dans le contenu qui soit incompatible avec la forme par lui qualifiée, comme si, par exemple, il appelle Codicile sa disposition, & qu'il y ait appellé sept témoins, ce sera toujours un Codicile; parce qu'il faut juger de la qualité des actes par la dénomination qu'ils portent, si dans leurs dispositions il n'y a rien de contraire ou d'incompatible, ou qui en change la nature; mais s'il y avoit fait des institutions, ou des substitutions directes, nonobstant la dénomination du Testateur, la disposition devroit être considerée comme un Testament, & non comme un Codicile, & elle vaudroit *jure directo*, comme étant un vrai Testament; quand même le disposant lui auroit donné le nom de Codicile; la dénomination du Testateur devant être regardée comme erronée. Cela resulte des textes qui ont été citez en établissant la premiere regle, & de cette autre regle du Droit que l'on doit juger de la qualité de la chose, non par la dénomination qu'on lui a donnée, mais par la nature des dispositions & par leur effet, parce qu'il faut entendre & expliquer l'acte dans le sens capable de le faire valoir, *ut potius valeat quam pereat, L. quoties* 12, *ff. de reb. dub.*

6. Seconde regle. La dénomination doit fixer la nature de l'acte.

Superflua non nocent.

La disposition qualifiée de Codicile, est considerée comme Testament, s'il y a des institutions ou des substitutions directes.

On doit juger de la qualité des actes par la nature de leurs dispositions plutôt que par leur dénomination.

La troisiéme regle, que si la même disposition est qualifiée de plusieurs manieres differentes, comme de Codicile & de Testament en differens endroits de l'écriture, il faudra juger de sa nature par les formalitez qu'on y aura observées, & par conséquent on la considerera comme un Testament, si l'on y a observé les formalitez requises au Testament, & si l'on n'y observe que les formalitez des Codiciles, on la regardera comme un Codicile;

7. Troisiéme regle. Quand l'acte a plusieurs qualifications.

La dénomination diverſe eſt déterminée par la formalité employée

parce que la dénomination douteuſe & diverſe eſt déterminée par la formalité qui convient, ou au Teſtament en particulier, ou au Codicile en particulier.

8. La nature des diſpoſitions doit regler la nature de l'acte.

Ce ſera encore une maniere plus ſûre pour en juger ſi l'on conſulte la nature des diſpoſitions ; car malgré la double dénomination, il faudroit conſiderer la diſpoſition comme un Codicile, ſi elle ne contenoit que des legs ou des fideicommis particuliers ; quoiqu'on y eût appellé ſept témoins, & que cette forme exterieure convienne proprement au Teſtament ; parce que la maniere de juger de la qualité de l'acte par les clauſes qu'il contient eſt plus forte & plus ſûre que celle qui n'eſt tirée que de la formalité exterieure.

La conjecture qui ſe tire de la nature des diſpoſitions, eſt plus forte que celle qui ſe tire de la formalité.

Au-contraire, il faudroit regarder la diſpoſition comme un Teſtament & non comme un Codicile, ſi elle contenoit une inſtitution, des ſubſtitutions directes, ou une exhéredation ; quand même on n'auroit appellé que cinq témoins, par la raiſon que nous avons touchée, que le contenu en la diſpoſition doit en déterminer la nature plutôt que la formalité exterieure, *L.* 14, *cod. de teſtam.* Dans ce cas la diſpoſition ſeroit nulle, ſuivant la Loi 13, *§.* 1, *ff. de jure codicillor.*

9. La diſpoſition eſt conſiderée comme Teſtament, ſi elle contient des inſtitutions ou des ſubſtitutions directes, ou une exhérédation, quoiqu'il n'y eût que cinq témoins.

La quatriéme regle, que ſi dans une diſpoſition qualifiée nommément de Codicile, & non précedée d'un Teſtament, le diſpoſant a fait un heritier en termes communs, comme, *je veux que Titius ſoit mon heritier*, s'il n'y a point d'autre circonſtance qui puiſſe déterminer au-contraire, il faudra regarder la diſpoſition comme un Codicile, & la faire valoir *jure fideicommiſſi* ; parce que la dénomination doit déterminer dans ce cas où l'inſtitution ſe trouvant faite *verbis communibus*, elle peut être tournée dans le ſens d'un fideicommis, c'eſt le veritable eſprit de la Loi 13, *§.* 1, *ff. de jure codicillor.* mais la dénomination ne pourroit être d'aucune conſideration, ſi l'inſtitution étoit faite en termes directs, ou que l'heritier nommé eût un ſubſtitué vulgaire, & qu'il eût été chargé des legs, auquel cas la diſpoſition ne pourroit pas valoir *jure fideicommiſſi ;* parce que cette façon de diſpoſer eſt propre au Teſtament, & en marque la nature & la qualité ; ainſi que le décide le même texte. C'eſt tout ce que l'on peut tirer de ces textes du Droit bien entendus & bien expliquez. Si l'on veut ſçavoir ce qu'en ont penſé les Docteurs & les Interpretes, on peut voir ce qu'ils ont écrit ſur la Loi 13, *§.* 1, *ff. de jure codicillor.* & ſûr la Loi 14, *cod. de teſtam.* On peut voir encore *Mantica, de Conjecturis ult. volunt. lib.* 2, *tit.* 3, *Menochius, de Præſumpt. lib.* 4, *præſumpt.*

10. Quatriéme regle, une diſpoſition qualifiée de Codicile où ſe trouve une inſtitution *verbis communibus*, doit être conſiderée comme Codicile.

præsumpt. 3. *Philippy*, *resp.* 46. *Barry*, & les autres Auteurs qui ont examiné cette difficulté. Nous en parlerons encore au chap. 12, n. 34 & suivans.

11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20.

Des Lettres fideicommissaires, de leur effet suivant le Droit Romain, & de leur abrogation par l'Ordonnance de 1735.

Selon le Droit Romain, les dispositions contenuës dans les Lettres missives sont valables; pourvu qu'il y ait des témoins, lorsqu'elles sont faites en faveur d'autres personnes que des enfans. *L.* 22, *cod. de fideicomm. Et in Epistola vel libello, Fideicommissum relinqui posse, adhibitis testibus, nulla dubitatio est*, *L.* 75, *ff. ad Sen. Conf. Trebell. L. Miles* 75, *& L. ult. ff. de Leg.* 2; c'est ce que la Loi 7, *cod. qui testam. fac. poss.* appelle *Epistolæ Fideicommissariæ.*

12. Ces Lettres fideicommissaires valent par la seule écriture, ou par le seing du Testateur, sans témoins, par rapport aux dispositions faites *inter liberos*; parce que, comme nous l'avons prouvé ci-dessus, ces sortes de dispositions n'ont pas besoin de la formalité des témoins; mais entre toutes les personnes autres que les enfans ou descendans, il faut que le nombre de cinq témoins y soit intervenu, suivant la Loi derniere, §. 3, *cod. de codicillis.*

13. Les Lettres fideicommissaires ne peuvent jamais être considerées comme des Testamens, quand même elles contiendroient une institution d'heritier; parce que leur forme est absolument differente, & tout-à-fait éloignée; elles ne sont pas non plus des Codiciles; elles constituent une troisiéme espece de disposition de derniere volonté, differente des Codiciles. *L.* 1, *cod. de codicillis*; ce qui est si vrai, que quoique le Codicile qui dépend d'un Testament soit annullé par la naissance d'un posthume, la volonté consignée dans une Lettre fideicommissaire est valable, nonobstant la naissance d'un posthume, comme le décide la même Loi; il est parlé de cette espece de derniere volonté dans les textes que nous avons citez dans la Loi derniere, *cod. de codicillis*, & dans la Loi derniere *cod. quemadmod. testam. aper.* mais elle opere le même effet que les Codiciles, *quasi ex imitatione codicilli*, *L.* 1, §. 1, *ff. de Latina libert. toll. & L.* 1, *cod. de codicillis.*

14. Cependant il faut prendre garde que les Lettres fideicommissaires ne sont pas valables, & ne produisent aucun effet, si elles ne contiennent une volonté actuelle & déterminée; & si celui qui les écrit se borne à témoigner son affection, comme dit *Godefroy* sur la Loi 22, *cod. de fideicommiss.* après *Mantica*, *de conject. ult. vol. lib.* 1, *tit.* 11, *n.* 3; & la Loi 17, *ff. de jur. codic. Litteræ quibus animi affectus exprimitur, vim codicillorum non obtinent.* De-là vient que la même Loi 17, *ff. de jur. codicill.* décide,

que les Lettres par lesquelles celui qui les écrit promet son heréditè, n'ont pas le même effet qu'un Codicile, *Litteræ quibus hereditas promittitur, vel animi affectus exprimitur, vim codicillorum non obtinent.* Par un argument tiré *à contrario sensu* de cette Loi, les Lettres fideicommissaires, où celui qui les écrit ne s'est pas borné à promettre son herédité, & où il la laisse *actu* par une disposition serieuse, doivent conséquemment avoir le même effet qu'un Codicile selon les regles du Droit Romain.

15. Mais l'herédité laissée par un Testament anterieur, ne peut pas être ôtée, *jure directo*, par une Lettre non plus que par un Codicile. *Hereditas in testamento data per epistolam, vel codicillos adimi verbis directis non potuit. L. 4, cod. de his quæ ut indignis aufer. L. 2, & L. 7, cod. de codicillis, §. 2, instit. eod. L. 20, ff. de jure codicillor. L. 76, ff. ad S. C. Trebell.* & plusieurs autres textes : Cependant la disposition sera convertie en fideicommis, tout comme si elle avoit été faite par un Codicile. *L. 2, §. 4, ff. de jure codicill. L. 76, ff. ad Trebell. L. 12, §. 2, ff. de injusto rupto. L. 37, §. 2, ff. de leg. 3. L. 2, cod. de codicill. M. Dolive, liv. 5, chap. 28, aux addit. Benedicti*, & les autres Auteurs.

16. Aujourd'hui la Jurisprudence Romaine est abrogée à l'égard de l'effet qu'elle attribuoit aux Lettres fideicommissaires par *l'art. 3 de l'Ordonnance du mois d'Août* 1735, qui porte : *Voulons aussi que les dispositions qui seront faites par lettres missives, soient regardées comme nulles & de nul effet.* Il ne peut donc plus être question de donner aucun effet aux dispositions qui seront faites à l'avenir depuis l'enregistrement de cette Ordonnance, par des Lettres missives, quelque formalité que l'on y ait employée, soit dans le Pays du Droit écrit ou Coutume, parce que cette Ordonnance est generale pour tout le Royaume, sans distinction & sans exception, si les dispositions regardent les enfans, ou des personnes étrangeres.

17. Avant l'Ordonnance de 1735, les questions sur la validité ou invalidité des dispositions de derniere volonté contenuës dans des Lettres missives, étoient differemment jugées dans les Pays Coutumiers, pour sçavoir si elles devoient être considerées comme des Testamens olographes. Les Auteurs rapportent des Arrêts, dont les uns les ont cassées, les autres les ont confirmées. *Automne* sur la Loi *litteræ* 17, *ff. de jure codicill.* rapporte un Arrêt du Parlement de Bordeaux du 12 Mars 1596, après partage, qui a confirmé une Lettre écrite par le mari à sa femme, par laquelle il dit, qu'il voudroit faire heritier son fils si elle le trouvoit bon ; &

quoique cette Lettre ne fût point dattée, on lui donna la force d'un Teſtament entre enfans. Il en rapporte encore un autre du Parlement de Paris du 19 Mars 1619, qui eſt le même dont fait mention *Tronçon ſur l'art. 289 de la Coutume de Paris*, par lequel il fut jugé, qu'une inſtitution d'heritier faite par une Lettre miſſive étoit nulle; mais ces Auteurs ne diſent pas qu'il fût queſtion d'une diſpoſition *inter liberos* dans l'eſpece de cet Arrêt.

L'Arrêt du 10 Mars 1620, que l'on trouve dans *Bardet, tom. 2, liv. 1, chap. 79*, a jugé auſſi qu'une Lettre miſſive écrite de Bruxelles le 5 Juillet 1618, par un fiancé à ſa fiancée, portant: *Si je meurs, je te donne de bon cœur mon bien, & ſpécialement la lettre de change; & pour mon frere, je lui donne &c.* n'avoit pas la force d'un Teſtament olographe. Il y avoit cette circonſtance, que cette Lettre avoit été écrite dans la Ville de Bruxelles, où pour la validité d'un Teſtament, il faut qu'il ſoit reçu par une perſonne publique en preſence de deux témoins qui ſignent; enſorte que la formalité requiſe dans le lieu où le Teſtament avoit été fait, n'ayant pas été gardée, on ne pouvoit pas faire valoir cette Lettre à Paris comme un Teſtament olographe, parce qu'il n'avoit pas été fait à Paris, & que pour la validité des Teſtamens, il faut ſe regler par la formalité preſcrite dans les lieux où l'on teſte. M. l'Avocat General Talon conclut pour la nullité de la diſpoſition, par cette raiſon que ſuivant la Loi 22, *cod. de fideicomm.* & pluſieurs autres textes, on peut à la verité faire des fideicommis & autres diſpoſitions particulieres par Lettres miſſives; mais qu'on ne peut point faire une inſtitution. *L. 9, cod. de hered. inſtit.* Cette raiſon n'auroit pas été bonne en Pays de Droit écrit; parce que la Lettre fideicommiſſaire a la même force qu'un Codicile, & s'il eſt vrai qu'on ne puiſſe point donner ni ôter une herédité par Codicile, ou par Lettre fideicommiſſaire *jure directo*, on le peut néanmoins par fideicommis, comme nous l'avons montré ci-deſſus, & l'inſtitution doit être convertie en fideicommis. *L. 2, §. 4, ff. de Codicill. & l. Scevola 76, ff. ad SC. Trebell.* 18.

On trouve dans *le Journal du Palais, tom. 1, pag. 905*, un Arrêt du Parlement de Paris du 28 Juin 1678, qui a confirmé comme Teſtament & comme Codicile olographes des diſpoſitions contenuës dans des lettres miſſives où la volonté de la Teſtatrice étoit clairement marquée. 19.

Les differentes manieres de juger, & les doutes qui pouvoient naître, pour ſçavoir ſi les diſpoſitions contenuës dans des Lettres miſſives, étoient ſerieuſes, ou ſi elles ne contenoient que 20.

de simples complimens, & des démonstrations d'affection, ont avec fondement déterminé le Roi à abroger cette maniere de disposer,& de déclarer nulles toutes les dispositions faites par Lettres missives.

21. Comment on peut distinguer le Testament de la donation à cause de mort.

On ne peut guere équivoquer sur la connoissance de la donation à cause de mort, pour la distinguer du Testament, leur forme les distingue suffisamment; car la donation doit être faite, selon le Droit Romain, à une personne presente, *L.* 38, *ff. de mortis causa donat. nam mortis causa donatur quo præsens præsenti dat;* c'est une espece de contrat qui doit s'accomplir par le concours de la volonté du Donateur & du Donataire,contrat néanmoins qui a cela de particulier qu'il peut être révoqué par le Donateur; au lieu que le Testament est le seul ouvrage du Testateur, sa volonté seule y fait valoir les dispositions qu'il renferme; si elle est revêtuë des formalitez prescrites, & la presence ni l'acceptation de l'heritier, ou du legataire, ne sont pas requises dans le Testament pour le faire valoir. Il nous suffit de renvoyer pour le surplus à ce que nous dirons au Chap. 14.

CHAPITRE III.

Des conditions neceſſaires pour la validité des Teſtamens & des diſpoſitions qu'ils renferment, de la qualité des Témoins teſtamentaires, & des autres choſes qui les concernent.

SOMMAIRE.

1. *Pour la validité des Teſtamens on doit examiner premierement la capacité de teſter.*
En ſecond lieu la formalité.
2. *La capacité peut avoir trois objets.*
La capacité active.
La capacité paſſive.
La nature des biens.
3. *Il faut encore obſerver les formalitez preſcrites par les Loix.*
4. *Trois choſes à conſiderer.*
La volonté qui eſt la cauſe efficiente.
La preuve ou la formalité qui eſt la cauſe formelle.
L'objet de la volonté qui eſt la cauſe materielle.
5. *Conditions requiſes, afin que la volonté ſoit efficace.*
L'intégrité d'eſprit & d'entendement.
6. *Seconde condition, que la volonté procede du mouvement du Teſtateur.*
7. *Troiſiéme condition, que la volonté ſoit reglée par des mouvemens d'équité.*
8. *Quatriéme condition, que la volonté ne dépende pas du ſecret de la volonté d'autrui.*
Diſpoſition captatoire.
9. *Cinquiéme condition, qu'elle ſoit faite ſelon les regles de la juſtice & de l'équité.*
10. *Sixiéme condition, qu'elle ſoit claire ou qu'elle puiſſe être éclaircie par quelque circonſtance.*
11. *Septiéme condition, qu'elle ſoit conçuë en termes diſpoſitifs & non par ſimple énonciative.*
Effet des diſpoſitions énonciatives.
12. *Huitiéme condition, que le Teſtateur ait perſeveré juſqu'à la mort.*
13. *De la preuve de la volonté.*
Le Teſtateur ne peut pas déroger à la formalité.
Réfutation de la diſtinction entre ce qui eſt neceſſaire pour la preuve, & ce qui eſt neceſſaire pour la ſolemnité.
Les formalitez ſont des conditions impoſées par la Loi pour faire valoir les diſp / tions.

14. *Formalité de deux eſpeces, intrinſeque & extrinſeque.*
Formalité exterieure, en quoi conſiſte.
Il ſuffit d'obſerver les formalitez du lieu où l'on teſte.
Regles ſur cette matiere.
15. *De l'objet de la volonté qui roule ſur la perſonne ou ſur les choſes.*
16. *Le Teſtateur doit avoir la liberté & le pouvoir de diſpoſer des biens.*
17. *Les diſpoſitions ne doivent pas être caduques, abandonnées, ou répudiées.*

1. Pour la validité des Teſtamens on doit examiner premierement la capacité de teſter.

En ſecond lieu, la formalité.

POUR ſçavoir ſi un Teſtament eſt bon, & ſi les diſpoſitions qu'il renferme ſont efficaces, la Loi 4, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* veut qu'on examine premierement la capacité du Teſtateur, *ſi quæramus an valeat teſtamentum inprimis enim advertere debemus, an is qui fecerit teſtamentum, habuerit teſtamenti factionem.* En ſecond lieu, ſuppoſé qu'il ait cette capacité, il faut voir enſuite, s'il a teſté ſelon les regles du Droit, *deinde ſi habuerit, requiramus an ſecundum regulas juris civilis teſtatus ſit.*

2. La capacité peut avoir trois objets.

La capacité active.

La capacité paſſive.

La nature des biens.

Cette capacité que la Loi exige peut avoir trois objets. Le premier regarde la perſonne du Teſtateur; a-t-il la faculté de diſpoſer? Le ſecond, la perſonne de celui qui doit recueillir la liberalité; eſt-elle capable de recevoir? Le troiſiéme, la choſe qui fait la matiere de la diſpoſition, eſt-elle dans le commerce des hommes? Ou le Teſtateur a-t-il la puiſſance, & la liberté d'en diſpoſer?

3. Il faut encore obſerver les formalitez preſcrites par les Loix.

Mais afin qu'un Teſtament ou une diſpoſition ſoient valables, il ne ſuffit pas que cette triple capacité ſe verifie; il faut encore que le Teſtament ſoit revêtu des formalitez preſcrites par le Droit Civil, *an ſecundum juris regulas teſtatus ſit*, & par les autres Loix ou Coutumes.

4. Trois choſes à conſiderer.

La volonté qui eſt la cauſe efficiente.

La preuve ou la formalité qui eſt la cauſe formelle.

L'objet de la volonté qui eſt la cauſe materielle.

On doit donc conſiderer trois choſes dans les diſpoſitions teſtamentaires. La premiere, eſt la volonté que les Interpretes appellent la Cauſe efficiente de toute diſpoſition teſtamentaire. La ſeconde, eſt la preuve ou la formalité requiſe pour conſtater cette volonté; c'eſt la cauſe formelle. La troiſiéme, eſt l'objet de cette volonté, lorſqu'elle roule ſur les perſonnes & ſur les choſes qui ſont la fin & le but de cette volonté, les Docteurs l'appellent la cauſe materielle.

5. Conditions requiſes afin que la volonté ſoit efficace.

L'intégrité d'eſprit & d'entendement.

Afin que la volonté ait toutes les qualitez requiſes pour être efficace, pluſieurs conditions ſont requiſes. La premiere, que le Teſtateur ait l'integrité d'eſprit & d'entendement, ce que la Loi 3, *cod. qui teſtam. fac. poſſ.* appelle *ſinceritas mentis.* Donc celle qui vient de la part d'une perſonne privée de la raiſon & du bon ſens,

ou dont la raiſon eſt obſcurcie ou affoiblie, comme ſont les pupilles, les furieux, les imbéciles, ou ceux qui ſont dans la démence ou dans le délire, ne peut pas être la cauſe efficiente d'une diſpoſition teſtamentaire.

6. Seconde condition, que la volonté procede du mouvement du Teſtateur.

La ſeconde, que cette volonté ſoit un effet qui procede du mouvement, ou de la déliberation de celui qui diſpoſe; cela reſulte de la définition du Teſtament rapportée dans la Loi 1, *ff. qui teſtam. fac. poſſ. voluntatis noſtræ juſta ſententia*; c'eſt-à-dire, la volonté propre & réflechie du Teſtateur: ce qui exclut non-ſeulement toute volonté qui eſt conferée à l'arbitre d'autrui, *l.* 32, *ff. de hered. inſtit.* mais encore toute volonté qui n'a pas ſon principe dans l'eſprit du Teſtateur, & qui n'a pas été par lui adoptée librement, quand on lui en a inſpiré la penſée; comme ſont les diſpoſitions ſurprifes par dol ou fraude, celles qui ſont ſuggerées ou captées par artifice, & par des inductions frauduleuſes, & celles qui ſont extorquées par crainte ou violence, *l.* 1, *cod. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit vel coegerit*, *l.* 2, *&* *l.* 3, *ff. eod.* ce que nous expliquerons plus-au-long dans le chap. 5.

7. Troiſiéme condition, que la volonté ſoit reglée par des mouvemens d'équité.

La troiſiéme, qu'elle ſoit reglée par des mouvemens d'équité, & qu'elle ſoit exempte de paſſion de haïne ou de colere, *l. ſi filiam* 19, *cod. de inoff. teſtam.* autrement elle eſt nulle & vicieuſe, comme le remarquent *Henris, tom.* 2, *liv.* 6, *queſt.* 7. *Ricard, des Donations, tom.* 1, *part.* 1, *n.* 619 *& ſuiv.* & pluſieurs autres Auteurs: car ſelon les expreſſions très-élegantes d'un Auteur moderne, *le Teſtament doit être l'image des veritables ſentimens du Teſtateur, & l'ouvrage de ſa ſeule volonté; mais d'une volonté libre, agiſſant avec connoiſſance, & conduite par la raiſon.*

8. Quatriéme condition, que la volonté ne dépende pas du ſecret de la volonté d'autrui.

La quatriéme, qu'elle ſoit ſincere & accompagnée de bonne foi de la part de celui qui diſpoſe, & qu'elle ne dépende pas du ſecret de la volonté d'autrui; car ſi elle n'étoit qu'une amorce, ou une fauſſe démonſtration d'amitié de la part du diſpoſant, pour engager les autres à lui faire des liberalitez, & qu'elle dépendît par forme de condition du ſecret de la volonté d'autrui, elle ſeroit nulle comme captatoire, *L. captatorias* 70, *ff. de hered. inſtit.* & *l.* 64, *ff. de leg.* 1, même en la perſonne d'un Soldat, *l.* 11, *cod. de teſtam. militis.*

Diſpoſition captatoire.

9. Cinquiéme condition, qu'elle ſoit faite ſelon les regles de la Juſtice & de l'équité.

La cinquiéme, qu'elle ſoit ſelon les regles de la juſtice & de l'équité; ſuivant cette regle, un pere qui diſpoſe de ſes biens, doit faire mention de chacun de ſes enfans, & leur laiſſer quelque choſe ſous le titre honorable d'inſtitution, autrement ſa diſpoſition eſt conſiderée comme faite par un homme privé de bon

sens, *quasi non sanæ mentis fuerint, l. ff. de inoff. testam.* & elle est nulle quant à l'institution, Nov. 115, chap. 3, & suivant *l'art.* 50 *de l'Ordonnance de* 1735.

10. Sixiéme condition, qu'elle soit claire ou qu'elle puisse être éclaircie par quelque circonstance.

La sixiéme, qu'elle soit claire par les paroles dans lesquelles elle est conçuë, ou qu'elle puisse être éclaircie par les circonstances; car si elle est absolument douteuse & incertaine, de maniere que l'incertitude ne puisse pas être levée, la disposition est nulle, & ne doit pas être exécutée. La raison qu'en donne *Ulpien dans ses fragmens, tit.* 22, §. 3, est, *quoniam certum consilium debet esse testantis.* Aussi y a-t-il plusieurs textes du Droit qui déclarent nulles les dispositions de cette espece; mais comme elles regardent la matiere des institutions d'heritier, ou des legs, nous ne les rapporterons point ici.

11. Septiéme condition, qu'elle soit conçuë en termes dispositifs & non par simple énonciative.

Effet des dispositions énonciatives.

La septiéme, qu'elle soit conçuë en termes dispositifs, & non par des paroles simplement énonciatives, comme il a été remarqué au commencement du chapitre 2 ci-devant. Il convient néanmoins d'observer que les paroles énonciatives font preuve, lorsqu'elles énoncent une donation, *l.* 16, *ff. de donat.* comme s'il est dit, *sciant heredes mei me vestem universam, ac res cæteras, quascumque in diem mortis meæ mecum habui, illi & illi libertis meis vivum donasse*, c'est le cas précis de cette Loi; ce qu'il faut néanmoins entendre, pourvu qu'il n'y ait point de preuve du contraire de ce qui est énoncé; car si par exemple, une personne assure dans son Testament, qu'elle n'a fait aucune donation entre-vifs; cette énonciative n'empêchera pas la validité des donations faites, *l. verba* 6, *cod. de testam.* les énonciatives produisent encore une exception *in testamento pagani, l.* 17, §. 1, *ff. de doli mali except.* & une action *in testamento militis*, quand il paroît qu'il a eu intention de faire la liberalité, *l.* 7, *cod. de testam. militis*, v. *Duranty, qu.* 24. *Maynard, liv.* 9, *chap.* 39. *Dumoulin, sur la Coutume de Paris*, §. 1, *gloss.* 5, *n.* 30. *Mornac, sur la Loi* 2, §. *dernier, ff. de posiii. Faber*, dans son code, *lib.* 4, *tit.* 14, *definit.* 23, *& les Docteurs sur les textes citez.*

12. Huitiéme condition, que le Testateur ait persévéré jusqu'à la mort.

Enfin la huitiéme, que cette volonté soit constante, & que le Testateur y persévere jusqu'à sa mort; car comme il a la liberté de la changer & de la révoquer; parce que *ambulatoria est hominis voluntas usque ad extremum vitæ exitum, l.* 4, *ff. de adim. leg.* s'il la change ou la révoque, elle n'est plus efficace. Ce que nous avons pareillement remarqué ci-dessus au commencement du chap. 2.

13. De la preuve de la volonté.

Par rapport à la preuve qui est, selon les Interpretes, la cause formelle de la volonté, elle consiste dans l'observation des formalitez

malitez prescrites par le Droit, *l.* 4, *ff. qui Testam. fac. poss.* il est nécessaire de les observer ponctuellement, sans que les Testateurs y puissent déroger en aucune maniere, parce qu'elles sont partie du Droit Public, *l.* 55, *ff. de leg.* 1°. *& l.* 13, *cod. de Testam.* autrement le Testament est inefficace, *tanquam non jure factum*, *l.* 1, *ff. de injusto rupto*, sans que l'on puisse distinguer, comme ont fait certains Auteurs, ce qui est nécessaire pour la preuve légitime, d'avec ce qui est superflu pour cette preuve, & que les Loix n'exigent que pour la formalité; car cette distinction est fausse, & contraire aux regles, attendu que les Loix ne soutiennent pas les dispositions par la seule force de la volonté du Testateur, de quelque façon qu'il en conste; mais elles veulent que cette volonté soit constatée de la maniere qu'elles le prescrivent; ainsi les formalitez qu'elles exigent, doivent être nécessairement observées, afin que la volonté soit constatée d'une façon qui la rende efficace. La faculté de tester est *publici juris*, *l.* 3, *ff. qui Testam. fac. poss.* Lors donc que la Loi l'accorde, & y ajoute des formalitez, elles sont comme une condition nécessaire, afin que les dispositions soient valables. Il faut donc remplir ces conditions, sinon la Loi ne les autorisant pas, elles sont nulles, & inefficaces, *l.* 1, *ff. de injusto rupto Testam.*

Le Testateur ne peut pas déroger à la formalité.

Réfutation de la distinction entre ce qui est nécessaire pour la preuve & ce qui est nécessaire pour la solemnité.

Les formalitez sont des conditions imposées par la Loi pour faire valoir les dispositions.

Cette formalité peut être de deux especes. La premiere est intrinseque, elle consiste dans l'institution d'heritier, de laquelle dépend toute la force du Testament, *§. ante heredis* 34, *instit. de leg.* & dans l'obligation de laisser à titre d'institution la légitime ou autre liberalité à ceux à qui la légitime est dûë de droit, suivant la Novelle 115, chapitres 3 & 4, confirmée à cet égard par l'Ordonnance de 1735, article 50: Cela est particulier au Pays du Droit écrit. La seconde est extrinseque ou exterieure, qui dépend de ce que les Loix, les Coutumes ou Statuts exigent pour la validité des Testamens, selon leur nature, leurs differentes especes, & la qualité des Testateurs. Nous en avons suffisamment parlé dans le chapitre précedent, il suffira d'ajouter que quand on a observé les formalitez prescrites par les Loix, Coutumes, Statuts & Usages du lieu où le Testament est fait, il vaut partout, même pour les biens situez dans les lieux où les formalitez sont differentes, suivant la Loi 9, *cod. de Testam.* & la décision unanime des Auteurs, confirmée par *l'Ordonnance de* 1735, *articles* 68 & suivans, sans préjudice des réductions portées par les Coutumes des lieux où les biens sont situez, comme l'explique l'article 73; car, comme le remarquent les Auteurs,

14. Formalité de deux especes, intrinseque & extrinseque.

Formalité extérieure, en quoi consiste.

Il suffit d'observer les formalitez du lieu où l'on teste.

Regle sur cette matiere.

& notamment *Ferriere dans ſes Inſtituts du Droit François*, ſur le §. 1, *de hered. inſtit.* on obſerve conſtamment deux ou trois regles ſur cette matiere. La premiere, que quand il y a diverſité de Coutumes, il faut teſter ſelon les formalitez preſcrites par la Coutume du lieu où le Teſtament eſt fait. La deuxiéme, que les diſpoſitions teſtamentaires prennent leur force par les Coutumes des lieux où les biens ſont ſituez. La troiſiéme, que la capacité de teſter par rapport à l'âge, doit être reglée par la Coutume du domicile du Teſtateur. On peut voir ces queſtions expliquées avec beaucoup de netteté & d'étenduë dans les *Diſſertations de Me. Louis Boullenois*, *queſtion* 1, où les raiſons de ces trois regles ſont fort bien développées. Selon le même *Ferriere* au lieu cité, l'inſtitution d'heritier eſt une des formalitez ſujettes à la Loi du lieu où le Teſtament eſt fait. Voilà pourquoi un Teſtament fait dans le Pays Coutumier eſt bon & valable, quoiqu'il ne contienne point d'inſtitution d'heritier, même pour les biens ſituez dans les Pays du Droit écrit, où cette formalité eſt eſſentielle pour la validité du Teſtament, §. *ante* 34, *inſtit. de leg. & vice verſa.* Le Teſtament fait en Pays de Droit écrit, avec inſtitution d'heritier, vaudra, même pour les biens ſituez en Pays Coutumier, où l'inſtitution d'heritier n'eſt pas reçuë, ſauf toutefois que l'inſtitution d'heritier ne vaudra que comme legs univerſel pour les biens ſituez en Pays Coutumier, & au contraire, le legs univerſel fait en Pays Coutumier, vaudra comme inſtitution d'heritier pour les biens ſituez dans le Pays du Droit écrit, comme l'expliquent les articles 68 & 69 de l'Ordonnance de 1735.

15. De l'objet de la volonté qui roule ſur les perſonnes ou ſur les choſes.

A l'égard de l'objet de la volonté, qui roule, comme nous l'avons dit, ſur les perſonnes ou ſur les choſes, les perſonnes doivent être capables de recevoir & de conſerver les liberalitez, & par conſéquent, elles ne doivent pas être du nombre de celles que les Loix déclarent incapables ou indignes, & que nous expliquerons plus en détail dans le chapitre 6.

16. Le Teſtateur doit avoir la liberté & le pouvoir de diſpoſer des biens.

Le Teſtateur doit avoir auſſi au moment qu'il teſte, la faculté & le pouvoir de diſpoſer de ſes biens, ou d'ordonner les choſes qui ſont l'objet de ſa diſpoſition, ce que nous expliquerons auſſi au chapitre 7.

17. Les diſpoſitions ne doivent pas être caduques, abandonnées ou répudiées.

Enfin, les diſpoſitions ne doivent point être caduques ni abandonnées ou répudiées, *l.* 1, *ff. de injuſto rupto*; toutes les differentes conditions que nous venons d'expliquer, doivent néceſſairement ſe vérifier dans les diſpoſitions, autrement elles ſont

respectivement nulles, ou inefficaces, c'est-à-dire, pour le tout, si la nullité influe sur le tout, ou en partie lorsque le défaut n'influë que sur cette partie.

SECTION I.

Regle sur la matiere des Témoins Testamentaires.

SOMMAIRE.

1. *L'assistance des témoins fait une partie essentielle de la formalité exterieure.*

Le défaut d'un seul témoin de ceux qui sont requis annulle.

2. *On ne peut employer que des témoins qui ayent les qualitez requises par les Loix.*

Quid *en faveur des Testamens* inter liberos, *ou de la cause pie, ou des Soldats, dans les codiciles, ou dans les donations à cause de mort.*

3. *Disposition de l'Ordonnance de 1735.*

4. *Premiere regle. Toute personne qui peut porter témoignage peut être témoin aux dispositions à cause de mort.*

On ne doit exclure que les personnes prohibées par la Loi.

5. *Deuxiéme regle. La condition & la capacité des témoins doit être considerée, eu égard au tems du Testament écrit.*

Quid *au Testament nuncupatif non écrit.*

6. *Troisiéme regle. Les témoins doivent assister volontairement.*

7. *Quatriéme regle. La capacité putative suffit.*

8. *Cinquiéme regle. Dans le Testament écrit, il n'est pas nécessaire que le témoin entende la langue du Testateur.*

9. *Sixiéme regle. Les témoins doivent être priez.*

Quid *par l'Ordonnance de 1735.*

Quid *dans les codiciles & autres dispositions à cause de mort.*

10. *Septiéme regle. L'Ecrivain peut remplir le nombre des témoins requis.*

11. *Huitiéme regle. Les témoins doivent être en la présence du Testateur, & voir & entendre ses dispositions.*

On peut tester de nuit comme de jour.

Tous les témoins doivent assister ensemble.

12. *Neuviéme regle, concernant le seing des témoins.*

Cas où l'on peut appeller des témoins qui ne signent pas.

1. L'assistance des témoins fait une partie essentielle de la formalité extérieure.

Le défaut d'un seul témoin de ceux qui sont requis annulle.

COMME l'assistance des témoins fait une partie essentielle de la formalité extérieure des Testamens, & des autres dispositions à cause de mort, dans les lieux où la Loi l'exige, puisque le défaut d'un seul du nombre de ceux qui sont requis rend le Testament absolument nul, *l.* 12, *cod. de Testam.* il nous reste à examiner la qualité des personnes qui peuvent être employées comme témoins dans les dispositions testamentaires.

2. On ne peut employer que des témoins qui ayent les qualitez requises par les Loix.

Nous devons d'abord observer que selon l'esprit du Droit Romain, quoiqu'en ayent pû penser quelques Interpretes, on ne peut employer dans quelque disposition à cause de mort que ce soit, que des témoins qui ayent les qualitez requises par les Loix, pour assister au Testament écrit & solemnel, au sujet duquel les Loix s'expliquent plus clairement que pour les autres dispositions à l'égard desquelles elles se contentent d'en regler le nombre sans expliquer leur qualité; mais ce n'est que pour donner à entendre que, indistinctement & dans toutes sortes de dispositions à cause de mort, ils doivent avoir les mêmes qualitez que ceux qui peuvent assister au Testament solemnel. C'est donc tout-à-fait mal à propos que certains Auteurs se sont figurez que dans les Testamens *inter liberos*, ou en faveur de la cause pie, dans le Testament militaire, dans les codiciles, & dans les donations à cause de mort, on pouvoit faire intervenir des témoins qui n'avoient pas les qualitez ou le sexe requis aux autres Testamens ou dispositions.

Quid en faveur des Testamens *inter liberos*, ou de la cause pie, ou des Soldats, dans les codiciles, ou dans les donations à cause de mort.

3. Disposition de l'Ordonnance de 1735.

Aussi l'Ordonnance de 1735, qui s'est attachée très-exactement à l'esprit du Droit Romain, exige-t'elle indistinctement, & dans toutes sortes de Testamens de quelque nature qu'ils soient, & dans toutes les dispositions à cause de mort, des témoins de la même qualité, & du même sexe, c'est-à-dire, qu'ils doivent être mâles, regnicoles, & capables des effets civils, & avoir de plus l'âge requis par les Loix ou les Coutumes, suivant l'article 40 de l'Ordonnance de 1735, qui ne fait qu'une seule & unique exception: sçavoir, du Testament militaire, dans lequel elle permet seulement d'employer des témoins étrangers, & non regnicoles, pourvû qu'ils ne soient pas notez d'infamie, comme le porte *l'article* 40; hors de ce seul & unique cas, & de cette seule & unique espece de témoins, ils doivent tous & dans toutes les autres dispositions, avoir les qualitez requises & expliquées par cette Ordonnance & par le Droit Romain, Coutumes & Statuts des lieux pour tout ce qui

ne ſera pas contraire aux ſix articles, où l'Ordonnance explique les qualitez des témoins qui peuvent ou ne peuvent pas être employez aux Teſtamens, & aux autres diſpoſitions de derniere volonté, ainſi que l'ordonne *l'article* 46.

4. Premiere regle. Toute perſonne qui peut porter témoignage peut être témoin aux diſpoſitions à cauſe de mort. On ne doit exclure que les perſonnes prohibées par la Loi.

Pour entrer en matiere, il y a une premiere regle établie par la *Loi premiere*, §. 1, *ff. de teſtibus*, & par la *Loi* 20, §. 5, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* que toutes les perſonnes qui peuvent porter témoignage en jugement, peuvent auſſi intervenir comme témoin dans les Teſtamens, & qu'on n'en doit exclure que celles que la Loi prohibe.

5. Deuxiéme regle. La condition & la capacité de témoins doit être conſiderée, eu égard au tems du Teſtament écrit.

La deuxiéme regle eſt, que l'on doit conſiderer la capacité & la condition des témoins par rapport au tems auquel le Teſtament eſt fait; & s'il leur arrive quelque changement d'état, qui les rende incapables, cet évenement ne peut pas donner atteinte à la validité du Teſtament, *L. ad teſtium* 22, §. 1, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* ce qui doit néanmoins être borné au Teſtament écrit ou reçu par une perſonne publique; car s'il s'agiſſoit de la preuve d'un Teſtament purement nuncupatif, il ſeroit néceſſaire que le témoin fût capable de porter témoignage lorſque la preuve eſt faite, parce que la validité du Teſtament dépend de la validité de la dépoſition, que ſi le témoin eſt incapable de dépoſer, lorſqu'il eſt oui, il ne peut pas y en avoir une preuve ſuffiſante.

Quid au Teſtament nuncupatif non écrit.

6 Troiſiéme regle. Les témoins doivent aſſiſter volontairement.

Il y a une troiſiéme regle, ſelon laquelle les témoins doivent aſſiſter volontairement au Teſtament; car s'ils y étoient retenus par force, il ſeroit nul, *l.* 20, §. 10, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.*

7. Quatriéme regle La capacité putative ſuffit.

Quatriéme regle. La capacité putative ſuffit, & quoique quelque témoin ait une incapacité inconnuë, comme s'il étoit Eſclave ou Moine, & que néanmoins il fût regardé comme libre ou ſéculier dans le public, le Teſtament n'en ſeroit pas moins bon, parce que l'erreur commune empêcheroit la nullité. *Argum. L. Barbarius Philip.* 3, *ff. de off. Prætor. & l.* 3, *cod. ad S. C. Maced.* ſuivant la déciſion expreſſe du §. 7, aux Inſtitutes *de Teſtam ordin.* & de la Loi 1, *cod. de Teſtam.* de pluſieurs cas où cette regle peut être appliquée & étenduë. *V. Manzium de Teſtam. valido vel invalido*, titre 4, queſtion 1, nombres 40 & ſuivans.

8. Cinquiéme regle. Dans les Teſtamens écrits il n'eſt pas néceſſaire que le témoin entende la langue du Teſtateur.

Cinquiéme regle. Il n'eſt pas néceſſaire que le témoin entende la langue du Teſtateur, *non tamen intelligentiam ſermonis exigimus, l.* 20, §. 9, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* ce qu'il faut entendre du Teſtament écrit, où il n'eſt pas néceſſaire que le témoin connoiſſe la volonté du Teſtateur; car il en devroit être autrement du Teſtament nuncupatif, pour la validité duquel il néceſſaire que le témoin en-

tende la volonté du Teſtateur de ſa propre bouche, & c'eſt cette nuncupation qui fait l'eſſence de la diſpoſition, *l.* 21, *§.* 2, *& l. ult. cod. de Teſtam.*

9. Sixiéme regle. Les témoins doivent être priez.

Sixiéme regle. Les témoins doivent être priez pour aſſiſter aux Teſtamens, & il ne ſuffiroit pas qu'ils ſe trouvaſſent par hazard dans le lieu où le Teſtament eſt fait, *l.* 21, *§.* 2, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ. & Novell.* 90, *cap.* 3; cependant, par la nouvelle Ordonnance, article 6, il ſuffit que les témoins qui aſſiſtent au Teſtament y ſoient preſens tous enſemble, ſans qu'il ſoit néceſſaire de faire mention qu'ils ont été priez & convoquez à cet effet; il n'étoit pas même néceſſaire, par le Droit Romain, que les témoins des codiciles ou des autres diſpoſitions de derniere volonté, autres que les Teſtamens, fuſſent priez, il ſuffiſoit qu'ils ſe fuſſent trouvez par hazard à la diſpoſition, *l. ult. §.* 3, *cod. de codicillis.*

Quid par l'Ordonnance de 1735

Quid dans les codiciles & autres diſpoſitions à cauſe de mort.

10. Septiéme regle. L'Ecrivain peut remplir le nombre des témoins requis.

Septiéme regle. Celui qui eſt appellé pour écrire le Teſtament ſert pour remplir le nombre des témoins requis, *l. Domitius* 27, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* ce qui a lieu même pour le Notaire ou Tabellion, qui eſt mis au nombre des ſept témoins que l'Ordonnance exige dans les Pays du Droit écrit, articles 5 & 9.

11. Huitiéme regle. Les témoins doivent être en la preſence du Teſtateur, le voir & entendre ſes diſpoſitions.

On peut teſter de nuit comme de jour.

Tous les témoins doivent aſſiſter enſemble.

Huitiéme regle. Les témoins doivent être en la preſence du Teſtateur, *Leg.* 9, *& Leg.* 12, *cod. de Teſtam.* le voir & entendre ſes diſpoſitions, quand le Teſtament eſt nuncupatif, *L.* 21, *§.* 2, *& L. ult. cod. eod.* ouvrir le papier & entendre la déclaration du Teſtateur, comme ce papier contient ſa volonté & ſon Teſtament, *L.* 21, *cod. eod.* Peu importe que ce ſoit de jour ou de nuit, pourvû qu'il y ait de la lumiere, *L.* 22, *§.* 6, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* & ils doivent tous y aſſiſter enſemble, *& uno contextu*, *L.* 21, *§. ult. ff. qui Teſtam. fac. poſſ. L.* 12, *cod. de Teſtam.* & ſuivant *l'article* 6 *de l'Ordonnance de* 1735, le tout à peine de nullité.

12. Neuviéme regle concernant le ſeing des témoins.

Neuviéme Regle. Par le Droit Romain tous les témoins doivent ſigner le Teſtament écrit & ſolemnel, *L.* 21, *cod. de Teſtam. & L.* 22, *§.* 4, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* On exceptoit néanmoins le Teſtament des ruſtiques, auquel cas, ſi l'on ne pouvoit pas trouver au moins cinq témoins qui ſçuſſent & puſſent ſigner, le Teſtateur devoit déclarer en leur préſence, ſa volonté; enſuite ils devoient en porter témoignage en Juſtice, après avoir prêté ſerment, *L. ult. cod. de Teſtam.* Dans tous les cas où l'Ordonnance de 1735 exige l'aſſiſtance des témoins, elle veut qu'ils ſignent, *articles* 44 *&* 45, excepté, en premier lieu, dans le Teſtament militaire, lorſque le Teſtateur le ſigne, *art.* 28. En ſecond lieu, dans les Teſtamens faits ailleurs qu'aux Villes ou Bourgs

Cas où l'on peut appeller des témoins qui ne ſignent pas.

fermez, où il ſuffit d'appeller deux témoins qui ſignent; mais il eſt néceſſaire que les autres qui ne ſignent pas ſoient interpellez, & qu'il ſoit fait mention de la cauſe pour laquelle ils n'ont pas ſigné, *article* 45; il faut auſſi que quand les témoins ne ſignent pas le Teſtament Militaire, ils ſoient interpellez, & qu'il ſoit fait mention de la cauſe pour laquelle ils n'ont pas ſigné, *article* 28.

SECTION II.

Qualitez des Témoins Teſtamentaires; quelles perſonnes ſont capables ou incapables d'être admiſes comme Témoins aux Teſtamens.

SOMMAIRE.

1. *Des qualitez que doivent avoir les Temoins aux Teſtamens & autres Diſpoſitions à cauſe de mort.*
2. *Les enfans de famille peuvent être Témoins.*
3. *Des Légataires ou fideicommiſſaires particuliers.*

De ceux qui dreſſent ou qui dictent les Teſtamens.

Quid *aux Pays Coutumiers.*

4. *De ceux qui ont en leur puiſſance les Légataires ou fideicommiſſaires particuliers*, & vice verſa.

Aux Teſtamens ſolemnels.

5. *Si le Tuteur nommé par le Teſtament peut y être Témoin.*

De l'Exécuteur teſtamentaire.

6. *De pluſieurs Témoins de la même famille.*
7. *Si le pere peut être Témoin au Teſtament de ſon fils Soldat.*

Du frere.

Quid *du Teſtament fait* jure communi.

Du pécule caſtrenſe.

Quid *ſi le fils eſt émancipé.*

Comment s'entend dans ce cas le Domeſticum teſtimonium.

Quid *par l'Ordonnance de* 1735.

8. *Si le pere peut être Témoin au Teſtament de ſon fils émancipé pour ſon pécule quaſi caſtrenſe.*

Quid *du frere.*

Quid *ſi le fils n'eſt pas émancipé.*

Celui qui a un pécule quaſi-caſtrenſe ne peut pas teſter jure militari.

9. *De celui qui a été racheté chez les ennemis, s'il peut être Témoin au Teſtament de celui qui*

Paracheté.
10. *Domesticité en Pays de Droit écrit pour le témoignage aux Testamens, se prend de la puissance paternelle.*
Si le mari peut être Témoin au Testament de sa femme.
Quid *des parens collateraux du Testateur, s'ils peuvent être Témoins au Testament.*
Quid *des parens de l'heritier.*
11. *Si les Herétiques peuvent être Témoins aux Testamens.*
Des Juifs & des Infideles.
Quid *dans les Testamens nuncupatifs non écrits.*
12. *Des excommuniez.*
13. *Des personnes qui manquent des qualitez nécessaires pour être Témoins aux Testamens.*
14. *Des étrangers,* peregrini, *aubains.*
15. *Des femmes ou filles.*
Quid *dans les Pays où les Testamens ne sont pas solemnels.*
Si les Hermaphrodites peuvent être Témoins aux Testamens.
16. *Des personnes qui ne peuvent pas être Témoins aux dispositions à cause de mort* ob infirmitatem consilii.
Les Impuberes en Pays de Droit écrit.
Les mineurs de vingt ans dans les Pays Coutumiers.
17. *Des furieux, insensez, imbéciles ou qui sont dans la démence ou le délire.*
18. *De ceux qui sont exclus* ob vitium corporis.
Sourds, muets, aveugles.
19. *De ceux qui sont exclus* ob vitæ probra.
Le prodigue.
Les infames.
Ceux qui ont souffert une mort civile.
Les Esclaves.
Les Religieux.
Les Novices.
Religieux de Malthe.
20. *Des Clercs, Serviteurs ou Domestiques du Notaire ou autre personne publique qui reçoit le Testament.*
21. *Des heritiers instituez de leurs freres.*
Des substituez en l'herédité.
Des Légataires universels.
22. *Des enfans du Testateur qui sont en sa puissance.*
Du pere du Testateur.
Du frere du Testateur.
23. *L'Ordonnance confirme le Droit Romain en ce qu'elle n'y déroge pas.*
Des autres qualitez requises par les Coutumes ou Statuts.
24. *Des qualitez des Témoins testamentaires requises par les differentes Coutumes.*
25. *Si les Témoins des Testamens purement nuncupatifs, peuvent être reprochez.*

1. Des qualitez que doivent avoir les témoins aux Testamens &

IL faut voir presentement quelles sont les qualitez que les témoins doivent avoir, afin que les Testamens & les autres dispositions de derniere volonté soient valables. Premierement, ils

ils doivent être *cives Romani*, *L.* 21, *cod. de Teſtam.* c'eſt-à-dire, regnicoles, comme l'explique *l'article* 40 *de l'Ordonnance de* 1735. En ſecond lieu, ils doivent être mâles, ſuivant le même article & l'eſprit du Droit Romain, qui exclut les femmes de pouvoir aſſiſter aux Teſtamens comme témoins, *§. 6, inſtit. de Teſtam. ordin.* & *L.* 20, *§.* 7, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* & qui refuſe la même faculté aux hermaphrodites, lorſque le ſexe feminin prévaut, *L.* 18, *§.* 1, *ff. de Teſtibus.* En troiſiéme lieu, ils doivent avoir l'âge néceſſaire pour teſter, & être puberes dans les Pays du Droit écrit, *L.* 21, *cod. de Teſtamentis §.* 6, *inſtit. de Teſtam. ordin.* ce qui eſt confirmé par *l'article* 39 *de l'Ordonnance*; mais elle veut que dans les Pays Coutumiers les Témoins ayent vingt ans accomplis. En quatriéme lieu, qu'ils ſoient capables des effets civils, *article* 40, ou comme dit le *§.* 6, *inſtit. de Teſtam. ordin. cum quibus Teſtamenti factio eſt.* En cinquiéme lieu, ils doivent être *integræ famæ*, & n'avoir point ſouffert de note d'infamie ſuivant le même article 40. Le *§.* 6, *inſtit. de Teſtam. ordin. & la Loi* 20, *§.* 5, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* En ſixiéme lieu, ils doivent avoir l'uſage de la parole, de la vûë, & de l'ouie, *§.* 6, *inſtit. de Teſtam. ordin. & argum. l.* 9 *&* 21, *cod. de Teſt.* Enfin, ils doivent être de condition libre, *§.* 6. *inſtit. de Teſtam. ordin.* ou du moins être reconnus & réputez publiquement pour tels, *§.* 7, *inſtit. eod.*

autres diſpoſitions à cauſe de mort.

Il n'importe point qu'ils ſoient peres de famille, ou fils de famille, *§.* 8, *inſtit. de Teſtam. ordin.* s'ils ont d'ailleurs les autres qualitez requiſes.

2. Les enfans de famille peuvent être témoins.

Les Légataires ou fideicommiſſaires particuliers peuvent également être témoins au Teſtament, par lequel on leur fait quelque liberalité, *L.* 20, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* & *§.* 11, *inſtit. de Teſtam. ordin.* Il en eſt de même de ceux qui ſont employez pour dreſſer ou dicter le Teſtament, *L. dictantibus* 22, *cod. de Teſtamentis*; ce qui n'a pourtant pas lieu aux Pays Coutumiers, parce que les Coutumes, & principalement celle de Paris, article 289, veulent que les Témoins ſoient idoines, ou capables, *ſuffiſans, & non Légataires.*

3. Des Légataires ou Fideicommiſſaires particuliers.

De ceux qui dreſſent ou dictent les Teſtamens.

Quid aux Pays Coutumiers.

Ceux qui ont en leur puiſſance les Légataires ou fideicommiſſaires particuliers, & ceux qui ſont en leur puiſſance peuvent auſſi être admis comme témoins, *dict. §.* 11; mais cette faculté, par rapport aux Légataires & fideicommiſſaires particuliers, eſt reſtrainte au Teſtament ſolemnel & miſtique par *l'article* 43 *de l'Ordonnance de* 1735.

4. De ceux qui ont en leur puiſſance les Légataires ou Fideicommiſſaires particuliers, *& vice verſa.*

Aux Teſtamens ſolemnels.

Celui qui eſt nommé Tuteur dans le Teſtament peut y aſ-

5. Si le Tuteur nommé par le

Testament peut y être témoin.

De l'Exécuteur testamentaire.

sister comme témoin, *L.* 20, *ff. qui Testam. fac. poss.* on doit dire la même chose de celui qui est nommé Exécuteur Testamentaire par identité de raison, ce qu'il faut néanmoins borner à celui qui est *nudus ministeri*, & qui n'est pas chargé de la distribution des biens entiers & de l'herédité du Testateur, qui a institué les pauvres, ou certaines personnes à qui la distribution doit être faite; car un tel Exécuteur Testamentaire doit être regardé comme heritier, mais grevé de rendre, selon la remarque de Stokmans, décis. 7.

6. De plusieurs Témoins de la même famille.

On peut prendre plusieurs témoins ensemble dans la même famille, comme plusieurs freres, même avec leur pere, quoiqu'ils soient tous en sa puissance, *L.* 22, *ff. qui Testam. fac. poss. L.* 17, *ff. de testibus*, *§.* 8, *instit. de Testam. ordin.*

7. Si le pere peut être témoin au Testament de son fils Soldat.

Du frere.

Comme aussi le pere peut être témoin au Testament de son fils Soldat, qui teste *jure militari*; son frere le peut pareillement, quoique le Soldat Testateur soit en la puissance de son pere, de même que son frere, *L.* 20, *§.* 2, *ff. qui Testam. facere possunt*; mais il en seroit autrement si le fils de famille testoit *post missionem jure communi* de son pécule castrense, *§.* 9, *instit. de Testam. ordin.* Toutefois, si le fils Soldat étoit émancipé lorsqu'il teste *jure communi* de son pécule castrense, son pere & son frere pourroient être témoins; car ce n'est qu'à raison de la puissance paternelle que le témoignage est prohibé dans ce cas au pere & au frere du Testateur; cela résulte du *§.* 9, déja cité, en prenant argument *à contrario sensu*, comme l'ont observé *Vinnius* dans ses petites notes sur ce texte, *Duarenus*, & plusieurs autres Auteurs; il est vrai que le même texte ajoute *reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium*; mais ces paroles doivent s'entendre de la domesticité produite par la puissance paternelle. Je pense néanmoins, que le pere, le frere & les autres proches parens ne peuvent aujourd'hui être témoins que dans l'acte de suscription du Testament solemnel & mistique, par l'argument que l'on peut tirer des articles 42 & 43 de l'Ordonnance de 1735.

Quid du Testament fait *jure communi* du pécule castrense.

Quid si le fils est émancipé.

Comment s'entend dans ce cas le *Domesticum testimonium*.

Quid par l'Ordonnance de 1735.

8. Si le pere peut être témoin au Testament de son fils émancipé pour son pécule quasi-castrense.

Quid du frere.

Quid si le fils n'est pas émancipé.

Celui qui a un pécule quasi castrense

Il faudroit dire la même chose du fils émancipé qui testeroit de son pécule quasi-castrense, qu'il pourroit employer son pere & son frere comme témoins dans son Testament fait *jure communi*; mais il ne pourroit pas, s'il n'étoit pas émancipé, appeller pour témoins, ni son pere ni son frere, suivant le *§.* 9, *instit. de Testam. ordin.* puisque cela n'est permis dans ce cas par la *Loi* 20, *§.* 2, *ff. qui Testam. fac. poss.* qu'au Soldat qui teste *jure militari*, après son congé; car celui qui a un pécule quasi-castrense

a bien la faculté de tester ; mais il ne peut pas disposer *jure militari.*

trense ne peut pas tester *jure militari.*

Quoique la *Loi* 20, *§.* 1, *ff. qui Testam. fac. poss.* décide que celui qui a été racheté de la captivité où il étoit chez les ennemis, ne peut pas être témoin au Testament de celui qui a payé la rançon, & qui le retient chez lui jusqu'à ce qu'il ait été remboursé, parce qu'il a une espece de puissance semblable à celle que le Maître a sur son Esclave ; néanmoins, cela ne peut pas avoir lieu dans la Chrétienté, où les prisonniers chez les ennemis n'étant point esclaves, & conservant leur liberté, même dans leur prison, ils peuvent sans difficulté être témoins au Testament de celui qui a payé leur rançon, parce qu'il n'a aucune puissance sur eux ; mais seulement une action pour se faire rembourser.

9.
De celui qui a été racheté chez les ennemis, s'il peut être témoin au Testament de celui qu'il a racheté.

Comme dans le Pays du Droit écrit la domesticité capable de faire rejetter le témoignage aux Testamens, se prend de la puissance paternelle, ainsi que nous l'avons observé. Dans le même Pays où la femme ne passe point en la puissance de son mari, elle peut appeller dans son Testament, son mari pour témoin, & par la même raison les parens collateraux peuvent aussi être témoins au Testament de leur parent. On doit dire encore la même chose des parens de l'heritier ; car *le §.* 10, *aux institutes de Testam. ordin.* n'exclut du témoignage le pere & les freres de l'heritier, qu'autant qu'il est en la puissance de son pere, & que ses freres sont aussi en la puissance de leur pere commun.

10.
Domesticité en Pays de Droit écrit pour le témoignage aux Testamens se prend de la puissance paternelle.

Si le mari peut être témoin au Testament de sa femme.

Quid des parens collateraux du Testateur, s'ils peuvent être témoins au Testament.

Quid des parens de l'heritier.

A l'égard des Herétiques, quoique la *Loi* 21, *cod. de Hereticis* n'en admette le témoignage en Jugement, que dans certains cas, & selon certaines distinctions ; néanmoins elle en reçoit le témoignage *propter utilitatem necessarii usus*, dans les contrats, & dans les Testamens, sans distinction de la nature de leurs heresies. On peut dire la même chose selon *Manzius de Testam. valido & invalido*, *tit.* 4, *quest.* 1, *num.* 70, des Juifs & des Infideles, s'ils avoient d'ailleurs les autres qualitez requises, ce qu'il faut néanmoins entendre par rapport au Testament écrit, qui ne doit pas être accompagné de la déposition faite en Justice ; moyennant ferment ; car étant exclus de porter témoignage en Jugement, ne connoissant point J. C. par lequel on doit jurer suivant les Canons ; ils ne pourroient pas servir dans les Testamens purement nuncupatifs, à raison desquels il faut déposer en Jugement après ferment. Ce que nous venons de remarquer par rap-

11.
Si les Heretiques peuvent être témoins aux Testamens.

Des Juifs & des Infideles.

Quid dans les Testamens nuncupatifs non écrits.

port aux Juifs, aux Infideles & aux Herétiques, qui peuvent être témoins ſuivant le Droit Romain, n'eſt pas conforme à nos mœurs, parce qu'en France, on ne ſouffre que des Chrétiens qui font profeſſion de la Religion Catholique, Apoſtolique & Romaine.

12. Des excommuniez.

A l'égard des excommuniez, ils peuvent être témoins dans les contrats & dans les Teſtamens; mais comme ils ſont incapables de porter témoignage en Jugement, ils ne pourroient pas être témoins dans un Teſtament qu'il faudroit atteſter moyennant ſerment.

13. Des perſonnes qui manquent des qualitez néceſſaires pour être témoins aux Teſtamens.

Après avoir expliqué les regles ſelon leſquelles on peut être témoin dans les Teſtamens, il faut voir préſentement quelles ſont les perſonnes qui, ſelon les mêmes regles, manquent des qualitez requiſes pour cela, & qui par conſéquent, ſont excluſes de cette eſpece de témoignage.

14. Des étrangers, *peregrini*, aubains.

Les Loix exigeant que les témoins ſoient Citoyens & Regnicoles, elles excluent donc ceux qui, chez les Romains, étoient appellez *Peregrini*, c'eſt-à-dire, les étrangers non naturaliſez, que nous appellons *Aubains*, *L.* 21, *cod. de Teſtam.* & *l'article* 40 *de l'Ordonnance de* 1735, qui excepte dans le Teſtament militaire les étrangers non notez d'infamie.

15. Des femmes ou filles.

Puiſque les témoins doivent être mâles, cela exclut bien clairement les perſonnes qui ſont d'un autre ſexe; auſſi la *Loi* 20, *§. mulier* 6, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* & *le §. 6 aux inſtit. de Teſtam. ordin.* excluent nommément les femmes du témoignage aux Teſtamens, & l'Ordonnance a adopté cette regle par *l'article* 40, pour toutes ſortes de Teſtamens & de Diſpoſitions de derniere volonté, ſans diſtinguer les perſonnes des Teſtateurs; elle a donc rétabli dans leur pureté, les regles du Droit Civil, deſquelles les Interpretes s'étoient écartez, par rapport à certaines diſpoſitions, où ils étoient d'avis que les femmes pouvoient être admiſes comme témoins. L'Ordonnance qui veut que les témoins ſoient mâles, devant être obſervée dans tout le Royaume, elle abroge conſéquemment l'uſage de certains Pays Coutumiers, comme en Bretagne, où l'on penſoit, ainſi que le remarque *Argentré ſur l'article* 573 *de la Coutume de Bretagne*, *& Perchambaut ſur la même Coutume*, *titre* 24, *§.* 3, que les femmes pouvoient être témoins aux Teſtamens, à cauſe qu'ils n'y ſont pas ſolemnels. Mais les hermaphrodites peuvent ou ne peuvent pas être témoins, ſelon que l'un ou l'autre ſexe prévaut. *L.* 15, *§.* 1, *ff. de Teſtibus*.

Quid dans les Pays où les Teſtamens ne ſont pas ſolemnels.

Si les Hermaphrodites peuvent être témoins aux Teſtamens.

16. Des personnes qui ne peuvent être témoins aux dispositions à cause de mort *ob infirmitatem consilii.*

Les Interpretes observent qu'il y a des personnes qui sont exclusses du témoignage aux Testamens, *ob infirmitatem consilii*, cela comprend dans les Pays du Droit écrit, les impuberes, qui n'ont pas accompli la quatorziéme année, *L.* 20, *ff. qui Testam. fac. poss.* & *§.* 6, *instit. de Testam. ordin.* & dans les Pays Coutumiers ceux qui n'ont pas vingt ans accomplis, *article* 39 *de l'Ordonnance de* 1735, en quoi cette Ordonnance s'est conformée à l'article 289 de la Coutume de Paris.

Les impuberes en Pays de Droit écrit.

Les mineurs de vingt ans dans les Pays Coutumiers.

17. Des furieux, insensez, imbeciles, ou qui sont dans la démence ou le délire.

Cela comprend encore les furieux, à moins qu'ils n'ayent des intervales dilucides, & qu'ils assistent alors comme Témoins, *L.* 20, *§.* 4, *ff. qui Testam. fac. poss.* & *§.* 6, *instit. de Testam. ordin.* comme aussi les insensez, ou imbéciles, & ceux qui sont dans la démence, ou dans le délire.

18. De ceux qui sont exclus *ob vitium corporis.*

Sourds, muets, aveugles.

D'autres sont exclus du témoignage *ob vitium corporis.* Tels sont les sourds ou les muets, *§.* 6, *instit. de Testam. ordin.* On doit dire la même chose des aveugles, parce qu'ils ne peuvent pas voir le Testateur. *Argum. L.* 9 *&* 21, *cod. de Testam.*

19. De ceux qui sont exclus *ob vitæ probra.*

Le prodigue.

Les infames.

D'autres en sont exclus *ob vitæ probra*, & à cause du dereglement de leur vie ou par leur condition. Tels sont en premier lieu, le prodigue auquel l'administration de ses biens a été interdite, *L.* 18, *ff. qui Testam. fac. poss.* En second lieu, les infâmes, *& à quovis judicio intestabiles*, & ceux qui ont été condamnez à quelque peine afflictive, ou infamante, *§.* 6, *instit. de Test. ordin. L.* 18, *§.* 1, *L.* 20, *§.* 5, *ff. qui Testam. fac. poss. L.* 14, *& L. repetundarum* 15, *ff. de testibus, & L.* 6, *§.* 1, *ff. ad L. Jul. de adult.* Enfin, tous ceux qui sont incapables des effets civils, & qui ont souffert une mort civile, *article* 40 *de l'Ordonnance de* 1735, comme sont ceux qui ont été condamnez à quelque peine qui emporte mort civile; les esclaves *§.* 6, *instit. de Testam. ordin.* parce qu'ils n'ont aucune participation au Droit civil, *L.* 20, *§.* 7, *qui Testam. fac. poss.* & qu'ils sont déclarez incapables de porter témoignage par l'article 30 de l'Edit du mois de Mars 1685, pour la Police des Isles de l'Amerique Françoise; & les Religieux de quelqu'Ordre que ce soit, parce qu'ils sont réputez morts civilement: ce qui a lieu même pour les Novices suivant *l'article* 41 *de l'Ordonnance de* 1735. Une disposition aussi generale doit, sans doute, comprendre les Religieux de l'Ordre de Saint Jean de Jerusalem, appellez *Chevaliers de Malthe*, parce qu'ils sont vrais Religieux, quoiqu'on dise communément *vivunt ut liberi, moriuntur ut servi.*

Ceux qui ont souffert une mort civile.

Les esclaves.

Les Religieux.

Les Novices.

Religieux de Malthe.

Les Clercs, Serviteurs ou Domestiques du Notaire, ou Ta-

10. Des Clercs, Serviteurs ou Domeſtiques du Notaire ou autre perſonne publique qui reçoit le Teſtament.

bellion, ou autre perſonne publique, qui recevra le Teſtament; codicile, ou autre derniere diſpoſition, ou l'acte de ſuſcription, ne peuvent pas être pris pour témoins, *article* 42 *de l'Ordonnance de* 1735. Mais, à cet égard, l'Ordonnance introduit un droit nouveau par rapport au Pays du Droit écrit, où l'on pouvoit auparavant prendre pour témoins, les Clercs, Serviteurs ou Domeſtiques des Notaires. Il y a dans le nouveau *Journal des Audiences*, *tome* 5, *livre* 8, *chapitre* 26, un Arrêt du Parlement de Paris du 2 Juillet 1708, qui n'eût point d'égard à la nullité propoſée contre un Teſtament, de ce que le Clerc du Notaire y avoit ſigné comme Témoin; & néanmoins, il fit défenſes par forme de Reglement nouveau aux Notaires de ſon reſſort, de ſe ſervir dans les contrats, actes & Teſtamens, des témoins qui ſoient leurs Clercs, ni qui ſoient au-deſſous de l'âge de vingt ans accomplis, ſur peine de faux & de nullité deſdits contrats, actes & Teſtamens, ſans préjudice néanmoins de la validité des actes & contrats qui ſe trouveront avoir été paſſez, & des Teſtamens de ceux qui ſe trouveront être décedez avant la publication du preſent Arrêt. L'Arrêt du 25 Avril 1709 rapporté au même endroit, modifie le précedent.

11. Des heritiers inſtituez, de leurs freres.

Des ſubſtituez en l'heredité.

Des Légataires univerſels.

Les heritiers inſtituez, ni ceux qui ſont en leur puiſſance, ni les freres des heritiers qui ſont en la puiſſance de leur pere commun, ne peuvent pas être témoins aux Teſtamens, §. 10, *inſtit. de Teſtam. ordin. L'article* 43 *de l'Ordonnance de* 1735, fait la même défenſe pour les heritiers, & l'étend aux ſubſtituez en l'heredité, & dans tous les cas; mais à l'égard des Légataires univerſels ou particuliers, elle ne le permet que dans l'acte de ſuſcription du Teſtament miſtique, & par conſéquent elle leur défend d'être employez pour témoins dans toutes les autres diſpoſitions.

12. Des enfans du Teſtateur qui ſont en ſa puiſſance.

Du pere du Teſtateur.

Du frere du Teſtateur.

Enfin, on ne peut pas appeller pour témoins dans les Teſtamens, les enfans du Teſtateur qui ſont en ſa puiſſance, *L.* 20, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* ni le pere du Teſtateur, en la puiſſance duquel il eſt, ni ſon frere qui eſt auſſi en la puiſſance de leur pere commun, lorſqu'il teſte *jure communi*, de ſon pécule caſtrenſe, §. 9. *inſtit. de Teſtam. ordin.* ce qui doit être appliqué par identité de raiſon, dans le même cas de la puiſſance paternelle, à celui qui teſte de ſon pécule quaſi-caſtrenſe.

13. L'Ordonnance confirme le Droit Romain en ce qu'elle n'y déroge pas.

Dans la diſcuſſion que nous venons de faire, nous avons uni & lié les diſpoſitions du Droit Romain avec celles de l'Ordonnance, parce que l'article 46 veut que les diſpoſitions du Droit

écrit, & autres Loix, Coutumes, ou Statuts, en ce qui concerne la qualité des témoins, soient exécutez en tout ce qui n'est pas contraire aux six articles précedens de la même Ordonnance. Nous devons encore observer, que tout ce qui est prescrit par cette Ordonnance, par le Droit Romain & par les Coutumes, chacune dans son district, doit être ponctuellement gardé, à peine de nullité des dispositions, suivant les articles 46 & 47.

Des autres qualitez requises par les Coutumes ou Statuts.

Du reste, nous ne sommes pas entrez dans l'examen des qualitez que les Coutumes ou Statuts exigent dans les personnes des témoins, parce que le détail en est trop long, & qu'il est d'ailleurs superflu; ceux qui vivent dans ces Coutumes en étant suffisamment instruits. On peut voir l'article 289 de la Coutume de Paris, & les autres qui sont indiquez par Ferriere.

24. Des qualitez des témoins testamentaires requises par les differentes Coutumes.

Nous avons examiné dans le chapitre précedent, section 5, la question de sçavoir si les témoins du Testament purement nuncupatif pouvoient être reprochez; ainsi, il seroit inutile d'en reparler à present.

25. Si les témoins des Testamens purement nuncupatifs peuvent être reprochez.

CHAPITRE IV.

De la capacité active de faire les Testamens, & des personnes qui en sont capables.

SOMMAIRE.

1. *Deux sortes de capacitez.*
Faculté de disposer.
Faculté de recevoir des liberalitez testamentaires.
2. *Six difficultez à éclaircir.*
3. *Pour pouvoir tester il faut être pere de famille.*
4. *Il faut être Citoyen Romain ou regnicole.*
5. *Le Testateur doit être sain d'esprit.*
Mais un malade de corps peut tester.
6. *Il faut avoir l'âge requis.*
Il faut être capable des effets civils.
Trois sortes de changement d'état.
7. *Le Testateur doit être en état de déclarer ou faire connoître sa volonté de vive voix, ou par écrit.*
L'essence du Testament consiste dans la nuncupation ou dans l'écriture.
Dispositions par signes sont nulles.
8. *Quand est-ce qu'on cesse d'avoir la capacité de tester.*
9. *En quel tems la capacité du Testateur doit être considerée.*
Au tems du Testament.
Au tems de la mort.
Quid *dans l'entrée en Religion.*
10. *La fureur, la démence, ou l'imbecilité qui surviennent ne rendent pas le Testament inefficace.*
Idem *de l'interdiction pour prodigalité.*
Si la mort civile encouruë par l'entrée en Religion annulle le Testament.
11. *Quand il y a incapacité lors du Testament, il n'est pas rendu valide, quoique le Testateur acquiert dans la suite la capacité.*
12. *Si celui qui est incapable de porter témoignage, est incapable de tester.*
13. *Résolution pour la négative.*
Cas où l'on peut porter témoignage sans qu'on puisse tester.
14. *Cas où l'on peut tester sans que l'on puisse porter témoignage en Jugement.*

15. *Si*

15. *Si la liberté de tester est commune à tous.*
Testamenti factio non privati sed publici juris est.
Il n'y a que ceux à qui la Loi le permet qui puissent tester.
16. *Explication des mots* Testamenti factio.
17. *Réponse à la raison prise de ce que l'origine des Testamens est du Droit des Gens.*
18. *Si les qualitez nécessaires pour tester sont présumées, ou s'il est nécessaire de les prouver.*
Les qualitez naturelles à l'homme sont présumées.
19. *Les qualitez accidentelles doivent être prouvées par les heritiers qui soutiennent le Testament.*
20. *On ne peut pas se priver de la faculté de tester.*
Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.
Si l'on peut s'imposer la Loi de ne point changer un premier Testament.
Disposition de la Coutume de Bourbonnois.
21. *Exception pour les Pays où les institutions contractuelles sont reçuës.*

LES Jurisconsultes ont remarqué deux sortes de capacitez au sujet des Testamens. La premiere consiste en la liberté de tester. La seconde, en la faculté de recevoir par Testament. Cette double capacité résulte clairement de la Loi *filius familias* 16, *ff. qui Testam. fac. poss.* les Interpretes appellent l'une active, & l'autre passive. Nous nous proposons d'expliquer la capacité active. Nous parlerons de la passive dans le chapitre 6.

1. Deux sortes de capacitez. Faculté de disposer. Faculté de recevoir des liberalitez testamentaires.

Avant d'entrer dans le détail des personnes qui peuvent ou ne peuvent pas tester, il est nécessaire d'éclaircir cinq ou six difficultez. 1°. Quelles sont les qualitez nécessaires pour avoir la capacité de tester? 2°. Quand est-ce qu'on cesse d'avoir cette capacité? 3°. En quels tems cette capacité doit être considerée. 4°. Si ceux qui sont capables ou incapables de porter témoignage en Jugement sont capables de tester. 5°. La capacité est-elle naturelle s'il n'y a point de Loi expresse prohibitive? ou n'y a-t'il que les personnes à qui la Loi permet de tester qui en soient capables? 6°. Peut-on s'interdire soi-même la faculté de tester?

2. Six difficultez à éclaircir.

Sur la premiere difficulté, nous observerons, en premier lieu, que pour être capable de tester, il faut être pere de famille, la Loi des douze Tables n'ayant accordé cette faculté qu'au pere de famille, *paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave rei suæ ita jus esto*, dit le fragment de cette Loi, titre *de jure privato.*

3. Pour pouvoir tester il faut être pere de famille.

En second lieu, il faut être Citoyen Romain, *civis Romanus*, *L.* 1, *ff. ad L. falcid.* c'est-à-dire, être Regnicole comme l'ex-

4. Il faut être Citoyen Romain, ou Regnicole.

plique *l'Ordonnance de* 1735, *article* 40, en parlant des témoins.

5. Le Testateur doit être sain d'esprit.

Mais un malade de corps peut tester.

En troisiéme lieu, lorsque le Testateur dispose, il doit être sain d'esprit & d'entendement, *in eo qui testatur, ejus temporis quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est, L. 2, ff. qui Testam. fac. poss.* La Coutume de Paris article 292, exprime fort bien cette qualité par ces paroles, *toutes personnes saines d'entendement peuvent disposer par Testament, &c.*

6. Il faut avoir l'âge requis.

En quatriéme lieu, il est nécessaire que le Testateur ait l'âge requis par les Loix, ou par la Coutume du lieu où il teste. Cet âge est fixé à la puberté dans les Pays du Droit écrit, *L. 5, ff. qui Testam. fac. poss.* & dans les Coutumes, à dix-huit, vingt ou vingt-cinq ans, selon la diversité du sexe des Testateurs, la differente nature de biens qui se trouvent compris dans la disposition. On peut voir l'article 293 de la Coutume de Paris, & les autres qui sont rapportez ou indiquez par Ferriere dans sa conference sur cet article.

Il faut être capable des effets civils.

Trois sortes de changement d'état.

En cinquiéme lieu, le Testateur doit être capable des effets civils, & n'avoir point souffert de changement d'état qu'on appelle dans le Droit Romain, *capitis diminutio*, laquelle est de trois sortes, *maxima, media & minima*; mais la capacité des effets civils ne peut souffrir d'atteinte que par les deux premieres, ce que nous expliquerons plus amplement ci-après en faisant l'énumeration des personnes qui sont incapables de tester. La preuve comme cette qualité est nécessaire, se tire des *§§. 5 & 6, aux instit. quib. mod. Testam. infirm.* de la Loi *6, §. 6*, & suivans, *ff. de injusto rupto & irrito facto Testam.* & de plusieurs autres textes du Droit Romain.

7. Le Testateur doit être en état de déclarer ou faire connoître sa volonté de vive voix ou par écrit.

L'essence du Testament consiste dans la nuncupation ou dans l'écriture.

Dispositions par signes sont nulles.

Enfin, le Testateur doit être en état de déclarer, ou de faire connoître sa volonté de vive voix, ou par écrit; car l'essence du Testament consiste ou dans la nuncupation, ou dans l'écriture, qui peut suppléer à la nuncupation, & à la déclaration que le Testateur doit faire devant les témoins, que l'écrit qu'il presente renferme sa volonté, comme nous l'avons dit en expliquant les differentes especes des Testamens dans le chapitre 2: d'ailleurs, *l'article 2 de l'Ordonnance de* 1735, déclarant nulles toutes les dispositions qui ne seroient faites que par signes; il est d'une nécessité indispensable, pour pouvoir tester efficacement, que le Testateur soit en état de déclarer ou de faire connoître sa volonté de parole ou par écrit, les signes ne pouvant plus servir pour cela.

Touchant la deuxiéme difficulté, on ceſſe d'avoir la capacité de teſter dès qu'on manque de quelqu'une des qualitez, ou qu'on la perd. Si par exemple, un enfant émancipé revient ſous la puiſſance de ſon pere, par la nullité, la caſſation ou la réſolution de l'émancipation; ſi un Regnicole ceſſe de l'être en transferant ſa demeure par un établiſſement dans une Domination étrangere; par la perte du bon ſens, par les infirmitez qui mettent le Teſtateur hors d'état de faire connoître ſa volonté verbalement, ou par écrit, & ainſi des autres.

8. Quand eſt-ce qu'on ceſſe d'avoir la capacité de teſter.

A l'égard de la troiſiéme difficulté, on doit conſiderer la capacité du Teſtateur en deux tems differens: Sçavoir, celui du Teſtament & celui de ſa mort naturelle, lorſqu'il ceſſe de pouvoir teſter par quelqu'un des changemens d'état appellez *capitis diminutiones*, autres toutefois que celui qui arrive par la Profeſſion en Religion; de maniere que le Teſtateur doit être de condition libre, Citoyen, & pere de famille dans ces deux tems; mais les changemens d'état qui arrivent dans l'entre-deux de ces tems, ne ſeront conſiderez pour rien. C'eſt ce qui réſulte clairement de ce qui eſt décidé dans les §§. 5 & 6, *inſtit. quib. mod. Teſtam. infirm.* Dans la Loi 6, §. 5, 6, 7 & 8, *ff. de injuſto rupto* Dans la Loi 6, §. 2, *ff. de hered. inſtit.* Et dans la Loi 1, §. 8, *ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.*

9. En quels tems la capacité du Teſtateur doit être conſiderée.

Au tems du Teſtament.

Au tems de la mort.

Quid dans l'entrée en Religion.

Que ſi le Teſtateur vient à perdre la capacité de teſter par quelqu'autre cauſe, comme s'il devient furieux, imbécile ou inſenſé, prodigue, muet, & ſourd, ou autrement que par l'un des trois changemens d'état appellez *capitis diminutiones*, & qu'il ſoit au tems de ſa mort libre, Citoyen, & pere de famille, comme il l'étoit au tems du Teſtament, alors on compte pour rien les autres changemens ſurvenus, & l'on ne s'arrête qu'au tems du Teſtament pour juger de ſa validité par la capacité du Teſtateur, comme le décide la Loi 1, §. 9, *ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* il en eſt de même lorſque le Teſtateur devient incapable de teſter par ſon entrée en Religion & par ſa Profeſſion, parce qu'alors on fait l'application de la Loi *Cornelia*, dont il eſt parlé dans la Loi 6, §. 12, *ff. de injuſto rupto*, & dans la Loi 12, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* & l'on regarde le Teſtateur comme s'il étoit mort naturellement au moment de la Profeſſion. Nous expliquerons ceci dans un plus grand détail dans le chapitre 11, où nous parlerons de la révocation des Teſtamens.

10. La fureur, la démence ou l'imbécilité qui ſurviennent ne rendent pas le Teſtament inefficace.

Idem de l'interdiction pour prodigalité.

Si la mort civile encourue par l'entrée en Religion, annulle le Teſtament.

Mais il faut prendre garde que l'on doit toujours examiner la capacité du Teſtateur au tems du Teſtament; car ſi par exem-

11. Quand il y a incapacité lors du Teſtament, il

n'eſt pas rendu valide, quoique le Teſtateur acquiere dans la ſuite la capacité.

ple il étoit pupille, ou fils de famille, ou furieux lorſqu'il a teſté; le Teſtament ſeroit nul, quoiqu'il mourût pubere, ou pere de famille, ou dans ſon bon ſens, *l.* 1, §. 8, *ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* & la Loi 19, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* & c'eſt pour n'avoir pas fait attention à cette diſtinction, qui applanit tous les doutes, & concilie les Loix qui paroiſſent ſe contrarier, que certains Interpretes ont mal-à-propos regardé cette queſtion comme l'une des plus difficiles & des plus intriguées de tout le Droit.

11. Si celui qui eſt incapable de porter témoignage eſt incapable de teſter.

A ſuivre l'argument que la Loi 20, §. 5, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* tire de l'incapacité de porter témoignage en Jugement pour en faire une application à l'incapacité de teſter, il ſemble qu'on doive dire, au ſujet de la quatriéme difficulté, que ceux qui ſont capables ou incapables de porter témoignage, ſont également capables ou incapables de teſter, parce que les uns & les autres ſont déclarez inteſtables, lorſqu'il ſe rencontre en eux quelqu'incapacité; ce qui s'applique au témoignage & à la liberté de teſter.

12. Réſolution pour la négative.

Cependant, l'argument n'eſt pas generalement bon, ni pour ni contre, & il faut décider par d'autres regles, les difficultez qui peuvent ſe preſenter ſur cette matiere, c'eſt-à-dire, en conſiderant ſi la perſonne a les qualitez requiſes pour teſter: En effet, il y a des perſonnes dont le témoignage eſt reçu en Jugement, qui n'ont pourtant pas la capacité de teſter. Cela ſe vérifie en la perſonne de l'herétique, qui peut porter témoignage en Jugement dans les cas exprimez dans la Loi 21, *cod. de hereticis*, & qui ne peut pas néanmoins teſter, *l.* 4, §. 5, *cod. eod. tit.* il en eſt de même du fils de famille, §. 8, *inſtit. de Teſtam. ordin.* & *l.* 6, *qui Teſtam. fac. poſſ.*

Cas où l'on peut porter témoignage ſans qu'on puiſſe teſter.

13. Cas où l'on peut teſter ſans que l'on puiſſe porter témoignage en Jugement.

Au contraire, pluſieurs perſonnes ſont capables de teſter, qui ſont néanmoins incapables de porter témoignage. Tel eſt l'infamie; car celui qui eſt noté d'infamie peut teſter, *l.* 1, *cod. de ſecund. nuptus*; toutefois ſon témoignage n'eſt point reçu, ni en Jugement ni au Teſtament, *l.* 3, *ff. de teſtibus*, & §. 6, *inſtit. de Teſtam. ordin.* Il en eſt de même du Novice qui ne peut pas être témoin aux diſpoſitions à cauſe de mort, ſuivant l'article 41 de l'Ordonnance de 1735, & qui néanmoins a la faculté de teſter ſelon l'article 21 de la même Ordonnance, la femme peut auſſi teſter, *l.* 5, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* cependant elle ne peut pas être témoin aux Teſtamens, §. 6, *inſtit. de Teſtam. ordin.*

15. Si la liberté de teſter eſt commune à tous.

Sur la cinquiéme difficulté, le commun des Interpretes tient que la liberté de teſter eſt commune à tous, & que tous ceux à qui la Loi ne l'a pas défendu peuvent en uſer; cependant l'opi-

tion de ceux qui ont soutenu le contraire nous paroît très-veritable; car selon la Loi 3, *ff. qui Testam. fac. poss. Testamenti factio non privati, sed publici juris est.* La faculté de tester est donc un benefice de la Loi, & une chose qui fait partie du Droit public. Il n'y a donc que ceux à qui la Loi a permis de tester, qui puissent user de la liberté qu'elle leur donne.

Testamenti factio non privati sed publici juris est.

Il n'y a que ceux à qui la Loi le permet qui puissent tester.

Il faut prendre garde que les mots *Testamenti factio* comprennent par l'universalité de leur signification, non-seulement les formalitez du Testament, mais encore d'une maniere plus naturelle & plus spéciale, la faculté même de tester; ainsi, lorsque la Loi déclare que cette faculté est de Droit public, il s'ensuit évidemment, qu'il n'y a que les personnes à qui la Loi permet de tester, qui puissent disposer de leurs biens de cette façon.

16. Explication des mots *Testamenti factio.*

Peu importe que nous ayons prouvé dans le chapitre 1 que l'origine des Testamens est du Droit des Gens; car cela n'empêche pas que la Loi n'ait pû, comme elle l'a fait veritablement, changer cette faculté naturelle de tester introduite par le Droit des Gens, en faire une partie du Droit public, & la faire dépendre du benefice de la Loi; ensorte qu'elle ne puisse appartenir qu'à ceux ausquels elle le permet, en désignant les qualitez que les personnes doivent avoir pour pouvoir en user.

17. Réponse à la raison prise de ce que l'origine des Testamens est du Droit des Gens.

Il ne faut pourtant pas s'imaginer qu'en déterminant que la faction du Testament est un benefice de la Loi, on soit pour cela astreint à prouver les qualitez nécessaires & requises par la Loi, pour avoir la capacité de tester; car si ces qualitez sont naturelles à l'homme, comme celle du bon sens, celle de la liberté, du Droit de Cité, de l'integrité de l'état de la personne, & de la participation au Droit Civil; ce ne sera point aux heritiers du Testateur à en faire la preuve; mais ce sera à ceux qui pour impugner le Testament, soutiendront le contraire, parce que c'est le fondement de leur droit, & par conséquent, ils doivent en rapporter ou fournir la preuve.

18. Si les qualitez nécessaires pour tester sont présumées, ou s'il est nécessaire de les prouver.

Les qualitez naturelles à l'homme sont présumées.

Que si ces qualitez sont accidentelles, comme l'émancipation du fils, tandis que son pere vit, ce sera sans doute aux heritiers du Testateur à les prouver, parce que selon le Droit Commun, le fils procréé d'un légitime mariage est en la puissance de son pere. Il faut donc rapporter les preuves de l'émancipation, parce que la présomption qui dérive du Droit Commun, est contraire à l'état du fils, lequel ne peut être consideré comme pere de famille, *& sui juris*, pendant la vie de son pere, si l'on ne prouve que les liens de la puissance paternelle ont été

19. Les qualitez accidentelles doivent être prouvées par les heritiers qui soutiennent le Testament.

rompus, *l.* 8, *ff. de probat.* ou par une émancipation expreſſe, ou par une émancipation tacite & légale, ſoit par une longue ſéparation d'avec ſon pere, ou par l'acquiſition de quelque dignité du nombre de celles qui font ceſſer la puiſſance paternelle; auſſi ne voyons-nous pas que de quelque façon qu'on décide la difficulté, ſi la faculté de teſter eſt de Droit Commun, ou ſi elle dérive de la permiſſion de la Loi, cela puiſſe rien changer dans la pratique, ni diminuer la liberté de teſter, puiſque quelqu'opinion que l'on tienne, il faut toujours avoir les qualitez requiſes par la Loi, & les perſonnes qui n'ont point ces qualitez ſont auſſi incapables de teſter que celles qui en ſont nommément excluſes par une Loi expreſſe.

20. On ne peut pas ſe priver de la faculté de teſter.

Jus publicum privatorum pactis mutari non poteſt.

Pour ce qui eſt de la ſixiéme difficulté, dès que nous voyons que la faculté de teſter eſt de Droit Public, il ne dépend pas des Particuliers de s'en priver, parce que *jus publicum privatorum pactis mutari non poteſt*, *l.* 38, *ff. de pactis*, enſorte que ceux qui ont les qualitez requiſes, & qui n'ont aucun empêchement de fait, ou de droit, ne peuvent pas s'en priver eux-mêmes, ni par aucune convention, qui eſt nulle dès qu'elle tend à diminuer, ou à reſtraindre la liberté de teſter, *l.* 52, *§.* 9, *ff. pro ſocio*, *l.* 15, *cod. de pactis*, & *l.* 61, *ff. de verbor. obligat.* ni en s'impoſant volontairement la Loi de ne point teſter, ou de ne point changer un premier Teſtament, *l. ſi quis*, *in princip.* 22, *ff. de leg.* 3°. pas même en y ajoutant la religion du ſerment, parce qu'il ne peut pas lier pour les choſes qui ſont contraires aux Loix. La Coutume de Bourbonnois en a fait une Loi expreſſe par rapport au ſerment dans l'article 294, en quoi cette Coutume s'eſt conformée à l'eſprit du Droit Romain, qu'elle a appliqué à ce cas particulier, qui ſembloit avoir beſoin d'une déſignation ſpéciale, & c'eſt ainſi que le décident les Interpretes; entr'autres, *Denis Godefroy*, ſur la Loi 52, *§.* 9, *ff. pro ſocio.*

Si l'on peut s'impoſer la Loi de ne point changer un premier Teſtament.

Diſpoſition de la Coutume de Bourbonnois.

21. Exception pour les Pays où les inſtitutions contractuelles ſont reçuës.

Cependant cette regle reçoit une exception dans les Pays où les inſtitutions faites en contrats de mariage en faveur des conjoints ou des enfans qui proviendront de ce mariage, valent comme des donations entre-vifs, ainſi qu'on le pratique dans le reſſort du Parlement de Toulouſe; car une telle inſtitution comprenant tous les biens de l'Inſtituant, & ceux qu'il aura à ſon décès, ſans qu'il puiſſe en diſpoſer en faveur de quelqu'autre perſonne, la liberté de teſter eſt en quelque façon ôtée à l'Inſtituant, puiſqu'il ne lui reſte aucuns biens qui puiſſent faire la matiere d'une diſpoſition teſtamentaire; on peut voir *Maynard*,

livre 5, chapitre 90. Fernand, ad cap. unic. de filiis natis ex matrim. ad morganaticam contracto, & les autres Auteurs du même Parlement, qui ont parlé des institutions contractuelles.

SECTION I.

Quelles sont les personnes qui peuvent tester.

SOMMAIRE.

1. *Quelles personnes sont capables de tester.*
Des Hermaphrodites.
Les Femmes peuvent tester tout comme les hommes.
Même à l'âge de douze ans accomplis.
2. *Si les femmes peuvent tester lorsqu'elles sont en la puissance de leur mari.*
La puissance maritale n'est pas mise au rang des incapacitez de tester.
3. *La maladie du corps ni la vieillesse n'empêchent pas de tester.*
Balbutiens & Seminecis.
De celui qui a perdu les deux mains.
Du sourd qui peut parler.
Du sourd & muet qui sçait écrire.
De l'aveugle.
4. *Des mineurs de vingt ans dans les Pays du Droit écrit.*
Puberté à quel âge.
Le dernier jour de l'année est censé accompli après la sixiéme heure du soir.
5. *Du pubere qui a un Curateur.*
S'il peut disposer en faveur de son Curateur.
6. *L'infamie qui n'emporte pas mort civile n'empêche pas de tester.*
L'infâme peut tester.
7. *De l'usurier.*
8. *De l'excommunié.*
9. *Si l'Hermite peut tester.*
10. *Si le Novice peut tester.*
Si ceux qui ont fait des vœux avant la seiziéme année peuvent tester.
Si l'Ordonnance de Blois peut avoir lieu dans les Coutumes qui ne permettent de tester qu'à l'âge de dix-huit ou de vingt ans.
11. *Si l'article 41 de l'Ordonnance de 1735, exclut les Novices de la faculté de tester.*
12. *Comment doit signer le Novice qui teste.*
13. *Si les Ambassadeurs peuvent tester dans les Cours étrangeres.*
14. *De ceux qui sont à la suite des Ambassadeurs.*
15. *On ne considere point comme Aubains ceux qui vont dans les Pays étrangers pour commercer,*

à moins qu'ils n'y faſſent des établiſſemens.
16. *Si les Ambaſſadeurs étrangers peuvent teſter dans la Cour de France.*
17. *Si les priſonniers de Guerre peuvent teſter.*
Quid *de ceux qui ont été pris par des Voleurs ou Pirates.*
Des ôtages.
18. *Si ceux qui ſont fait eſclaves par les Turcs peuvent teſter.*
Quid *de ceux qui ſont pris par les Pirates Barbares.*
Quid *des ôtages donnez aux Barbares, où l'eſclavage eſt en uſage.*
Si les Teſtamens faits en Turquie ou Barbarie, doivent être admis en France.
19. *Si ceux qui ſont releguez peuvent teſter.*
Des exilez.
20. *Si l'aſſocié peut teſter de ſa portion des choſes communes & indiviſes.*
21. *Si celui qui a adminiſtré une tutelle ou curatelle peut teſter.*
22. *Si les Evêques peuvent teſter.*
23. *Des Eccleſiaſtiques.*
24. *S'ils peuvent diſpoſer des biens acquis des revenus des Benefices.*
25. *Du Magiſtrat qui a été privé de ſa Charge.*
26. *Si les bâtards peuvent teſter.*
Quid *pendant la vie de leur pere naturel.*
27. *Si le prévenu de crime peut teſter.*
28. *De celui qui a été condamné par Sentence, & qui décede pendant l'appel.*
Quid *de celui qui eſt condamné par Sentence, & abſous par Arrêt.*
29. *Ceux qui ont la capacité de teſter peuvent le faire même hors du Royaume.*

1. Quelles perſonnes ſont capables de teſter.

NOus devons d'abord poſer comme une regle, que toutes les perſonnes qui ont toutes les qualitez exprimées ci-deſſus dans la réſolution de la premiere difficulté, ſont capables de faire Teſtament, de quelque ſexe qu'elles ſoient, il ne faut pas même s'enquerir lorſqu'elles ſont hermaphrodites, quel des deux ſexes prévaut, parce que la faculté de teſter n'appartient pas moins aux femmes qu'aux hommes; car quoique la *Loi des douze Tables* s'exprime par le mot *paterfamilias*, comme cette expreſſion comprend l'un & l'autre ſexe, ſelon la déciſion de pluſieurs Loix, qui veulent que le genre maſculin comprenne le feminin, *l.* 195, *ff. de verbor. ſignif.* les femmes peuvent diſpoſer par Teſtament, même dans un âge plus tendre que les mâles, puiſque leur capacité eſt fixée à la douziéme année accomplie, *l.* 5, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* auſſi voyons-nous dans une infinité de Loix, que les Juriſconſultes ont répondu ſur des Teſtamens faits

Des Hermaphrodites.

Les femmes peuvent teſter tout comme les hommes.

Même à l'âge de douze ans accomplis.

faits par des femmes, & en ont supposé la validité; il n'y a absolument aucun doute là-dessus.

2. Si les femmes peuvent tester lorsqu'elles sont en la puissance de leur mari.

Cela a lieu sans difficulté non-seulement dans les Païs du Droit écrit par rapport aux femmes mariées; parce qu'elles ne passent point en la puissance de leurs maris, comme nous l'avons prouvé dans nos Observations sur l'art. 9 de l'Ordonnance de 1731; mais encore dans le Païs Coutumier, même sans être autorisées de leurs maris, quoiqu'elles soient en leur puissance, à moins qu'il n'y ait une disposition contraire dans la Coutume du lieu; parce que la puissance maritale n'est pas mise au nombre des incapacitez de tester, la Loi n'ayant parlé que de la puissance des Maîtres sur leurs esclaves, & des peres sur leurs enfans, & que la puissance maritale n'est pas naturelle au mari, comme l'est la paternelle au pere, mais elle est accidentelle, s'il est vrai que la puissance sur les esclaves qui sont nez libres est aussi accidentelle; mais il y a à leur égard une autre raison qui les rendoit incapables de tester, c'est qu'ils n'avoient aucune participation au Droit Civil, *l.* 20, *§.* 7, *ff. qui testam. fac. poss.* & qu'ils étoient regardez comme morts, *l.* 209, *ff. de Reg. Juris.*

La puissance maritale n'est pas mise au rang des incapacitez de tester.

3. La maladie du corps, ni la vieillesse n'empêchent pas de tester.

La maladie du corps, ni la vieillesse ne portent aucun obstacle à la liberté de tester, pourvu que l'on ait d'ailleurs les qualitez requises, surtout la raison & le bon sens, *l. Senium* 3, *cod. qui testam. fac. poss. & l.* 2, *ff. eod.* Ce qui a lieu, quelque griéve que soit la maladie, & quoique le Testateur soit à toute extrêmité de vie, *Balbutiens & Seminecis, l.* 15, *cod. de testam.* pourvu néanmoins qu'il puisse se faire entendre en bégayant, & qu'il soit en état d'expliquer sa volonté. Et par la même raison que celui qui a perdu les deux mains n'est pas empêché de déclarer sa volonté par la nuncupation, il n'est pas exclus de la faculté de tester, *l.* 10, *ff. qui testam. fac. poss.* Il en est de même du sourd qui peut parler, & même du sourd & muet qui sçait écrire; car il peut tester par écrit en la forme que nous avons expliquée au chap. 2, suivant la Loi 10, *cod. qui testam. fac. poss. & §.* 3, *instit. quibus non est permissum facere Testam.* L'aveugle peut aussi tester en la forme expliquée dans la Loi 8, *cod. qui testam. fac. poss. & §.* 4, *instit. quib. non est permis. fac. testam.*

Balbutiens & Seminecis.

De celui qui a perdu les deux mains.

Du sourd qui peut parler.

Du sourd & muet qui sçait écrire.

De l'aveugle.

4. Des mineurs de vingt ans dans les Païs du Droit écrit.

Puberté à quel âge.

Les mineurs de vingt-cinq ans, même de vingt ans, dans le Païs du Droit écrit, ont la faculté de tester; il suffit qu'ils soient puberes, ce qui arrive aux femmes à l'âge de douze ans accomplis, & aux mâles à quatorze ans aussi accomplis, *l.* 5, *ff. qui testam. fac. poss. & l.* 4. *cod. eod.* Si par exemple une personne est née le

premier de Janvier, elle pourra teſter, non-ſeulement le premier de Janvier après ſa douziéme ou quatorziéme année; mais encore le dernier jour de Décembre, qui eſt le dernier jour de la douziéme ou quatorziéme année, après la ſixiéme heure de la nuit, ou du ſoir; parce qu'alors l'année eſt regardée comme accomplie, *l. 5, ff. qui teſtam. fac. poſſ.*

Le dernier jour de l'année eſt cenſé accompli après la ſixiéme heure du ſoir.

5. Du pubere qui a un Curateur. S'il peut diſpoſer en faveur de ſon Curateur.

Le mineur ou pubere peut teſter, quoiqu'il ait un Curateur, ſans même qu'il ait beſoin d'être autoriſé par ſon Curateur; il peut encore, ſuivant le Droit Romain, faire des diſpoſitions en faveur de ſon Curateur, *l. Aurelio* 20, *§.* 1, *ff. de liberat. leg.* Il en eſt autrement par le Droit François à l'égard des liberalitez faites par le mineur à ſon Curateur; comme nous l'expliquerons en ſon lieu.

6. L'infamie qui n'emporte pas mort civile n'empêche pas de teſter. L'infâme peut teſter.

Comme l'infamie, lorſqu'elle ne vient pas d'une condamnation qui emporte mort civile, n'ôte aucune des qualitez neceſſaires pour teſter, il n'y a point de doute que l'infâme ne puiſſe diſpoſer par Teſtament; c'eſt ce qui eſt décidé textuellement par la Loi 1, *cod. de ſecund. nuptiis*, où l'on voit que, quoique la femme, qui s'eſt remariée dans l'an du deüil, ſoit déclarée avoir encouru l'infamie par ſon ſecond mariage, elle ne laiſſe pourtant pas de pouvoir teſter.

7. De l'uſurier.

Nous pouvons dire la même choſe de l'uſurier, à moins qu'il n'eût été condamné à quelque peine qui le rendît incapable des effets civils; parce que la Loi ne met pas le crime d'uſure au rang des incapacitez de teſter.

8. De l'excommunié.

L'excommunié peut auſſi par la même raiſon diſpoſer de ſes biens par Teſtament. L'excommunication eſt une peine purement ſpirituelle, elle eſt encore prononcée par des Juges qui n'ont aucune Juriſdiction ſur le temporel; cependant la faculté de teſter eſt un benefice de la Loi temporelle; il ne peut donc pas être ôté par une puiſſance ſpirituelle, & qui ne s'étend point ſur le temporel. Cette opinion qui eſt ſoutenuë par pluſieurs Docteurs, eſt ſans doute la mieux fondée en France, où l'on n'attribuë pas à l'excommunication des effets qui puiſſent réflechir ſur le temporel, & doit être préferée à celle des Docteurs rapportez par *Fachineus, lib. 5 controverſ. cap.* 88, qui ont penſé que l'excommunication ôtoit la faculté de teſter.

9. Si l'Hermite peut teſter.

L'Hermite qui n'eſt aſtraint par aucun vœu ſolemnel de Religion, & qui par conſéquent n'eſt pas incapable des effets civils, retient la faculté de teſter; c'eſt ainſi que le décident M. *Duranty, queſt.* 12: *M. Maynard, liv.* 9, *chap.* 27: *Fevret*, & les autres Auteurs par lui citez *dans ſon Traité de l'abus, liv.* 4, *chap.* 7, *n.* 15.

On doit néanmoins excepter, selon *Fevret*, les Hermites qui ont pris l'habit de Religieux, & qui se sont astraints à l'observance d'une Regle Monastique ; v. *Ricard des Donations, tom.* 1, *part.* 1, *n.* 329 *& suiv.* Les Auteurs, pour prouver que les Hermites sont capables de tester, se servent de ce qui est rapporté dans le Canon *Perlatum*, 19, *qu.* 3, du Testament de S. Paul, premier Anachorete : mais cet exemple n'est pas concluant ; car dans ces tems reculez les Moines n'étoient pas, comme aujourd'hui, incapables des effets civils ; ils succedoient à leurs parens, & ils avoient la liberté de disposer de leurs biens, comme le rapporte S. Jerôme dans la Vie de S. Malch, Moine de Syrie, *lib.* 3, *epist.* 3.

10. Si le Novice peut tester.

Le Novice qui n'est encore lié par aucun vœu de Religion, a sans contredit la faculté de tester ; car encore qu'il ait pris l'habit, qu'il soit dans la disposition de se lier par les vœux, & qu'il s'éprouve pour cela, il n'est pas incapable des effets civils. Ce n'est seulement qu'après la profession, qu'il perd cette capacité. C'est ce qui est nettement décidé par *l'art.* 28 *de l'Ordonnance de Blois, & par l'art.* 21 *de l'Ordonnance de* 1735, où il est dit, que *lorsque ceux ou celles qui auront fait des Testamens, Codiciles, ou autres dernieres dispositions olographes, voudront faire des vœux solemnels de Religion, ils seront tenus de reconnoître lesdits actes pardevant Notaires, avant que de faire lesdits vœux, sinon lesdits Testamens, Codiciles ou autres dispositions demeureront nuls & de nul effet.* Il est même remarquable que suivant l'Ordonnance de Blois, si le Religieux a fait profession avant la seiziéme année accomplie, elle n'empêchera pas qu'il ne puisse disposer de ses biens en faveur de qui bon lui semblera, & autre que le Convent où il est entré, & autres, & ce dans les trois mois après avoir accompli la seiziéme année ; mais la disposition de l'Ordonnance de Blois doit-elle avoir lieu pour la faculté de tester dans les trois mois après la seiziéme année accomplie, même dans les Coutumes qui ne permettent de tester qu'à l'âge de dix-huit, vingt ans ou autre terme ? Il semble d'abord que l'on doit décider pour l'affirmative ; parce que la disposition de cette Ordonnance étant generale pour tout le Royaume sans distinction des Païs, elle autorise dans ce cas le Religieux qui a fait profession avant seize ans, à tester dans le tems par elle prescrit, & qu'elle a dérogé indirectement aux Coutumes qui exigent un autre âge ; cependant le sentiment contraire embrassé par *Buridan sur l'art.* 326 *de la Coutume de Rheims, n.* 3, paroît mieux fondé ; parce que l'objet de l'Ordonnance n'est pas

Si ceux qui ont fait les vœux avant la seiziéme année peuvent tester.

Si l'Ordonnance de Blois peut avoir lieu dans les Coutumes qui ne permettent de tester qu'à l'âge de dix-huit ou de vingt ans.

de regler l'âge requis pour teſter, ni de déroger aux Coutumes à cet égard ; mais ſeulement de fixer l'âge auquel la profeſſion pourra être faite valablement, de déclarer nulle celle qui ſera faite avant la ſeiziéme année accomplie, & de permettre au Religieux, nonobſtant la profeſſion nulle, de teſter dans les trois mois, en ſuppoſant néanmoins qu'il ait l'âge & les capacitez requiſes par le Droit & la Coutume des lieux. C'eſt auſſi l'eſprit de *l'art.* 326 *de la Coutume de Rheims* ; car en donnant à ceux qui entrent en Religion la faculté de teſter, elle ajoute par forme de condition : *Etant perſonne habile & capable.*

11. Si l'art. 41 de l'Ordonnance de 1735 exclut les Novices de la faculté de teſter.

Il ne faut pas croire que *l'art.* 41 *de l'Ordonnance de* 1735, qui exclut les Novices de la faculté d'aſſiſter comme témoins aux Teſtamens, & autres diſpoſitions à cauſe de mort, déclare les mêmes Novices incapables de teſter pendant l'année de probation ; nous avons montré ci-deſſus, qu'on ne pouvoit point argumenter de l'incapacité de porter témoignage à celle de teſter, ce ſont deux choſes differentes & qui ont des regles diverſes. On doit donc reſſerrer l'art. 41 dans ſon cas particulier, ſans pouvoir l'étendre à la capacité de teſter qui eſt conſervée au Novice avant ſa profeſſion, quoiqu'il ne puiſſe pas aſſiſter comme témoin aux diſpoſitions à cauſe de mort ; la raiſon de la difference peut être priſe de ce qu'il n'y a point d'inconvenient, qu'un Novice diſpoſe de ſes biens avant ſon Noviciat, quoiqu'il ſoit à la veille de ſa mort civile, comme le peut celui qui eſt malade à l'extrêmité, & qui touche preſqu'au moment de ſa mort naturelle ; que la faculté de teſter, favorable par elle-même, ne doit pas être reſtrainte ni limitée, & que l'incapacité doit être reſſerrée dans les bornes que la Loi lui a preſcrites ; au lieu qu'on peut regarder comme indécent qu'on employe comme témoins dans les diſpoſitions que l'on fait des biens temporels, des perſonnes qui ſe deſtinent à renoncer à toute ſorte de biens temporels, pour ne s'occuper que des biens éternels, & de la contemplation des choſes céleſtes ; tandis qu'il eſt facile de trouver d'autres perſonnes plus propres pour cette eſpece de témoignage.

12. Comment doit ſigner le Novice qui teſte.

Mais lorſque le Novice teſte, il doit ſigner ſa diſpoſition, comme il avoit accoutumé de faire avant d'entrer dans le Noviciat, & du nom de ſa maiſon, non de celui qu'il a pris en entrant en Religion, par l'argument *de l'art.* 211 *de l'Ordonnance de* 1629, ainſi que le remarque *l'Auteur des Additions ſur Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *n.* 1523.

13. Si les Ambaſſa.

Les Ambaſſadeurs qui ſont envoyez par le Prince auprès des

Puiſſances étrangeres, bien-loin d'être réputez Etrangers, & non Regnicoles, ſont au-contraire dignes de toute ſorte de faveurs; parce qu'ils ſont employez pour les affaires de l'Etat; auſſi ſont-ils mis au rang des perſonnes qui peuvent implorer le benefice de la reſtitution en entier pour ſe faire relever du préjudice que leur abſence, *reipublicæ causâ*, peut leur avoir cauſé. *L. Legatis 8, & tot. tit. ff. ex quib. cauſ. major. in integr. reſtit.* Ils conſervent donc la faculté de teſter. *Item qui apud externos legatione funguntur, poſſunt facere teſtamentum*, dit la Loi 13, §. 1, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.*

deurs peuvent teſter dans les Cours étrangeres.

Nous croyons qu'il faut dire la même choſe des perſonnes qui ſont à la ſuite des Ambaſſadeurs; parce que ſelon la remarque de *Grotius, de Jure Belli & Pacis, lib. 2, cap. 18, §. 8*, elles jouiſſent des mêmes privileges que l'Ambaſſadeur qu'elles accompagnent.

14. De ceux qui ſont à la ſuite des Ambaſſadeurs.

D'ailleurs, on ne peut pas regarder comme Etrangers, & non Regnicoles ceux qui vont dans les Païs étrangers pour commerce ou en voyage; mais on doit conſiderer comme tels ceux qui y font des établiſſemens, & y changent leur domicile, *perpetuæ habitationis cauſa*, comme nous l'expliquerons ci-après; ce qui ne peut pas être appliqué aux perſonnes qui ſont de la ſuite d'un Ambaſſadeur; puiſque ce n'eſt pas dans la vûë d'un établiſſement dans le Païs étranger qu'ils y vont, mais dans le deſſein de revenir quand l'Ambaſſade ſera finie.

15. On ne conſidere point comme Aubains ceux qui vont dans les Païs étrangers pour commercer à moins qu'ils n'y faſſent des établiſſemens.

Et comme les Ambaſſadeurs de France envoyez dans les Cours étrangeres, peuvent teſter dans les Cours où ils font leur réſidence, de même les Ambaſſadeurs envoyez à la Cour de France par les Puiſſances étrangeres, peuvent teſter en France, même des biens meubles qu'ils poſſedent dans ce Royaume; parce qu'ils ne ſont pas ſujets au droit d'aubaine, comme l'enſeignent les Auteurs François.

16. Si les Ambaſſadeurs étrangers peuvent teſter dans la Cour de France.

Quoique ſuivant le Droit Romain dans la Loi *ejus 8, ff. qui teſtam. fac. poſſ.* & au §. 5, *inſtit. quib. non eſt permiſſ. facere teſtam.* ceux qui avoient été pris en guerre par les ennemis, fuſſent incapables de teſter; toutefois comme ce n'étoit que parce qu'ils étoient Eſclaves, raiſon qui ceſſe dans toute la Chrétienté, ſelon la remarque des Auteurs, les Priſonniers de guerre conſervant leur liberté, conſervent par conſéquent la faculté de teſter, comme l'a jugé le Parlement de Provence par un Arrêt du 26 Avril 1663, rapporté par *Boniface; Tronçon ſur l'art. 292 de la Coutume de Paris*, en rapporte un autre du 21 Juin 1559 qui l'a jugé de même, conformément à la *Novelle 40 de l'Empereur Leon*; il en eſt de même

17. Si les Priſonniers de guerre peuvent teſter.

Quid de ceux qui ont été pris par des Voleurs ou Pirates.

à plus forte raiſon de celui qui a été pris par des Voleurs ; puiſque le Droit Romain les déclare capables de teſter, *l.* 13, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Il en eſt encore de même de ceux qui ſont donnez pour ôtage aux ennemis, pour la ſureté d'un Traité fait avec eux, quoique la Loi 11, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* les déclare incapables de teſter ; parce que parmi les Chrétiens les ôtages ne perdent pas la liberté, ni la participation au Droit civil. Il faut même prendre garde que ſuivant le Droit Romain la liberté de teſter étoit refuſée aux ôtages, non à cauſe de leur incapacité perſonnelle ; mais parce que les biens des ôtages baillez aux Romains étoient confiſquez quand ils mouroient dans cet état, ſuivant la Loi 31, *ff. de jure fiſci.* Auſſi la Loi 11, *ff. qui teſtam. facere poſſunt*, n'interdit-elle pas abſolument aux ôtages la faculté de teſter; mais ſeulement dans le cas que le Prince ne leur en eût pas accordé la permiſſion, *obſides teſtari non poſſunt niſi eis permittatur*, dit ce texte. De-là vient que pluſieurs Interpretes du Droit Romain, notamment *M. Cujas*, ont reſtraint cette Loi aux ôtages baillez aux Romains, à cauſe que leurs Loix ne permettoient de teſter qu'à ceux qui étoient Citoyens Romains, & qui avoient *jus togæ*, ce qui ne convenoit pas aux ôtages étrangers. Et les mêmes Interpretes ont enſeigné que la liberté de teſter n'étoit pas refuſée aux Citoyens Romains qui étoient baillez en ôtage aux Puiſſances étrangeres.

Des ôtages.

18.
Si ceux qui ſont faits Eſclaves par les Turcs peuvent teſter.

Quid de ceux qui ſont pris par les Pirates & Barbares.

Quid des ôtages donnez aux Barbares où l'eſclavage eſt en uſage.

Il ſemble d'abord qu'il faut excepter de cette regle les perſonnes qui auroient été priſes par les Turcs, ou par les Pirates Barbares, chez leſquels la ſervitude perſonnelle eſt encore en uſage, & celles qui ſeroient baillées en ôtage à ces Barbares ; parce que la raiſon de la Loi Romaine ſemble ſubſiſter à leur égard ; cependant *Ferriere dans ſes Inſtitutes du Droit François ſur le §. eum qui 5, quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* décide avec raiſon le contraire; car quoique ceux qui y ſont Captifs ſoient dans l'eſclavage, néanmoins la ſervitude & la captivité étant abolies dans la Chrétienté, & étant réputées injuſtes, ceux qui ſont Eſclaves chez les Turcs & les autres ennemis du nom Chrétien, ne ſont pas incapables de teſter, pourvu que leurs Teſtamens ſoient reconnus en France, comme ſont les Teſtamens olographes; ce qui s'entend dans les Païs où ces Teſtamens ſont reçus, & pour les perſonnes à l'égard deſquelles ils valent dans les Païs du Droit écrit. Le même Auteur penſe que les autres Teſtamens faits en Turquie ou Barbarie ne devroient pas être admis en France ; mais j'eſtime que l'on doit excepter ceux qui ſeroient reçus par le Chancelier d'un Conſul de la Nation Françoiſe ; parce qu'il eſt perſonne publique pour

Si les Teſtamens faits en Turquie ou Barbarie doivent être admis en France.

recevoir toute sorte d'actes, suivant *l'Ordonnance de la Marine de 1681, liv. 1, tit. 9, art. 25.*

19. Si ceux qui sont releguez peuvent tester. Des Exilez.

Ceux qui sont simplement releguez ou exilez ne perdent pas la faculté de tester, *l. 8, §. 3, ff. qui testam. fac. poss.* parce qu'ils n'encourent point de mort civile, & qu'ils retiennent la liberté & le droit de Cité.

20. Si l'Associé peut tester de sa portion des choses communes & indivises.

Les termes dont la Loi *des douze Tables* est conçuë, qui font comprendre qu'on ne peut disposer que de ses biens, *super pecunia tutelave rei suæ*, avoient fait naître le doute, si l'associé de tous les biens avoit la faculté de tester de sa portion indivise, & qui n'étoit pas distinguée par un partage; mais ce doute a été resolu par la Loi premiere, *cod. qui testam. fac. poss.* qui décide, que celui qui est associé en tous les biens, n'a pas moins la faculté de tester de sa portion; parce qu'il n'en a pas moins la proprieté que si elle étoit distinguée par un partage. Et l'on doit dire la même chose suivant la Loi citée, de celui qui a une hérédité commune avec un autre; car il peut tester de sa portion de la même maniere que si l'hérédité avoit été divisée avant le Testament.

21. Si celui qui a administré une tutelle ou curatelle peut tester.

Celui qui a administré les biens d'un pupille ou d'un mineur en qualité de Tuteur ou de Curateur, quoiqu'il n'eût pas rendu compte de son administration, a sans contredit la liberté de tester, *l. 17, cod. de admin. tutor.* & ses heritiers doivent rendre compte de la maniere qu'il est expliqué dans le *tit. du cod. de hered. Tutor. vel Curator.*

22. Si les Eunuques peuvent tester.

Les Eunuques ont pareillement la liberté de tester, lorsqu'ils ont d'ailleurs les capacitez requises, *l. Eunuchis 5, cod. qui testam. fac. poss.*

23. Des Ecclesiastiques.

A l'égard des Ecclesiastiques qui ne sont liez par aucun vœu de Religion, ils ont aussi la faculté de tester; parce que la sainteté de cet état ne donne aucune atteinte à la faculté de disposer à cause de mort des biens temporels. A la verité le Droit Canonique ne leur permet pas de disposer des biens qu'ils ont acquis à l'occasion de leurs Benefices, & qui proviennent de leurs épargnes sur les biens de l'Eglise dont ils ont joüi; parce qu'ils ne sont considerez que comme simples Usagers, *cap. 1, 7, 9, 12, extra de testam.* mais en France où les Ecclesiastiques sont considerez comme Usufruitiers de leurs Benefices, & comme Proprietaires des revenus qu'ils en perçoivent, ils peuvent en disposer tout comme des biens de leur patrimoine, en faveur de qui bon leur semble. *Ferriere sur la qu. 110 de Guy Pape, Benedicti,* & généralement tous les Auteurs François le décident ainsi dans le Païs Coutumier & du Droit écrit indistinctement.

24. S'ils peuvent disposer des biens acquis des revenus des Benefices.

25. Du Magiſtrat qui a été privé de ſa Charge.

Quoique le Magiſtrat ait été privé de ſa Charge par Jugement, il ne perd pas la faculté de teſter; parce que c'eſt un changement de dignité & non un changement d'état, *quibus autem dignitas magiſquam ſtatus mutatur, capite non minuuntur: & ideò à Senatu motos capite non minui conſtat*, dit le §. 5, *aux Inſtitutes de cap. diminut. l. 3, ff. de Senatorib.*

26. Si les bâtards peuvent teſter.

Le défaut de naiſſance legitime ne porte aucun obſtacle à la participation du Droit Civil pour les choſes dont il n'y a point de Loi qui les déclare incapables. Le bâtard de quelqu'eſpece qu'il ſoit, même adulterin ou inceſtueux, eſt donc Citoyen, Regnicole, libre, & par conſéquent il peut teſter, même au préjudice du Roi, ou du Seigneur Juſticier, qui ne peuvent prétendre aux biens de ceux qui ont une naiſſance illegitime, par droit de bâtardiſe, que quand il n'a point teſté, ou quand il ne laiſſe point d'enfant legitime. C'eſt une maxime generalement reçuë en France, comme l'enſeignent *Bacquet du Droit de Bâtardiſe, ch. 6. M. Maynard, liv. 8, chap. 49. Tronçon ſur l'art. 292 de la Cout. de Paris. M. de Catellan, liv. 2, chap. 95. Ricard, Chopin, Charondas* & pluſieurs autres: Ils ont même cette faculté de teſter pendant la vie de leur pere naturel; parce qu'ils ne ſont point en ſa puiſſance, §. 12, *inſtit. de nupt.* laquelle dépend de la naiſſance legitime, *inſtit. de patria poteſt. in princip. & l. 3, ff. de his qui ſunt ſui vel alieni juris.*

Quid pendant la vie de leur pere naturel.

27. Si le prévenu de crime peut teſter.

Celui qui eſt accuſé & prévenu de crime capital, peut valablement teſter, quelques preuves qu'il y ait de ſon crime, & quand même il ſeroit établi par ſa propre confeſſion, & s'il décede après avoir teſté, avant néanmoins ſa condamnation, ſon Teſtament eſt valable, *l. 9, ff. qui teſtam. fac. poſſ.* quand même il s'agiroit du crime de parricide, *l. 8, ff. de leg. Pompeïa de parricid.* La raiſon en eſt, parce que ce n'eſt pas le crime qui rend incapable de teſter, l'incapacité n'eſt encouruë que par la condamnation, quand elle emporte la mort civile. *Argum. l. 6, ff. de injuſto rupto.*

28. De celui a été condamné par Sentence, & qui décede pendant l'appel.

Il en eſt de même de celui qui a été condamné par Sentence, & qui décede pendant l'appel, *l. 13, §. ult. ff. qui teſtam. fac poſſ. & l. 6, §. 8, ff. de injuſto rupto & irrito facto teſtam.* parce qu'en matiere criminelle l'appel éteint le Jugé, & fait regarder la Sentence comme ſi elle n'avoit jamais été renduë; & que la mort du Prévenu éteint le crime & la peine. Il en eſt encore de même ſi le Prévenu condamné par Sentence eſt abſous par Arrêt, parce que l'abſolution doit le faire conſiderer comme s'il n'avoit jamais été accuſé ni condamné.

Quid de celui qui eſt condamné par Sentence & abſous par Arrêt.

Ceux

Ceux qui ont la faculté de teſter, ſelon les regles que nous avons expliquées, & la qualité des perſonnes dont nous avons fait l'énumeration, peuvent faire leur Teſtament non-ſeulement dans le Royaume, mais encore dans les Païs étrangers lorſqu'ils s'y trouvent à l'occaſion de quelque voyage, ou pour y exercer leur commerce. *M. Maynard, liv. 8, chap. 51; & Claude de Ferriere ſur l'art. 292 de la Coutume de Paris, gloſ. 1, n. 48.* Mais il en ſeroit autrement s'ils avoient fait un établiſſement dans le Païs étranger; parce qu'alors ils ſeroient réputez Aubains, comme nous l'expliquerons ci-après.

19. Ceux qui ont la capacité de teſter peuvent le faire même hors du Royaume.

SECTION II.

Quelles perſonnes ſont incapables de teſter.

SOMMAIRE.

1. *Quelles perſonnes ſont incapables de teſter.*
2. *Trois differentes claſſes de perſonnes.*
3. *Perſonnes de la premiere claſſe. Ceux qui ſont en la puiſſance d'autrui.*
4. *Seconde claſſe. Ceux qui n'ont pas le droit de Cité, ou qui l'ont perdu.*
5. *Troiſiéme claſſe. Ceux qui n'ont pas les qualitez de l'eſprit ou du corps pour pouvoir regler leur volonté.*
6. *Perſonnes de la premiere claſſe. Les Eſclaves ne peuvent teſter. Premiere raiſon.*
7. *Seconde raiſon. La Loi des douze Tables ne permet de teſter qu'aux peres de famille.*
8. *Troiſiéme raiſon. Les Eſclaves n'ont aucune participation au Droit Civil. Le Teſtament fait par un Eſclave ne devient pas bon, quoiqu'il parvienne à la liberté.*
9. Quid *de l'Eſclave qui eſt regardé publiquement comme libre. Pour pouvoir teſter, il faut avoir les qualitez requiſes, non par fiction, mais réellement.*
10. *De l'Eſclave du Public ou du Préteur.*
11. *Si les gens de main-morte peuvent teſter. Diſtinction de deux ſortes de Coutumes par rapport aux mains-mortes.*
12. *Raiſons pourquoi les mains-mortables ne peuvent pas teſter. Les mains-mortables ſont comparez à ceux qui obtenoient* latinam libertatem. *Les affranchis Latins mouroient comme vrais Eſclaves & ne*

pouvoient pas teſter.

Les mains-mortables meurent comme libres.

Si les mains-mortables peuvent s'affranchir en abandonnant les biens.

13. *Si l'incapacité de teſter pour les mains-mortables eſt abſoluë.*

Ils peuvent teſter avec le conſentement du Seigneur.

14. *Si les enfans de famille peuvent teſter.*

Quid *avec la permiſſion de leurs peres.*

Teſtamenti factio eſt publici Juris.

Si le Teſtament fait par le fils de famille devient bon quand il décede pere de famille.

15. *Si le fils de famille peut être émancipé pour teſter ſeulement.*

16. *Raiſons pour la nullité de l'émancipation & du Teſtament.*

Une telle émancipation ne peut être regardée que comme une permiſſion de teſter.

17. *On n'a la faculté de teſter qu'en devenant pere de famille.*

La puiſſance paternelle eſt indiviſible.

18. *L'émancipation eſt un acte legitime qui ne reçoit ni diviſion, ni condition.*

19. *Si le fils de famille peut teſter en faveur de la cauſe pie avec le conſentement de ſon pere.*

20. *Raiſons pour prouver que le fils de famille ne peut pas teſter en faveur de la cauſe pie ou de ſes enfans.*

21. *Réponſe aux raiſons de l'opinion contraire.*

22. *La permiſſion du pere ne peut ſervir de rien, parce que* teſtamenti factio Juris eſt.

23. *Uſage de quelques Parlemens qui permettent aux enfans de famille de teſter en faveur des enfans & de la cauſe pie.*

24. *Si le Teſtament du fils de famille fait avec la permiſſion de ſon pere vaut, quand il contient la cauſe qu'il vaudra comme donation à cauſe de mort.*

25. *L'incapacité du fils de famille de teſter s'étend à tous ſes biens, quoiqu'il en ait la pleine proprieté.*

Il ne peut teſter que des ſeuls biens du pecule caſtrenſe ou quaſi-caſtrenſe.

26. *La faculté de teſter ne dépend pas de la nature des biens.*

Explication de la Loi derniere, §. 5, cod. de bonis quæ liberis.

Explication de la Novelle 117, chap. 1.

La qualité des biens n'influë pas ſur la faculté de teſter, excepté pour le pecule caſtrenſe ou quaſi-caſtrenſe.

Quoiqu'on n'ait aucuns biens ou qu'on laiſſe une herédité épuiſée par les dettes paſſives, on ne laiſſe pas de pouvoir teſter.

27. *Des cas auſquels il eſt permis aux fils de famille de teſter.*

Du pecule caſtrenſe ou quaſi-caſtrenſe.

28. *Le pecule caſtrenſe convient au Soldat, & comprend ce qu'il a acquis à la guerre, ou à l'oc-*

caſion de la guerre.

29. *Le fils de famille Soldat, peut diſpoſer par Teſtament de ſon pecule de deux façons.*

Mais il ne peut pas teſter des autres biens qu'il peut avoir.

30. *Quels biens ſont compris dans le pecule caſtrenſe.*

31. *Les meubles ou effets mobiliers qui ſont donnez au Soldat qui va à la guerre par ſes parens ou amis, non les immeubles.*

32. *Les choſes que le Soldat a acquiſes à l'occaſion de la guerre, même les heréditez.*

33. *Les biens que les Soldats ont acquis de l'argent qu'ils ont gagné à la guerre.*

Non les heréditez des parens.

34. *De l'herédité d'un parent qui eſt à même tems le camarade du Soldat.*

35. *Qu'eſt-ce qui n'entre pas dans le pecule caſtrenſe.*

36. *Quelles perſonnes peuvent avoir un pecule caſtrenſe.*

Quid *des perſonnes qui ſont dans les Armées ſans être Officiers ni Soldats.*

Præfectiani qui ſint.

37. *De l'Officier ou Soldat qui a été caſſé* ignominiæ cauſa.

38. *Du pecule quaſi-caſtrenſe.*

39. *On ne peut en diſpoſer que par un Teſtament fait* Jure communi.

Textes qui parlent de la faculté de teſter du pecule quaſi-caſtrenſe.

40. *Des biens qui entrent dans le pecule quaſi-caſtrenſe.*

41. *Droit d'avoir un pecule quaſi-caſtrenſe accordé d'abord aux Magiſtrats du premier ordre.*

42. *Extenſion à quelques autres perſonnes.*

Quels ſont les Arts liberaux.

43. *Suite des perſonnes auſquelles il eſt permis d'avoir un pecule quaſi-caſtrenſe.*

44. *Extenſion des autres perſonnes par l'uſage du Parlement de Toulouſe.*

Excluſion des Notaires, des Chirurgiens, Procureurs & Greffiers des Sieges ſubalternes.

Quid *des Huiſſiers.*

45. *Le fils de famille ne peut teſter que du ſeul pecule quaſi-caſtrenſe, non des autres biens, quoiqu'il en ait la proprieté.*

Le fils de famille décede partim teſtatus, partim inteſtatus.

Quid *dans les Païs Coutumiers.*

46. *Le Prince ſouverain peut diſpenſer le fils de famille pour faire Teſtament.*

47. *Si la puiſſance paternelle a lieu dans les Païs Coutumiers.*

Si les enfans de famille peuvent teſter pendant la vie de leur pere.

48. *Si ceux qui ſont incertains de leur état peuvent teſter.*

49. *Quelles ſont les perſonnes qui peuvent être incertaines de leur état.*

Les Novelles de l'Empereur Leon n'ont pas force de Loi.

50. *Perſonnes de la ſeconde claſſe.*

51. *Si les Aubains peuvent teſter.*

52. *L'auth.* omnes peregrini, *n'a aucune autorité.*

53. *On peut être Aubain d'origine, ou le devenir par un établissement dans une Monarchie étrangere.*

54. *Les Etrangers naturalisez peuvent tester en France.*

55. *Des Villes ou Provinces où le Droit d'Aubaine n'a pas lieu.*

A Toulouse & dans la Province du Languedoc.

Quid *des Juifs.*

56. *A Bordeaux.*

57. *De ceux qui frequentent les Foires de Lyon.*

58. *Du Vicomté de Turenne.*

59. *De ceux qui sont réputez Regnicoles, quoique nez dans une Monarchie étrangere.*

Ceux de Milan, de Bourgogne, de Flandres, d'Artois, de Brabant, de la Navarre.

60. *Des Habitans d'Avignon.*

61. *Des Lorrains.*

Des Savoyards par rapport au Dauphiné.

Mais non les Piémontois.

62. *Des Genevois.*

63. *Des Suisses.*

De ceux qui sont nez dans l'Etat Ecclesiastique.

64. *Des Matelots étrangers.*

Auteurs qui ont parlé du Droit d'Aubaine.

65. *De ceux qui sont originairement Regnicoles, & qui deviennent Aubains.*

66. *De celui qui se retire dans un Païs ennemi.*

67. *De celui qui se retire sans permission du Roi dans un Pais allié ou qui n'est point en guerre avec la France.*

68. *De ceux qui sortent du Royaume pour fait de Religion, avec la permission du Roi.*

De ceux qui sortent du Royaume pour accompagner les Filles de France.

69. *De ceux qui sortent du Royaume pour fait de Religion sans permission du Roi.*

70. *De ceux qui sortent du Royaume par ordre du Roi.*

71. *Des Religieux, s'ils peuvent tester.*

72. *Dans les premiers tems, ceux qui embrassoient l'état Religieux ne souffroient aucun changement d'état.*

73. *Sentiment de Gratien.*

Défaut d'exactitude de Gratien.

74. *Des changemens faits par l'Empereur Justinien.*

75. *Suite. La faculté de tester est conservé aux Religieux après leur profession.*

Faculté de succeder conservée aux Moines.

Les peres ne pouvoient pas exhéreder leurs enfans Moines.

76. *Si les Constitutions canoniques ont porté quelque changement au Droit établi par l'Empereur Justinien.*

77. *Usage de la France sur la faculté de tester pour les Moines.*

Les Moines sont incapables de tester, & de succeder dès leur profession.

78. *Autoritez qui prouvent cet usage.*

79. *Le Pape ne peut dispenser les Religieux pour faire Testament.*

80. *Fondement de cette décision.*
La puissance du Pape ne peut pas toucher au temporel.
Ni dispenser contre les Loix émanées d'une Puissance temporelle.
81. *Suite des fondemens de l'usage de France.*
82. *Suite.*
83. *Auteurs qui ont pensé le contraire, mal fondez.*
84. *Les dispenses du Pape ne peuvent avoir lieu que pour le spirituel.*
85. *Suite.*
86. *Arrêts qui ont déclaré abusives les dispenses de tester accordées aux Moines par le Pape.*
Quid *des Chevaliers de Malthe.*
87. *Faculté de tester accordée par S. Gregoire le Grand, comment entenduë.*
88. *Suite.*
89. *Suite.*
90. *L'exemple de la dispense accordée par S. Gregoire ne peut pas être tiré à conséquence.*
91. *Les Abbez, tout comme les Moines, sont incapables de tester.*
Quid *du Religieux devenu Evêque.*
92. *Conditions necessaires afin qu'un Religieux soit incapable de tester.*
93. *Il faut une profession publique acceptée.*
94. *Il ne suffiroit pas d'avoir pris & porté long-tems l'habit.*
On ne connoit en France que la profession expresse & publique.
V. Inf. n. 100.
95. *Les Freres convers qui n'ont pas fait profession peuvent tester.*
96. *La profession doit être faite volontairement.*
La restitution de Justice ex antiquâ causâ, *a un effet retroactif.*
Quid *si la profession est nulle.*
97. *De la restitution accordée par grace après cinq ans.*
98. *La profession doit être faite dans une Religion approuvée.*
99. *La profession doit être faite après un an de probation, & après la seizième année accomplie.*
100. *La profession doit être prouvée par écrit.*
Ordonnance de 1629 sur les professions tacites après cinq ans.
V. sup. n. 94.
101. *Si les Chevaliers de Malthe peuvent tester.*
102. *Suite.*
103. *Suite.*
104. *Comment peut être constatée la qualité de Religieux de saint Jean de Jerusalem.*
105. *Si les Chanoines Reguliers peuvent tester.*
Quid *s'ils sont sécularisez.*
106. *Si les Prêtres qui vivent en Congrégation peuvent tester.*
107. *Des Prêtres de S. Lazare.*
Des Filles de l'Union Chrétienne.
108. *Des Prêtres de l'Oratoire.*
109. *Des Prêtres de la Doctrine Chrétienne.*
Leur union avec les Somasques.
Ont été vrais Religieux tandis que

cette union a duré.

110. Desunion des Doctrinaires avec les Somasques, & redeviennent Séculiers.

Dernier état des Doctrinaires fixé en 1726. Sont Séculiers à certains égards, & Reguliers à d'autres égards.

111. Conclusion sur la faculté de tester.

112. Si les Jesuites peuvent tester.

113. Etat des Jesuites avant le dernier vœu.

114. Disposition de la Déclaration de 1715.

115. Les Jesuites congediez avant l'âge de trente-trois ans peuvent tester.

116. S'ils sont congediez après l'âge de trente-trois ans, ils ne peuvent pas tester.

Disposition de l'Edit de 1603.

117. Tandis que les Jesuites demeurent dans leur Compagnie, ils sont incapables de tester.

118. Les Jesuites étant vrais Religieux après l'émission des trois vœux simples, cela les rend incapables de tester, tandis qu'ils demeurent dans le même état.

119. Auteurs qui parlent des trois vœux des Jesuites.

L'Edit de 1607 est rapporté par Chenu.

Des cas où les Jesuites peuvent tester, suivant leur Institut.

Les Jesuites qui sont dans le Noviciat ne peuvent tester qu'avec la permission des Superieurs.

120. Des autres personnes comprises dans la seconde classe.

121. De ceux qui sont condamnez à mort naturelle, ou à une peine qui emporte mort civile.

Si les Novelles de l'Empereur Justinien ont abrogé la mort civile encouruë par la condamnation.

122. Opinion du Président Faber pour l'affirmative.

Resolution pour l'opinion contraire.

123. Celui qui est condamné à une peine capitale est incapable de tester.

L'incapacité est encouruë au moment de la condamnation avant l'exécution.

124. Premiere raison où le condamné pœnæ servus efficitur.

125. Seconde raison tirée de la confiscation des biens.

Les Novelles abrogent ces deux raisons.

126. Troisiéme raison qui subsiste prise de ce qu'il faut avoir le droit de Cité, & être capable des effets civils.

127. On peut perdre le droit de Cité, sans perdre la liberté.

128. Celui qui étoit condamné à une peine capitale perdoit la liberté & le droit de Cité.

La Novelle ne dit pas que le condamné conserve le droit de Cité, de même que la liberté.

129. Les déportats qui ne perdoient pas la liberté, & ne perdoient que le droit de Cité, ne pouvoient pas tester.

130. *La perte du droit de Cité eſt la ſeule raiſon déciſive, les autres raiſons alleguées par les Auteurs ſont fauſſes.*

Explication de la Loi poſt contractum 13, ff. de donationibus.

131. *Cette déciſion eſt encore plus ſûre en France où l'on tient pour maxime que, qui confiſque le corps, confiſque les biens.*

132. *Conditions requiſes afin que la condamnation à mort naturelle ou civile puiſſe produire l'incapacité de teſter.*

Premiere condition, qu'elle ait été prononcée par un Juge competent.

133. *Seconde condition, que la peine ne ſoit pas injuſte, & la condamnation illicite.*

134. *Troiſiéme condition, que la condamnation ait été prononcée par des Juges de la Monarchie Françoiſe.*

135. *Arrêt contraire rapporté par la Roche.*

Les Arrêts du Parlement de Paris oppoſez à celui de la Roche, ſont plus conformes aux maximes du Royaume.

136. *Trois queſtions pour connoître les autres conditions.*

137. *S'il faut que la condamnation contradictoire ſoit exécutée.*

Raiſons pour la négative.

138. *Raiſons pour prouver que la condamnation doit être exécutée.*

Si la confiſcation a lieu lorſque le prévenu décede avant la prononciation de la condamnation par Arrêt.

139. *Autre raiſon tirée de l'Ordonnance de 1670.*

140. *Autre raiſon tirée des Arrêts rapportez par Dolive.*

La condamnation à mort non-exécutée, ne donne pas lieu à l'ouverture du fideicommis, ni au droit de retour.

141. *Reſolution que la mort civile eſt encouruë avant l'exécution.*

142. *Il n'y a point de Loi dans le Royaume qui déroge à cet égard au Droit Romain.*

143. *Réponſe à l'Arrêt de la Roche.*

144. *Réponſe à l'Ordonnance de 1670.*

145. *M. Dolive décide que la mort civile eſt encouruë au moment de la condamnation.*

146. *Si l'exécution figurative des Sentences de contumace eſt requiſe, afin que la mort civile ſoit encouruë.*

Chez les Romains on ne pouvoit pas condamner les abſens.

147. *Uſage de France different ſelon le tems.*

Argument tiré de l'Ordonnance de 1639.

148. *Si l'Ordonnance de 1670 exige l'exécution figurative pour faire encourir la mort civile.*

149. *Raiſons des Auteurs pour le prouver.*

Differentes explications données

par les Parlemens de Paris, & de Toulouſe à l'art. 28 de l'Ordonnance de Moulins.

150. *Suite.*

151. *Difficulté reſoluë par l'Ordonnance de 1670.*

152. *Suite.*

153. *Reſolution que l'exécution figurative eſt neceſſaire pour faire encourir la mort civile.*

154. *Differences entre la condamnation contradictoire, & la condamnation par contumace.*

155. *Suite.*

156. *Dans les matieres rigoureuſes & pénales on doit favoriſer l'accuſé.*

157. *Les cinq ans pour purger la contumace ne commencent à courir que du jour de l'exécution figurative.*

158. *Réponſe à la raiſon priſe de ce que l'Ordonnance n'eſt pas conçuë en termes négatifs.*

159. *Si la mort civile eſt encouruë du jour de l'exécution de la Sentence, ou ſeulement après les cinq ans pour purger la contumace.*

Autoritez que la mort civile n'eſt encouruë qu'après les cinq ans.

Opinion contraire de M. Dolive.

160. *Raiſons pour le premier avis.*

161. *Suite.*

162. *Suite.*

163. *Suite.*

164. *Raiſons pour l'opinion de Dolive.*

Les Sentences de contumace étoient exécutées quand le condamné étoit arrêté.

De la clauſe ſi pris & appréhendé peut être.

165. *Suite des raiſons pour l'opinion de Dolive.*

166. *Suite.*

167. *Suite.*

168. *L'Ordon. de 1670 preſcrit la procedure pour purger la memoire d'un condamné par contumace qui eſt mort avant les cinq ans.*

169. *Suite.*

170. *Suite.*

171. *Reſolution pour la derniere opinion.*

172. *L'art. 28 de l'Ordonnance de Moulins ne fournit aucun argument pour la premiere opinion.*

173. *Explication de l'art. 28 de l'Ordonnance de Moulins.*

174. *Suite.*

175. *Celui qui a encouru la mort civile par une condamnation par contumace ne peut pas teſter, même en faveur de ſes enfans.*

176. *Il en eſt de même, quoique le Juge eût permis de teſter.*

Les Juges ſont les Miniſtres de la Loi, mais ils ne peuvent pas en diſpenſer.

Mais le Prince ſouverain peut permettre au condamné de teſter.

Si le condamné pour délit militaire peut teſter.

177. *La condamnation qui emporte mort civile, annulle le Teſtament anterieur.*

Quid *de la condamnation ſurvenuë*

venuë après la mort de l'accuſé.
De celui qui s'eſt tué volontairement.
178. *Diſtinction entre celui qui s'eſt tué volontairement pour éviter la peine* aut tædio vitæ.
En France on n'obſerve pas cette diſtinction.
179. *De ceux dont la memoire eſt condamnée pour héreſie.*
180. *Si le Teſtament ou Codicile rompu par la condamnation, reprend ſa force par le rétabliſſement du condamné.*
181. *Si les Héretiques ont la faculté de teſter.*
En quel tems conſidere-t-on la capacité pour les Codiciles.
Il n'y a en France qu'une ſeule Religion, & tous ſont cenſez Catholiques.
182. *Quelles étoient les peines capitales chez les Romains.*
La mort naturelle.
183. *Celle qui faiſoit perdre la liberté & le droit de Cité.*
Maxima capitis diminutio.
184. *Celle qui faiſoit perdre le droit de Cité ſeulement.*
Media capitis diminutio.
185. *Des peines pratiquées en France.*
La condamnation à mort naturelle inflige la mort civile.
186. *La condamnation aux Galeres perpetuelles eſt comparée à la condamnation* ad metalla, *& produit la mort civile.*
Peines inconnuës en France.
187. *Le banniſſement perpetuel hors du Royaume eſt comparé à la déportation, & produit la mort civile.*
188. 189. 190. 191. *Autres peines qui produiſent la mort civile.*
Si la femme condamnée pour adultere encourt la mort civile.
192. *Des condamnations qui ne produiſent pas la mort civile.*
193. *Des cas où ceux qui ont ſouffert la mort civile peuvent teſter.*
194. *Quand le condamné en a obtenu la permiſſion du Prince.*
195. *Ceux qui ont été rétablis par Lettres du Prince.*
196. *Lorſque le condamné décede pendant l'appel.*
197. *Le Soldat condamné pour délit militaire qui en a obtenu la permiſſion de ſes Juges.*
Il peut confirmer le Teſtament précedent fait Jure communi.
Mais il ne vaut que pour le pécule caſtrenſe.
198. *Quand la condamnation eſt prononcée par un Juge incompetent.*
Ou ſi la condamnation eſt illicite.
199. *Si ceux qui étoient déclarez inteſtables par le Droit Romain pour Libelle diffamatoire perdoient la faculté de teſter.*
Quid *en France.*
200. *Perſonnes de la troiſiéme claſſe.*
201. *Les pupilles dans les Païs du Droit écrit.*
202. *Ceux qui n'ont pas l'âge requis par les Coutumes.*
203. *Comment doit-on ſe regler*

dans les Coutumes où l'âge pour teſter n'eſt pas fixé.

Differentes opinions.

Auteurs qui ont cru qu'il falloit ſe regler par le Droit Romain.

204. *Auteurs qui ont cru qu'il falloit ſuivre la Coutume de Paris.*

La Juriſprudence du Parlement de Paris eſt aujourd'hui conforme à cet avis.

205. *Par quelle Coutume doit-on regler la capacité de teſter par rapport à l'âge.*

Regles ſur cette matiere.

206. *L'impubere ne peut pas teſter, même avec l'aſſiſtance de ſon Tuteur.*

Idem, *du mineur avec l'aſſiſtance du Curateur dans les Païs Coutumiers.*

207. *Teſtament fait avant l'âge requis n'eſt pas rendu valide, quoique le Teſtateur décede après l'âge.*

Quid *des Soldats.*

208. *Du furieux imbecile, inſenſé, de celui qui eſt dans le délire ou en phrenéſie.*

Le Teſtament fait dans cet état ne devient pas bon, quoique le Teſtateur revienne en ſon bon ſens.

Quid *en faveur des enfans.*

Quid *dans les intervales dilucides, le Teſtament fait dans l'état de bon ſens n'eſt pas rompu par la démence ſurvenuë.*

La ſageſſe des diſpoſitions peut être un argument du bon ſens du Teſtateur.

209. *L'imbecilité & tout autre vice de l'eſprit doivent être prouvez par ceux qui les alleguent.*

Cette preuve peut être faite, quoique le Teſtament porte que le Teſtateur étoit en ſon bon ſens.

La preuve de l'imbécilité peut reſulter des diſpoſitions.

210. *Celui qui eſt dans un état actuel d'yvreſſe ne peut pas teſter.*

211. *Le prodigue interdit par Juſtice ne peut pas teſter.*

L'interdiction ſurvenuë n'annulle pas le Teſtament anterieur.

L'interdit ne peut pas révoquer un Teſtament anterieur.

212. *Si l'interdit peut teſter en faveur de ſes enfans ou de la cauſe pie.*

213. *Conditions afin que l'interdiction produiſe l'incapacité de teſter.*

214. *Si le prodigue interdit par Sentence revenant à reſipiſcence, reprend l'adminiſtration de plein droit, ou s'il faut une Sentence qui leve l'interdiction.*

Auteurs qui tiennent que le prodigue eſt rétabli de plein droit.

215. *Auteurs qui tiennent qu'il faut une Sentence.*

216. *Le muet de naiſſance, ou par accident, & qui ne ſçait écrire, ne peut pas teſter.*

Quid *du Soldat ſourd & muet.*

Diſpoſitions faites par ſignes ſont nulles.

217. *Le Teſtament fait par ceux qui n'ont pas la faculté de*

teſter, eſt nul, ſans aucun égard à la qualité des heritiers ou legataires.

APRE'S avoir vû quelles ſont les qualitez requiſes pour pouvoir teſter, & quelles perſonnes en ſont capables, il faut voir en détail quelles ſont les perſonnes qui n'ont pas cette capacité. 1. Quelles perſonnes ſont incapables de teſter.

Pour l'ordre, nous les réduirons à trois claſſes qui comprendront toutes les perſonnes differentes qui n'ont pas la liberté, ou la capacité de teſter. 2. Trois differentes claſſes de perſonnes.

La premiere, eſt celle des perſonnes qui ſont en la puiſſance d'autrui, ce qui comprend: 1°. Les Eſclaves, & les gens de condition ſervile. 2°. Les enfans de famille. 3°. Ceux qui ſont dans l'incertitude de leur état. 3. Perſonnes de la premiere claſſe. Ceux qui ſont en la puiſſance d'autrui.

La ſeconde, eſt de celles qui n'ont pas le droit de Cité, ou qui l'ont perdu par quelqu'évenement ou changement d'état, ou par quelque crime qui les rend incapables des effets civils, ce qui comprend, 1°. Les Aubains ou Etrangers non-naturaliſez. 2°. Ceux qui ont fait un établiſſement dans les Païs étrangers. 3°. Les Transfuges chez les ennemis, & les Fugitifs pour fait de Religion. 4°. Les Moines. 5°. Toutes les perſonnes qui ont été condamnées à la mort, ou à une peine qui emporte mort civile, ou confiſcation de biens; au nombre deſquelles on peut mettre les Héretiques, les Criminels de Leze-Majeſté, & ceux qui ſe tuent eux-mêmes volontairement. 4. Seconde claſſe. Ceux qui n'ont pas le droit de Cité ou qui l'ont perdu.

La troiſiéme, eſt de celles qui n'ont pas les qualitez de l'eſprit ou du corps pour pouvoir regler leur volonté. De ce nombre ſont, 1°. Les impuberes dans le Païs du Droit écrit, & ceux qui n'ont pas l'âge requis par les Coutumes dans le Païs Coutumier. 2°. Les furieux, imbéciles, inſenſez & autres que la Loi appelle *mente capti*, ceux qui ſont dans le délire, & ceux qui ont été privez de l'adminiſtration de leurs biens à cauſe de leur prodigalité. 3°. Ceux qui ſont actuellement yvres, parce qu'ils ſont incapables de faire uſage de la raiſon. 4°. Ceux qui à cauſe de leurs infirmitez corporelles ne peuvent pas déclarer leur volonté de parole ou par écrit. 5. Troiſiéme claſſe. Ceux qui n'ont pas les qualitez de l'eſprit ou du corps pour pouvoir regler leur volonté.

A commencer par les perſonnes de la premiere claſſe, il ne peut y avoir de doute que les Eſclaves ne ſoient incapables de teſter, *l. 16, l. 19, ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. 8, cod. de petit. hered. & l. 4, cod. commun. de ſucceſ.* & cela par deux ou trois raiſons: La premiere, parce que cette faculté eſt refuſée à ceux qui ſont 6. Perſonnes de la premiere claſſe. Les Eſclaves ne peuvent teſter. Premiere raiſon.

en la puiſſance d'autrui, *ſtatim enim ii, qui alieno juri ſubjecti ſunt, teſtamenti faciendi jus non habent*, dit l'Empereur Juſtinien aux Inſtitutes *quibus non eſt permiſſ. fac. teſtam. in princip.*

7. Seconde raiſon. La Loi des douze Tables ne permet de teſter qu'aux peres de famille.

La ſeconde, parce que la Loi des douze Tables n'accorde cette faculté qu'aux peres de famille, *paterfamilias uti legaſſit, &c.* Or les Eſclaves ne ſont pas de ce nombre, ils ſont donc incapables de teſter.

8. Troiſiéme raiſon. Les Eſclaves n'ont aucune participation au Droit Civil.

La troiſiéme, parce que les Eſclaves n'ont aucune participation au Droit Civil, *l.* 20, *§.* 7, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ils ne ſont point Citoyens, cependant il faut avoir cette qualité pour pouvoir teſter, *l.* 1, *ff. ad l. falcid.* & ils ſont regardez comme morts, *ſervitutem mortalitati ferè comparamus, l.* 209, *ff. de Reg. Juris*; c'eſt par ces raiſons que l'Edit du mois de Mars 1685, pour la Police des Iſles de l'Amerique Françoiſe, déclare dans *l'art.* 28 les Eſclaves incapables de diſpoſer, il eſt même remarquable que le Teſtament fait par un Eſclave, & par conſéquent nul, ne deviendroit pas bon, quand même il ſeroit libre au tems de ſa mort, *l.* 19, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* parce qu'il faut avoir la capacité requiſe au tems du Teſtament, & que *quod initio nullum eſt tractu temporis convaleſcere non poteſt, l.* 29, *ff. de Reg. Jur. & l.* 1, *ff. de Reg. Caton.*

Le Teſtament fait par un Eſclave ne devient pas bon, quoiqu'il parvienne à la liberté.

9. *Quid* de l'Eſclave qui eſt regardé publiquement comme libre.

Ce qui doit avoir lieu non-ſeulement par rapport à celui qui eſt conſideré publiquement comme Eſclave, mais encore à l'égard de celui qui étant de condition ſervile, eſt regardé néanmoins comme libre dans l'eſprit du Public, & l'on ne peut pas appliquer à la faction du Teſtament ce que la Loi décide ſur la faculté de porter témoignage dans un Teſtament. La raiſon de la difference eſt, que pour pouvoir teſter, il faut avoir réellement & non par fiction les capacitez & les qualitez requiſes au tems du Teſtament; parce qu'il s'agit uniquement de l'interêt du Teſtateur, au lieu que quand il s'agit de la validité du Teſtament d'une autre perſonne, on n'examine que l'opinion commune ſur l'état & la liberté du témoin qui y a aſſiſté, parce que l'interêt public exige qu'une erreur commune excuſe, & faſſe valoir une diſpoſition où l'on a appellé pour témoin une perſonne qui étoit réputée libre, & qui agiſſoit publiquement comme telle.

Pour pouvoir teſter il faut avoir les qualitez requiſes, non par fiction, mais réellement.

10. De l'Eſclave du Public ou du Préteur.

Cependant l'ancien Droit Romain permettoit à l'Eſclave public, ou du Préteur, de diſpoſer par Teſtament de la moitié de ſes biens, *ſervus publicus Prætoriſve, parte dimidia teſtamenti faciendi habet jus*: *Ulpien* dans ſes Fragmens, *tit.* 20, *§.* 15.

11. Si ſes gens de

L'incapacité des vrais Eſclaves au ſujet de la faction du Teſta-

ment s'étend, mais d'une maniere imparfaite sur les personnes de condition servile qui sont appellées *gens de main-morte*, dans les Coutumes où cette espece de servitude est reçuë & autorisée; comme le remarquent les Auteurs, & notamment *Tronçon sur l'art. 292 de la Coutume de Paris*, & *M. Dunod dans son Traité de la main-morte, chap. 4, sect. 1*; cependant il faut distinguer deux sortes de Coutumes; car dans les unes la servitude affecte les personnes, comme dans le Nivernois & autres semblables. Dans les autres elle n'affecte point les personnes, mais les biens, comme dans le Duché de Bourgogne; dans ces cas les mains-mortables sont des gens vrayment libres quant à leur personne, & leur servitude ne tombe que sur leurs biens, dont elles n'ont pas une liberté absoluë de disposer par Testament, elles peuvent seulement disposer par contrat entre-vifs sous les modifications portées par les Coutumes. V. *Taisand sur la Coutume de Bourgogne, tit 9, art. 1, & art. 10 & 11.*

main - morte peuvent tester.

Distinction de deux sortes de Coutumes par rapport aux mains mortes.

La raison pourquoi les mains-mortables ne peuvent pas tester, est selon M^e. *Dunod*, que ces mains-mortes sont semblables en cela aux Esclaves qui n'obtenoient qu'un affranchissement imparfait, *cum Latina libertate donabantur*. Cette espece de personnes qui n'étoient pas à la verité tout-à-fait Esclaves, n'étoient pas néanmoins entierement & parfaitement libres, elles avoient la liberté de donner entre-vifs, & de contracter, mais elles n'avoient pas la faculté de tester. *Vivebant ut liberi, sed moriebantur ut servi, l. 1, cod. de Latina libert. tollenda. §. ult. instit. de succeff. libert. l. 1, cod. Theod. de petit. hered.* & *Ulpien* dans ses Fragmens, *tit. 20, §. 13*. C'est à ces affranchis que l'on compare les gens de main-morte; mais cette comparaison n'est bonne que dans les Coutumes de la premiere espece par rapport à la faculté de tester, & non pour les autres; car les affranchis Latins étoient regardez en mourant comme vrais Esclaves, & par conséquent incapables de tester par une incapacité legale, publique & personnelle; au lieu que les gens de main-morte sont & vivans & mourans, des gens de condition vraîment libre pour ce qui concerne leur personne, soit pendant leur vie, ou à la mort; la prohibition de disposer par Testament n'étant fondée que sur l'interêt du Seigneur, du moins dans la Coutume du Duché de Bourgogne. Dans la Coutume du Comté de Bourgogne, il semble qu'on doive en penser differemment; car l'art. 14 du tit. 15 de la main-morte, déclare que *l'homme de main-morte ne peut disposer de ses biens meubles, ni heritages, quelque part qu'ils soient assis, par ordonnance de*

11.
Raisons pourquoi les mains-mortables ne peuvent pas tester.

Les mains mortables sont comparez à ceux qui obtenoient *Latinam libertatem*.

Les affranchis latins mouroient comme vrais Esclaves, & ne pouvoient pas tester.

Les mains mortables meurent comme libres.

derniere volonté, ni par donation à cauſe de mort, reſervé au profit de ceux étant en biens communs avec lui. Et par l'art. 16 il eſt dit : *Gens de main morte ne peuvent ſucceder les uns aux autres, ſinon tandis qu'ils ſont demeurans en commun ;* cette Coutume ſemble donc affecter la perſonne ; mais l'art. 4 du titre cité établit le contraire, puiſqu'il eſt permis au main-mortable de devenir franc en abandonnant au Seigneur les biens dont cet article parle, que même on leur permet de teſter en faveur de leurs parens communiers, ſuivant la remarque de *Chaſſanée ſur la Coutume de Bourgogne, rub. 9 des mains-mortes, §. 11*, verb. *par Teſtament ni Ordonnance ;* & de Me. *Dunod* au lieu cité ; on peut voir dans *Chaſſaneus* & *Dunod*, & dans *Coquille* ſur Nivernois, chap. 8, les autres queſtions qui regardent cette eſpece de gens de condition ſervile par rapport à leurs diſpoſitions.

Si les main mortables peuvent s'affranchir en abandonnant les biens.

Il convient néanmoins d'obſerver que l'incapacité des main-mortables pour teſter n'eſt pas abſoluë, comme celle du fils de famille, qui ne peut pas teſter, même avec le conſentement de ſon pere, *l. 6, ff. qui teſtam. fac. poſſ.* puiſque la Coutume du Duché de Bourgogne, tit. 9, art. 11, ne défend aux main-mortes de teſter quand elles n'ont pas le conſentement du Seigneur ; elle le leur permet donc avec le conſentement du Seigneur, même en faveur de ceux qui ne ſont pas communiers ; il n'y a donc que l'interêt du Seigneur qui ſerve de motif à cette prohibition, & non une incapacité perſonnelle, *Taiſand ſur l'art. 1 du tit. 9 de la Coutume de Bourgogne.*

13. Si l'incapacité de teſter pour les main-mortables eſt abſoluë.

Ils peuvent teſter avec le conſentement du Seigneur.

Venons aux enfans de famille. La Loi des douze Tables n'accordant qu'aux ſeuls peres de famille la faculté de teſter, il eſt évident qu'elle l'interdit aux enfans de famille. Auſſi eſt-il déclaré par pluſieurs textes du Droit Romain, que les fils de famille ſont incapables de teſter, *inſtit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. l. 3, §. 1, cod. eod. qui teſtam. fac. poſſ. l. 6, l. 16, & l. 19, ff. eod. tit.* La Loi 6, & le texte cité des Inſtitutes, déclarent même que le fils de famille ne peut point teſter, quoique ſon pere lui en accorde la permiſſion, *adeo ut quamvis pater ei permittat nihilo magis tamen jure teſtari poteſt.* La raiſon en eſt, que *teſtamenti factio non privati ſed publici juris eſt, l. 3, ff. eod. tit.* & le Teſtament du fils de famille eſt tellement nul, qu'il n'eſt pas confirmé, quoiqu'il décede pere de famille, *l. 19, ff. qui teſtam. fac. poſſ. & inſtit. quib. mod. teſtam. infirmentur in principio*, à cauſe de la Regle Catonienne, & par la raiſon expliquée dans les Loix 29 & 210, *ff. de Reg. Jur.* Mais ſelon le Droit Romain, lorſque le pere de famille, après

14. Si les enfans de famille peuvent teſter.

Quid avec la permiſſion de ſon pere.

Teſtamenti factio eſt publici juris.

Si le Teſtament fait par le fils de famille devient bon quand il décede pere de famille.

avoir testé, se faisoit adopter, & passoit en la puissance d'autrui, son Testament étoit révoqué : Cependant pour le faire revivre, il suffisoit, qu'étant redevenu *sui juris*, il eût déclaré qu'il vouloit que son Testament fût exécuté, ce qu'il pouvoit faire par un Codicile ou par Lettre revêtuë des formalitez du Codicile, *l.* 11, *§.* 2, *ff. de bonorum possess. secund. Tabulas.* La Loi 1, *§.* 1, *ff. de leg.* 3, décide deux choses remarquables. La premiere, que le fideicommis laissé par le fils de famille hors du Testament, ne vaut pas s'il meurt en la puissance de son pere; mais qu'il devient valable si le fils de famille devient *sui juris*, & qu'il ne change pas de volonté, sans qu'il ait besoin de faire aucune autre disposition pour confirmer le fideicommis, quand il est devenu pere de famille. La seconde, qu'il n'en est pas de même du Testament fait par le fils de famille, lequel étant nul dans son principe, n'est pas rendu valide, lorsque le Testateur cesse d'être en la puissance d'autrui; parce que la Regle Catonienne empêche qu'un Testament nul dans le moment qu'il est fait, puisse jamais devenir valable. Mais le Testament qui n'est pas nul dans son principe, & qui est rompu par quelqu'évenement, reprend sa validité, lorsque la cause qui l'a rompu vient à cesser, comme dans le cas de la Loi 12, *ff. de injusto rupto*; que si le fils de famille devenu *sui juris*, confirmoit par Codicile le Testament fait, tandis qu'il étoit en la puissance de son pere, cette confirmation devroit le faire valoir comme fideicommis, *l.* 2, *§.* 4, *ff. de jure codicillor.*

15. Si le fils de famille peut être émancipé pour tester seulement.

De ce que nous avons remarqué, l'on peut tirer, ce me semble, la décision d'une question fort controversée parmi les Interpretes, qui consiste à sçavoir si le fils émancipé par son pere pour faire Testament seulement, & non pour les autres effets, est capable de faire Testament. Car il ne peut point y avoir de doute que cette émancipation ainsi bornée ne soit insuffisante, pour attribuer au fils la faculté de tester, quoiqu'en ayent pû penser quelques Auteurs.

16. Raisons pour la nullité de l'émancipation & du Testament

Une telle émancipation ne peut être regardée que comme une permission de tester.

Plusieurs raisons nous déterminent à prendre ce parti. La premiere, qu'une telle émancipation ne peut être considerée que comme une simple permission donnée en fraude de la Loi. Et comme le pere ne peut pas habiliter son fils pour tester, en lui donnant une permission directe & expresse, parce que *testamenti factio non privati sed publici juris est*, il ne peut pas lui donner une permission indirecte & oblique en l'émancipant pour la forme, & pour tester seulement.

La seconde, parce qu'on ne peut tester qu'en devenant pere

17. On n'a la faculté

de tester qu'en devenant pere de famille.

de famille ; il faut donc neceſſairement que les liens de la puiſſance paternelle ſoient entierement rompus par une émancipation totale, l'émancipation *ad hoc* ne pouvant pas faire paſſer le fils à l'état de pere de famille ; tandis que ſon pere le retient dans ſa puiſſance pour tout le reſte, & qu'il ne renonce à cette puiſſance que pour la ſeule faction du Teſtament, & non pour les autres effets; parce que la puiſſance paternelle eſt indiviſible, & qu'il implique que la même perſonne ſoit à même tems pere de famille, & fils de famille.

La puiſſance paternelle eſt indiviſible.

18. L'émancipation eſt un acte legitime qui ne reçoit ni diviſion, ni condition.

La troiſiéme, parce que l'émancipation eſt un des actes legitimes qui ne peuvent recevoir ni diviſion ni condition, & qui ſont nuls & invalides, s'ils ne ſont faits purement & ſans reſtriction, *l. actus legitimi* 77, *ff. de Reg. Jur.* Ainſi l'émancipation *ad hoc* qui eſt compliquée d'un tel vice, doit être regardée comme non-advenuë.

19 Si le fils de famille peut teſter en faveur de la cauſe pie avec le conſentement de ſon pere.

Nous pouvons encore tirer des mêmes principes établis par les Loix 3 & 6, *qui teſtam. fac. poſſ.* la déciſion d'une autre difficulté contre la reſolution de pluſieurs Auteurs qui ont penſé que le fils de famille pouvoit teſter en faveur de la cauſe pie avec la permiſſion de ſon pere ; car tout cela eſt viſiblement contraire à l'eſprit du Droit Romain, & à la pureté de ſes maximes.

20. Raiſons pour prouver que le fils de famille ne peut pas teſter en faveur de la cauſe pie ou de ſes enfans.

En effet les Loix qui ont déclaré les enfans de famille incapables de teſter, même avec la permiſſion de leur pere, n'ont pas excepté les cas où les fils de famille diſpoſeroient en faveur de la cauſe pie ou de leurs enfans ; quoiqu'elles ayent fait d'autres exceptions. On doit donc dire qu'ils doivent être compris dans la regle generale prohibitive de la liberté de teſter ; parce que les exceptions confirment la regle, & font qu'on doit l'appliquer à tous les autres cas qui n'ont pas été ſpécialement exceptez. D'ailleurs l'Empereur Juſtinien s'eſt expliqué ſi nettement là-deſſus, qu'il y a lieu d'être ſurpris qu'on ait penſé que les enfans de famille fuſſent capables de teſter dans ce cas ; mais encore qu'on ait pû en faire la matiere d'un doute raiſonnable ; voici quelles ſont ſes paroles aux Inſtit. *quib. non eſt permiſſ. facere teſtam. in principio. Præter hos igitur qui caſtrenſe peculium vel quaſi-caſtrenſe habent, ſi quis alius filiusfamilias teſtamentum fecerit, inutile eſt, licet ſuæ poteſtatis factus deceſſerit.*

21. Réponſe aux raiſons de l'opinion contraire.

On ne peut pas autoriſer l'opinion contraire par le chap. *licet* 4, *de ſepult. in 6°.* quoique les Auteurs y ayent fondé leur opinion erronée ; parce qu'il ne parle point du Teſtament, mais d'une derniere volonté, comme l'explique la Gloſe. Ce texte ſuppoſe même

même que le fils de famille doit être capable de cette derniere volonté, avec le consentement de son pere, ce qui ne peut convenir qu'à la donation à cause de mort que le fils de famille peut faire avec le consentement de son pere; mais non à un Testament comme le remarque *Dumoulin* dans sa note sur ce chapitre. Après tout quand ce texte seroit précis & formel, il ne pourroit pas corriger la Loi Civile hors des Etats où le Pape est Prince Souverain, comme nous l'avons remarqué ailleurs.

22. La permission du pere ne peut servir de rien, parce que *Testamenti factio publici juris est.*

La permission du pere ne peut non-plus servir de rien, parce que *Testamenti factio non privati sed publici juris est*, & que le pere ne peut pas habiliter son fils dans le cas où la Loi qui déclare le fils de famille incapable de tester, ne lui permet pas par disposition expresse d'user de la faculté de tester.

23. Usage de quelques Parlemens qui permettent aux enfans de famille de tester en faveur de leurs enfans & de la cause pie.

Cependant par l'usage & la Jurisprudence de quelques Tribunaux Superieurs du Royaume, & notamment du Parlement de Toulouse, on autorise les Testamens faits par les enfans de famille en faveur de la cause pie avec la permission du pere, ou en faveur des enfans, sans la permission du pere; & quand le pere n'auroit pas permis le Testament de son fils de famille au profit de la cause pie, on ne laisse pas de le faire valoir, lorsque le Testateur décede pere de famille, comme l'attestent *MM. Maynard, livre 5, chapitre 1, livre 7, chapitre 19, & livre 9, chap. 36; Duranty, quest. 21; Catellan, livre 2, chapitre 40; Duval, dans ses Institutions du Droit François, livre 1, chapitre 4; Cambolas, liv. 2, chap. 31; & Ferriere sur la question 54 de Guy Pape.*

24. Si le Testament du fils de famille fait avec la permission de son pere vaut, quand il contient la clause qu'il vaudra comme donation à cause de mort.

Toutefois le Testament du fils de famille fait avec la permission de son pere vaudroit comme donation à cause de mort, en faveur de toutes sortes de personnes, même en faveur de son pere, s'il contenoit la clause que ne pouvant pas valoir comme Testament, il vaudroit comme donation à cause de mort, parce qu'alors il seroit converti en donation à cause de mort, qui n'est pas interdite aux enfans de famille. *MM. Maynard, livre 5, chapitre 2; Albert*, verb. *Testam. article 30; Ranchin, sur la question 223 de Guy Pape; Catellan, livre 2, chapitre 40; & Basset, tome 1, livre 5, titre 1, chapitre 20.*

25. L'incapacité du fils de famille de tester, s'étend à tous ses biens, quoiqu'il en ait la pleine proprieté.

La regle que nous avons établie ci-dessus que les enfans de famille sont incapables de tester, a lieu par rapport à toutes sortes de biens, soit que leur pere en ait l'usufruit, soit qu'ils les possedent en pleine proprieté & usufruit, comme le décide textuellement l'Empereur Justinien aux Inst. *quib. non est perm. fac. Testam. in princip.* où il dit que lorsque le fils teste d'autre chose que de

son pécule castrense ou quasi-castrense, le Testament est inutile. Il ne peut donc pas tester de son pécule adventif, ni des biens qui lui appartiennent en pleine proprieté, autres que le pécule castrense, ou quasi-castrense; car l'incapacité de tester ne se regle pas par la nature ou la qualité des biens, si l'on en excepte le pécule castrense ou quasi-castrense, comme nous l'avons dit, & que nous l'expliquerons ci-après; mais elle dépend du défaut personnel, de ce qu'ils sont sujets à la puissance d'autrui, & qu'ils n'ont pas la qualité de pere de famille, nécessairement requise pour pouvoir user de la liberté de tester.

Il ne peut tester que des seuls biens du pécule castrense ou quasi castrense.

26. La faculté de tester ne dépend pas de la nature des biens.

Cela est si vrai, que si la faculté de tester dépendoit de la nature des biens, le pere pourroit, en renonçant à l'usufruit, ou en permettant à son fils de disposer, le rendre habile à tester; cependant la Loi déclare nommément que le consentement ou la permission du pere, ne peuvent rien operer à cet égard, parce que *Testamenti factio non privati sed publici juris est.* Voilà pourquoi on ne doit pas induire des termes dont la Loi derniere, *§. 5, cod. de bonis quæ liberis*, est conçue, qu'elle permette aux enfans de famille de disposer par Testament des biens dont leur pere n'a pas l'usufruit; car posterieurement à cette Loi, l'Empereur Justinien a expressément déclaré dans la Loi 11, *cod. qui Testam. facere possunt*, qu'il n'avoit pas entendu déroger aux Loix anciennes, qui refusoient la liberté de tester aux enfans de famille, hors des cas, où les mêmes Loix le leur permettent; ensorte que la disposition dont il est parlé dans la Loi derniere, *cod. de bonis quæ liber.* doit s'entendre d'une disposition entre-vifs, & l'on doit dire la même chose par rapport à la Novelle 117, chapitre premier, où quoique l'Empereur permette aux enfans de famille de disposer à leur gré des biens dont ils joüissent en pleine proprieté, il n'a point donné d'atteinte au Droit ancien, au sujet de la faculté de tester, parce que le mot Grec qui est dans l'original, & que l'on a traduit par le terme Latin *disponere* ne se rapporte qu'à une disposition entre-vifs, ainsi que l'ont observé plusieurs Auteurs; d'ailleurs, pour pouvoir induire une correction du Droit ancien, & afin que le fils de famille pût être autorisé à tester de cette espece de biens, il ne suffiroit pas d'un terme équivoque, & qui pût s'appliquer aux contrats comme aux Testamens, il faudroit des paroles claires, & qui ne pussent convenir qu'à la disposition testamentaire, parce que la défense de tester est déclarée par des

Explication de la Loi derniere §. 5, *cod. de bonis quæ liberis.*

Explication de la *Novelle* 117, *c.* 1.

Loix claires, multipliées & ſuivies pendant un très-long eſpace de tems; qu'ainſi, pour les abroger & pour introduire un Droit contraire, il ſeroit néceſſaire que l'Empereur Juſtinien ſe fût expliqué auſſi clairement pour rendre les enfans de famille capables de teſter des biens par eux poſſedez en pleine proprieté, que la défenſe portée par les Loix anterieures eſt claire, & préciſe.

La qualité des biens n'influe pas ſur la faculté de teſter, excepté pour le pécule caſtrenſe ou quaſi-caſtrenſe.

Nous pouvons ajouter que la nature & la qualité des biens influent ſi peu ſur la faculté de teſter, quand il ne s'agit point de pécule caſtrenſe, ou quaſi-caſtrenſe, qu'il eſt certain, ſelon les principes du Droit Romain, qu'une perſonne n'a pas moins la liberté de teſter, quoiqu'elle n'ait aucuns biens, ou qu'elle laiſſe une herédité épuiſée par les dettes paſſives; & une telle herédité peut non-ſeulement être acceptée en vertu du Teſtament, mais encore l'heritier qui l'accepte ſans inventaire eſt tenu indéfiniment de toutes les dettes, & il doit ſatisfaire *de ſuo* tous les créanciers, *l. ſcimus* 22, *§. ſin vero* 12, *cod. de jur. delib.*

Quoiqu'on n'ait aucuns biens, ou qu'on laiſſe une heredité épuiſée par les dettes paſſives, on ne laiſſe pas de pouvoir teſter.

17
Des cas auſquels il eſt permis aux fils de famille de teſter.

Venant aux exceptions, & aux cas marquez par le Droit Romain, où les enfans de famille ont la liberté de teſter; ils ſe bornent uniquement à la diſpoſition du pécule caſtrenſe ou quaſi-caſtrenſe, *inſtit. quib. non eſt permiſſ. facere Teſtamenta, in principio: præter hos igitur qui caſtrenſe peculium vel quaſi-caſtrenſe habent, ſi quis alius filiusfamilias Teſtamentum fecerit inutile eſt, licet ſuæ poteſtatis factus deceſſerit.*

Du pécule caſtrenſe ou quaſi-caſtrenſe.

28.
Le pécule caſtrenſe convient au Soldat & comprend ce qu'il a acquis à la Guerre ou à l'occaſion de la Guerre.

Le pécule caſtrenſe convient ſpécialement aux Soldats, & il eſt compoſé de ce que le Soldat a acquis à la Guerre, *de eo quod in caſtris acquiſierunt, inſtit. quib. non eſt permiſſ. facere Teſtament. in principio*, ou à l'occaſion de la Guerre, *l.* 1, *cod. de caſtrenſ. pecul. milit.*

29.
Le fils de famille Soldat peut diſpoſer par Teſtament de ſon pécule de deux façons.

Ceux qui poſſedent un tel pécule peuvent en diſpoſer de deux façons: 1°. *Jure militari*, tandis qu'ils ſont occupez aux expeditions militaires; ou bien *jure communi*, quand ils ſont véterans, ou qu'ils ne ſont pas occupez aux expeditions militaires, *l. ult. cod. de inoff. Teſtam.* ainſi que nous l'avons expliqué au chapitre 2, en parlant du Teſtament militaire; mais les enfans de famille en teſtant de leur pécule caſtrenſe, ne peuvent pas teſter en même tems de leurs autres biens, leſquels doivent appartenir à ceux auſquels la Loi les défere *ab inteſtat*, *l. ult. cod. de inoff. Teſtam. Inſtit. quib. non eſt permiſſ. facere Teſtament. in princip.*

Mais il ne peut pas teſter des autres biens qu'il peut avoir.

30. Quels biens ſont compris dans le pécule caſtrenſe.

Pour connoître la nature des biens dont le fils de famille Soldat peut diſpoſer, il faut ſçavoir ce qui eſt compris ou n'eſt pas compris dans le pécule caſtrenſe, ce qui eſt bien diſtingué & expliqué dans la Loi 1, *cod. de caſtrenſi peculio militum*, par les Loix 8 & 11, *ff. de caſtrenſi peculio*, & la Loi 4, *cod. famil. erciſc.*

31. Les meubles ou effets mobiliers qui ſont donnez au Soldat qui va à la guerre par ſes parens ou amis, non les immeubles.

1°. On met dans ce rang les meubles & effets mobiliers qui ſont donnez à celui qui va ou qui eſt à la guerre, par ſon pere, ſa mere, ſes parens ou ſes amis, mais non les immeubles.

32. Les choſes que le Soldat a acquiſes à l'occaſion de la guerre même les heréditez

2°. Les choſes que les Soldats ont acquiſes à l'occaſion de la guerre, du nombre deſquelles on doit mettre les heréditez qui leur ont été déferées par les diſpoſitions des perſonnes qui ne les ont connus qu'à l'occaſion de la guerre, quoique ces heréditez ſoient compoſées d'immeubles, *l.* 5, *ff. de caſtrenſi peculio*, & *l.* 1, *cod. eod.*

33. Les biens que les Soldats ont acquis de l'argent qu'ils ont gagné à la guerre.

3°. Les choſes que les Soldats ont acquiſes de l'argent qu'ils ont gagné à la guerre, quoiqu'elles ſoient immeubles, *l.* 1, *cod. eod.*

Non les heréditez des parens.

mais les heréditez qui ſont déferées au Soldat, autrement qu'à l'occaſion de la guerre comme celle de ſa mere, ou de quelqu'autre parent, ni les immeubles qui leur ſont donnez, ni ce qu'il a acquis autrement qu'à l'occaſion du Service militaire, ne ſont point du pécule caſtrenſe, *l.* 11, *ff. de caſtrenſi peculio*, & *l.* 1, *cod. eod.*

34. De l'herédité d'un parent qui eſt à même-tems le camarade du Soldat.

Que ſi un parent du Soldat qui eſt en même tems ſon camarade & qui ſert avec lui, l'inſtituë ſon heritier, l'herédité ſera réputée du pécule caſtrenſe, ſi le Teſtament eſt fait pendant le Service, non s'il avoit été fait auparavant, *l.* 19, *ff. de caſtrenſi peculio.*

35. Ce qui n'entre point dans le pécule caſtrenſe.

On ne fait donc point entrer dans le pécule caſtrenſe, 1°. Ce que le fils de famille acquiert autrement que par le Service militaire, ou à l'occaſion du Service militaire, *l.* 11. *ff. de caſtrenſi peculio.* 2°. L'herédité de la mere deferée au Soldat pendant ſon ſervice, *l.* 1, *cod. eod.* 3°. L'herédité déferée au Soldat par ſon camarade par Teſtament qui précede le Service, *l.* 19, *ff. eod.* 4°. Ce que le pere ou quelqu'autre perſonne donne au Soldat après ſon congé, *l.* 15, *ff. eod.* 5°. La dot payée ou promiſe au Soldat, *l.* 16, *ff. eodem.* 6°. Les biens immeubles donnez au fils de famille Soldat en allant au Service, *l.* 1, *cod. eod.* & *l.* 4, *cod. famil. erciſc.*

36. Quelles perſonnes peuvent avoir un pécule caſtrenſe.

Les Loix qui parlent du pécule n'en font mention que rélativement aux Gens de guerre, ce qui doit s'entendre des perſonnes qui ſont engagées au Service militaire, & comprend non-ſeulement ceux qui ſont appellez proprement Soldats; mais encore toutes

ſortes d'Officiers qui ſervent dans les Troupes, parce qu'ils ne ſont pas moins privilegiez que les ſimples Soldats; & les mots *milites* dont les Loix ſe ſervent, ſignifient les Officiers comme les ſimples Soldats; mais les Loix n'attribuent le droit de pécule caſtrenſe qu'aux Officiers & aux Soldats des Troupes, & non aux autres perſonnes qui ſont dans les Armées ſans engagement. Elles ne ſont donc pas capables de teſter de ce qu'elles ont acquis, lorſqu'elles ſont en la puiſſance de leur pere, parce que la Loi ne leur accorde point ce privilege; mais la Loi derniere, *cod. de pecul. caſtrenſ. milit.* l'accorde à ceux qui étoient appellez *Præfectiani*, en ces termes : *Jus caſtrenſis peculii tam Scriniarios quam exceptores cæteroſque qui in officio tui culminis* (c'eſt-à-dire du Préfet du Prétoire) *merendi licentiam habere noſcuntur : ac ſi in legione prima adjutrice noſtræ reipublicæ militent, inviolatum habere præcipimus.*

Quid des perſonnes qui ſont dans les Armées ſans être ni Officiers ni Soldats.

Præfectiani qui ſint.

Il faut encore remarquer que l'Officier ou le Soldat qui a été caſſé ou renvoyé *ignominiæ cauſa* n'a pas le droit de teſter de ſon pécule caſtrenſe, *jus teſtandi de caſtrenſi peculio, quod filiisfamilias militantibus conceſſum eſt, ad eos qui ignominiæ cauſa miſſi ſunt, non pertinet; quod hoc præmii loco merentibus tributum eſt, l. 26, §. 1. ff. de Teſtam. milit.*

37. De l'Officier ou Soldat qui a été caſſé *ignominiæ cauſa.*

A l'égard du pécule quaſi-caſtrenſe, il faut ſçavoir, 1°. Ce qu'il comprend. 2°. Quelles ſont les perſonnes qui ont le droit d'avoir un tel pécule, & qui peuvent en diſpoſer par Teſtament.

38. Du pécule quaſi-caſtrenſe.

Mais auparavant, il convient d'obſerver que quoique le droit de diſpoſer du pécule quaſi-caſtrenſe ait été accordé à l'exemple & à l'imitation du pécule caſtrenſe, néanmoins, ceux qui veulent en diſpoſer par Teſtament doivent le faire *jure communi*, c'eſt-à-dire, en obſervant les regles & les formalitez preſcrites pour la validité du Teſtament paganique, §. *ſciendum 6, inſtit. de milit. Teſtam. l. ult. cod. de inoff. Teſtam.* & *l. omnes 12, cod. qui Teſtam. fac. poſſ.* Il eſt parlé de la faculté de teſter du pécule quaſi-caſtrenſe accordée aux enfans de famille, aux inſt. *quib. non eſt permiſſ. fac. Teſtam. in princip.* Dans la Loi derniere, *cod. de inoff. Teſtam.* Dans la Loi 34 & *l'Authent. Presbyteros, cod. de Epiſcop. & Cleric.* Dans la Loi 4, *cod. de Advocat. diverſ. judicior.* & dans la Novelle 123, chap. 19.

39. On ne peut en diſpoſer que par un Teſtament fait *jure communi.*

Textes qui parlent de la faculté de teſter du pécule quaſi caſtrenſe.

On doit faire entrer dans le pécule quaſi-caſtrenſe, tout ce que le fils de famille acquiert en exerçant une dignité, un emploi, une adminiſtration, ou une profeſſion qui lui donne le droit d'avoir un pécule quaſi-caſtrenſe, ou à l'occaſion de cette profeſſion, adminiſtration ou dignité, ou ce qu'il réſerve des gages qui lui

40. Des biens qui entrent dans le pécule quaſi-caſtrenſe.

ſont donnez par le Prince ou par le Public. Cela paroît clairement des diſpoſitions de la Loi derniere *cod. de inoff. Teſtam.* & de la Loi 4, *cod. de Advocat. diverſ. judic.* comme auſſi les biens tant meubles qu'immeubles qui ont été donnez au fils de famille par le Roi ou Prince Souverain, ou par la Reine ſon épouſe, ſuivant la Loi 7, *cod. de bonis quæ liberis.*

41. Droit d'avoir un pécule quaſi-caſtrenſe accordé d'abord aux Magiſtrats du premier ordre.

Le droit d'avoir un pécule quaſi-caſtrenſe ne fut d'abord accordé qu'aux Magiſtrats du premier ordre, tels qu'étoient les Proconſuls, les Préfets des légions, les Préſidens des Provinces, & tous ceux qui revêtus de quelque dignité, ou adminiſtration, reçoivent des gages du Prince ou du public, ſuivant la Loi derniere, *cod. de inoff. Teſtam.*

42. Extenſion à quelques autres perſonnes.

Mais la même Loi étendit ce privilege à pluſieurs autres perſonnes; & premierement aux Avocats, *viris diſertiſſimis Patronis cauſarum.* 2°. A ceux qui étoient prépoſez pour écrire ou faire écrire les Loix & les reſcrits qui ſont appellez *memoriales: viriſque devotiſſimis memorialibus.* 3°. A ceux qui étoient appellez *Agentes in rebus*, dont il eſt parlé au *cod. lib.* 12, *tit.* 20, où les Auteurs, & entr'autres *Perezius*, *Corvinus*, & *Brunemannus*, expliquent quelles étoient les fonctions de ces Officiers, & plus particulierement *Jean Calvin dans ſon Lexicon.* 4°. Aux Profeſſeurs ou Principaux des Colleges où l'on enſeigne les Sciences & les Arts liberaux, *Magiſtris ſtudiorum liberalium*, duquel nombre ſont la Rethorique, la Grammaire, la Geometrie, la Juriſprudence, & la Médecine, *l.* 1, *in principio*, *§.* 1, & *§.* 10, *ff. de extraordin. cognit.* 5°. Aux Médecins du Prince, *Archiatris*; car ce mot ſignifie proprement le premier Medecin, ou les Medecins du Prince appellez *Medicorum Principes.* Enfin, à toutes les perſonnes qui reçoivent des gages ou des ſalaires du Public, *& aliis omnibus omnino, qui ſalaria vel ſtipendia percipiunt publica.*

Quels ſont les Arts liberaux.

43. Suite des perſonnes auſquelles il eſt permis d'avoir un pécule quaſi caſtrenſe.

Les Loix 34 & 50, l'Authentique *Presbyteros cod. de Epiſcop. & Cler.* & la Novelle 123, chapitre 19, ajoutent les Evêques, les Prêtres, les Diacres, Sous-Diacres, les Chantres, les Lecteurs, & tous les autres Clercs, leſquels peuvent avoir un pécule quaſi-caſtrenſe, & en diſpoſer librement par Teſtament, nonobſtant la puiſſance paternelle; les *Loix du code* que l'on vient de rapporter, & la Loi derniere, *cod. qui Teſtam. fac. poſſ.* vouloient même qu'un tel Teſtament ne pût pas être attaqué par la plainte d'inofficioſité; mais cela a été corrigé par la Loi derniere, *cod. de inoff. Teſtam.* & par la *Novelle* 123, *chapitre* 19.

44. Extenſion à d'autres perſonnes

Par l'uſage du Parlement de Toulouſe on a étendu le même

privilege aux Conſeillers, & autres Juges, à tous les Médecins, aux Secretaires du Roi, aux Greffiers des Cours Superieures, & aux Procureurs au Parlement, & *Maynard, livre 5, chapitre 1, & Ferriere ſur la queſtion 190 de Guy Pape;* mais on en a exclus les Notaires, les Chirurgiens, les Procureurs & Greffiers des Sieges ſubalternes, ſelon *Ferriere* au lieu cité, & *la Roche, livre 6, titre 77, article 4*, contre le ſentiment de M. *Maynard.* Ce privilege doit encore être refuſé aux Huiſſiers ſelon M. *Cujas* ſur la Loi 2, *cod. de apparit. Magiſt. milit.* cependant les Appariteurs du Préfet du Pretoire joüiſſoient du droit du pécule caſtrenſe, & de ſon Privilege, ſelon la remarque de *Perezius*, ſur le titre du code *de caſtrenſ. pecul. num.* 8, conformément à la Loi derniere du même titre au code. Voy. *Dolive, livre 5, chap.* 7 in fin. *le Préſident Faber* dans ſon code *livre* 1, *titre* 2, *defin.* 40, *& Ragueau* ſur la Loi derniere, *cod. de inoff. Teſtam.*

par l'uſage du Parlement de Toulouſe.

Excluſion des Notaires, des Chirurgiens, Procureurs & Greffiers des Sieges ſubalternes.

Quid des Huiſſiers.

45.

Mais il faut prendre garde que comme les Soldats ou Veterans, enfans de famille, qui ont un pécule caſtrenſe, ne peuvent teſter, que des biens qui ſont partie de ce pécule, & non des autres, quoiqu'ils leur appartiennent en pleine proprieté & uſufruit; ceux qui poſſedent un pécule quaſi-caſtrenſe ne peuvent teſter auſſi que des biens dépendans de ce pécule, & nullement des autres biens qui leur appartiennent en pleine proprieté & uſufruit, *l. ult. cod. de inoff. Teſtam. & inſtit. quibus non eſt permiſſum facere Teſtam. in princip.* mais ils doivent être recueillis par les perſonnes auſquelles la Loi les défere *ab inteſtat*; ainſi le fils de famille décede dans ce cas *partim teſtatus, & partim inteſtatus*, ce qui eſt une exception à la regle qui établit le contraire. Les regles que nous avons expliquées au ſujet de l'incapacité de teſter des enfans de famille, & les exceptions que nous avons marquées du pécule *caſtrenſe* ou *quaſi-caſtrenſe*, ont lieu dans les Pays du Droit écrit, même dans ceux qui ſont du reſſort du Parlement de Paris, & dans certaines Coutumes, qui aſſujettiſſent les enfans à la puiſſance de leur pere ou de leur ayeul; mais dans les autres Pays Coutumiers, les enfans peuvent pendant la vie de leur pere ou de leur ayeul, diſpoſer par Teſtament, ou codicile, des biens qui leur appartiennent lorſqu'ils ont l'âge requis par les Coutumes, en ſe conformant néanmoins à ce que les mêmes Coutumes portent pour la défenſe de diſpoſer d'une certaine portion des propres. La raiſon eſt, parce que la puiſſance paternelle ne produit pas les mêmes effets dans ces Pays, que dans ceux du Droit écrit.

Le fils de famille ne peut teſter que du ſeul pécule quaſi-caſtrenſe, non des autres biens, quoiqu'il en ait la pleine proprieté.

Le fils de famille décede *partim teſtatus partim inteſtatus.*

Quid dans les Pays Coutumiers.

46. Le Prince Souverain peut diſpenſer le fils de famille pour faire Teſtament.

Comme l'incapacité de teſter du fils de famille dérive du Droit Civil, duquel le Prince Souverain a inconteſtablement le droit de diſpenſer, parce qu'il eſt au-deſſus des Loix; le fils de famille deviendroit donc capable de teſter, s'il en obtenoit la permiſſion & la diſpenſe du Prince; mais une telle permiſſion qui le rendroit habile à teſter, ne le diſpenſeroit pas d'obſerver les formalitez requiſes au Teſtament, *l. ſi quando 35, cod. de inoff. Teſtam.*

47. Si la puiſſance paternelle a lieu dans les Pays Coutumiers.

Si les enfans de famille peuvent teſter pendant la vie de leur pere.

Dans le Pays Coutumier, la puiſſance paternelle ne produit pas les mêmes effets que dans les Pays du Droit écrit, & ſans diſtinction du pécule, les enfans, ſoit du vivant de leurs pere & mere, ou après leur décès, ou de l'un d'eux, peuvent teſter, ſans l'autorité du pere, des biens qui leur appartiennent, lorſqu'ils ſont parvenus à l'âge requis par les Coutumes, ſelon la remarque de *Ferriere dans ſes inſtitutions du Droit François, livre 2, titre 12*, in principio. *Dupleſſis ſur la Coutume de Paris, Traité des Teſtamens, chapitre 2, ſection 1. La Lande ſur la Coutume d'Orleans article 292, nomb. 7 & 10, & Le Grand ſur celle de Troyes, article 95, gloſe 1, nombre 17*; on l'obſerve de même dans le Brabant, ſoit que le fils poſſede les biens en pleine proprieté, ou que ſon pere en ait l'uſufruit & l'adminiſtration, *Stockmans, déciſ. 8.* On peut voir l'article 276 de la Coutume de Poitou, & *Boucheul ſur cet article, nombres 249 & ſuivans.*

48. Si ceux qui ſont incertains de leur état peuvent teſter.

Ceux qui ſont incertains ſur leur état, ou qui ſont dans l'erreur, comme ſi l'on ignore que l'on ſoit libre ou eſclave, pere de famille, ou fils de famille, ou ſi étant libre ou pere de famille, on croit néanmoins être eſclave, ou fils de famille, ne peuvent point teſter. *L. de Statu 15, ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* La raiſon en eſt, ſelon *la Loi 14 du même titre*, parce que *qui incertus de ſuo ſtatu eſt, certam legem Teſtamento dicere non poteſt*, & que ſuivant la Loi *76, ff. de reg. jur. in totum omnia quæ animi deſtinatione agenda ſunt, non niſi vera & certa ſcientia perfici poſſunt.*

49. Quelles ſont les perſonnes qui peuvent être incertaines de leur état.

Il peut y avoir quatre eſpeces differentes de cette incertitude. La premiere, lorſqu'on doute ſi on eſt libre ou Eſclave, Citoyen ou Etranger, *l. 1, ff. de legat. 3.* La ſeconde, lorſque l'on erre ſur ſon état, comme quand celui qui a été relegué croit avoir ſouffert un changement d'état, ou une mort civile, ce qui réſulte du mot *errantes* que l'on trouve dans la Loi 15, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* La troiſiéme, lorſque celui qui a été affranchi par le Teſtament de ſon Maître, ignore la mort du Maître, ou le Teſtament par lequel il eſt déclaré libre, & l'acceptation d'herédité, *l. 14, ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* La quatriéme, lorſque le fils de famille

mille ignore la mort de son pere qui est en voyage, & que par-là il soit devenu pere de famille. *Ulpien*, dans ses fragmens, *tit.* 20, *§.* 10, *& l.* 9, *ff. de jure codicill.* à moins qu'il ne fût Soldat ou Veteran; mais dans ce cas le Testament ne vaudroit que pour le pécule castrense, *l.* 11, *§.* 1 *&* 2, *ff. de Testam. milit.* On doit dire la même chose de celui qui a un pécule quasi-castrense, parce que la même raison milite en sa faveur, puisqu'il peut tester de son pécule, quoiqu'il soit en la puissance de son pere: Ainsi l'incertitude de l'état ne peut rien faire à l'égard du pécule. On peut voir la *Novelle* 37 *de l'Empereur Leon*, qui déroge au Droit ancien, par rapport à l'Esclave qui ignore son affranchissement; mais les Novelles de cet Empereur n'ont aucune force, lorsqu'elles corrigent le Droit ancien.

Les Novelles de l'Empereur Leon n'ont pas force de Loi.

Nous avons dit que les personnes de la seconde classe qui sont incapables de tester, sont celles qui n'ont pas originairement le Droit de Cité, ou qui l'ont perdu par quelqu'évenement, qui les rend incapables des effets civils. Il faut examiner en détail les questions qui regardent ces personnes, au sujet de la faction du Testament.

50. Personnes de la seconde classe.

Les Aubains ou Etrangers non naturalisez ne peuvent point tester, pas même en faveur des enfans ou de la cause pie; c'est une maxime constamment reçûë en France, comme l'enseignent les Auteurs François, notamment *Bacquet, du Droit d'Aubaine, chapitres* 3, 17 *&* 18; *Ferriere, sur la Coutume de Paris, article* 292, *gloſe* 1, *nombre* 40; *M. le Bret, partie* 1, *livre* 3, *décision* 7, *& Ricard, des Donations, tome* 1, *partie* 1, *nombres* 202 *& suivans*, maxime qui est fondée sur les principes du Droit Romain, selon lequel les Etrangers appellez *Peregrini* n'avoient aucune participation au Droit civil, & étoient par conséquent incapables des effets civils, *l.* 1, *cod. de hered. instit. & l.* 6, *§.* 2, *ff. eod.* D'ailleurs, pour pouvoir tester, il falloit être Citoyen Romain, *l.* 1, *ff. ad l. falcid.* Qualité dont les Etrangers non naturalisez, c'est-à-dire, qui n'ont pas obtenu des Lettres de naturalité, manquent.

51. Si les aubains peuvent tester.

Il est vrai que l'Auth. *omnes peregrini, cod. com. de succeſſ.* déclare les Etrangers capables de tester: Mais comme cette Autentique a été tirée, non des Constitutions de l'Empereur Justinien, dont on a adopté les décisions, mais d'une Constitution de l'Empereur Federic, elle n'a jamais eu d'autorité.

52. L'Auth. *omnes peregrini* n'a aucune autorité.

On peut être Aubain ou Etranger d'origine & de naissance, ou le devenir, ce qui arrive quand le Regnicole va faire un éta-

53. On peut être aubain d'origine, ou le devenir par

un établiſſement dans une Monarchie étrangere.

bliſſement dans une Monarchie étrangere, dans l'eſprit de ne point revenir dans le Royaume.

54. Les étrangers naturaliſez peuvent teſter en France.

Mais les Etrangers d'origine & de naiſſance peuvent teſter en France & ſont capables des effets civils, lorſqu'ils ont obtenu du Roi des Lettres de naturalité, regiſtrées en la Chambre des Comptes, comme l'enſeignent *Baſſet, tome 2, en l'addition miſe à la fin de l'ouvrage, & Ferriere au lieu cité, nombre 45.* Par les Lettres de naturalité, le vice de la naiſſance eſt effacé, & cela équipole au Droit de Cité, que les Empereurs Romains accordoient à ceux qui étoient nez hors des terres dépendantes de leur Empire.

55. Des Villes ou Provinces où le droit d'aubaine n'a pas lieu.

A Toulouſe & dans la Province de Languedoc.

Quid des Juifs.

Les Etrangers non naturaliſez ont droit de teſter dans les Provinces, Villes ou lieux du Royaume, où par privilege ſpécial le Droit d'Aubaine n'a pas lieu, comme à Toulouſe, & dans le Languedoc, où ce privilege a été accordé pour ceux qui y vivent chrétiennement, & non pour les Juifs par des Lettres Patentes de l'an 1475, rapportées par *Cazeneuve dans ſon Traité du Franc-aleu*, conformément auſquelles le Parlement de Toulouſe a rendu divers Arrêts qui ſont rapportez par *MM. Maynard, livre 4, chapitre 57, & livre 8, chapitre 48; Duranty, queſtion 67; la Roche-Flavin*, verb. *Teſtament, liv. 4, article 5, & livre 6, titre 9; Cambolas, livre 5, chap. 49; & Duval, dans ſes Inſtitutions du Droit François, liv. 1, chap. 9.*

56. A Bordeaux.

A Bordeaux, il y a un ſemblable privilege rapporté à la ſuite de *la queſtion 13 de M. le Preſident Boyer, V. Duranty, queſtion 67, liv. 5, chap. 49, & la Peirere.*

57. De ceux qui fréquentent les Foires de Lyon.

L'on prétend que ceux qui fréquentent les Foires de Lyon, ſont réputez François & Regnicoles par privilege ſpécial pour favoriſer cette Ville & ſon commerce. *Bugnion, des Loix abrogées, livre 1, chap. 7*, fait mention de ce privilege.

58. Du Vicomté de Turenne.

M. Maynard, livre 8, chap. 48, aſſure qu'il y a un ſemblable privilege pour le Vicomté de Turenne.

59. De ceux qui ſont réputez Regnicoles quoique nez dans une Monarchie étrangere.

Ceux de Milan, de Bourgogne, de Flandres, d'Artois, de Brabant, de la Navarre.

Les Etrangers, quoique dépendans d'une autre Monarchie, & non naturaliſez en France, y ont pourtant la faculté de faire Teſtament, lorſqu'ils ſont originaires d'un Pays dont les Habitans ſont réputez Regnicoles en France, tels ſont, ſelon *Baſſet*, ſur la fin du tome 2, page 532, ceux de Milan, de Bourgogne, de Flandres & d'Artois, à cauſe des prétentions légitimes que le Roi a ſur ces Terres; ce qu'il faut appliquer aux Pays & aux Villes qui ne ſont pas ſous la domination du Roi; car ceux qui ſont ſous ſa domination ſont vrais Regnicoles. *Voyez Mon-*

tholon, *Arrêt* 107, à l'égard de ceux de Brabant & de la Navarre, poſſedez par le Roi d'Eſpagne.

60. Des Habitans d'Avignon.

Tels ſont les Habitans d'Avignon, parce que la proprieté de cette Ville appartient à Sa Majeſté. *Graverol ſur M. la Roche, liv. 6, titre 9.*

61. Des Lorrains.

Tels ſont encore les Lorrains, qui par une Déclaration du Roi du 15 May 1702, ont été exemptez du Droit d'Aubaine; il en eſt de même des originaires de la Savoye par rapport au Dauphiné; car ils y ſont réputez Regnicoles comme les Dauphinois ſont auſſi réputez Regnicoles en Savoye. *Baſſet*, au lieu cité, & liv. 3, chap. 1; mais il en eſt autrement de ceux de la Principauté de Piémont, qui ont beſoin des Lettres de naturalité ſelon la remarque du même Auteur.

Des Savoyards par rapport au Dauphiné.

Mais non les Piémontois.

61. Des Genevois.

A l'égard des Genevois, ils ſont auſſi réputez Regnicoles en France, *Journal des Audiences, tome 5, livre 5, chapitre 41. Voyez Carondas, liv. 10, rép. 15.*

61. Des Suiſſes.

Les Suiſſes, comme alliez de la Couronne, furent déclarez exemts du Droit d'Aubaine par des Lettres Patentes de l'année 1581; mais comme en les enregiſtrant la Chambre des Comptes y avoit appoſé la modification, que les heritiers ſeroient Regnicoles, par des nouvelles Lettres Patentes, cette modification fut levée, & il fut déclaré que les Suiſſes décedans dans le Royaume, auroient pour heritiers leurs plus proches parens, quoiqu'ils ne ſoient pas Regnicoles. *Voyez Carondas, liv. 10, rép. 15, & Bardet, tome 2, liv. 5, chap. 16.* A l'égard de ceux qui ſont nez dans les Terres dépendantes de l'Etat Eccleſiaſtique, il y a des Lettres Patentes du mois d'Octobre 1364, dont *Rebuffe* fait mention dans ſon Traité *de pacificis poſſeſſoribus, num. 265*, qui les déclarent exemts du Droit d'Aubaine en France; mais *Chopin, ſur la Coutume d'Anjou, livre 1, chapitre 41, nombre 13*, remarque que ces Lettres Patentes n'ont jamais été enregiſtrées, & il rapporte un Arrêt d'Audience du Parlement de Paris, du 6 Février 1597, qui adjugea au Roi les biens de Fabio Monbas, natif de Rome, qui étoit mort en France.

Quid de ceux qui ſont nez dans les Terres dépendantes de l'Etat Eccleſiaſtique.

64. Des Matelots étrangers.

Par un Edit du mois d'Avril 1687, les Matelots originaires des Pays étrangers, ſont déclarez exemts du Droit d'Aubaine, après avoir ſervi cinq ans du jour de leur enrôlement. A l'égard des autres cas concernant le Droit d'Aubaine, & les perſonnes qui y ſont ou n'y ſont pas ſujettes; on peut voir *le Traité du Droit d'Aubaine de Bacquet, Mornac*, ſur la Loi premiere, *Verſic. quos clementiæ, cod. de ſumma Trinitate, & fide Ca-*

Auteurs qui ont parlé du Droit d'aubaine.

tholica: Et *Vrevin sur la Coutume de Chaulny, titre* 8, *article* 43.

65. De ceux qui sont originairement regnicoles & qui deviennent aubains.

Pour ce qui est de ceux qui sont originairement Regnicoles, ils peuvent devenir Aubains en se retirant dans une Monarchie étrangere. A cet égard, il faut user de cette distinction; car ou celui qui quitte le Royaume se retire dans un Pays ennemi, ou dans les Etats d'un allié ou de quelque Prince avec lequel il n'y a point de guerre.

66. De celui qui se retire dans un Pays ennemi.

Au premier cas, c'est-à-dire, quand le naturel François se retire en Pays ennemi, il perd de plein droit la qualité de Regnicole, le Droit de Cité, & devient incapable des effets civils, *l. amissione* 5, §. 1, *ff. de capite minutis. Ricard, des Donations, tome premier, partie premiere, nombres* 224 *&* 229: *Et Boucheul sur l'article* 276, *nombre* 107, *& sur l'article* 298 *de la Coutume de Poitou.*

67. De celui qui se retire sans permission du Roi dans un Pays allié ou qui n'est point en guerre avec la France.

Au second cas, & s'il se retire sans la permission du Roi, dans un Pays allié, ou qui n'est point en guerre avec la France pour autre cause que pour fait de Religion; alors il est réputé Aubain, quand il s'y fait un établissement stable par mariage, acquisition d'immeubles & transport de sa famille & biens, auquel cas ceux qui ont abandonné le Royaume ne peuvent pas être réhabilitez, ni leurs enfans naturalisez pour quelque cause que ce soit, suivant l'Edit du mois d'Aout 1669, ils perdent par conséquent le Droit de Cité, & la faculté de tester, même en faveur des enfans ou d'autres parens Regnicoles, & résidans dans le Royaume. *M. le Bret, dans ses décisions, livre* 3, *décision* 7, *question* 2; *Ferriere sur la Coutume de Paris, article* 292, *gloss* 1, *nombre* 46; *l'Auteur du Journal des Audiences, tome* 1, *livre* 11, *ch.* 6, *de la nouvelle édition, & Soefve, tome* 2, *centurie* 2, *chap.* 11. Ces deux derniers Auteurs rapportent un Arrêt du Parlement de Paris du 19 Fév. 1660, qui a même jugé que Noel le Fevre, François d'origine, qui avoit demeuré plus de dix ans à Bruxelles, qui y avoit testé, & y étoit mort, devoit être consideré comme Aubain, & incapable de tester, quoiqu'il ne s'y fût pas marié, qu'il n'y eût point acquis d'Office, maison ou heritages, & qu'il ne s'y fût pas fait naturaliser; on crut que le séjour de plus de dix ans, & la mort arrivée hors du Royaume, devoit faire présumer que le défunt avoit entierement abandonné, & oublié la France pour se donner à l'Espagne: il y avoit néanmoins deux circonstances dans l'espece de cet Arrêt. La premiere, que Noel le Fevre avoit emmené sa mere en Flandres, & qu'il

en avoit recueilli la ſucceſſion, ce qui prouvoit qu'il avoit perdu l'eſprit de retour, & qu'il s'étoit fixé à Bruxelles. La ſeconde, que pendant le ſéjour de Noel le Fevre, du Teſtament duquel il s'agiſſoit, la guerre avoit été déclarée entre la France & l'Eſpagne, & néanmoins il avoit continué ſon ſéjour à Bruxelles, qui étoit devenu Pays ennemi de la France. Il ſemble qu'aux termes de l'Edit de 1669, le ſeul ſéjour dans le Pays étranger, ſans y prendre un établiſſement par mariage, acquiſitions d'immeubles, & tranſport de ſa famille, ne ſuffit pas pour faire réputer Aubain, parce que l'Edit exige ces circonſtances comme des conditions, pour que la mort civile ſoit encouruë; mais par l'exception marquée par cet Edit, en faveur de ceux qui ſortent de tems en tems du Royaume pour aller travailler & négocier dans les Pays étrangers, pourvû qu'ils n'y tranſportent pas leurs domiciles, & qu'ils ne s'y établiſſent pas par mariage ou autrement, il ſuffit qu'il paroiſſe que le naturel François a perdu *animum redeundi* pour le faire réputer Aubain, quoiqu'il ne ſe ſoit pas marié ou qu'il n'ait pas acquis des heritages dans le Pays étranger, où il eſt mort. Selon la réflexion de M. l'Avocat General Talon, dans ſon plaidoyer rapporté au Journal des Audiences au lieu cité, celui qui habite dans un Pays étranger eſt réputé François pendant ſa vie, parce qu'il peut revenir en France; mais s'il y décede, il meurt étranger, s'il paroît qu'il avoit perdu l'eſprit de retour.

68. De ceux qui ſortent du Royaume pour fait de Religion, avec la permiſſion du Roi.

A l'égard de ceux qui ſortent pour fait de Religion avec la permiſſion du Roi, ils ne ſont réputez Aubains, & ne deviennent incapables des effets civils, que quand ils perſéverent juſqu'à leur mort naturelle à réſider dans les Pays étrangers, auquel cas, ils ſont incapables de teſter, comme il a été jugé par un Arrêt du Parlement de Paris du 11 May 1705, rapporté par *Augeard, tome 1, chapitre 57, & dans la Conſultation 29 de Dupleſſis au tome 2 de ſes Oeuvres, page 178*, ce qui eſt fondé ſur les articles 7 & 8 de l'Edit du mois de Décembre 1689, qui veulent que les biens de ces perſonnes ſoient régis en la forme qui y eſt expliquée, & que leur ſucceſſion ſoit déferée à leur mort naturelle en la forme expliquée par l'article 2 du même Edit; mais les perſonnes qui ſortent du Royaume pour autre cauſe, comme par exemple, pour accompagner les Filles de France, & demeurer à leur ſuite, ne perdent pas le droit de Cité, *Chopin, du Domaine, liv. 1, tit. 11, n. 30. Journal des Aud. tome 1, liv. 8, ch. 15.*

De ceux qui ſortent du Royaume pour accompagner les filles de France.

69. De ceux qui sortent du Royaume pour fait de Religion, sans permission du Roy.

Mais les personnes qui sortent du Royaume pour fait de Religion, sans permission du Roi, encourent de plein droit *ipso facto*, du moment de leur sortie, une mort civile qui les rend incapables des effets civils, ainsi que l'a jugé l'Arrêt du Parlement de Paris du 26 Février 1706, que l'on trouve au *tome 2 du Recueil d'Augeard, chapitre 67*; & par conséquent, elles sont incapables de tester, parce que la raison, & la cause de la sortie font comprendre qu'on n'a plus l'esprit de retour, & que l'on abandonne le Royaume pour toujours; d'ailleurs, les Déclarations du Roi prononçant la peine de confiscation de corps & de biens, contre ceux qui au mépris des défenses, sortiront du Royaume sans permission du Roi, & cette confiscation étant déclarée acquise à Sa Majesté par l'Edit de 1685, portant révocation de celui de Nantes, & par la Déclaration du premier Juillet 1686, & l'Edit de 1689 ayant déclaré la succession des fugitifs ouverte du jour de leur sortie tout comme par la mort naturelle pour la déferer non aux heritiers testamentaires, mais bien aux successeurs légitimes, conformément à la disposition des Loix & des Coutumes des lieux, comme le porte l'art. 2; il n'y a pas lieu de douter que sans examiner si les fugitifs ont fait quelqu'établissement ou non dans le Pays étranger, ils ne perdent le droit de Cité, & ne doivent être considerez comme Aubains du jour de leur sortie, comme le prouve fort bien *Dupleſſis dans sa Consultation* déja citée, *& le Plaidoyer de M. l'Avocat General Joly de Fleury*, rapporté par *Augeard, tome 2, chap. 67.*

70. De ceux qui sortent du Royaume par ordre du Roi.

Le même *Dupleſſis* observe encore que les personnes qui sont sorties du Royaume par ordre du Roi, pour n'avoir pas voulu se convertir, doivent être regardées comme retranchées du corps de l'Etat, & mortes civilement du jour de leur sortie; ainsi elles sont incapables de tester. *Voyez Augeard* au lieu cité.

71. Des Religieux; s'ils peuvent tester.

Passons aux Moines; mais pour connoître les regles sur cette matiere, & se mettre à portée de décider exactement les questions qui se presentent, il faut reprendre les choses dès leur origine, en remarquer le progrès, & connoître les maximes qui sont aujourd'hui en usage.

71. Dans les premiers tems ceux qui embrassoient l'état Religieux ne souffroient aucun changement d'état.

Dans les premiers tems les personnes qui embrassoient la vie solitaire, ou l'état, Monastique, ne souffroient aucun changement d'état, & ils retenoient la capacité des effets civils, ils conservoient donc la capacité de tester & de succeder qu'elles

avoient auparavant. Nous en avons la preuve dans le Teſtament de S. Paul Hermite, dont il eſt fait mention dans le Canon *perlatum* 8, *§. è contra*, *cauſa* 19, *quæſt.* 3.

73. Sentiment de Gratien.

Gratien pour concilier le trait hiſtorique qu'il rapporte avec les Canons qu'il a inſerez dans le même endroit, dit: *Sed aliud eſt de his qui in Monaſterium ingreſſi, ſe & ſua tradiderunt : aliud de his, qui ſolitariam vitam ducentes, ſe nulli Eccleſiæ tradiderunt. Illi ſemel tradita, nulli tradere poſſunt. Iſti nulli oblata liberè teſtari valent ;* mais il auroit donné une meilleure conciliation, s'il avoit diſtingué les tems & remarqué la difference dans la diſcipline ſur cette matiere; car non-ſeulement les Solitaires, mais encore les Moines, c'eſt-à-dire, ceux qui ſe dévouoient à une Egliſe, & à un Monaſtere, avoient la faculté de teſter dans le quatriéme ſiécle de l'Egliſe, comme le prouve l'hiſtoire que Saint Jerôme rapporte dans la vie de Saint Malch-Moine, *lib.* 3, *epiſtol.* 3, ils l'avoient encore en 455, comme le juſtifie la Loi *generali* 13, *cod. de Sacro-Sanct. Eccleſ.* qui eſt des Empereurs Valentinien & Marcien, & qui fut portée cette année 455; car cette Loi déclare bonnes & valables les diſpoſitions teſtamentaires faites par les Moines & par les Vierges conſacrées à Dieu par la Profeſſion Religieuſe, même en faveur des Moines, ſoit qu'elles fuſſent generales ou particulieres, pourvû que le Teſtateur y eût obſervé les formalitez requiſes.

Défaut d'exactitude de Gratien.

74. Des changemens faits par l'Empereur Juſtin.en.

Dans la ſuite l'Empereur Juſtinien donna quelqu'atteinte à la liberté de teſter qui avoit été conſervée aux Solitaires & aux Moines, non en attachant quelqu'incapacité à l'état Monaſtique, & en déclarant que la Profeſſion Religieuſe produiſoit un changement d'état capable d'exclure de la participation aux effets civils; mais par une autre raiſon priſe de ce que celui qui ſe dévouoit à la vie Religieuſe, en conſacrant ſa perſonne au Monaſtere, lui tranſportoit generalement tous les biens par lui poſſedez, & dont il n'avoit pas diſpoſé entre-vifs; cela paroît clairement des diſpoſitions de *la Novelle* 5, *chapitre* 5, *& de la Novelle* 76, *chapitre premier*, deſquels textes a été tirée *l'Auth. Ingreſſi, cod. de Sacro-Sanct. Eccleſ.* qui porte: *Ingreſſi Monaſteria ipſo ingreſſu, ſe ſuaque dedicant Deo nec ergo de his teſtantur ut potè nec Domini rerum.*

75. Suite la faculté de teſter eſt conſervée aux Religieux après leur Profeſſion.

Cela eſt ſi vrai, que *la Novelle* 123, *chapitre* 38, d'où a été tirée *l'Authent. ſi qua mulier cod. de Sacro-Sanct. Eccleſ.* conſerve aux Religieux après leur entrée & leur Profeſſion, la faculté de teſter en faveur de leurs enfans, & la liberté de diviſer leurs

biens entr'eux, sans diminution néanmoins de la légitime d'un chacun, & en cas qu'ils disposassent de la totalité des biens en faveur de leurs enfans, ils devoient se réserver une portion qui devoit appartenir au Monastere dans lequel ils avoient fait Profession. De plus, la même Novelle, *chapitre* 41, conserve tellement aux Moines la capacité de succeder, qu'elle défend à leurs parens de les exhéréder, même sous prétexte d'ingratitude, parce que le vice d'ingratitude est purgé & effacé par l'entrée en Religion, selon la remarque de *la gloſe* sur le Canon *non liceat* 11, *cauſa* 19, *quæſt.* 3.

Faculté de succeder conservée aux Moines.

Les peres ne pouvoient pas exhéréder leurs enfans Moines.

76. Si les Constitutions canoniques ont porté quelque changement au Droit établi par l'Empereur Justinien.

Les Constitutions Canoniques n'ont apporté aucun changement aux regles établies par l'Empereur Justinien dans les Novelles 5, 76 & 123, on les a inserées en abregé dans le Décret de Gratien, elles furent même adoptées par une Déclaration du Pape Saint Gregoire le Grand, dont le précis est rapporté au Canon *quia ingredientibus* 7, *cauſa* 19, *quæſt.* 3, *quia ingredientibus Monaſterium*, dit ce texte, *convertendi gratia ulterius nulla ſit teſtandi licentia, ſed ut res eorum ejuſdem Monaſterii ſint, aperta legis definitione decretum eſt.* Ces dernieres paroles se rapportent clairement à la Loi portée par l'Empereur Justinien. Le Pape déclare que les Moines n'ont pas la liberté de tester, parce que leurs biens appartiennent au Monastere où ils ont fait Profession, comme la Loi civile l'avoit déterminé. Il n'y a donc point d'incapacité de tester dans la personne du Moine; mais un simple défaut de puissance, parce qu'ils n'ont aucuns biens pour pouvoir faire la matiere d'une disposition testamentaire, suivant l'esprit & la décision du texte Canonique.

77. Usage de la France sur la faculté de tester pour les Moines.

Les Moines sont incapables de tester & de succeder dès leur Profession.

En France, on s'est écarté des regles du Droit Romain adoptées par les Constitutions Canoniques, & l'on y tient pour maxime generalement reçûë, tant dans le Pays du Droit écrit, que de Coutume, que les Moines du moment de leur Profession, sont incapables de succeder, & de tester, parce qu'ils sont réputez morts quant au monde, & pour les effets civils, & que cette mort civile opere à cet égard le même effet que la mort naturelle; c'est ce qu'enseignent tous les anciens Praticiens, & entr'autres, *Mazuer*, *l'Auteur du grand Coutumier*, *Chaſſaneus ſur la Coutume de Bourgogne*, *Benedicti*, *Jean Faber* & *Jean le Coq*.

78. Autoritez qui prouvent cet usage.

Cette maxime a été autorisée par *l'Ordonnance de Blois article* 28, qui veut que si les Religieux n'ont pas disposé de leurs biens avant leur Profession, ils appartiennent à leurs plus proches

ches parens & ſucceſſeurs *ab inteſtat*; elle eſt encore autoriſée par la Juriſprudence des Arrêts des Cours Supérieures, & par la déciſion de tous les Auteurs modernes François, notamment de *Ricard, dans ſon traité des Donations*; *Ferriere ſur la Coutume de Paris, article* 292, *gloſe* 1, *nombre* 58; *Brodeau ſur M. Louet, lettre C. ſommaire* 8, & pluſieurs autres que le dernier cite.

79. Le Pape ne peut diſpenſer les Religieux pour faire Teſtament.

On va plus loin, & l'on ſoutient que le Pape ne peut pas diſpenſer un Religieux pour le rendre capable de teſter, ou de ſucceder, à quoi eſt conforme *l'article 26 des Libertez de l'Egliſe Gallicane*, & le ſentiment des Auteurs anciens & modernes, nommément de *Carondas ſur le Grand Coutumier, page* 430, qui remarque fort bien que le Pape *ne peut pas déroger aux Coutumes, ni diſpoſer des choſes temporelles au préjudice des Loix du Royaume; de Mornac, ſur le titre* de peculio, *au digeſte; de Duval, aux Inſtitutes du Droit François, livre* 2, *chapitre* 10; *de Chenu, centurie* 2, *queſtion* 16; *de M. Maynard, livre* 1, *chapitre* 17; *de Chopin, de Domanio, livre* 1, *titre* 13, *nombre* 7; *de Jacques de Ferriere ſur la queſtion* 6; *de Duranty*, & d'une foule d'autres rapportez par *Brodeau ſur M. Louet, lettre C. ſommaire* 8.

80. Fondement de cette déciſion.

La puiſſance du Pape ne peut pas toucher au temporel.

Ni diſpenſer contre les Loix émanées d'une Puiſſance temporelle.

Cette déciſion eſt fondée, 1°. Sur ce que les Loix civiles & temporelles du Royaume font conſiderer le Moine comme mort civilement. Or, la puiſſance du Pape qui eſt purement ſpirituelle, peut bien operer ſon effet pour le ſpirituel; mais elle ne peut pas agir ſur le temporel, qui n'eſt point de ſon reſſort, ni de ſa Juriſdiction, ni diſpenſer des Loix émanées d'une Puiſſance & d'une Juriſdiction ſéculiere & temporelle, qui ne dépend pas de lui, & qui ne lui eſt point aſſujettie.

81. Suite des fondemens de l'uſage de France.

2°. Que s'il s'agit de permettre au Moine de teſter des biens qu'il avoit au tems de ſa profeſſion, comment la diſpenſe ou la permiſſion du Pape pourra-t'elle avoir ſon effet, au préjudice de l'Ordonnance de Blois, émanée d'une Puiſſance qui ne reconnoît point de Supérieur pour le temporel, tandis que cette Ordonnance déclare nommément qu'au moment de la Profeſſion du Religieux, ſes biens ont été acquis à ſes plus proches parens & ſucceſſeurs *ab inteſtat*. Cette diſpenſe ne pourroit donc tomber que ſur des biens qui ont ceſſé d'appartenir au Moine, & dont la proprieté eſt acquiſe à d'autres perſonnes par la diſpoſition expreſſe de la Loi du Prince, qui eſt le ſeul qui puiſſe faire des Reglemens & des Loix au ſujet des choſes ſéculieres, & temporelles. Une telle diſpenſe ſeroit donc diametralement

opposée à la Loi du Prince, & par conséquent, on pourroit l'attaquer par l'appel comme d'abus.

82. Suite.

3°. S'il est question de rendre le Moine habile pour tester de son pécule, la dispense tombera également sur un bien qui appartient, non au Religieux, mais au Monastere qui en a toleré la possession au Moine. Elle sera donc pareillement abusive comme nuisant au droit d'autrui & à la proprieté du pécule dont le Monastere est saisi de droit.

83. Auteurs qui ont pensé le contraire mal fondez.

De-là vient que le sentiment contraire soutenu par *M. Duranty question* 13, *& par M. Dolive, liv.* 1, *chap.* 15, est tout-à-fait opposé aux regles & aux maximes du Royaume.

84. Les Dispenses du Pape ne peuvent avoir lieu que pour le spirituel.

Les raisons dont M. Duranty appuie son opinion, & qu'il prend de ce que le Pape peut par sa puissance absoluë, dispenser pour cause légitime du vœu de chasteté, qu'il est au-dessus des Loix & qu'il peut en dispenser, comme le dit *M. Duranty*, n'affoiblissent nullement celles sur lesquelles nous nous fondons, parce que le vœu de chasteté a pour objet, non un bien temporel, mais un bien purement spirituel.

85. Suite.

Du reste, le Pape a bien le pouvoir de dispenser des Loix Ecclesiastiques, comme le disent les Canonistes citez par M. Duranty; mais suivant les maximes constamment observées dans le Royaume, le Pape ne peut pas dispenser des Loix civiles & séculieres, parce que la Jurisdiction spirituelle n'a rien de commun avec la temporelle; il ne peut non plus rien faire qui déroge directement ni indirectement aux maximes reçuës parmi nous, ni qui touche au temporel.

86. Arrêts qui ont déclaré abusives les Dispenses de tester accordées aux Moines par le Pape.

Aussi les livres sont-ils pleins d'Arrêts qui ont déclaré y avoir abus dans l'obtention ou exécution des dispenses de tester accordées par les Papes à des Religieux Profès. Ces Arrêts sont rapportez par *M. Maynard, livre* 1, *chapitre* 17; *Chenu, centurie* 2, *chapitre* 16, & plusieurs autres même par rapport aux Chevaliers de Malthe qui sont attachez au Saint Siege d'une maniere encore plus spéciale, que les autres Religieux, puisque par les Statuts & les Constitutions de leur Ordre, le Pape en est le Supérieur Souverain & immédiat.

Quid des Chevaliers de Malthe.

87. Faculté de tester accordée par St. Gregoire le Grand. Comment doit être entenduë.

Nous voyons, à la verité, dans l'Histoire Ecclesiastique de *M. Fleury, livre* 36, *nombre* 34, que le Pape Saint Gregoire le Grand, accorda dans un Concile tenu à Rome l'an 600, à Probus, Abbé du Monastere de Saint André, la permission de tester; mais il n'y avoit point alors de Loix civile qui déclarât les Moines incapables de tester, à cause d'une incapacité produite

par la mort civile; on obſervoit dans ce tems-là les Loix de l'Empereur Juſtinien, qui ne privoient les Moines de la faculté de teſter, que par cette raiſon, qu'en ſe dévouant au Monaſtere, ils y tranſportoient à même-tems la proprieté de tous leurs biens & qui leur conſervoient encore la liberté de teſter en faveur de leurs enfans qui étoient demeurez dans le ſiécle; enſorte que c'étoit moins une diſpenſe qu'une permiſſion d'uſer de la faculté accordée par la Loi même.

88. Suite.

D'ailleurs, il paroît de l'Epître de Saint Gregoire, de laquelle l'Hiſtorien a extrait le fait par lui rapporté, que ce Pape avoit fait Probus Abbé de ce Monaſtere malgré lui, qu'il l'avoit obligé d'obéïr à ſes ordres ſur le champ, & ſans lui donner le tems de diſpoſer de ſes biens en faveur d'un fils unique, que cet Abbé ſçavoit devoir lui ſucceder *ab inteſtat* avant de prendre la Charge d'Abbé; tout cela eſt expoſé dans la Requête de Probus, & reconnu veritable par le Pape même. C'eſt pourquoi, ajoutoit cet Abbé en parlant du Pape: *Je vous ſupplie de me permettre de diſpoſer de mes biens, afin que mon obéïſſance ne ſoit pas préjudiciable à mon fils qui eſt pauvre.*

89. Suite.

Il ne pouvoit être queſtion que de la portion des biens de cet Abbé qu'il devoit réſerver à ſon Monaſtere, en diſpoſant de ſes biens en faveur de ſon fils, comme l'avoit ordonné *la Novelle* 123, *chapitre* 38. Dans ces circonſtances, où il ne s'agiſſoit que de l'interêt du Monaſtere, la diſpenſe étoit juſte, parce que la prompte obéïſſance de cet Abbé, dont l'intention étoit de laiſſer tous ſes biens à ſon fils, & de n'en réſerver rien pour ſon Monaſtere, ne devoit pas lui nuire, ni à ſon fils, ni profiter au Monaſtere, attendu que Probus n'avoit pas accepté volontairement la Charge d'Abbé: Ainſi, c'eſt plutôt une permiſſion émanée de la Juſtice de ce Pape & du Concile, qu'une diſpenſe.

90. L'exemple de la diſpenſe accordée par ſaint Gregoire ne peut pas être tiré à conſéquence.

On comprend donc que cet exemple ne doit pas être tiré à conſéquence, ſoit à cauſe des circonſtances des ordres précis du Pape, auſquels l'Abbé avoit été forcé de ſe ſoumettre par obéïſſance, ſoit parce qu'alors les Moines n'avoient pas perdu proprement la faculté de teſter, & qu'en embraſſant l'état Religieux, ils n'encouroient pas une mort civile, ſoit parce que ne s'agiſſant que de réſoudre le droit acquis au Monaſtere, contre la volonté de l'Abbé qui n'avoit pas volontairement accepté la Charge d'Abbé, c'étoit une eſpece de reſtitution en entier, fondée ſur une juſte & légitime cauſe; c'eſt-à-dire, ſur le défaut de

volonté & de liberté, qui eſt eſſentielle pour la validité des vœux de Religion.

91. Les Abbez tout comme les Moines ſont incapables de teſter.

La regle qui rend les Religieux Profès incapables de teſter, a lieu non-ſeulement à l'égard des ſimples Moines ; mais encore à l'égard des Abbez & Abbeſſes Reguliers, parce qu'en devenant les Chefs de l'Abbaye, ils n'acquierent pas la capacité qu'ils avoient perduë par leur Profeſſion, *Carondas, livre* 11, *réponſe* 64, rapporte des Arrêts qui l'ont ainſi jugé. Il en eſt autrement du Religieux devenu Evêque, parce que la promotion à l'Epiſcopat, réſout la Profeſſion Monaſtique, *cum ſtatutum un. cauſ.* 18, *quæſt.* 1, *electio canonica à jugo regulæ Monaſticæ Profeſſionis abſolvit.* Voilà pourquoi les Evêques peuvent teſter des biens par eux acquis depuis leur promotion, quoiqu'auparavant ils fuſſent Reguliers, *Ferriere ſur la Coutume de Paris, article* 292, *gloſe* 1, *nombre* 60, & leurs parens leur ſuccedent, ſuivant l'Arrêt rapporté par *M. Louet, lettre E, ſommaire* 4. *Voyez Duranty, queſtion* 10 : cependant le Parlement de Paris, par un Arrêt du 11 May 1638, rapporté par *Bardet, tome* 2, *livre* 7, *chapitre* 22, a exclus un Religieux fait Evêque, de la ſucceſſion de ſon frere déferée *ab inteſtat*, ce qui eſt conforme à nos maximes.

Quid du Religieux devenu Evêque.

92. Conditions néceſſaires afin qu'un Religieux ſoit incapable de teſter.

Mais afin que le Moine ſoit incapable des effets civils, & de faire Teſtament, il faut qu'il ait fait Profeſſion publique & volontaire dans une Regle approuvée, & qu'il ſe ſoit lié par les trois vœux de chaſteté, pauvreté & obéïſſance, acceptez & reçus par le Superieur du Monaſtere ou autre perſonne, qui ait le pouvoir de les accepter ou recevoir. La plupart de ces conditions ſont exprimées dans *l'article* 287 *de la Coutume de Poitou*, les autres ſont fondées ſur le Droit Commun du Royaume.

93. Il faut une Profeſſion publique acceptée.

1°. Il faut une Profeſſion publique, & qu'elle ſoit acceptée ; car il ne ſuffiroit pas qu'une perſonne eût fait les trois vœux en ſon particulier, parce qu'on ne devient veritablement régulier que par la Profeſſion publique, & l'on ne peut être lié au Monaſtere & à la Religion quant au for exterieur que par l'acceptation qu'elle fait du vœu.

94. Il ne ſuffiroit pas d'avoir pris & porté long-tems l'habit.

Il ne ſuffiroit pas non-plus d'avoir pris l'habit & de l'avoir porté pendant long-tems ; car quoique le Droit Canonique reconnoiſſe deux ſortes de Profeſſions, l'une expreſſe par l'émiſſion publique des vœux, & l'autre tacite, par la priſe d'habit, après l'avoir porté pendant un an, *cap.* 22, *extra de regularib.* on ne reconnoît en France que la Profeſſion expreſſe & publi-

On ne connoît en France que la

que; & c'eſt la ſeule qui puiſſe produire l'incapacité de teſter, & des autres effets civils, ſuivant l'Arrêt du 16 Juillet 1657, rapporté *au Journal des Audiences.*

Profeſſion expreſſe & publique. *V. inf. n.* 100.

De-là vient que les Auteurs décident que les Freres Convers qui n'ont pas fait la Profeſſion publique ne ſont pas Religieux, & ils peuvent teſter de leurs biens, comme n'étant pas liez à la Religion, *Ferriere ſur la queſtion 6 de Duranty, & M. Maynard, livre 9, chap.* 21.

95. Les Freres Convers qui n'ont pas fait Profeſſion peuvent teſter.

2°. Il eſt néceſſaire que la Profeſſion ait été faite volontairement; car ſi on y avoit été contraint par force ou violence, elle ſeroit nulle, & pourvû que le Religieux ait reclamé dans les cinq ans, depuis que la cauſe de la violence a ceſſé, il ſeroit reſtitué en entier, les vœux ſeroient annullez, & le Religieux ſeroit rétabli dans le ſiécle & dans les mêmes droits qu'il avoit avant ſa Profeſſion, parce que ce ſeroit une reſtitution de Juſtice *ex antiquâ cauſâ*, laquelle a un effet rétroactif, & réſout les choſes de la même maniere que ſi elles n'avoient jamais été faites. Il en ſeroit de même ſi la Profeſſion étoit annullée par quelqu'autre défaut ou nullité, parce que les vœux ſe trouvent vicieux dans leur principe, & que quand on reſtituë le Moine en le faiſant rentrer dans le ſiécle, c'eſt avec le même avantage que s'il n'avoit pas fait des vœux, puiſqu'il eſt jugé qu'il n'y en a pas eu dans la verité, *Ricard, des donations, tome* 1, *part.* 1, *n.* 315, *& Duret, ſur l'art.* 28 *de l'Ordonnance de Blois.*

96. La Profeſſion doit être faite volontairement.

La reſtitution de Juſtice *ex antiquâ cauſâ* a un effet rétroactif.

Quid ſi la Profeſſion eſt nulle.

Que ſi la reſtitution étoit faite par grace, après les cinq ans, dans leſquels il doit reclamer ſuivant la diſpoſition du Concile de Trente, elle n'opereroit pas les mêmes effets, du moins quant à l'effet rétroactif, on peut voir là-deſſus *M. Dolive, liv.* 1, *ch.* 5, *& M. de Cambolas, liv.* 4, *ch.* 3.

97. De la reſtitution accordée par grace après les cinq ans.

3°. Il faut de plus, pour que la Profeſſion publique acceptée produiſe l'incapacité quant aux effets civils, qu'elle ſoit faite dans une Religion approuvée; car autrement, elle ne ſeroit pas obligatoire, attendu que le Monaſtere ou la Religion non approuvée, ne ſeroit pas capable de faire valablement l'acceptation du vœu, laquelle forme l'obligation du Moine & le lie véritablement à la Religion.

98. La Profeſſion doit être faite dans une Religion approuvée.

4°. Outre ces conditions, il eſt néceſſaire encore que la Profeſſion ſoit faite après une année de probation, que le Religieux ait accompli la ſeiziéme année de ſon âge, autrement il pourroit teſter, nonobſtant la Profeſſion, dans les trois mois depuis l'accompliſſement de la ſeiziéme année, ſuivant *l'article* 28 *de*

99. La Profeſſion doit être faite après un an de probation & après la ſeiziéme année accomplie.

l'Ordonnance de Blois; il faut encore qu'il n'y ait point de nullité, ou autre défaut dans la Profeſſion; car en la déclarant nulle, on devroit la regarder comme non advenuë, & elle ne pourroit produire aucun effet, ainſi qu'il a été dit.

100. La Profeſſion doit être prouvée par écrit.

Enfin, il eſt néceſſaire que la Profeſſion ſoit prouvée par écrit ſuivant *l'article 55 de l'Ordonnance de Moulins*, c'eſt-à-dire, par le regiſtre qui doit être tenu pour cet effet, par les Monaſteres en la forme preſcrite par *l'Ordonnance de 1667, titre 20, articles 15 & 16*, & par *la Déclaration du Roi du 9 Avril 1736, articles 26 & 27*; cependant, *l'Ordonnance de 1629, article 9*, veut *que toutes perſonnes qui après l'an de probation, auront pris l'habit de Religieux Profés en quelqu'Ordre que ce ſoit & demeuré cinq ans avec ledit habit dans le Monaſtere, où ils auront fait Profeſſion, ſeront cenſez & réputez Profes, & partant incapables de diſpoſer de leurs biens, de ſucceder à leurs parens, & de faire aucune donation.* Cette Ordonnance eſt conforme aux Synodes Provinciaux tenus en France, comme le remarque *le Grand ſur la Coutume de Troyes, article 105, nombre 22*; mais elle n'a point été exécutée à cauſe de la diſgrace de ſon Auteur.

Ordonnance de 1629, ſur les Profeſſions tacites après cinq ans. *V. ſup. n. 94.*

101. Si les Chevaliers de Malthe peuvent teſter.

Les Religieux de Saint Jean de Jeruſalem, appellez *Chevaliers de Malthe*, ſont vrais Reguliers, liez par des vœux ſolemnels, & par conſéquent, ils ſont incapables de teſter, *M. Maynard, livre 1, chapitre 17, Brodeau*, & les Auteurs qu'il cite, *lettre C. ſommaire 8.*

102. Suite.

Par un Décret du Chapitre general de cet Ordre tenu à Cezarée en 1260, il fut défendu aux Chevaliers de Saint Jean de Jeruſalem de teſter, d'inſtituer des heritiers, & de faire aucuns legs; ainſi que le remarque *l'Abbé de Vertot dans l'Hiſtoire de Malthe, liv. 3, tome 1, page 521 de l'édition de 1727.*

103. Suite.

Mais par un Décret de l'année 1534, ils ont la liberté de teſter, pourvû qu'ils en obtiennent la permiſſion du Grand Maître, non de tous les biens qu'ils poſſedent, mais ſeulement à concurrence du quint de leur pécule, les quatre quints reſtans devant demeurer à l'Ordre. C'eſt ce qui a été ainſi jugé par pluſieurs Arrêts, & notamment par celui du 29 Janvier 1604, rapporté dans le Recueil des Privileges de l'Ordre de Malthe; ils ne peuvent pas même teſter, ſans la permiſſion du Grand Maître, ni du ſurplus de leur pécule, quand ils en obtiendroient la permiſſion ou la diſpenſe du Pape, & une telle permiſſion ſeroit déclarée abuſive. Il y a pluſieurs Arrêts qui l'ont jugé de même; ils ſont rapportez par *MM. Maynard & Brodeau*, aux endroits citez.

Pithou sur l'article 105 *de la Coutume de Troyes, & par Chenu, centurie* 2, *chapitre* 16. Voyez *Ricard des donations, tome* 1, *part.* 1, *nombres* 346, 350.

104. Comment peut être constatée la qualité de Religieux de S. Jean de Jerusalem.

Afin que la qualité de Religieux dans l'Ordre de Malthe puisse être constatée par rapport à ceux qui y font Profession, & qui sont originaires François, *l'Ordonnance de* 1667, *titre* 20, *article* 17, veut que les Grands Prieurs de l'Ordre de Malthe soient tenus dans l'an & jour de la Profession faite par un des Sujets de Sa Majesté, de faire registrer l'acte de Profession dans un registre qui doit être tenu à cet effet, relié & paraphé à chaque feüille par les Grands Prieurs, pour y être écrit la copie des actes de Profession, & le jour auquel elles auront été faites, & l'acte d'enregistrement signé par le Grand Prieur, pour en être délivré des extraits à ceux qui le requereront, à peine de saisie de leur temporel, nonobstant tous privileges & usages, comme le porte l'art. 18, ce qui a été renouvellé par l'article 31 de la Déclaration du 9 Avril 1736.

105. Si les Chanoines Réguliers peuvent tester.

Quid s'ils sont sécularisez.

Les Chanoines Reguliers étant vrais Religieux, ils sont par conséquent incapables de tester; & quoique leur Monastere vienne à être sécularisé, ceux qui ont fait leurs vœux ne laissent pas de demeurer incapables de tester, nonobstant la sécularisation qui ne change point leur état, par rapport à la vie civile, & n'empêche pas qu'ils ne soient incapables des effets civils, parce que ce n'est pas *ex antiquâ causâ;* mais par pure grace, qu'ils sont sécularisez. Voilà pourquoi les vœux qu'ils ont fait subsistent toujours, quant à l'incapacité des effets civils, comme il a été jugé par plusieurs Arrêts rapportez par *Brodeau sur M. Louet, lettre C. sommaire* 8, & c'est ainsi que le décide *Ricard, des donations, tom.* 1, *part.* 1, *n.* 318, 319.

106. Si les Prêtres qui vivent en Congrégation peuvent tester.

Il y a en France plusieurs Congrégations de Prêtres qui vivent en commun, portent l'habit régulier, & sont en quelque façon considerez comme Reguliers, au sujet desquels on peut douter s'ils peuvent tester, tandis qu'ils sont dans leur Compagnie, & qu'ils vivent sous l'obéïssance d'un Superieur, ou après qu'ils ont quitté ou qu'ils ont été congediez. Tels sont les Prêtres de Saint Lazare, les Oratoriens, les Doctrinaires & les Jesuites.

107. Des Prêtres de Saint Lazare.

Les Prêtres de la Mission appellez *de Saint Lazare*, sont veritablement séculiers, ils ne font point de Profession publique, ils conservent leurs biens, quoiqu'ils vivent en commun dans leur Congrégation, jusqu'au vœu solemnel, selon la remarque du *Pere d'Avigny en ses Mémoires Chronologiques pour l'Histoire Ec-*

cleſiaſtique, *tome* 4, *page* 383 ; & par conſéquent ils ont la liberté de diſpoſer par Teſtament, qui ne peut avoir ſon effet qu'après leur mort naturelle, comme on l'obſerve à l'égard des ſimples Prêtres Séculiers, & qui ne vivent dans aucune Congrégation, ou après le vœu ſolemnel qui les rend vrais Religieux. *Le Pere d'Avigny*, au lieu cité, obſerve encore que les Filles de l'Union Chrétienne retiennent auſſi leurs biens, comme les Prêtres de Saint Lazare.

Des Filles de l'Union Chrétienne.

108. Des Prêtres de l'Oratoire.

Il en eſt de même des Prêtres de l'Oratoire de la Congrégation de France, ils conſervent la proprieté de leurs biens, & quoiqu'ils ayent leurs Superieurs, ils ſont entierement ſoumis aux Evêques, & ſont du Corps du Clergé Séculier des Dioceſes où ils ſe rencontrent, ils vivent ſeulement en communauté ; mais ils ne font point des vœux, & n'ont ni regles ni conſtitutions qui les diſtinguent du Clergé Séculier ; ils font une eſpece de Noviciat, qu'on appelle *Inſtitution*, ce n'eſt que pour apprendre à regler leurs mœurs. Ils ſont libres, & peuvent ſe retirer quand il leur plaît, comme auſſi la Congrégation les peut congédier. La Bulle de leur Inſtitution en France porte que cette Communauté ſera compoſée de Prêtres qui ne ſeront liez d'aucun vœu ſolemnel, & qu'elle ſera capable de recevoir les dons & les liberalitez des Fideles de quelque maniere qu'ils le faſſent. Le Roi Louis XIII. par deux Déclarations des années 1611 & 1629, admet les Prêtres de l'Oratoire à tous Benefices, Dignitez & Charges de l'Egliſe, & leur donne tous les Privileges des Maiſons de Fondation Royale, & les déclarent capables de tous les biens, droits & heritages à l'avenir. C'eſt tout ce que nous avons beſoin de ſçavoir pour en conclure qu'ils ſont capables de teſter de leurs biens, même tandis qu'ils vivent dans les Maiſons de leur Ordre.

109. Des Prêtres de la Doctrine Chrétienne.

A l'égard des Prêtres de la Doctrine Chrétienne, nous trouvons que dans leur premier établiſſement, ils furent purement Séculiers ; cependant le bienheureux Ceſar de Bus qui en eſt le Fondateur, voulut l'affermir par un vœu ſimple d'obéïſſance ; ils voulurent enſuite embraſſer l'état Régulier, & le Pape Paul V. leur ayant permis de le faire en s'uniſſant à quelque Congrégation Réguliere déja établie, ils s'unirent aux Somaſques en 1616. De-là vient que nous trouvons dans *M. Dolive*, *livre* 5, *aux Additions*, un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 8 Juillet 1636, qui déclara un Prêtre de la Doctrine Chrétienne déchû d'une penſion qu'il s'étoit réſervée, en réſignant un Benefice, comme

Leur union avec les Somaſques.

Ont été vrais Religieux tandis que cette union a ſubſiſté.

comme étant vrai Religieux, depuis sa profession dans cet Ordre; on en trouve encore un autre dans le Journal des Audiences, tom. 1, liv. 4, chap. 23, de l'année 1645.

110. Desunion des Doctrinaires d'avec les Somasques, & redeviennent Séculiers.

Cette union ayant causé de grands troubles, le Pape Innocent X. y mit fin par un Bref du 30 Juillet 1647, il retablit la Congrégation de la Doctrine Chrétienne dans son premier état, lequel étoit purement Séculier, ce qui a été observé malgré les entreprises de quelques-uns qui firent de vains efforts pour être mis au rang des Reguliers; aussi avons-nous vû ces Prêtres regardez comme Séculiers, pourvus sans dispense des Benefices Séculiers & les posseder sans trouble. Mais le Pere Griffon leur General obtint une Déclaration ou Lettres Patentes du mois de Septembre 1726, enregistrées au Parlement de Paris le 15 Octobre de la même année, qui les range dans la cathégorie des Séculiers à certains égards, & qui les déclare Reguliers pour d'autres égards; le Roi y déclare: 1°. Que la Congrégation de la Doctrine Chrétienne est Séculiere & soumise à la Jurisdiction de l'Ordinaire, tant pour ce qui concerne le Service divin, que pour ce qui regarde l'administration des Sacremens, & les autres fonctions Ecclesiastiques. 2°. Que tout ce qui regarde le temporel, le gouvernement des Maisons & la discipline interieure, appartiendra aux Superieurs de la Congrégation, sans que les Ordinaires des lieux puissent s'y ingerer, si ce n'est dans le cas de negligence ou d'appel. 3°. Que les Particuliers qui auront fait des vœux suivant les Brefs de 1659 & 1676, ne pourront recueillir aucune succession directe ou collaterale, & néanmoins que ceux qui après avoir fait les vœux seront congediez avant l'âge de vingt-cinq ans pourront rentrer dans tous leurs droits échus ou à écheoir, sans néanmoins qu'il leur soit permis de se pourvoir contre les dispositions entrevifs, ou à cause de mort, ni contre les Jugemens rendus, & les actes passez par eux avant le mois de Septembre 1726. 4°. Que ceux qui composent la Congrégation pourront posseder des Benefices Séculiers, à la charge que si le Benefice requiert residence, ils ne puissent l'obtenir sans le consentement du Définitoire, ou du Conseil de la Province, qu'il sera necessaire de faire ratifier par le Définitoire dans deux mois, faute dequoi le Benefice sera impétrable. L'Auteur *du Dictionnaire des Arrêts*, verb. *vœux*, *tom. 6, pag.* 940, rapporte le précis des Memoires de part & d'autre sur la question de la regularité ou sécularité des Doctrinaires. *V. le Journal des Audiences, tom. 1, liv. 4, chap. 23; Ferriere sur l'art. 337, n. 27 de la Coutume de Paris*, & les memoires chro-

Dernier état des Doctrinaires fixé en 1716. Sont Séculiers à certains égards, & Reguliers à d'autres égards.

nologiques & dogmatiques pour servir à l'Histoire Ecclesiastique depuis 1600 jusqu'en 1716, du Pere d'Avrigni Jesuite, tom. 1, pag. 233 & suiv.

111. Conclusion sur la faculté de tester.

Nous pouvons conclure de-là que tandis que les Doctrinaires ont été considerez comme Séculiers, ils avoient la faculté de disposer par Testament, mais que ceux qui ont persisté à demeurer dans leur Congrégation ne le peuvent plus aujourd'hui, s'ils ne sont congediez avant l'âge de vingt-cinq ans, parce qu'ils sont regardez comme Reguliers à cet égard; cependant ceux qui ont quitté à cause de cet évenement, ont la liberté de tester tout comme s'ils n'étoient jamais entrez dans cette Congrégation, parce qu'ils n'ont jamais été Reguliers.

112. Si les Jesuites peuvent tester.

A l'égard des Jesuites; il n'y a point de doute qu'ils ne soient vrais Religieux, & par conséquent incapables de tester, & des autres effets civils, après qu'ils ont fait le troisiéme vœu qui est public & solemnel.

113. Etat des Jesuites avant le dernier vœu.

Pour ce qui regarde leur état avant le dernier vœu, il y a des Arrêts rapportez par *Chenu, centur.* 2, *qu.* 17, qui ont déclaré les Jesuites, quoique Prêtres, & qu'ils eussent exercé des Charges dans leur Societé, capables de succeder; mais ceux qui ont été rendus posterieurement ont jugé, & plusieurs Auteurs ont décidé qu'ils étoient incapables des effets civils, après le premier vœu fait ensuite du Noviciat, quand même ils seroient congediez par le General avant le dernier vœu. C'est le sentiment de *l'Auteur du Journal des Audiences, tom.* 1, *liv.* 2, *chap.* 90; *de Ricard, des Donations, tom.* 1, *part.* 1, *n.* 310 *& suiv. de Ferriere sur la Coutume de Paris, art.* 337, *n.* 15 *& suiv. Fevret, de l'abus, liv.* 4, *chap.* 7, *n.* 14, *& Bardet, tom.* 1, *liv.* 4, *chap.* 5, rapportent plusieurs Arrêts qui l'ont jugé de même.

114. Disposition de la Déclaration de 1715.

Cependant par cette maniere de juger, on s'écartoit de la disposition de *l'art.* 5 *de l'Edit de* 1603. Aussi *l'art.* 1 *de la Déclaration du Roi du* 16 *Juillet* 1715 en dispose-t-elle autrement, non tandis que les Jesuites demeurent dans la Societé, mais quand ils sont congediez avant la trente-troisiéme année accomplie; car elle veut que *du jour de l'enregistrement* de cette Déclaration, *tous ceux qui après être entrez dans la Compagnie par l'émission des vœux simples, en seront licentiez & congediez avant l'âge de trente-trois ans accomplis, rentreront dans tous leurs droits échus & à écheoir, avant ou depuis lesdits vœux simples, pour exercer lesdits droits, suivant l'art.* 5 *de l'Edit de* 1603, *sans néanmoins aucune restitution des fruits, jusques au jour qu'ils en feront la demande, après qu'ils seront sortis de ladite Compagnie.*

Il réſulte donc de cette Déclaration : 1°. Que les Jeſuites congediez avant la trente-troiſiéme année accomplie, rentrant dans les droits échus ou à écheoir, ils peuvent en diſpoſer par Teſtament après leur congé. C'eſt une eſpece de diſpenſe que le Prince leur accorde, en les rétabliſſant dans l'état où ils étoient avant l'émiſſion des premiers vœux ſimples, & en les rendant capables de poſſeder des biens en particulier.

115. Les Jeſuites congediez avant l'âge de trente-trois ans peuvent teſter.

2°. Que s'ils ſont congediez après les trente-trois ans accomplis, ils demeurent incapables des effets civils, & par conſéquent de la faculté de teſter qui en eſt une ſuite, puiſqu'étant vrais Religieux, & mis au niveau des autres Religieux, ſelon les paroles & l'eſprit de la Bulle de 1584, & de l'Edit de 1603, ils demeurent dans le même état, nonobſtant leur congé après cet âge; attendu que par la Déclaration de 1715, ils ne ſont point reçus à rentrer dans leurs droits, ni à prendre part aux ſucceſſions échuës ou à écheoir; que de plus, *l'art. 6 de l'Edit de* 1603, veut que les biens de ceux *qui entreront dans leur Societé ſoient reſervez à leurs heritiers, ou à ceux en faveur deſquels ils en auront diſpoſé avant que d'y entrer*; & que l'art. 7 porte : *Seront auſſi ceux de ladite Societé ſujets en tout & partout aux Loix de notre Royaume.* Ils ſont donc ſujets à la Regle qui défend aux Reguliers de diſpoſer des biens qu'ils avoient avant leur profeſſion, & qui ſont déferez à leurs parens.

116. S'ils ſont congediez après l'âge de trente-trois ans, ils ne peuvent pas teſter.

Diſpoſition de l'Edit de 1603.

3°. Que tandis qu'ils demeurent dans leur Compagnie ils ſont incapables de teſter; car d'un côté ils ſont déclarez vrais Religieux par la Bulle de 1584, & par l'Edit de 1603, qui les met au niveau des autres Religieux; d'autre part, les mots *rentreront dans tous leurs droits, ou pourront rentrer dans leurs droits*, comme auparavant, qui ſe trouvent dans la Déclaration du 16 Juillet 1715, & dans l'Edit du mois de Septembre 1603, ſuppoſent que par l'entrée en Religion, & par l'émiſſion des vœux ſimples, les Jeſuites s'en ſont privez, ſuivant les maximes du Royaume; d'ailleurs par l'art. 5 de l'Edit de 1603, ils ſont déclarez incapables de toute ſucceſſion comme les autres Religieux; & par l'art. 6, les biens qu'ils avoient avant leur entrée ſont déferez à leurs heritiers, ou à ceux en faveur deſquels ils en ont diſpoſé avant leur entrée dans la Compagnie, & par conſéquent ils ſont incapables d'en diſpoſer, tandis qu'ils reſtent dans le même état de regularité; puiſque par le moyen des premiers vœux, quoique ſimples, ils ſont veritablement Religieux, & déclarez tels par la Bulle du Pape Gregoire XIII. du 25 May 1584, confirmative de leur

117. Tandis que les Jeſuites demeurent dans leur Compagnie, ils ſont incapables de teſter.

Inſtitut, en ces termes : *Omnes & quoſcumque, qui in ipſam Societatem admiſſi, biennio probationis à quolibet eorum peracto, tria vota ſubſtantialia prædicta, tametſi ſimplicia, emiſerint aut emittent in futurum, vere & propriè Religioſos fuiſſe, & eſſe, ac fore, & ubique ſemper, & ab omnibus cenſeri, & nominari debere, non ſecus atque ipſos, tum Societatis, tum quorumvis aliorum Regularium Ordinem profeſſos*, & encore par *l'art. 5 de l'Edit de 1603.*

118. Les Jeſuites étant vrais Religieux après l'émiſſion des trois vœux ſimples, cela les rend incapables de teſter, tandis qu'ils demeurent dans le même état.

Or cet état, & cette qualité de Religieux & de Reguliers ſuffiſent pour les rendre incapables des effets civils, & de la poſſeſſion des biens temporels en particulier, ſuivant les maximes du Royaume, que nos Auteurs appellent fondamentales, auſquelles les Jeſuites ont été aſſujettis par l'art. 7 de l'Edit de 1603, tandis qu'ils demeurent dans le même état, nonobſtant les Conſtitutions des Papes, & les Regles du même Ordre qui leur permettent la poſſeſſion & la diſpoſition de leurs biens; parce qu'elles ſont contraires à nos maximes, & qu'il y eſt dérogé à cet égard par l'Edit de 1603, & ce n'eſt qu'en rentrant dans leurs biens & droits échus & à écheoir, lorſqu'ils ſont congediez avant la trente-troiſiéme année accomplie, qu'ils peuvent devenir capables d'en diſpoſer par Teſtament; parce qu'ils en ſont diſpenſez par la Loi du Prince qui leur rend les biens & droits que leur état regulier leur avoit fait perdre.

119. Auteurs qui parlent des trois vœux des Jeſuites. L'Edit de 1607 eſt rapporté par Chenu. Des cas où les Jeſuites peuvent teſter, ſuivant leur Inſtitut. Les Jeſuites qui ſont dans le Noviciat ne peuvent teſter qu'avec la permiſſion des Superieurs.

On peut voir dans *Chenu, centur. 2, queſt. 17*, & dans *Bardet, tom. 1, liv. 4, chap. 5*, quels ſont les trois vœux que les Jeſuites font ſelon leur Inſtitut; on trouve encore dans *Chenu* au lieu cité l'Edit donné à Roüen au mois de Septembre 1603, qui contient dix articles, où ſont expliquées les conditions ſous leſquelles les Jeſuites furent rétablis dans le Royaume. *Louis Molina, Jeſuite*, dans ſon Traité *de Juſtitia, & jure diſput. 139*, explique les cas où les Jeſuites peuvent ou ne peuvent pas teſter, il obſerve même que les Jeſuites qui ſont dans le Noviciat ne peuvent teſter qu'avec la permiſſion des Superieurs.

120. Des autres perſonnes compriſes dans la ſeconde claſſe.

Après avoir expliqué ce qui regarde les Moines, il faut voir ce qui concerne les autres perſonnes compriſes dans la ſeconde claſſe de ceux qui n'ont pas la faculté de teſter.

121. De ceux qui ſont condamnez à mort naturelle, ou à une peine qui emporte mort civile.

D'abord ceux qui ont été condamnez à la peine de mort naturelle, ou à une peine qui emporte mort civile, ſont de ce nombre. Il eſt vrai que c'eſt une grande queſtion parmi les Interpretes du Droit Romain, ſi le Droit des Novelles n'a pas corrigé le Droit ancien à cet égard, en déclarant dans la *Novelle 22, cap. 8*, que ceux qui ſont condamnez ne deviennent plus eſclaves de la

peine, *nos autem hoc remittimus: & nullum ab initio bene natorum ex ſupplicio permittimus fieri ſervum*, dit ce texte, & en abrogeant par la *Novelle* 134, *cap.* 13, la peine de la confiſcation, qui étoit la principale raiſon qui empêchoit de teſter, ſelon les maximes du Droit ancien, & la Loi 8, §. 1, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.*

Si les Novelles de l'Empereur Juſtinien ont abrogé la mort civile encouruë par la condamnation.

Quoique *M. le Preſident Faber, de error. Pragmat. decad.* 73, ait pris à tâche de fortifier le ſentiment de *Julius Clarus*, §. *teſtamentum*, *qu.* 29, *de Vaſquius illuſt. controver. cap.* 10 *& cap.* 96, & de quelques autres qui penſoient que le Droit ancien avoit été corrigé par le nouveau, & que ceux qui avoient été condamnez à une peine capitale conſervoient la faculté de teſter, il ne ſera pas difficile de s'appercevoir que cette opinion n'eſt pas fondée, & que la verité ſe découvre dans le ſentiment contraire qui a été ſoutenu par Accurſe ſur la Loi 8, §. 4, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* & par pluſieurs autres Docteurs qui l'ont ſuivi, ſi l'on examine les regles du Droit ancien, & les raiſons ſur leſquelles la défenſe de teſter eſt fondée.

112. Opinion du Preſident Faber pour l'affirmative.

Reſolution pour l'opinion contraire.

La Loi 6, §. 6, *ff. de injuſto rupto & irrito facto teſtam.* décide que celui qui a été condamné à une peine capitale eſt incapable de teſter, en diſant que le Teſtament qu'il avoit fait auparavant eſt annullé; elle décide encore que l'incapacité eſt encouruë au moment que le Jugement de condamnation eſt prononcé, même avant l'exécution, *ſed & ſi quis fuerit damnatus, vel ad beſtias, vel ad gladium, vel alia pœna quæ vitam adimit, teſtamentum ejus irritum fiet, & non tunc cum conſumptus eſt, ſed cum ſententiam paſſus eſt, nam pœnæ ſervus efficitur.*

113. Celui qui eſt condamné à une peine capitale eſt incapable de teſter.

L'incapacité eſt encouruë au moment de la condamnation avant l'exécution.

Les Loix ont donné pluſieurs raiſons de cette déciſion; la premiere eſt exprimée dans ces paroles du texte cité, *nam pœnæ ſervus efficitur*, & en effet celui qui eſt condamné à une peine capitale devient eſclave de la peine, comme le décident les Loix 12 & 29, *ff. de pœnis.*

124. Premiere raiſon où le condamné *pœnæ ſervus efficitur.*

La ſeconde raiſon expliquée dans la Loi 8, §. 1, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* eſt que les biens du condamné ſont confiſquez. Si ces deux raiſons étoient les ſeules qui ont donné lieu à déclarer les perſonnes condamnées à une peine capitale, incapables de teſter, la ſervitude de la peine & la confiſcation étant abrogées par le Droit des Novelles, il faudroit ſe ranger à l'avis *du Preſident Faber*, parce que la diſpoſition de la Loi doit ceſſer, quand les raiſons ſur leſquelles elle eſt fondée ceſſent.

125. Seconde raiſon tirée de la confiſcation des biens.

Les Novelles abrogent ces deux raiſons.

La troiſiéme raiſon qui ſubſiſte encore & qui n'a pas été abrogée, eſt que pour conſerver la faculté de teſter, il ne ſuffit pas de

126. Troiſiéme raiſon qui ſubſiſte

prise de ce qu'il faut avoir le droit de Cité, & être capable des effets civils.

perſéverer dans l'état de liberté, & de ne pas être aſſujetti à la ſervitude, il faut encore, ainſi que nous l'avons expliqué ci-devant, avoir le droit de Cité, que ceux qui ont été condamnez à une peine qui emporte mort civile, ont perdu; car la mort civile détruit neceſſairement le droit de Cité, & toute participation au Droit civil; il ne ſuffit donc pas que la *Novelle* 22, *chap.* 8, ait abrogé la ſervitude de la peine, ni que la *Novelle* 134, *chap.* 13, ait auſſi abrogé la confiſcation, pour que le condamné ſoit capable de teſter, s'il n'y a quelque texte dans les Novelles qui permette expreſſément au condamné de teſter, ou qui déclare qu'il retient encore le droit de Cité; car tandis qu'on ne trouvera rien de ſemblable dans les Novelles, il faut neceſſairement conclure que le condamné eſt incapable de teſter, parce que l'une des raiſons fondamentales de cette prohibition établies par le Droit ancien ſubſiſte encore, & par conſéquent on ne peut pas induire des corrections faites au Droit ancien par les Novelles, que l'incapacité de teſter déclarée par le Droit ancien ait été ôtée par le Droit nouveau.

127. On peut perdre le droit de Cité, ſans perdre la liberté.

Cependant il eſt certain que l'on peut perdre le droit de Cité, ſans perdre la liberté; quoiqu'on ne puiſſe pas perdre la liberté, ſans perdre en même tems le droit de Cité, comme le décident les *§§.* 1 *&* 2, *inſtit. de capitis diminut.*

128. Celui qui étoit condamné à une peine capitale, perdoit la liberté & le droit de Cité.

Il eſt vrai que celui qui étoit condamné à une peine capitale, comme celui qui étoit réduit en ſervitude, perdoit à même tems le droit de Cité & la liberté, ſuivant le §. 1 que nous avons cité; mais lorſque la *Novelle* 22, *chap.* 8, a déclaré que le condamné ne perdoit pas la liberté, elle n'a pas dit à même tems qu'il conſervoit le droit de Cité; cependant il eſt certain que celui qui a perdu le droit de Cité, en retenant la liberté, ce qui arrivoit au Déportat, ou à celui *cui aquæ & igni interdictum fuit*, §. 2, *inſtit. de capitis diminut.* n'a pas la liberté de teſter; puiſque le Teſtament fait auparavant eſt annullé, §. 4, *inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* comme le décide nommément à l'égard de ceux qui ont ſouffert l'une de ces deux peines, la Loi 8, §. 1, *&* §. 2, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ainſi il eſt clair que le condamné à une peine capitale n'a pas la liberté de teſter, quoique par le Droit nouveau il n'y ait plus de confiſcation de ſes biens, & qu'il ne ſoit pas eſclave de la peine; parce qu'il ceſſe d'être Citoyen, & d'avoir part au Droit civil, qu'il a perdu par la condamnation à une peine qui emporte mort civile.

La Novelle ne dit pas que le condamné conſerve le droit de Cité, de même que la liberté.

129. Les Déportats

Les raiſons que nous venons d'expliquer, paroîtront encore

plus sûres, si l'on réflechit que la Loi premiere, *cod. de hered. instit.* décide que les Déportats qui ne perdoient pas la liberté, & ne souffroient que le moyen changement d'état, *§. 2, instit. de cap. diminut.* devenoient néanmoins étrangers *tanquam peregrini*, & étoient par cette raison incapables de recevoir des liberalitez par Testament, & par la même raison ils étoient aussi incapables de tester, comme ayant perdu le droit de Cité, dans lequel le droit nouveau ne les rétablit pas, en abrogeant la confiscation, & la servitude de la peine.

qui ne perdoient pas la liberté, & ne perdoient que le droit de Cité, ne pouvoient pas tester.

C'est la vraye raison décisive, & la seule capable de resoudre les argumens & les raisonnemens du *President Faber*; car l'incapacité de tester encouruë par le condamné, n'est pas fondée comme le pense *Ricard, des donat. tom. 1, part. 1, n. 237*, sur l'indignité qu'il contractoit par son crime, ou en conséquence de la condamnation intervenuë contre lui, ni sur la Loi *post contractum 15, ff. de donationibus*, qui improuve la donation, quoique faite avant la condamnation; elle improuve seulement celle qui a été faite depuis le crime commis, en cas que la condamnation survienne. Cette Loi ayant pour fondement cette raison particuliere, que la donation faite après le crime commis, est présumée avoir été faite en fraude du fisc, & pour éluder la confiscation que la condamnation sur le crime doit entraîner. Ce qui est si vrai que si la donation avoit été faite avant le crime, & qu'il n'y eût aucune présomption de fraude, elle ne seroit pas révoquée par la condamnation survenuë; comme l'enseignent les Auteurs après la Loi 45, *ff. de jure fisci.*

130. La perte du droit de Cité est la seule raison décisive, les autres raisons alleguées par les Auteurs sont fausses.

Explication de la Loi *post contractum 13. ff. de donationib.*

Si cette raison est certaine, suivant les principes du Droit Romain, & si le condamné à une peine capitale ne peut pas tester, nonobstant les changemens faits par l'Empereur Justinien dans ses Novelles, la chose est encore moins susceptible de doute, selon les regles du Droit de ce Royaume, où l'on tient pour maxime generale, que *qui confisque le corps, confisque les biens*, qui a lieu dans le Païs du Droit écrit, *paucis exceptis*, & dans le Païs Coutumier, comme l'enseignent les Auteurs anciens & modernes, & notamment *Benedicti, Boerius*, & *M. Laroche, liv. 4*, verb. *testament, art. 16.*

131. Cette décision est encore plus sûre en France, où l'on tient pour maxime que qui confisque le corps, confisque les biens.

Mais afin que la condamnation à mort naturelle ou civile puisse produire l'incapacité de tester, il est necessaire, suivant le Droit Romain: 1°. Qu'elle ait été prononcée par un Juge competent; car s'il étoit incompetent, la condamnation ne pourroit pas lier le condamné, & operer son effet, *l. 6, §. 10, ff. de injusto rupto*, si

132. Conditions requises, afin que la condamnation à mort naturelle ou civile puisse produire l'incapacité de tester.

Premiere condition, qu'elle ait été prononcée par un Juge competent.

quis eum qui non erat Jurisdictionis suæ, damnaverit: Testamentum ejus non erit irritum, quemadmodum est constitutum.

133. Seconde condition, que la peine ne soit pas injuste, & la condamnation illicite.

2°. Que la peine ne soit pas injuste, & la condamnation illicite, comme si elle a été prononcée au préjudice d'un privilege attaché à la personne d'un condamné, si par exemple un Décurion avoit été condamné *ad bestias*, ce qui ne se pouvoit point, selon le Droit Romain, lorsque le condamné n'a pas souffert la peine. *Quid si quis erit damnatus illicitè, pœna non sumpta? An testamentum ejus irritum fiat, videamus: ut puta Decurio ad bestias, an capite minuatur, testamentumque ejus irritum fiat? Et non puto cum sententia eum non tenuerit*, dit la Loi 6, §. 10, *ff. de injusto rupto.* Et quoiqu'en France on tienne pour maxime que les voyes de nullité n'y ont pas lieu; qu'ainsi la condamnation illicite, ou prononcée par un Juge incompetent, tient & opere son effet, tandis qu'elle n'est pas attaquée par les voyes de Droit, néanmoins on peut y faire usage de la décision du Droit Romain sur les deux points que nous venons de toucher, en prenant les voyes de Droit pour faire tomber la condamnation.

134. Troisiéme condition, que la condamnation ait été prononcée par des Juges de la Monarchie Françoise.

3°. Selon les maximes du Royaume, il est encore necessaire, afin que la condamnation puisse produire l'incapacité de tester, qu'elle ait été prononcée par des Juges de la Monarchie; car si elle étoit émanée d'autorité des Juges d'une Monarchie étrangere, l'incapacité ne seroit pas encouruë, même le Testament anterieur fait en France ne seroit pas annullé & révoqué par la condamnation, quoiqu'elle eût été exécutée hors du Royaume. La raison est, parce qu'en France on ne reconnoît pas les Jugemens rendus par des Juges d'une autre Monarchie, & qu'on ne les regarde que comme des simples titres dont il faut faire ordonner l'exécution en France par les Juges qui en doivent connoître, devant lesquels on peut opposer les mêmes exceptions, que si la chose n'avoit pas été jugée par Sentence, ou Arrêt rendu dans une Monarchie étrangere, suivant *l'art.* 121 *de l'Ordonnance de* 1629.

135. Arrêt contraire rapporté par la Roche.

Néanmoins *M. de la Roche-Flavin, liv.* 4, verb. *testam. art.* 16, *& liv.* 6, *tit.* 23, *art.* 6, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse du 23 Décembre 1580, qui déclara les biens d'un François condamné à mort en Espagne, confisquez au profit du Roi, en vertu de la condamnation des Juges d'Espagne, quoiqu'ils lui eussent accordé la faculté de tester; mais le Parlement de Paris observe le contraire, comme le remarque *Ricard des donations, tom.* 1, *part.* 1, *n.* 263, & sa maniere de juger paroît plus conforme aux maximes du Royaume; aussi *Graverol sur M. de la Roche*, observe-t-il

Les Arrêts du Parlement de Paris opposez à celui de la Roche, sont plus conformes aux maximes du Royaume.

ſerve-t-il que l'Arrêt du Parlement de Toulouſe ne doit pas être tiré à conſéquence.

136. Trois queſtions pour connoître les autres conditions.

4°. Pour connoître les autres conditions qui ſont requiſes, afin que la condamnation à peine afflictive produiſe l'incapacité de teſter ; on peut former trois queſtions aſſez difficiles à reſoudre. La premiere, faut-il que la condamnation contradictoire ſoit exécutée? La ſeconde, l'exécution figurative n'eſt-elle pas requiſe dans les condamnations qui ſont renduës par contumace ? La troiſiéme, la mort civile eſt-elle encouruë du moment que la Sentence de contumace eſt exécutée figurativement, ou bien eſt-elle ſuſpenduë durant les cinq années qui ſont accordées aux condamnez par les Ordonnances pour purger la contumace ; enſorte que ſi le condamné décede dans ce délai, il ſoit réputé *integri ſtatus ?*

137. S'il faut que la condamnation contradictoire ſoit exécutée.

Sur la premiere queſtion, on peut dire qu'elle a été ſi nettement décidée par le Droit Romain en la Loi *6, §. 6, ff. de injuſto rupto*, & en la Loi *29, ff. de pœnis*, qu'on ne peut pas former de doute, que le condamné ſouffre la mort civile, non quand il eſt exécuté ſeulement, mais au moment qu'il a été condamné, *non tunc cum conſumptus eſt, ſed cum ſententiam paſſus eſt.* Il n'eſt donc point neceſſaire que l'Arrêt ſoit exécuté pour produire la mort civile ; mais elle eſt, pour ainſi dire, dans la bouche du Juge qui porte ſa Sentence, & qui prononce la condamnation ; ainſi que le prévenu décede avant l'exécution réelle, ou qu'il s'évade des priſons, il évite la peine ; mais il ne laiſſe pas de perdre la faculté de teſter, parce qu'il eſt retranché de la ſocieté & du corps de l'Etat par la mort civile produite par la condamnation.

Raiſons pour la négative.

138. Raiſons pour prouver que la condamnation doit être exécutée.

D'autre côté, on peut dire que M. *de la Roche, liv. 6, tit. 23, art. 5*, rapporte un Arrêt qui juge qu'un prévenu condamné à mort par Sentence contradictoire, confirmée par Arrêt contradictoire, étant décedé avant l'exécution réelle, la condamnation devoit être regardée comme non-avenuë ; ſur lequel Arrêt *Graverol* obſerve qu'un prévenu mourant avant la prononciation de ſa condamnation à mort, la confiſcation des biens n'a pas lieu, par la raiſon de la Loi *cum principalis* 178 *de regul. jur.* car le prévenu décedant *integri ſtatus*, les biens qui ſont un acceſſoire de la perſonne non-confiſquée par le défaut d'exécution, doivent paſſer aux heritiers du condamné.

Si la confiſcation a lieu lorſque le prévenu décede avant la prononciation de la condamnation par Arrêt.

139. Autre raiſon tirée de l'Ordon. de 1670.

Que *l'Ordonnance de 1670, tit. 17, art. 29*, exigeant une exécution, afin que la condamnation par contumace produiſe la mort civile ; l'exécution eſt pareillement requiſe, lorſque la condamnation eſt contradictoire.

140. Autre raison tirée des Arrêts rapportez par Dolive.

Enfin, que suivant M. *Dolive, liv. 5, chap.* 8, la condamnation à mort, quoique contradictoire, ne donne pas lieu à l'ouverture du fideicommis, ni au droit de retour, quand elle n'est pas exécutée; mais il faut attendre la mort naturelle du condamné. *Berault & Basnage sur l'art.* 143 *de la Coutume de Normandie*, décident encore que, quoique la condamnation soit prononcée contradictoirement, si le condamné décede avant l'exécution, la confiscation n'a pas lieu.

La condamnation à mort non exécutée, ne donne pas lieu à l'ouverture du fideicommis, ni au droit de retour.

141. Resolution que la mort civile est encouruë avant l'exécution.

Nonobstant les raisons que nous venons d'expliquer, il y a lieu de décider, que la mort civile est encouruë au moment que la condamnation contradictoire est prononcée, quoique le prévenu évite l'exécution, soit par sa mort naturelle, ou par sa fuite, ou évasion.

142. Il n'y a point de Loi dans le Royaume qui déroge à cet égard au Droit Romain.

Car il n'y a point de Regle, ni de Loi du Royaume de laquelle on puisse induire que la décision du Droit Romain qui déclare la mort civile encouruë au moment de la prononciation, ait été abrogée.

143. Réponse à l'Arrêt de la Roche.

L'Arrêt rapporté par M. *de la Roche*, est fondé sur des circonstances particulieres expliquées par M. *Maynard, liv.* 4, *ch.* 52, qui le rapporte aussi, lesquelles circonstances empêchent que la question n'ait été jugée en these; cet Auteur assure en effet, que sur une Requête presentée au nom du prévenu, dans laquelle on exposoit divers faits, qui tendoient à prouver qu'il étoit dans la démence, on avoit défendu au Greffier de délivrer l'Arrêt, qui avoit confirmé la Sentence de condamnation, pour déliberer plus amplement sur cette Requête, & informer plus exactement des faits y contenus; ensorte que l'Arrêt avoit en quelque façon été déclaré *pro non lato*; voilà pourquoi la mort du prévenu étant survenuë, elle avoit éteint le crime, tout comme s'il étoit décedé pendant l'appel.

144. Réponse à l'Ordon. de 1670.

Il n'est pas tout-à-fait clair que l'Ordonnance de 1670 exige une exécution figurative de la condamnation par contumace, afin que la mort civile soit encouruë; mais seulement pour faire remonter cette mort civile, & lui faire produire son effet dans les cinq ans accordez pour purger la contumace, prescrits par *l'art.* 28 *de l'Ordonnance de Moulins*; quoiqu'il en soit, cette Ordonnance ne parlant que des condamnations par contumace, qui ont leurs regles à part, elle ne peut pas être étenduë aux condamnations contradictoires, dont l'effet ne peut pas être suspendu, parce qu'il ne manque rien à la défense du prévenu, au lieu qu'il lui est libre de mettre au néant la condamnation par contumace, en se representant.

Bien-loin que M. *Dolive* ſoit d'avis que la mort civile n'eſt pas encouruë par la condamnation quand elle n'eſt pas exécutée, il décide nommément au *liv. 5, chap. 7*, que cette mort civile eſt infligée au condamné du jour de la condamnation, même par défaut, quoiqu'il n'y ait point d'exécution figurative, & s'il dit au chap. 8, que la condamnation à mort, même contradictoire, ne donne pas lieu à l'ouverture du fideicommis, ſi elle n'eſt réellement exécutée, c'eſt parce qu'il croit que la ſeule mort civile ne peut pas produire cet effet: mais les nouveaux Arrêts du même Parlement qui ſont rapportez par M. *de Catellan*, ont jugé le contraire ſur ce dernier point.

145. M. Dolive décide que la mort civile eſt encouruë au moment de la condamnation.

A l'égard de la ſeconde queſtion, il y a pluſieurs textes du Droit Romain qui défendent de condamner les abſens accuſez de crime capital, & notamment la Loi 1, *cod. de requirendis reis*; la Loi 1, *ff. eodem*; la Loi 6, *cod. de accuſ. Abſentem in criminibus damnari non debere Divus Trajanus Julio Frontoni reſcripſit, l. 5, ff. de pœnis.* On ne peut donc pas trouver dans le Droit Romain des principes pour décider une queſtion ſur une matiere qui n'étoit pas en uſage parmi eux.

146. Si l'exécution figurative des Sentences de contumace eſt requiſe afin que la mort civile ſoit encouruë. Chez les Romains on ne pouvoit pas condamner les abſens.

Quoiqu'en France on eût d'abord adopté la diſpoſition de la Loi Romaine à cet égard, comme il paroît des Capitulaires de Charlemagne, *lib. 7, cap. 202 & 354*, qui contiennent la même défenſe de condamner les abſens; néanmoins on s'eſt départi dans la ſuite de cet uſage, & l'on condamne les abſens, tout comme ceux qui ſe preſentent, ou qui ſont arrêtez. Il ſemble donc qu'on doive faire operer à la Sentence par contumace les mêmes effets qu'à la Sentence contradictoire, & que la premiere, tout comme l'autre, produiſe la mort civile par la ſeule force de la condamnation, ſans exiger l'exécution figurative, & c'eſt ainſi que le décide M. *Dolive, liv. 5, chap. 7. L'Edit du 26 Novembre 1639*, concernant les mariages, *art. 6*, ſemble le ſuppoſer de même; puiſque ſans exiger que la Sentence de contumace ait été exécutée, il déclare les enfans de ceux qui ont été condamnez à mort par défaut, & qui ſe ſont mariez après la condamnation, incapables de ſucceder; & cela à cauſe de la mort civile encouruë par leur pere.

147. Uſage de France different ſelon les tems.

Argument tiré de l'Ordonnance de 1639.

Quoique *l'Ordonnance de 1670, tit. 17, art. 29*, ſemble exiger l'exécution figurative, il y a néanmoins des Auteurs qui ont cru le contraire, & qui ont ſoutenu que cette Ordonnance n'avoit pas dérogé aux principes du Droit Romain.

148. Si l'Ordonnance de 1670 exige l'exécution figurative pour faire encourir la mort civile.

149. Raiſons des Auteurs pour le prouver.

Ils diſent en effet, que c'eſt mal entendre cette Ordonnance,

que de supposer qu'elle exige une exécution figurative, afin que le condamné souffre la mort civile. Pour donner la veritable intelligence de l'Ordonnance de 1670, il faut sçavoir que les Parlemens de Paris & de Toulouse avoient differemment expliqué l'art. 28 de l'Ordonnance de Moulins, qui accorde aux condamnez un délai de cinq années pour purger la contumace. Celui de Toulouse avoit cru que cette Ordonnance n'avoit pas dérogé au Droit commun, & qu'encore qu'elle eût accordé cinq ans aux condamnez pour purger la contumace ; la condamnation ne laissoit pas d'operer son effet, & de rendre le condamné incapable des effets civils.

Differentes explications données par les Parlemens de Paris & de Toulouse à l'art 28 de l'Ordonnance de Moulins.

150. Suite.

Au-contraire le Parlement de Paris entendoit cette Ordonnance de maniere, que les cinq années pour purger la contumace étoit un interstice legal, durant lequel la condamnation étoit entierement suspenduë, de même que ses effets ; ensorte que quand le prévenu venoit à déceder après les cinq années, il n'étoit réputé mort civilement, que du jour de l'expiration du délai de cinq années, suivant *Brodeau sur M. Loüet, Lett. C. somm.* 25, *n.* 1.

151. Difficulté resoluë par l'Ordonnance de 1670.

Pour faire cesser cette difficulté, l'Ordonnance de 1670 a pris un milieu entre les deux interprétations, que l'on donnoit à *l'art.* 28 *de l'Ordonnance de Moulins*, en décidant que si le condamné venoit à déceder après les cinq années, sans s'être representé, ou avoir été constitué prisonnier, il devoit être réputé mort civilement du jour de l'exécution de la Sentence de contumace.

152. Suite.

Si le Legislateur avoit entendu faire une regle generale capable de déroger au Droit commun, il se seroit expliqué en termes négatifs, & auroit dit que le condamné ne seroit réputé mort civilement que du jour de la Sentence de contumace ; mais comme ce n'a pas été l'intention de Sa Majesté, elle s'est expliquée en termes affirmatifs, qui ne renferment pas la négative.

153. Resolution que l'exécution figurative est necessaire pour faire encourir la mort civile.

Nonobstant ces raisons qui sont plus spécieuses que solides, on doit tenir que la Sentence de contumace, ne doit produire l'incapacité, que quand elle a été exécutée en la forme expliquée par les art. 16 & 17 du tit. 17 de l'Ordonnance de 1670, & cela se pratiquoit anciennement, comme il paroît de l'Ordonnance du penultiéme Août 1536, pour la Bretagne, chap. 2, art. 29, qui porte : *Et la condamnation faite par contumace, & le fourban donné, l'on fera attacher aux portes & entrées des lieux les tableaux & cordeaux au desir de la Coutume, & fera bon bannir l'effet de la Sentence donnée, & que qui prendra le malfaiteur, le rende à Justice, & si après il est pris, les Sentences contre lui données, tant corporelles*

que pécuniaires, seront exécutées tout promptement, & sans délai, sans autre nouvelle procedure.

154. Differences entre la condamnation contradictoire, & la condamnation par contumace.

Il y a en effet une grande difference entre les condamnations contradictoires, & celles qui sont prononcées par contumace; dans les premieres, le prévenu a eu la liberté de se défendre; on prononce avec connoissance de cause; on doit donc leur attribuer un effet present indépendamment de l'exécution.

155. Suite.

Lorsque les condamnations sont par contumace, il n'y a pas une preuve complete que le prévenu soit veritablement coupable, & la contumace sert beaucoup à aggraver la peine; on ne doit donc pas appliquer aux condamnations par contumace, les regles du Droit Romain, qui ne sont faites que pour les condamnations contradictoires, pour la justice desquelles on doit toujours présumer, parce qu'il n'a rien manqué à la défense du prévenu.

156. Dans les matieres rigoureuses & pénales on doit favoriser l'accusé.

C'est même une matiere rigoureuse & pénale, dans laquelle on doit être ingenieux à favoriser un prévenu, & comme l'exécution est ce qui doit attribuer l'effet aux condamnations par contumace, on ne doit avoir aucun égard à celles qui n'ont pas été exécutées.

157. Les cinq ans pour purger la contumace ne commencent à courir que du jour de l'exécution figurative.

Cela est même fondé sur l'esprit de l'Ordonnance de 1670. On voit dans *l'art.* 28 *du tit.* 17, que les cinq années accordées pour purger la contumace, ne doivent commencer de courir que du jour de l'exécution, & non du jour de la condamnation. Preuve certaine que la condamnation ne doit produire aucun effet, si elle n'a été exécutée; & *l'art.* 29 ajoute, que le condamné qui décedera après les cinq années sans se representer, ou avoir été constitué prisonnier, sera réputé mort civilement du jour de l'exécution de la Sentence de contumace; d'où l'on peut conclure que l'exécution est de l'essence de la condamnation pour lui faire operer la mort civile, & que sans cette exécution le condamné conserve toujours son état, & demeure capable des effets civils.

158. Réponse à la raison prise de ce que l'Ordonnance n'est pas conçuë en termes negatifs.

Peu importe que l'Ordonnance ne soit pas conçuë en termes négatifs; car en décidant que la mort civile est encouruë du jour de l'exécution, elle décide en même tems qu'elle n'est pas encouruë avant l'exécution: ainsi les termes affirmatifs renferment la negative dans le cas contraire, & comme la Loi du Prince est la regle qu'on doit suivre, on ne peut pas s'en tenir aux Arrêts précedens; parce que l'Ordonnance y a dérogé, & a introduit un droit nouveau.

159. Si la mort civile est encouruë du

Quant à la troisiéme question, elle a été diversement décidée par les Auteurs, les uns ont cru que la condamnation par contu-

Jour de l'exécution de la Sentence, ou seulement après les cinq ans pour purger la contumace.

mace est suspenduë pendant les cinq années, nonobstant l'exécution figurative, même depuis l'Ordonnance de 1670, de ce nombre sont *Domat des Loix civiles, liv. 1 des succes. tit. 1, sect. 2, art. 36, pag. 423; le Brun, des Succeff. liv. 1, chap. 2, sect. 3; Ricard, tom. 1, part. 1, n. 259; Ferriere, sur la Coutume de Paris, art. 318, §. 6, n. 6; Basset, tom. 1, liv. 6, tit. 6, chap. 1; & Basnage sur l'art. 235 de la Coutume de Normandie.* Il y a à la verité dans le Journal du Palais un Arrêt du 31 Mars 1678, qui semble avoir jugé le contraire; mais il y avoit cette circonstance, qu'il s'agissoit de la demande faite par un donataire de la confiscation des biens d'une personne condamnée par contumace, auquel on opposoit que la confiscation ne lui donnoit pas le droit de recueillir les biens advenus à la personne condamnée depuis la condamnation & la confiscation, suivant *Dumoulin sur le conseil 438 de Philippe Dece; M. Dolive, liv. 5, chap. 7,* décide au-contraire que la mort civile est encouruë, quoique le prévenu décede dans les cinq ans de la contumace, & que le condamné est incapable de tester & de succeder.

Autoritez que la mort civile n'est encouruë qu'après les cinq ans.

Opinion contraire de M. Dolive.

160. Raisons pour le premier avis.

Pour appuyer le premier avis, on dit: 1°. Que *l'Ordonnance de Moulins, art. 28,* est conçuë de maniere à faire entendre que tous les effets de la condamnation par contumace sont suspendus durant les cinq ans. Sa Majesté y déclare d'abord que le Roi, ni les Seigneurs ne pourront faire don des confiscations qu'après ce délai; elle laisse donc aux condamnez la proprieté de leurs biens qui ne passant point sur la tête de ceux à qui la confiscation est adjugée, doit necessairement demeurer sur la tête du condamné.

161. Suite.

2°. Qu'elle laisse encore au condamné la liberté d'anéantir par sa representation, les défauts & contumaces, ce qui suppose la conservation des effets civils; car s'il en étoit privé, il ne pourroit ester à droit, que par la restitution obtenuë du Prince, & par le rétablissement au premier état.

162. Suite.

3°. Que l'Ordonnance de 1670 ne change rien, à cet égard, à ce qui est décidé sur ce point par l'Ordonnance de Moulins; elle décide seulement, que quand le prévenu décede après les cinq ans de la contumace, il doit être réputé mort civilement depuis l'exécution de la Sentence de contumace, ce qui ne conclut rien sur l'état du prévenu, quand il décede dans les cinq années. On doit donc s'en tenir, à cet égard, à ce qui est reglé par l'Ordonnance de Moulins.

163. Suite.

4°. Que dans le doute il faut faire pancher la balance du côté

qui tend à favoriser le prévenu ; parce qu'il s'agit d'une peine ; que *odia sunt restringenda*, *favores ampliandi*, & que s'agissant de faire perdre à un Citoyen le droit de Cité qui est infiniment précieux, on ne doit prendre le parti de la rigueur, que quand on y est forcé par une Loi claire & précise.

164. Raisons pour l'opinion de Dolive.

Pour appuyer l'opinion contraire, & l'incapacité même dans les cinq années, on peut observer, que puisque l'on a trouvé à propos en France d'introduire les condamnations par contumace ; ce n'a pas été pour les rendre illusoires, & pour qu'elles ne pussent produire aucun effet ; mais afin qu'elles fussent efficaces pour servir d'exemple, & réprimer les malfaiteurs ; ce qui est si vrai, qu'anciennement on exécutoit réellement les condamnations prononcées par contumace, dès que le condamné étoit pris, comme l'enseignent les anciens Praticiens, & notamment *Mazuer, tit. 3, n. 23.*, & que le justifie *l'Ordonnance de 1536 pour la Bretagne, chap. 2, art. 29*, ci-dessus transcrit ; de-là vient qu'on inseroit encore avant l'Ordonnance de 1670, la clause *si pris & appréhendé peut être*, dont l'usage a été abrogé par l'art. 15 du tit. 17 de cette Ordonnance ; que même depuis que cet usage a été abrogé pour l'exécution quant à la mort naturelle, on a laissé subsister l'effet de la mort civile, comme il paroît de l'art. 6 de l'Edit du 26 Novembre 1639 concernant les mariages. Et par conséquent les condamnations par défaut doivent avoir la même force que celles qui sont contradictoires, sauf dans les cas où les Ordonnances ont mis quelque difference entre les Sentences de contumace & les contradictoires, & où elles ont suspendu l'exécution des condamnations prononcées par contumace.

Les Sentences de contumace étoient exécutées quand le condamné étoit arrêté.

De la clause *si pris & appréhendé peut être.*

165. Suite des raisons pour l'opinion de Dolive.

Que l'Ordonnance de Moulins suppose cette regle comme vraie & incontestable ; puisque le Roi pour y déroger, a cru necessaire de porter une Loi expresse, & comme cette Loi ne suspend durant les cinq années que les amendes & confiscations, elle laisse dans leur force tous les autres effets que doit produire la Sentence de contumace.

166. Suite.

Il est vrai que cette Ordonnance laisse au prévenu la faculté de se representer, & d'anéantir par-là la condamnation & tous ses effets ; ce qui est encore mieux expliqué par l'Ordonnance de 1670, au titre des défauts & contumaces ; mais c'est une faveur que le Prince accorde au condamné, laquelle faveur ne suppose pas que tandis que la condamnation subsiste, elle ne doive pas produire la mort civile, tout ce que l'on peut dire est que la condamnation, & ses effets, quoiqu'actuels, peuvent être resolus

ſous condition, laquelle condition n'étant pas remplie, la condamnation doit être regardée comme pure & abſoluë.

167. Suite. Cela eſt ſi vrai, que ſi la condamnation par contumace ne pouvoit produire aucun effet durant les cinq années, la mort du prévenu éteindroit le crime, & par voye de conſéquence la condamnation & tous ſes effets; enſorte qu'il en devroit être de même du condamné par contumace, que de celui qui a été ſimplement accuſé; ou de celui qui étant condamné par Sentence d'un Juge ſubalterne décede pendant l'appel, lequel décede conſtamment *integri ſtatus*, quand il ne s'agit pas de ces crimes dont la pourſuite peut être faite, & la condamnation prononcée contre la memoire du défunt.

168. L'Ordonnance de 1670 preſcrit la procedure pour purger la memoire d'un condamné par contumace qui eſt mort avant les cinq ans. Cependant l'Ordonnance de 1670 en décide autrement au tit. 27, où elle preſcrit la forme & la procedure à l'effet de purger la memoire d'un défunt. L'art. 1 porte: *La veuve, les enfans, & les parens d'un condamné par Sentence de contumace qui ſera décedé avant les cinq ans, à compter du jour de ſon exécution, pourront appeller de la Sentence, & ſi la condamnation de contumace eſt par Arrêt ou Jugement en dernier reſſort, ils ſe pourvoiront pardevant les mêmes Juges qui l'auront rendu.*

169. Suite. Cet art. qui parle indéfiniment de toute ſorte de condamnations par contumace, & qui ne ſe borne pas aux ſeuls crimes pour leſquels on peut pourſuivre la memoire du défunt, fait comprendre d'une maniere bien claire, que la condamnation par contumace exécutée, a fletri la memoire du condamné, & que cette flétriſſure n'eſt pas effacée ou éteinte par ſon décès dans les cinq ans, & c'eſt la raiſon pourquoi elle permet à la veuve, aux parens, aux enfans du condamné de ſe pourvoir par Appel, ou par Requête, pour faire réformer ou retracter les condamnations par contumace pour l'effacer par une abſolution.

170. Suite. Or ce remede & cette reſſource qui procedent de la clemence du Prince, ſeroient inutiles & ſuperflus, s'il étoit vrai, comme le ſuppoſent ceux qui ſoutiennent le premier avis, que la condamnation eſt ſuſpenduë pendant les cinq ans, qu'elle ne produit aucun effet, & que ſi le prévenu décede dans ce délai, il eſt capable des effets civils, & meurt *integri ſtatus*; car pourquoi recourir à la procedure pour purger la memoire d'un défunt, ſi cette memoire n'a ſouffert aucune atteinte par la condamnation, quand le condamné décede dans les cinq années de la contumace? Il faut donc que l'on convienne ou que le benefice & la grace du Prince ſont inutiles; puiſque ſans ce ſecours la memoire du défunt eſt à l'abri

de

de toute atteinte, ce qui ſeroit faire injure à la ſageſſe du Prince, ou que la condamnation a produit une mort civile, & une flétriſſure qui n'eſt pas effacée par le décès du condamné dans les cinq ans.

171. Reſolution pour la derniere opinion.

C'eſt pour n'avoir pas fait attention à ces raiſons, & pour n'avoir pas aſſez peſé ſur la diſpoſition *de l'Ordonnance de 1670, au titre de la procedure à l'effet de purger la memoire d'un défunt*, que certains Auteurs ont ſoutenu que la Sentence de contumace n'infligeoit point une mort civile, lorſque le contumax venoit à déceder dans les cinq années, ce qui eſt viſiblement contraire à l'eſprit de cette Ordonnance & des anciennes; ainſi cette derniere opinion nous paroît très-conforme aux regles, & devoir meriter la préference.

172. L'art. 28 de l'Ordonnance de Moulins ne fournit aucun argument pour la premiere opinion.

Si l'on examine avec attention l'art. 28 de l'Ordonnance de Moulins, on n'y trouvera rien qui puiſſe fournir quelqu'argument pour autoriſer la premiere opinion; car le Roi n'a pas entendu rendre abſolument inefficaces les condamnations par contumace, ſon objet eſt d'accorder un délai de cinq années dans lequel le condamné ait la liberté, en ſe repreſentant, d'anéantir les condamnations; mais il faut pour cela, ou qu'il ſe repreſente, ou qu'il ſoit conſtitué priſonnier, comme l'explique l'Ordonnance de 1670; ſans quoi les condamnations demeurent dans leur force, parce que la condition qui doit ou peut les reſoudre, manque.

173. Explication de l'art. 28 de l'Ordon. de Moulins.

Lors donc que l'Ordonnance de Moulins dit, que *les condamnez ayant été en contumace de ſe repreſenter pendant cinq ans, perdront &c.* cela ſignifie que la contumace de cinq années rend irrévocable, & ſans retour, la perte des biens prononcée par la condamnation; car il faut expliquer les termes que nous avons tranſcrits par ceux qui les ſuivent immédiatement: *Et demeureront aux parties civiles leurs adjudications, ſans pouvoir être répetées, & à Nous, & aux Sieurs Hauts-Juſticiers, ce qui aura été adjugé pour amende ou confiſcation:* expreſſions qui ſuppoſent la validité & l'efficace de la condamnation, & que les biens ſujets aux adjudications ne ſont plus au pouvoir du condamné, mais entre les mains des Parties civiles, du Roi, ou des Seigneurs Hauts-Juſticiers; puiſqu'il eſt dit qu'ils leur *demeureront ſans pouvoir être répetez;* voilà pourquoi la perte des biens & les adjudications dont cette Ordonnance parle après les cinq ans, ne tombant que ſur l'irrévocabilité, elle ne détruit point la condamnation, ni pour les effets civils, ni pour l'adjudication des amendes & confiſcations prononcées, dont l'irrévocabilité eſt ſeulement ſuſpenduë durant

les cinq années, & purifiée par le laps de ce délai, sans que le condamné ait profité de la grace du Prince, & rempli la condition.

174. Suite. Si le Roi s'est mis dans l'impuissance volontaire de ne point disposer des biens confisquez du contumax, s'il a imposé la même Loi aux Seigneurs Hauts-Justiciers pendant les cinq années, c'est une preuve de sa moderation pour prévenir les inconveniens & les embarras causez par la representation du prévenu, dans les cas que le Roi ou le Seigneur auroient disposé des biens; mais ce n'est pas un effet du droit de proprieté qui soit conservé au condamné, puisqu'il n'a ni la faculté de disposer du fonds, ni même celle de se servir des fruits pour sa subsistance: Ces fruits étant perçus par les Receveurs du Domaine, ou par les Seigneurs Justiciers, en la forme expliquée par *l'art. 30 du tit. 17 de l'Ordonnance de 1670*. Cette discussion est même assez indifferente, car quand on pourroit induire, que l'Ordonnance de Moulins & celle de 1670, auroient suspendu les effets de la Sentence de contumace par rapport à la confiscation, & aux amendes pendant les cinq années, on ne pourroit pas induire que la mort civile encouruë par la condamnation eût été pareillement suspenduë; puisque ces Ordonnances n'en parlent pas, que même celle de 1670 suppose le contraire, dès qu'elle prescrit la procedure pour purger la memoire du condamné décedé dans les cinq ans de la contumace; ce qui suppose bien nettement, qu'il n'est pas décedé *integri status*, & qu'il avoit au-contraire encouru la mort civile, au moment de l'exécution de la Sentence de contumace.

175. Celui qui a encouru la mort civile par une condamnation par contumace ne peut pas tester, même en faveur de ses enfans.

L'incapacité de tester produite par la mort civile encouruë par la condamnation à une peine capitale a lieu, quand même les dispositions seroient faites en faveur des enfans, ou de la cause pie, selon M. *Duranty, qu. 27*, & *M. Dolive, liv. 5, chap. 7*; parce que l'on considere, non la faveur des heritiers instituez, ou de ceux qui sont appellez pour recueillir les liberalitez, mais la capacité du Testateur.

176. Il en est de même, quoique le Juge eût permis de tester.

Elle a lieu encore quand même le Juge qui auroit prononcé la condamnation, auroit permis au condamné de faire Testament, *Duranty, qu. 27*, parce que la faculté de tester étant de Droit public, *l. 3, ff. qui testam. fac. poss.* les Juges qui sont les Ministres de la Loi, n'ont pas le pouvoir d'en dispenser; car comme le remarque fort bien *Gæddeus* sur la Loi 20, *ff. de verbor. signif. n. 9. Prætor lege non est major ut eam infringere possit, sed custos ejus est*; il en seroit autrement, si le Prince souverain accordoit une telle

Les Juges sont les Ministres de la Loi, mais ils ne peuvent pas en dispenser.

Mais le Prince souverain peut

permission ; parce qu'il est au-dessus des Loix, & que par conséquent il peut accorder la dispense, & déroger à la Loi quand & comme il trouve à propos ; ainsi que l'a fort bien observé *Ricard* ; mais s'il s'agissoit d'un délit militaire, par lequel le Soldat eût été condamné à la mort, il pourroit valablement tester, s'il en avoit obtenu la permission de ses Juges, *l. 6, §. 7, ff. de injusto rupto*, c'est une exception à la regle établie par la Loi même.

permettre au condamné de tester.

Si le condamné pour délit militaire peut tester.

La condamnation annulle même le Testament anterieur ; parce que le Testateur cesse d'avoir le droit de Cité qui est necessaire au tems du décès, afin que le Testament vaille, *l. 6, §. 5, ff. de injusto rupto*, & s'il s'agit d'un crime qui puisse être puni après la mort, comme lorsqu'on est coupable du crime de Leze-Majesté, *l. 6, cod. ad l. Jul. Majest.* la condamnation survenuë après le décès du prévenu, annulle le Testament fait même avant l'accusation, *l. 6, §. 11, ff. de injusto rupto*, ou s'il s'est tué lui-même volontairement pour se soustraire à la punition, *l. 2, cod. qui testam. fac. poss. l. 6, §. 7, ff. de injusto rupto, l. 45, §. 2, ff. de jure fisci.*

177. La condamnation qui emporte mort civile, annulle le Testament anterieur.

Quid de la condamnation survenuë après la mort de l'accusé. De celui qui s'est tué volontairement.

Ces textes distinguent à la verité celui qui se tuë volontairement, *tædio vitæ*, sans être prévenu d'aucun crime, d'avec celui qui se tuë pour éviter la punition d'un crime à raison duquel il est en prévention ; au premier cas, sa memoire ne peut pas être condamnée ; mais au second elle le peut ; cependant on n'observe point cette distinction en France, où l'on condamne la memoire de ceux qui se défont volontairement, & par conséquent cette condamnation emporte leur Testament.

178. Distinction entre celui qui s'est tué volontairement pour éviter la peine *ant tædio vitæ*. En France on n'observe pas cette distinction.

On doit dire la même chose de ceux dont la memoire est condamnée pour crime d'héresie, quand ils ont renoncé à la Religion Catholique, & qu'ils sont morts Relaps, suivant les Déclarations du Roi, & notamment celle du 14 May 1724.

179. De ceux dont la memoire est condamné pour héresie.

Mais le Testament fait avant la condamnation qui emporte mort civile, ou tandis que le condamné n'a aucune participation au Droit civil, reprend-il sa force lorsque le condamné est rétabli par le Prince ; & que doit-on dire des Codiciles faits avant ou après la condamnation dans le même cas que le condamné est rétabli ? Nous avons remarqué ci-dessus, que suivant la Loi *posthumus* 12, *ff. de injusto rupo*, le Testament bon dans son principe, & qui étoit rompu par l'agnation d'un posthume, étoit rétabli par équité, sans avoir besoin d'autres confirmations, dès que le posthume venoit à déceder avant le Testateur. D'où il semble qu'on doive conclure, que quand le condamné vient à être rétabli par le Prince, le Testament fait avant la condamnation reprend sa

180. Si le Testament ou Codicile rompu par la condamnation, reprend sa force par le rétablissement du condamné.

force, tout comme celui qui eſt rompu par l'agnation d'un poſthume qui vient à déceder, parce que la cauſe de la rupture ceſſe : Néanmoins la Loi 11, §. 2, *ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. Tabulas*, qui eſt dans un cas plus approchant, exige une confirmation du Teſtament par un Codicile, ou autre diſpoſition de derniere volonté ſemblable au Codicile : ce qui ſemble devoir être appliqué au Teſtament rompu par la condamnation qui produit une mort civile. Mais l'argument tiré de ce dernier texte ne peut rien faire au cas particulier que nous examinons, parce que la Loi 6, §. 12, *ff. de injuſto rupto*, décide nettement que le Teſtament fait avant la condamnation qui emporte mort civile, eſt retabli de plein Droit, & reprend ſa force, ſans avoir beſoin d'aucune confirmation, dès que le condamné eſt rétabli par le Prince, *ergo & ſi quis damnatus capite in integrum indulgentia Principis ſit reſtitutus, teſtamentum ejus convaleſcet.* A l'égard du Teſtament fait après la condamnation, il ne peut pas être rétabli par les Lettres du Prince qui remettent le condamné dans ſon premier état, ſuivant le principe renfermé dans la Loi 1, §. 1, *ff. de leg.* 3, qui décide que le Teſtament fait par le fils de famille ne laiſſe pas de demeurer nul, quoique le Teſtateur décede pere de famille ; mais il peut être confirmé par un Codicile, lequel fait valoir le Teſtament, quoique nul, comme fideicommis, *l.* 2, §. 4, *ff. de jure codicillor. & l.* 1, *cod. de codicillis ;* car quoiqu'en ayent penſé *Henris, tom.* 2, *liv.* 5, *qu.* 5, *& Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *n.* 1619 *& ſuiv.* un Teſtament nul peut être confirmé par un Codicile, ſans qu'il ſoit neceſſaire d'y rappeller les diſpoſitions contenuës dans le Teſtament ; ces Auteurs n'ayant pas fait attention à la Loi 2, §. 4, *ff. de jure codic.* & ayant donné une mauvaiſe explication à la Loi 1, *cod. de codicillis*, ainſi que nous le montrerons en parlant de la cauſe codicillaire. A l'égard du Codicile ſans Teſtament, ſoit qu'il ait été fait avant ou après la condamnation, il eſt valable dès que le condamné eſt rétabli ; parce que pour la validité des Codiciles, on ne conſidere la capacité de celui qui diſpoſe que par rapport au tems de ſa mort, *l.* 1, §. 1, *& §.* 5, *ff. de leg.* 3 ; il ſuffit donc qu'il ſoit capable des effets civils lorſqu'il décede, quoiqu'il ne le fût pas lorſqu'il a diſpoſé par Codicile.

En quel tems conſidere-t-on la capacité pour les Codiciles.

181. Si les Héretiques ont la faculté de teſter.

Suivant la diſpoſition du Droit Romain dans la Loi 4, §. 2, 4, 5 *& 6, cod. de hæreticis*, les Héretiques ne pouvoient pas teſter, ni ſucceder ; néanmoins il leur étoit permis de teſter en faveur de leurs enfans orthodoxes, *Auth. idem eſt cod. eod. & Novell.* 115, *cap.* 3, §. 14 ; mais par l'Edit du mois de Janvier 1686, la faculté

de teſter & de diſpoſer des biens, a été abſolument retranchée aux Héretiques. Cet Edit veut que les femmes des nouveaux Convertis qui refuſeront de ſuivre l'exemple de leurs maris, enſemble les veuves qui perſiſteront dans la Religion prétenduë Reformée, ſoient déchus du pouvoir de diſpoſer de leurs biens, ſoit par Teſtament, Donation entre-vifs, aliénation ou autrement. Et à l'égard de l'uſufruit des biens, qui pourroit leur avenir, ou leur être échu, par donations à elles faites par leurs maris en contrat de mariage, ou entre-vifs, augment de dot, & autres avantages, il doit appartenir à leurs enfans Catholiques, ſuivant la diſpoſition des Coutumes des lieux; mais comme depuis la révocation de l'Edit de Nantes par celui de 1685, il n'y a en France qu'une ſeule Religion, & que tous ceux qui y habitent ſont cenſez Catholiques, les nouveaux Convertis ſont tous regardez comme Catholiques, à moins qu'en mourant ils n'ayent renoncé à la Religion Catholique, ou qu'il paroiſſe qu'ils ont refuſé les derniers Sacremens de l'Égliſe; auquel cas leur memoire pourroit être condamnée, & le Teſtament qu'ils avoient fait ſeroit annullé: autrement ils n'ont pas moins la faculté de teſter que les autres Catholiques.

Il n'y a en France qu'une ſeule Religion, & tous ſont cenſez Catholiques.

Chez les Romains on avoit introduit trois ſortes de peines capitales pour la punition des Criminels. La premiere eſt celle qui infligeoit la mort naturelle par pluſieurs eſpeces de ſupplices, comme explique la Loi *Capitalium* 28, *ff. de pœnis*, & ces ſupplices en privant de la vie naturelle, faiſoient auſſi perdre la vie civile, & la liberté par le Droit ancien, *l.* 12, *ff. eod. & l.* 6, *§.* 6, *ff. de injuſto rupto.*

181. Quelles étoient les peines capitales chez les Romains.

La mort naturelle.

La ſeconde eſt celle qui en conſervant la vie naturelle au coupable, lui faiſoit perdre la liberté & le droit de Cité, ce qui arrivoit par la condamnation *in metallum* aux mineurs, *l.* 28, *ff. de pœnis, & l.* 8, *§.* 4, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* par la condamnation *ad ferrum*, c'eſt-à-dire, comme l'explique *M. Cujas*, à combattre contre les Gladiateurs, ou par la condamnation *ad beſtias*, à combattre contre les bêtes dans les ſpectacles publics, *l.* 8, *§.* 4, *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* c'étoit ce qu'on appelloit *maxima capitis diminutio.*

183. Celle qui faiſoit perdre la liberté & le droit de Cité.

Maxima capitis diminutio.

La troiſiéme eſt celle qui conſerve la vie & la liberté, & fait perdre le droit de Cité. Ce qui arrivoit par la déportation, *l.* 28, *ff. de pœnis. L.* 8, *§.* 1, *ff. qui teſtam. fac. poſſ. & §.* 2 *inſtit. de capitis diminut.* & par l'interdiction de l'eau & du feu, *ſi cui aqua & igni interdictum ſit, l.* 8, *§.* 1, *& §.* 2, *ff. qui teſtam. fac. poſſ. l.* 1, *§.* 2, *ff. de leg.* 3, *& §.* 2 *inſtit. de capitis diminut.* ce que ce dernier texte appelle *media capitis diminutio.*

184. Celle qui faiſoit perdre le droit de Cité ſeulement.

Media capitis diminutio.

185. Des peines pratiquées en France.

En France on pratique de plusieurs manieres le supplice qui inflige la mort naturelle, & ce supplice inflige à même tems, comme chez les Romains, la mort civile, suivant la décision des Auteurs, & de *l'Ordonnance de* 1670, *tit.* 17, *art.* 29.

186. La condamnation aux Galeres perpetuelles est comparée à la condamnation *ad metalla*, & produit la mort civile.

A l'égard du second genre de peines capitales, on y pratique la condamnation aux Galeres perpetuelles que l'on compare à la condamnation *ad metalla*, aux Minieres, selon la remarque des Auteurs, & notamment de *Duranty*, *qu.* 27. L'Ordonnance de 1670 en l'endroit cité, déclare nommément que cette peine emporte mort civile; mais on n'y connoît point les condamnations au combat des Gladiateurs, ou des bêtes, qui étoient en usage parmi les Romains.

Peines inconnuës en France.

187. Le banniſſement perpetuel hors du Royaume est comparé à la déportation, & produit la mort civile.

Pour ce qui est de la troisiéme espece de peines capitales, le banniſſement perpetuel hors du Royaume a pris en France la place de la déportation des Romains, suivant les mêmes Auteurs, laquelle déportation faisoit encourir une mort civile, *deportantes enim mortuorum loco habendos*, *l.* 1, *§.* 8, *ff. de bonor. poſſeſſ. contr. Tab.* Aussi l'article cité de l'Ordonnance de 1670, déclare-t-il que cette condamnation produit la mort civile.

188. 189. 190. 191. Autres peines qui produisent la mort civile.

On pratique encore en France deux autres peines qui emportent mort civile, sçavoir la condamnation à une prison perpetuelle, & à mutilation de membre, *Duranty*, *qu.* 23, & *Coquille sur la Coutume de Nivernois*, *chap.* 2 *des confiscations*, *art.* 2, parce que la perpetuité de la peine fait perdre le droit de Cité & la liberté. Il faut néanmoins prendre garde, selon Coquille, à l'égard de la condamnation à une prison perpetuelle, qu'il est necessaire qu'elle soit prononcée par un Juge laïc: Il y a même des Auteurs qui croyent que si le condamné conservoit ses biens, il pourroit en disposer; ainsi que le remarque *le Grand sur la Coutume de Troyes*, *art.* 133, *n.* 47, ce qui ne nous paroît pas vrai, à cause de la mort civile encouruë par la condamnation à une prison perpetuelle par forme de peine qui produit une confiscation du corps, & que la faculté de tester dépend, non de la proprieté des biens que l'on retient après la condamnation, mais de la vie civile, & de la participation aux effets civils. Mais si la condamnation étoit émanée d'un Juge Eccleſiastique, elle ne pourroit pas infliger la mort civile, ni avoir aucun effet pour le temporel. V. *Fevret de l'abus*, *liv.* 8, *chap.* 4, *n.* 9, *aux notes*, *&* *le Grand sur l'art.* 95 *de la Coutume de Troyes*, *gloſſ.* 1, *n.* 16. Si une femme qui a été condamnée à être rasée & enfermée pour le reste de ses jours dans un Convent pour avoir commis adultere, encourt la

Si la femme condamnée pour adultere encourt la mort civile.

mort civile & est incapable des effets civils, v. *Auzanet sur l'art. 292 de la Coutume de Paris, pag. 246. Le Journal des Audiences du Parlement de Bretagne, tome 1, chapitre 11. Fevret de l'abus, liv. 5, chapitre 3, n. 15. M. le Prestre, centurie 2, chapitre 25. Soefve, tom. 1, centur. 2, chap. 53, & Bretonnier sur Henris, tom. 1, liv. 4, chap. 6, quest. 65.* De ces Auteurs que nous venons de citer, les uns tiennent la negative, & les autres l'affirmative; les raisons des uns & des autres sont expliquées dans le Plaidoyer de M. l'Avocat General Talon rapporté par Bretonnier. Mais l'opinion de ceux qui estiment que la femme condamnée pour adultere, & qu'ils appellent autentiquée, encourt la mort civile, est la plus conforme aux vrais principes du Droit Romain. En effet la Loi 30, *cod. ad l. Jul. de adult.* déclare capitale la peine infligée aux adulteres, *gladio puniri oportet.* Cette même Loi, & la Loi 1, *ff. de pub. jud.* mettent encore l'adultere au rang des crimes publics: que si l'Empereur Justinien par la *Novelle* 134, *chap.* 10, a changé la peine de mort en une clôture perpetuelle dans un Monastere, cet adoucissement ne change rien à l'effet que la condamnation doit produire par rapport à la mort civile; puisque la femme condamnée perd en quelque façon la liberté & le droit d'en user, ce qui suffit pour la rendre incapable des effets civils, attendu que son corps est, pour ainsi dire, confisqué; c'est ce qui a été jugé par l'Arrêt du 8 Janvier 1648, rapporté par Soefve au lieu cité.

Il est vrai que l'Arrêt du 21 Juin 1684, rapporté au Journal des 189.
Audiences & par Bretonnier, permit à une femme condamnée pour adultere à une clôture perpetuelle dans un Monastere, de se marier; mais outre qu'il est difficile de comprendre qu'une telle femme ait pû être soustraite à sa punition par un Arrêt, sans l'intervention de l'autorité suprême du Prince à qui seul il appartient de remettre les peines; d'ailleurs la mort civile n'est pas un empêchement du mariage pour ce qui concerne le for interieur, & le Sacrement, elle empêche seulement que les enfans qui en naissent ne soient capables des effets civils, qui n'ont rien de commun avec le Sacrement, comme le remarque fort bien l'Auteur des nouvelles notes sur Févret, tom. 2, pag. 323; ainsi l'Arrêt du 21 Juin 1684, ne fait rien contre le sentiment que nous embrassons. Que si M. l'Avocat General Talon a pensé que la femme autentiquée n'encouroit point la mort civile, M. Bignon, autre Avocat General non moins fameux, a pensé le contraire. C'est aussi l'opinion du judicieux *Coquille sur la Coutume de Nivernois*,

chap. 2 des confiscations, art. 8, qui décide, que le Clerc condamné par le Juge laïc à être perpetuellement enfermé dans un Monastere, perd la liberté.

190. Ceux donc qui ont souffert quelqu'une de ces condamnations qui infligent mort civile, sont non-seulement incapables de tester, mais encore leur Testament fait avant la condamnation, l'accusation & le crime, est annullé, *l. 6, §. 5 & 6, ff. de injusto rupto;* parce que le changement d'état, quand même il feroit perdre simplement le droit de Cité, prive de la faction du Testament, & annulle le précedent, *§. alio autem 4, instit. quib. mod. testam. infirm.*

191. Quoique *l'Ordonnance de* 1670, *tit.* 17, *art.* 29, ne fasse mention que de la peine de mort, de la condamnation aux Galeres, & du banniſſement perpetuel hors du Royaume, pour leur faire produire la mort civile, il ne faut pas penser qu'elle ait abrogé les autres deux condamnations à mutilation de membre, & à prison perpetuelle, & qu'elles ne doivent pas produire la mort civile. L'Ordonnance ne s'est bornée aux trois peines dont elle parle, que parce qu'elle ne fait mention que des condamnations prononcées par contumace; & qu'on n'est point dans l'usage de condamner un contumax, ni à une prison perpetuelle, ni à mutilation de membre.

192. Des condamnations qui ne produisent pas la mort civile.

Mais il n'y a point d'autre peine dont la condamnation emporte la mort civile du condamné: la condamnation au foüet, à l'amende honorable, au banniſſement à tems du Royaume, ou à perpetuité d'une Province, ni la condamnation aux Galeres à tems, même au-de-là de neuf ans, n'infligeant point de mort civile, elles laissent au condamné l'integrité de son état & la liberté de tester.

193. Des cas où ceux qui ont souffert la mort civile peuvent tester.

Il y a pourtant certains cas où ceux qui ont souffert une condamnation qui inflige la mort civile, ont néanmoins la liberté de tester.

194. Quand le condamné en a obtenu la permission du Prince.

Premierement, celui qui en a obtenu la permiſſion du Prince, comme nous l'avons dit ci-dessus; parce que le Prince étant au-dessus des Loix, il peut dispenser de leur exécution.

195. Ceux qui ont été rétablis par Lettres du Prince.

En second lieu, ceux qui après avoir souffert la condamnation, ont été restituez & réhabilitez par la puiſſance souveraine du Prince, auquel cas non-seulement ils ont la liberté de tester, mais encore le Testament fait avant la condamnation, & qui avoit été annullé par la condamnation, reprend sa force, *l. 6, §. 12, ff. de injusto rupto*, ce qu'il faut entendre de la maniere que nous l'avons expliqué au nomb. 187.

En

En troiſiéme lieu, ſi après avoir été condamné par Sentence dont il y a appel, le prévenu décede avant l'Arrêt, & la confirmation de la Sentence, l'on doit dire la même choſe que dans le cas de l'exception précedente, *l.* 6, *§.* 8, *ff. de injuſto rupto*, *l.* 13, *§. ult. ff. qui Teſtam. fac. poſſ.*

196. Lorſque le Condamné décede pendant l'appel.

En quatriéme lieu, lorſque le Soldat eſt condamné à mort pour délit militaire, en obtenant la permiſſion de ſes Juges, il peut teſter, nonobſtant la condamnation, *l.* 6, *§.* 6, *ff. de injuſto rupto*, *l.* 11, *ff. de Teſtam. militis*, & *l.* 32, *§.* 8. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* il ne peut néanmoins teſter que de ſon pécule caſtrenſe, *l.* 13, *cod. de Teſtam. militis*, & s'il a fait précedemment un Teſtament *jure communi*, & qu'avant de mourir enſuite de ſa condamnation, il le confirme en vertu de la permiſſion par lui obtenuë de teſter, ce Teſtament devra valoir tout comme s'il l'avoit fait après la condamnation, en uſant de la permiſſion à lui donnée, parce que la confirmation du précedent le fait regarder comme ſi le condamné venoit de le faire, *l.* 6, *§.* 6, *ff. de injuſto rupto. Dubitari non oportet, quin ſi voluit id valere, feciſſe id credatur*; mais il ne doit valoir que pour le pécule caſtrenſe, comme nous l'avons dit, & non pour ſes autres biens qui doivent appartenir au fiſc, ſuivant la *Loi* 13, *cod. de Teſtam. militis.*

197. Le Soldat condamné pour délit militaire qui en a obtenu la permiſſion de ſes Juges.

Il peut confirmer le Teſtament précedent fait *jure communi*.

Mais il ne vaut que pour le pécule caſtrenſe.

En cinquiéme lieu, la condamnation prononcée par un Juge incompetent, ou ſi elle eſt d'une peine qu'on ne pouvoit pas infliger au prévenu à cauſe de ſon privilege, ne lui ôteroit pas la faculté de teſter, *l.* 6, *§.* 10, *ff. de injuſto rupto*; mais en France il faudroit attaquer & faire retracter la condamnation, parce que les voyes de nullité n'y ont pas lieu.

198. Quand la condamnation eſt prononcée par un Juge incompetent. Ou ſi la condamnation eſt illicite.

Chez les Romains, ceux qui étoient condamnez pour libelle diffamatoire, *ob carmen famoſum*, & qui par la condamnation étoient déclarez inteſtables, *ut inteſtabilis ſit*, ne pouvoient pas faire Teſtament, ni porter témoignage, *l.* 18, *§.* 1. *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* Ce n'étoit pas en vertu de la condamnation à la peine du crime; mais à cauſe que le Condamné étoit nommément déclaré inteſtable, *ſi Senatus-Conſulto expreſſum eſt ut inteſtabilis ſit.* Depuis la peine infligée à ceux qui compoſent ou divulguent des libelles diffamatoires, a été déclarée capitale, *l. un. cod. de famoſis lib.* & les Ordonnances Royaux l'ont déclaré de même; mais comme en France on n'eſt pas dans l'uſage de déclarer inteſtable par la Sentence ou Arrêt de condamnation, lorſqu'on eſt condamné pour libelle diffamatoire, on ne devient inteſtable, que quand la peine infligée eſt du nombre de celles qui pro-

199. Si ceux qui étoient déclarez inteſtables par le Droit Romain, pour libel diffamatoire perdoient la faculté de teſter.

Quid en France?

duiſent la mort civile, ſelon les regles que nous avons expliquées ci-deſſus.

200. Perſonnes de la troiſiéme claſſe.

Il nous reſte à examiner les perſonnes de la troiſiéme claſſe; que nous avons dit au commencement de cette ſection être celles qui manquent des qualitez de l'eſprit ou du corps, pour regler & expliquer leur volonté.

201. Les pupilles dans les Pays du Droit écrit.

On doit mettre dans ce rang, 1°. Les pupilles ou impuberes dans les Pays du Droit écrit, c'eſt-à-dire, les mâles qui n'ont pas accompli la quatorziéme année, & les filles qui n'ont pas accompli la douziéme année de leur âge, *l. 5, ff. qui Teſtam. fac. poſſ. §. 1, inſtit. quib. non eſt permiſſ. facere Teſtament.* ſauf qu'ils peuvent teſter, comme nous l'avons dit ci-deſſus, ſur la fin du dernier jour, auquel la quatorziéme ou la douziéme année ſont accomplies ſelon la difference du ſexe; car ce qui eſt dit des mâles dans la Loi 5, *ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* doit être entendu des filles à l'égard du dernier jour de leur pupillarité.

202. Ceux qui n'ont pas l'âge requis par les Coutumes.

Ceux qui n'ont pas pareillement accompli l'âge que les Coutumes exigent, ne peuvent pas non-plus teſter, en leur appliquant néanmoins ce qui eſt dit du dernier jour par rapport aux impuberes dans le Droit Romain, & ſi les mineurs ont l'âge requis pour diſpoſer des meubles & des acquêts, & qu'ils n'ayent pas celui que les Coutumes requierent pour diſpoſer de la portion des propres, dont ils ont la libre diſpoſition, le Teſtament ne vaudra que pour les biens, à raiſon deſquels ils ont l'âge requis pour diſpoſer, & non pour les autres.

203. Comment doit-on ſe regler dans les Coutumes où l'âge pour teſter n'eſt pas fixé.

Il y a des Coutumes qui ont reglé l'âge auquel il eſt permis de teſter; il y en a d'autres qui ne l'ont pas reglé, ce qui a fait naître, dans les Coutumes de cette derniere eſpece, une grande queſtion qui a été diverſement décidée par les Auteurs & par les Arrêts du Parlement de Paris, pour ſçavoir s'il falloit regler l'âge pour teſter par ce qui eſt preſcrit par le Droit Romain ou par la Coutume de Paris, ou par la Coutume voiſine, ou bien par l'âge requis pour l'alienation des biens. Chacune de ces quatre manieres a eu ſes Défenſeurs; mais la difficulté n'a ſubſiſté qu'entre l'opinion qui donnoit la préference au Droit Romain, & celle qui donnoit au contraire la préference à la Coutume de Paris, *Mornac*, ſur la Loi *quod ſi minor* 24, §. 1, *de minoribus*. Ricard, *ſur l'article 293 de la Coutume de Paris, & dans ſon Traité des Donations*, & pluſieurs autres ont ſoutenu qu'il falloit ſe regler par le Droit Romain. *Ferriere ſur le même article, nombre 9*, rapporte huit Arrêts qui l'ont jugé de même.

Differentes opinions des Auteurs.

Auteurs qui ont écrit qu'il falloit ſe regler par le Droit Romain.

Au contraire *Carondas* eſt d'avis qu'il faut s'en tenir à l'âge déterminé par la Coutume de Paris. *Ferriere au lieu cité, nombre* 10, rapporte quatre Arrêts qui ont autoriſé cette opinion, & c'eſt aujourd'hui la Juriſprudence de ce Parlement, comme l'atteſtent le même *Ferriere, nombre* 11, *& Augeard, tome* 1, *chapitre* 29. Ce dernier Auteur rapporte un Arrêt du 31 Janvier 1702, que l'on doit regarder comme un Reglement, puiſqu'il ordonne qu'il ſeroit lû & publié au Bailliage de Senlis ſur la Coutume duquel il fut rendu. *Ferriere dans la Conference ſur l'article* 293 *de la Coutume*, indique les differens articles des Coutumes qui ont reglé l'âge pour teſter. On peut encore voir *Coquille dans ſes Inſtitutions au Droit François des Teſtamens.*

104. Auteurs qui ont crû qu'il falloit ſuivre la Coutume de Paris.

La Juriſprudence du Parlement de Paris eſt aujourd'hui conforme à cet avis.

Pour regler la capacité de teſter par rapport à l'âge requis par les Coutumes, il faut avoir égard à la Coutume du domicile du Teſtateur, & non à celle où il a été par occaſion, ſelon la remarque de *le Grand, ſur la Coutume de Troyes, article* 95, *gloſe* 1, *nombre* 29. C'eſt auſſi le ſentiment de *Ferriere*, au lieu cité, *n.* 12, & dans ſes *Inſtit. du Droit François*, ſur le §. 1, *quib. non eſt perm. fac. Teſt.* qui ajoute deux ou trois regles des Pays Coutumiers ſur cette matiere, quand il y a diverſité de Coutumes; l'une, qu'il faut teſter ſelon les regles preſcrites par la Coutume du lieu où le Teſtament eſt fait, & l'autre que les diſpoſitions teſtamentaires prennent leur force par les Coutumes des lieux où les biens ſont ſituez, c'eſt-à-dire, que l'effet & l'exécution des diſpoſitions dépendent des Coutumes de la ſituation des biens, parce qu'elles ſont réelles, ce qui s'entend des immeubles & des biens qui ſont réputez immeubles; car à l'égard des choſes mobiliaires, & qui ſuivent la perſonne du Teſtateur, elles doivent être reglées par la Coutume de ſon domicile, comme l'expliquent les *articles* 68, 69, *& ſuivans de l'Ordonnance de* 1735.

105. Par quelle Coutume doit on regler la capacité de teſter par rapport à l'âge.

Regles ſur cette matiere.

L'incapacité des impuberes, ou de ceux qui n'ont pas l'âge requis par la Coutume, n'eſt pas levée par l'aſſiſtance du Tuteur; parce que la faction du Teſtament eſt de Droit public, & ne peut pas dépendre du Tuteur, ou du Curateur, & que d'ailleurs les diſpoſitions ne doivent pas non plus dépendre de la volonté d'autrui, elles doivent au contraire avoir leur principe dans la volonté du Teſtateur, qui doit avoir la capacité lorſqu'il teſte.

106. L'impubere ne peut pas teſter même avec l'aſſiſtance de ſon Tuteur.

Idem du mineur avec l'aſſiſtance du Curateur dans les Pays Coutumiers.

De-là vient que le Teſtament n'eſt pas rendu valide, quoique le pupille ou le mineur parvienne à l'âge de puberté ou à celui

107. Teſtament fait

avant l'âge requis n'eſt pas rendu valide, quoique le Teſtateur décede après l'âge.

qui eſt requis par les Coutumes. *Nec ad rem pertinet ſi impubes poſtea pubes . . . factus fuerit, & deceſſerit, §. 1, inſtit. quib. non eſt permiſſ. fac. Teſtam. l. 19, ff. qui Teſtam. fac. poſſ. & l. 1, §. 8, ff. de bonor poſſeſſ. ſecundum tabulas*, parce que *quod initio vitioſum eſt, non poteſt tractu temporis convaleſcere, l. 29, ff. de regul. jur.* & que ſuivant la regle Catonniene, le Teſtament auroit été nul ſi le Teſtateur étoit décedé un moment après avoir teſté, & n'eſt pas validé, *ex poſt facto, l. 1, ff. de reg. Catoniana*, & quoique le pupille ſoit Soldat, néanmoins, ſon Teſtament eſt nul, quand même il teſteroit *jure militari*, parce que l'âge pour teſter eſt requis à l'égard des Soldats, tout de même que pour les autres Particuliers, *l. ult. cod de teſtam. militis.*

Quid des Soldats.

108. Du furieux, imbécile, inſenſé, de celui qui eſt dans le délire ou en phrénéſie.

2°. Le furieux, l'imbécile, l'inſenſé, celui qui eſt dans le délire ou en phrénéſie, & les autres perſonnes qui n'ont pas liberté de leur eſprit ne peuvent teſter, tandis qu'ils ſont atteints de cette infirmité, *in adverſa corporis valetudine mente captus, eo tempore Teſtamentum facere non poteſt, l. 17, ff. qui Teſtam. fac. poſſ. l. 16, §. 1, ff. eod. §. 1, inſtit. quib. non eſt permiſſ. fac. Teſtam.* & le Teſtament fait dans cet état demeure nul, quoique le Teſtateur vienne à recouvrer ſon bon ſens, & la liberté de ſon eſprit, *l. 19, ff. qui Teſtam. fac. poſſ. l. 1, §. 9, de bonor. poſſeſſ. ſecundum tabulas, & §. 1, inſtit. quib. non eſt permiſſ. fac. Teſtam.* par la raiſon que *in eo qui teſtatur, ejus temporis quo teſtamentum facit integritas mentis exigenda eſt, l. 2, ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* mais le furieux, ou autre perſonne attaquée du côté du bon ſens, a la liberté de teſter dans les intervales dilucides, où il poſſede ſa raiſon, pourvû qu'il ſoit commencé & fini dans l'intervale dilucide, *l. furioſum 9, cod. qui Teſtam. fac. poſſ.* Et le Teſtament de ceux qui ont diſpoſé avant leur accident n'eſt pas rompu par la fureur ou imbécilité ſurvenuë, *§. 1, inſtit. quibus non eſt permiſſ. fac. Teſtam.* Le Teſtament eſt encore nul quand il eſt fait durant l'infirmité d'eſprit, quoiqu'il ſoit fait en faveur des enfans, & que l'on n'y trouve que des diſpoſitions ſages, quoiqu'en ayent penſé quelques Auteurs, parce que les Loix n'exceptent pas ce cas, & que les diſpoſitions ſages ne peuvent pas être l'ouvrage d'un furieux ou d'un inſenſé; on peut néanmoins ſe ſervir de la ſageſſe des diſpoſitions, pour en tirer des inductions, & des argumens, dans le doute, comme le Teſtament a été fait pendant l'intervale dilucide du retour du bon ſens, ſelon la remarque de *Duarenus*, & de quelques autres Auteurs.

Le Teſtament fait dans cet état ne devient pas bon, quoique le Teſtateur revienne en ſon bon ſens.

Quid en faveur des enfans.

Quid dans les intervales dilucides.

Le Teſtament fait dans l'état de bon ſens n'eſt pas rompu par la démence ſurvenue.

La ſageſſe des diſpoſitions peut être un argument du bon ſens du Teſtateur.

Comme le bon sens est naturel à l'homme, & que la fureur, l'imbécilité, & les autres infirmitez de l'esprit sont des accidens, la présomption du Droit est pour le bon sens, *l. nec codicillos 5, cod. de codicillis.* C'est donc à ceux qui alleguent la fureur, ou quelqu'autre infirmité d'esprit, à en faire la preuve, à laquelle les intéressez sont recevables, quoique le Testament porte que le Testateur a paru au Notaire & aux Témoins être dans son bon sens, même sans impugner de faux le Testament ; *M. Dolive, livre 5, chapitre 9* : mais cette preuve ne seroit pas nécessaire, si le Testament contenoit des dispositions qui fussent suffisantes pour prouver que le Testateur n'étoit pas en bon son sens, lorsqu'il l'a fait, *l. 27, ff. de condit. instit.* n'étant pas nécessaire de prouver ce qui est constaté par le Testament même.

209. L'imbécilité & tout autre vice de l'esprit doivent être prouvez par ceux qui les alleguent.

Cette preuve peut être faite quoique le Testament porte que le Testateur étoit en son bon sens.

La preuve de l'imbécilité peut résulter des dispositions.

3°. Celui qui est dans un état actuel d'yvresse, n'ayant pas l'usage libre de sa raison, ne peut pas tester, parce qu'il est incapable de regler sa volonté ; cependant c'est de la volonté qui a son principe dans l'esprit du Testateur, que dépend la validité du Testament.

210. Celui qui est dans un état actuel d'yvresse ne peut pas tester.

4°. Le prodigue auquel l'administration de ses biens a été judiciairement interdite, ne peut pas tester, & s'il le fait après l'interdiction, le Testament est nul de plein droit, *l. is cui 18, ff. qui Testam. fac. poss. & §. 2, instit. quib. non est permiss. fac. Testam.* L'Empereur Leon dans sa Novelle 39, veut que le Testament du prodigue soit exécuté quand il contient des dispositions justes & sensées ; quoique les Novelles de l'Empereur Leon n'ayent pas force de Loi, néanmoins cela est reçu par l'usage du Parlement de Flandres, suivant M. Pollet, dans ses Arrêts, partie 3, Arrêt 125, mais le Testament qu'il a fait auparavant est bon, nonobstant l'interdiction survenuë, comme le décident le §. déja cité, & la Loi 1, § 9, *ff. de bonor. possess. secundum tab.* l'interdiction ne produit donc que l'incapacité pour l'avenir, sans toucher au passé ; car elle n'est pas mise au rang des changemens d'état, capables de donner atteinte aux Testamens qui sont faits, & puisque le prodigue n'a pas la liberté de tester, tandis qu'il est dans cet état d'interdiction, il n'a pas par conséquent la liberté de révoquer le Testament antérieur qu'il a déja fait, parce que la novation d'un Testament déja fait, dépend de la liberté de tester.

211. Le prodigue interdit par Justice ne peut pas tester.

L'interdiction survenue n'annulle pas le Testament antérieur.

L'interdit ne peut pas révoquer un Testament antérieur.

Selon *M. Maynard, livre 7, chapitre 19*, le prodigue après l'interdiction peut tester en faveur de ses enfans, & de la cause pie, conformément à la disposition de la *Novelle 39 de l'Empe-*

212. Si l'interdit peut tester en faveur de ses enfans ou de la cause pie.

reur Leon, qui veut encore que le Teſtament du prodigue fait en faveur des ſucceſſeurs *ab inteſtat* ſoit valable; mais comme les Novelles de cet Empereur n'ont pas force de Loi en France, lorſqu'elles corrigent le Droit ancien dans les Pays autres que le reſſort du Parlement de Toulouſe, dans leſquels la diſpoſition de cette Novelle n'a pas été nommément reçûë & autoriſée, le prodigue interdit ne peut pas teſter, même en faveur de ſes enfans, ni de la cauſe pie, parce que la Loi déclare le Teſtateur abſolument incapable de teſter, & le Teſtament nul de droit ſans diſtinction des perſonnes qui ſont l'objet de ſes diſpoſitions; car comme nous l'avons déja remarqué pluſieurs fois, on ne doit conſiderer que la capacité du Teſtateur, & non la faveur des heritiers ou Légataires, quand il s'agit de décider de la validité d'un Teſtament, *l. 4, ff. qui Teſtam. fac. poſſ.*

214. Conditions afin que l'interdiction produiſe l'incapacité de teſter.

Afin que l'interdiction du prodigue puiſſe produire l'incapacité de teſter, il faut qu'elle ſoit juridique & réguliere, c'eſt-à-dire, qu'elle ait été prononcée par le Juge competent avec connoiſſance de cauſe, Partie appellée, & après une inquiſition des faits de prodigalité, ſuivant *M. la Roche-Flavin, dans ſon Recueil d'Arrêts*, verb. *prodigue, livre 3, titre 17, article 1*; que ſi elle manquoit dans la forme, elle ſeroit nulle, & ne pourroit produire aucun effet.

214. Si le prodigue interdit par Sentence revenant à reſipiſcence, reprend l'adminiſtration de plein droit, ou s'il faut une Sentence qui leve l'interdiction.

C'eſt une queſtion diverſement décidée par les Auteurs, ſi le prodigue interdit par ſa Sentence, revenant à reſipiſcence, reprend de plein droit l'adminiſtration de ſes biens, & rentre dans ſon premier état. Certains du nombre deſquels eſt *Guy Pape, queſtion 260*, tiennent qu'il rentre dans ſes droits ſans qu'il ſoit beſoin de Sentence déclaratoire, ſi le prodigue ſe comporte en homme prudent & ſage pendant un intervale de deux ou trois ans, & cet avis paroît fondé ſur la diſpoſition de la Loi 1, *ff. de curator. furioſ.* non pour le délai de deux ou trois ans dont cette Loi ne parle pas; mais pour la caſſation de la curatelle décernée; car elle dit que du moment que le furieux recouvre ſon bon ſens, & que le prodigue revient à reſipiſcence, ils ceſſent de plein droit d'être en la puiſſance de leur Curateur; *& tam diu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furioſus ſanitatem, vel ille ſanos mores receperit. Quod ſi evenerit ipſo jure deſinunt eſſe in poteſtate curatorum.*

Auteurs qui tiennent que le prodigue eſt rétabli de plein droit.

215. Auteurs qui tiennent qu'il faut une Sentence.

Au contraire, *Balde, Ranchin, ſur la queſtion 260 de Guy Pape* & quelques autres ont crû qu'il falloit une Sentence pour lever l'interdiction tout comme pour la produire, ce qui eſt fondé

ſur la regle, *nihil tam naturale eſt, quam eo genere quidve diſſolvere, quo colligatum eſt, l. 35, ff. de regul. jur.* & cette opinion paroît plus conforme à nos maximes; car nous tenons que les diſpoſitions des Sentences doivent ſubſiſter juſqu'à ce qu'elles ayent été emportées juridiquement; ce parti paroît même le plus raiſonnable, & le plus ſûr pour éviter les embaras & les diſcuſſions dans lequelles il faut entrer, ſoit pour déterminer le délai, ſoit pour faire la preuve de la reſipiſcence après la mort de l'interdit, pour ſçavoir s'il avoit fait un bon menage pendant un tems ſuffiſant pour le faire rentrer dans ſes droits, & lui faire reprendre la faculté de teſter que l'interdiction lui avoit fait perdre.

216. Le muet de naiſſance ou par accident, & qui ne ſçait pas écrire, ne peut pas teſter.

Enfin, celui qui eſt muet de naiſſance, ou par accident, lorſqu'il ne ſçait pas écrire, eſt incapable de teſter, *§. inſtit. quib. non eſt permiſſ. fac. Teſtam.* Le Droit Romain exceptoit le ſoldat; car quoiqu'il fût ſourd & muet, il lui étoit néanmoins permis de teſter par ſignes, ne le pouvant pas autrement, *§. 2, inſtit. de milit. Teſtam.* mais cette exception ne peut pas avoir lieu en France depuis l'Ordonnance de 1735, qui en *l'article* 2 déclare *nulles toutes diſpoſitions qui ne ſeront faites que par ſignes, encore qu'elles euſſent été rédigées par écrit ſur le fondement deſdits ſignes.*

Quid du Soldat ſourd & muet.

Diſpoſitions faites par ſignes ſont nulles.

217. Le Teſtament fait par ceux qui n'ont pas la faculté de teſter eſt nul, ſans aucun égard à la qualité des heritiers ou Légataires.

Nous devons ajouter, en finiſſant ce chapitre, une obſervation generale, dont l'application devra être faite à chacun des cas où nous avons expliqué ci-deſſus l'incapacité de teſter. C'eſt que le Teſtament des perſonnes, qui n'ont pas la liberté ou la capacité de teſter, par quelqu'une des cauſes dont nous avons fait le détail, eſt nul, ſans conſiderer la qualité, ni la faveur des perſonnes qui peuvent avoir été inſtituées ou appellées pour recueillir les liberalitez, quand même les enfans du Teſtateur ou la cauſe pie ſeroient l'objet de l'inſtitution ou de la liberalité, parce que l'incapacité en la perſonne du Teſtateur rend abſolument nul le Teſtament, indépendamment de toute autre conſideration, & que la faveur de l'heritier ou du Légataire, ne peut pas autoriſer, ni faire valoir une diſpoſition que le Teſtateur n'a pas pû faire, à cauſe de la prohibition de la Loi, *l. 4, ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* par la raiſon que *Teſtamenti factio non privati ſed publici juris eſt, l. 3, ff. eod.* & que ſelon les expreſſions de la Loi 19 du même titre, *nullæ ſunt tabulæ Teſtamenti quas is facit, qui Teſtamenti faciendi jus non habuerit.*

CHAPITRE V.

De la liberté requiſe pour faire des Teſtamens, & des défauts contraires qui peuvent annuller les diſpoſitions. De la Crainte & Violence. Du Dol & de la Fraude. De la Captation & Suggeſtion. Du Teſtament fait ſur l'interrogat d'autrui. De l'Erreur & de la fauſſe Condition, fauſſe Cauſe, fauſſe Démonſtration, & autres ſemblables.

SOMMAIRE.

1. *De quelle liberté eſt-il queſtion dans ce chapitre ?*

De la liberté dans l'exercice de la volonté.

2. *La liberté conſiſte à pouvoir faire un premier Teſtament ou à en faire un nouveau, & à changer un précedent.*

3. Ambulatoria eſt hominis voluntas uſque ad extremum vitæ exitum.

4. *La volonté libre eſt de l'eſſence des diſpoſitions teſtamentaires.*

Elles ſont donc nulles quand il y a quelque cauſe qui ôte ou qui diminue la liberté.

5. *Le Teſtament eſt l'ouvrage du ſeul Teſtateur.*

6. *Le Teſtament eſt l'acte ou d'une perſonne mourante, ou qui a la mort en vûë.*

Trouble que l'idée de la mort porte dans l'eſprit des Teſtateurs.

On eſt moins en état de réſiſter aux impreſſions, & de prévenir les ſurpriſes que dans les contrats.

Circonſtances à examiner pour juger ſi la liberté a été ôtée ou diminuée.

7. *Pour annuller les diſpoſitions teſtamentaires, on ne doit pas exiger des moyens qui fuſſent capables d'annuller un contrat.*

Si les prieres, les ſervices, les ſollicitations affectueuſes annullent les diſpoſitions teſtamentaires.

Ce ſont des cauſes qui meuvent librement & volontairement.

8. *Explication du volontaire & de l'involontaire.*

Pluſieurs ſortes de volontaires.

Du volontaire pur.

9. *Du volontaire mixte.*

10. *De l'involontaire.*

Le volontaire pur eſt requis dans les diſpoſitions teſtamentaires ; le

le volontaire mixte les annulle.
11. *Si les dispositions qui ne sont pas purement volontaires, tiennent de plein droit, ou s'il faut les faire rescinder.*
12. *Differentes opinions des Auteurs qui empruntent les raisons de la matiere des contrats.*
13. *On ne doit pas prendre pour regle ce qui est dit pour les contrats.*
14. *Regles qu'il faut suivre pour la décision de cette difficulté.*
Résolution que les dispositions sont nulles de plein droit, sans renoncer à l'action rescisoire.
15. *Preuve par témoins des causes qui rendent les dispositions nulles par défaut de volonté libre.*
16. *Preuve de cette proposition.*
17. *S'il faut prendre la voye du faux.*
Preuve par témoins de la fureur, imbécilité & autres défauts de bon sens.

NOUS n'entendons point parler ici de la liberté d'esprit que tout Testateur doit avoir, & qui est considerée comme une des principales qualitez, ou dispositions, que doit avoir une personne qui veut tester, comme nous l'avons dit dans le chapitre précedent; mais notre intention est de traiter de cette liberté, qui doit servir au Testateur, à regler ses dispositions par sa propre volonté, exclusivement de toute impression étrangere, capable d'ôter ou de diminuer l'usage actuel de la liberté de disposer, comme il trouve à propos.

1. De quelle liberté il est question dans ce chapitre.

De la liberté dans l'exercice de la volonté.

Cette liberté doit rouler sur deux points principaux. Le premier consiste à pouvoir faire un Testament, premier ou second, peu importe, sans empêchement. Le second consiste en la faculté de faire librement les dispositions qu'il trouve à propos.

2. La liberté consiste à pouvoir faire un premier Testament, ou à en faire un nouveau, & à changer un précedent.

Car le Testateur ne se liant point par un premier Testament, il peut en faire autant qu'il le désire, parce que *ambulatoria est hominis voluntas usque ad extremum vitæ exitum, l. 4, ff. de adim. leg.* Il doit donc avoir la liberté d'en faire un second, un troisiéme, &c. sans que personne puisse s'y opposer, à moins que d'encourir les peines infligées par les Loix, comme nous l'expliquerons en son lieu.

3. *Ambulatoria est hominis voluntas usque ad extremum vitæ exitum.*

D'autre côté, le Testament devant être selon la définition de la Loi 1, *ff. qui Testam. facere possunt, voluntatis nostræ justa sententia*, & toutes les dispositions qu'il renferme devant avoir leur fondement dans la volonté du Testateur; volonté pleinement libre, réflechie & déliberée, ou tout au moins adoptée par de bonnes considerations, quand on lui en fait naître l'idée, comme nous l'avons expliqué au commencement du *chapitre* 2, & au

4. La volonté libre est de l'essence des dispositions Testamentaires.

Elles ſont donc nulles quand il y a quelque cauſe qui ôte ou qui diminue la liberté.

chapitre 3, les diſpoſitions doivent être regardées comme eſſentiellement nulles, dès qu'il ſe rencontre quelqu'une des cauſes qui ôtent ou qui diminuent l'exercice de la liberté dans la volonté du Teſtateur.

5. Le Teſtament eſt l'ouvrage du ſeul Teſtateur.

Cela paroît d'autant plus certain, que les Teſtamens ne ſont pas comme ſont les contrats, l'ouvrage de pluſieurs perſonnes, qui tâchent de pourvoir chacune de ſon côté à ſes interêts. C'eſt l'ouvrage du ſeul Teſtateur; c'eſt ſa volonté qui doit ſervir de regle, ſans qu'il ſoit néceſſaire que celle des heritiers ou des Légataires concoure dans l'acte même par leur preſence, ou par leur acceptation, pour rendre les diſpoſitions efficaces. Voilà pourquoi ſi cette volonté manque ou ſi elle eſt incertaine par le défaut de liberté, le ſeul fondement de la diſpoſition manquant, la diſpoſition doit néceſſairement tomber par voye de conſéquence.

6. Le Teſtament eſt l'acte ou d'une perſonne mourante, ou qui a la mort en vûe.

Il faut encore prendre garde que le Teſtament eſt l'acte, ou d'une perſonne mourante, ou d'une perſonne qui doit néceſſairement avoir la mort en vûë quand elle teſte. Voilà pourquoi cette idée affreuſe cauſant du trouble dans l'eſprit des Teſtateurs, comme les Légiſlateurs l'ont bien compris, & l'ont exprimé dans pluſieurs textes; un Teſtateur eſt dans cet inſtant moins en état de réſiſter aux impreſſions capables de donner atteinte à cette liberté, avec laquelle il doit néceſſairement regler ſa volonté, & ſes diſpoſitions, & il eſt par conſéquent plus expoſé à la ſurpriſe qu'il ne le ſeroit, s'il s'agiſſoit des contrats faits en pleine ſanté, ou qui n'ont pas la mort pour objet. Ainſi, en examinant les circonſtances capables d'ôter ou de diminuer la liberté dans la perſonne d'un Teſtateur, on doit conſiderer, non-ſeulement les differens ſexes, & la difference de l'âge des Teſtateurs; mais encore l'état de la maladie plus ou moins grieve, ou de ſanté, pour juger de la ſuffiſance des cauſes qui ſont alleguées pour rendre inutiles les diſpoſitions teſtamentaires, comme n'étant pas entierement libres, & n'ayant pas leur fondement dans la volonté du Teſtateur.

Trouble que l'idée de la mort porte dans l'eſprit des Teſtateurs.

On eſt moins en état de réſiſter aux impreſſions & de prévenir les ſurpriſes que dans les contrats.

Circonſtances à examiner pour juger ſi la liberté a été ôtée ou diminuée.

7. Pour annuller des diſpoſitions teſtamentaires, on ne doit pas exiger des moiens qui fuſſent capables d'annuller un contrat.

Si bien que quand il s'agit de la nullité d'un Teſtament, pour quelqu'une des cauſes qui ôtent ou diminuent la liberté, on ne doit pas exiger des moyens tels qu'ils doivent ſuffire pour faire reſcinder un contrat entre-vifs; mais ils doivent ſuffire pour faire caſſer les diſpoſitions teſtamentaires, s'il paroît que le Teſtateur n'eût pas fait la diſpoſition, s'il n'y avoit été porté, engagé, & induit par l'impreſſion étrangere, de maniere que la

disposition n'a pas son fondement dans la volonté du Testateur, si la maniere par laquelle le Testateur a été porté, engagé ou induit à faire la disposition, n'est pas du nombre de celles que la Loi autorise ou permet; car si l'impulsion est de telle nature que la Loi ne l'improuve pas, comme sont les prieres, les services réciproques, les sollicitations affectueuses, ainsi que le décident la Loi 70, *ff. de hered. instit.* la Loi derniere, *cod. si quis aliquem testari prohib.* & la Loi *derniere, du même titre au digeste.* Cette impulsion ne rendroit pas la disposition nulle, quand même elle auroit servi à faire naître la pensée dans l'esprit du Testateur, & feroit la premiere cause de la liberalité, parce que les faits ou les paroles qui produisent l'impulsion, n'ôtent ni ne diminuent pas la liberté du Testateur, ce ne sont que des simples considerations, qui meuvent à la verité; mais qui meuvent librement & volontairement; ainsi la disposition n'a aucun principe vitieux ou réprouvé.

Si les prieres, les services, les sollicitations affectueuses annullent les dispositions Testamentaires.

Ce sont des causes qui meuvent librement & volontairement.

Pour faire une juste application de ce qui a été observé, il faut sçavoir que l'on peut considerer le volontaire ou l'involontaire par rapport à trois dégrez differens, ou à trois classes diverses; c'est-à-dire, le volontaire pur, le volontaire mixte, & ce qui n'est point volontaire. On appelle volontaire pur, ce qui procede librement de la pensée, du mouvement, & de la volonté, ou bien ce qui est adopté par de bonnes & justes considerations sur les idées qu'on en conçoit par le mouvement d'autrui, *cum cognitione finis*, ainsi que s'expliquent les Théologiens; car comme nous venons de l'expliquer, la volonté se déterminant librement dans ce cas, la chose n'est pas moins purement libre, quoiqu'un autre en ait le premier conçu l'idée. On peut voir ce qui en sera dit dans la section 3 de ce chapitre.

8.
Explication du volontaire, & de l'involontaire.

Plusieurs sortes de volontaires.

Du volontaire pur.

Le volontaire mixte est celui par lequel nous voulons une chose sur des motifs & des considerations qui nous déterminent, sans lesquels motifs nous n'aurions pas voulu. On peut mettre dans cette cathegorie tout ce qui est forcé par violence, tout ce qui est l'effet du dol, de la surprise, de la tromperie & de l'erreur. Il y a, à la verité, dans ces cas une volonté forcée, surprise, trompée ou erronée; mais cette volonté n'est pas pure, puisque les impressions étrangeres l'ont produite & déterminée, & c'est une espece d'involontaire selon la description des Théologiens qui disent, *sicut voluntarium est illud quod habet ortum à principio intrinseco cum cognitione finis, ita involuntarium dicitur esse illud, quod non habet ortum à voluntate veluti à principio intrinseco.*

9.
Du volontaire mixte.

10. De l'involontaire.

Enfin, le pur involontaire eſt celui où il n'y a abſolument aucune volonté de faire ce qui ſe trouve fait, comme dans cet exemple rapporté par Ariſtote, de ce Philoſophe, qui voulant tuer un chien, jetta une pierre qui tua ſa belle-mere, & autres cas ſemblables. Dans les diſpoſitions teſtamentaires, il n'y a que le pur volontaire qui puiſſe leur ſervir de fondement, & il ſuffit qu'il ſe rencontre un volontaire mixte pour les rendre inefficaces, parce qu'elles ſont de pures liberalitez qui dépendent abſolument de la ſeule & nuë volonté du diſpoſant, comme le remarque fort bien *Louis Molina de juſtitia & jure tractat.* 2, *diſput.* 135, *num.* 2.

Le volontaire pur eſt requis dans les diſpoſitions teſtamentaires, le volontaire mixte les annulle.

11. Si les diſpoſitions qui ne ſont pas purement volontaires tiennent de plein droit, ou s'il faut les faire reſcinder.

Les Interpretes du Droit Romain traitent & décident diverſement la queſtion de ſçavoir, ſi lorſqu'il paroît que le Teſtateur n'a pas diſpoſé librement, & que ſes diſpoſitions ſont l'effet des impreſſions étrangeres, ſoit par violence, dol, ſurpriſe ou autre mauvaiſe voye, les diſpoſitions tiennent de plein droit, & s'il faut les faire annuller, comme on le pratique à l'égard des contrats, ou bien ſi elles ſont nulles de plein droit, dès que le fait eſt établi, ſans qu'il ſoit beſoin de recourir à l'action reſciſoire.

12. Differentes opinions des Auteurs qui empruntent les raiſons de la matiere des contrats.

Les uns tiennent pour l'affirmative, les autres pour la négative, & ils empruntent leurs raiſons & leurs argumens dans les principes, qui ont reglé les contrats dont ils font l'application aux Teſtamens.

13 On ne doit pas prendre pour regle ce qui eſt dit pour les contrats.

Mais il me ſemble que cette maniere de raiſonner n'eſt pas exacte, parce que les contrats & les Teſtamens ont chacun leurs regles à part, *verba contraxerunt, geſſerunt, non pertinent ad jus teſtandi, l.* 20, *ff. de verb. ſignific.* On ne doit donc pas appliquer aux Teſtamens les regles qui ne ſont faites que pour les contrats.

14. Regles qu'il faut ſuivre pour la déciſion de cette difficulté.

Pour décider donc d'une maniere ſûre la difficulté propoſée, il faut ſe fixer aux principes propres à la matiere teſtamentaire, & comme c'eſt la volonté du Teſtateur qui doit être la regle immuable de ſes diſpoſitions, & que cette volonté doit avoir ſon fondement dans l'eſprit du Teſtateur, qu'il doit par conſéquent diſpoſer en pleine liberté, toute diſpoſition qui manque de ce caractere eſt eſſentiellement & radicalement nulle, enſorte que dès auſſitôt que le moyen qui produit la nullité eſt établi, la diſpoſition doit être caſſée & annullée, ſans qu'il ſoit néceſſaire de recourir à l'action reſciſoire, quoiqu'on le doive par rapport aux contrats pour les faire annuller; cela eſt ſi vrai, que nos Ordonnances qui ont reglé les délais pour ſe pourvoir par la voye

Réſolution que les diſpoſitions ſont nulles de plein droit, ſans recourir à l'action reſciſoire.

de la reſciſion, n'ont parlé que des contrats & des diſtracts, & nullement des Teſtamens. Donc il ſuffit d'alleguer & de prouver les moyens de nullité, pour faire caſſer les Teſtamens, même après les délais preſcrits par les Ordonnances, pour demander la reſciſion des contrats.

15. Preuves par témoins des cauſes qui rendent les diſpoſitions nulles par défaut de volonté libre.

Les faits qui tendent à annuller les Teſtamens ou les diſpoſitions qu'ils renferment, comme ſont ceux de violence, dol, perſuaſions & inductions frauduleuſes, peuvent être prouvez par Témoins, même ſans avoir beſoin d'impugner de faux le Teſtament qui énonceroit le contraire, comme le décide *l'article 47 de l'Ordonnance de 1735.*

16. Preuve de cette propoſition.

Car d'un côté, les Ordonnances de Moulins & de *1667*, qui excluent la preuve par Témoins à raiſon des choſes dont la valeur excede 100 liv. n'ont lieu que pour ce qui peut faire la matiere des conventions, comme le décident les Auteurs, & notamment *Argentré ſur l'article 176 de la nouvelle Coutume de Bretagne*, *& Ricard*, qui parle nommément des faits de ſuggeſtion.

17. S'il faut prendre la voye du faux.

D'autre part, il y a à la verité, des Auteurs qui ont décidé, qu'il falloit prendre la voye du faux contre le Teſtament, quand il énonce le contraire du moyen employé pour l'annuller; mais comme il importe que les diſpoſitions extorquées par de mauvaiſes voyes, ne ſortent pas leur effet, & que ceux qui ſe ſervent de ces mauvaiſes voyes, ne profitent pas de leur crime, tout comme il importe que la volonté libre, & ſincere des mourans, ſoit exécutée, Sa Majeſté a trouvé à propos, ſuivant en cela la Juriſprudence de divers Parlemens, de permettre par la nouvelle Ordonnance, de propoſer toutes les nullitez de Droit, ſans avoir beſoin d'attaquer le Teſtament par l'inſcription de faux, qui n'eſt qu'une pure formalité extrêmement diſpendieuſe, & d'ailleurs preſqu'inutile, attendu que les moyens peuvent tomber ſur le tems qui a précedé le Teſtament, dont le Notaire & les Témoins ne peuvent pas rendre témoignage, que même on peut avoir diſpoſé l'eſprit du Teſtateur, & pris ſi bien ſes meſures, que le Notaire & les Témoins n'ayent pas été informez des voyes mauvaiſes pour extorquer ou ſurprendre la diſpoſition, ſibien que ſelon l'eſprit de la nouvelle Ordonnance, on n'a pas beſoin d'attaquer le Teſtament par la voye du faux, ſoit que les moyens alleguez tombent ſur le tems auquel le Teſtament a été fait, ou ſur un tems qui a précedé la faction du Teſtament; tout comme on eſt reçû à prouver la fu-

Preuve par témoins de la fu-

reur, imbécilité & autre défaut de bon sens.

reur, l'imbécilité, le délire & tout autre défaut de bon sens du Testateur; quoique le Testament porte que le Testateur étoit en son bon sens, lorsqu'il a testé, sans avoir besoin d'impugner le Testament qui énonce le contraire.

SECTION I.

De la Crainte & Violence.

SOMMAIRE.

1. *Nullité du Testament extorqué par violence.*

Le Testateur doit être dans une pleine liberté de regler sa volonté.

Le Testament est nul si quelqu'un des Témoins n'assiste pas volontairement, & s'il y est retenu par violence.

Quid *des dispositions faites en faveur des enfans ou de la cause pie.*

2. *Plusieurs difficultez à examiner.*

3. *Quelle doit être la violence capable d'annuller les dispositions. Pour annuller une disposition testamentaire, il ne faut pas une violence suffisante pour annuller un contrat.*

Il suffit que le Testateur ait disposé non sua sponte.

4. *Conséquences qui peuvent être tirées des propositions du nombre précedent.*

Du Testateur envers lequel on a usé d'excès réels.

5. *Du Testateur auquel on a soustrait les alimens ou le service.*

6. *Des menaces de laisser le Testateur sans alimens, & a ns service.*

Menaces d'excès réels.

7. *Il suffit de prouver une violence sans laquelle le Testateur n'auroit pas disposé.*

Tout ce qui blesse, altere, ou diminuë la liberté de disposer à sa volonté, annulle les dispositions.

La crainte reverentielle si elle n'est accompagnée de menaces ou de vives sollicitations, n'annulle pas les dispositions.

8. *En quel tems la violence doit intervenir pour annuller.*

9. *Si la violence en un point annulle toutes les dispositions contenuës dans le Testament.*

10. *Si la violence peut être présumée, ou s'il faut la prouver, & comment.*

Quid *si le Testateur dispose en prison.*

11. *Cas où les dispositions sont annullées par la présomption qu'elles ont été extorquées.*

Du mineur qui dispose en fa-

veur de son Tuteur ou Curateur.

Du malade qui dispose en faveur de son Medecin, Apoticaire ou Chirurgien.

Du pénitent qui dispose en faveur de son Confesseur.

12. Si la violence est suffisamment prouvée par la déclaration du Testateur.

13. Si celui qui a usé de violence pour forcer à tester, est privé du droit qu'il pourroit avoir ab intestat.

14. Si celui qui a usé de violence pour tester doit être privé de la liberalité contenue dans le Testament forcé.

15. Celui qui fait violence commet un crime.

Le fils qui fait violence à son pere peut être exheredé & privé de sa légitime.

16. Si les biens ôtez à celui qui a fait violence doivent être appliquez au fisc.

Ce qui est ôté à l'indigne n'est pas adjugé au fisc.

17. Quand l'heritier ou le Légataire n'ont pas commis ou fait commettre la violence, les dispositions ne laissent pas d'être nulles; mais ils ne sont pas privez de leur droit ab intestat.

18. Si la crainte est purgée lorsque le Testateur survit & qu'il ne change point son Testament.

19. Auteurs qui tiennent pour la validité des dispositions.

20. Quid si la cause de la crainte a duré.

21. Quid si la cause de la crainte avoit cessé avant la mort du Testateur.

Arrêt du Parlement de Grenoble.

22. Résolution pour la nullité des dispositions, nonobstant la survivance du Testateur, après que la cause de la crainte a cessé.

Un Testament nul dans son principe ne peut pas être validé par le laps du tems ni par le silence du Testateur.

23. Suite.

24. De ceux qui font violence pour empêcher de tester.

LE Testament qui a été extorqué par force ou violence est nul. Cela a lieu, soit que la violence ait été commise par l'heritier ou par quelqu'autre personne, & celui qui a causé la violence est punissable. *L.* 1, *cod. si quis aliquem testari prohib. l.* 3, *ff. eod.* C'est le sentiment unanime de tous les Interprétes, qui en donnent plusieurs raisons. La principale, est que le Testateur doit être dans une pleine liberté de regler sa volonté, comme il trouve à propos, *l.* 1, *cod. de Sacro-Sanct. Eccles.* Cependant rien n'est plus contraire à cette liberté que la force & la violence exercée sur la volonté du Testateur, en lui faisant faire ce qu'il ne veut pas, & le contraire même de ce qu'il veut, *l.* 116, *§. ult.*

I. Nullité du Testament extorqué par violence.

Le Testateur doit être dans une pleine liberté de regler sa volonté.

ff. de regul. jur. & l'on exige tellement la liberté dans cet acte, que si un des témoins appellez au Testament n'y assiste pas librement, s'il y est retenu par violence ou par contrainte, le Testament est nul, *l.* 20, *§. ult. ff. qui Testam. fac. poss.* Cette regle doit encore être observée, quoique les dispositions forcées ayent été faites en faveur des enfans, ou de la cause pie; car la faveur des personnes ne change rien à cet égard, attendu que les dispositions faites à leur profit ne doivent pas moins être fondées sur la volonté libre du Testateur, que celles qui regardent les autres personnes moins favorables.

Le Testament est nul si quelqu'un des témoins n'assiste pas volontairement, & s'il y est retenu par violence.

Quid des dispositions faites en faveur des enfans ou de la cause pie.

2. Plusieurs difficultez à examiner.

Pour l'éclaircissement de cette matiere, on doit examiner quelques difficultez qui peuvent se presenter. La premiere, quelle doit être la violence pour être capable d'annuller les dispositions, & en quel tems doit-elle être intervenuë? La seconde, si la violence étant intervenuë, toutes les dispositions sont annullées, ou seulement pour cette partie, à raison de laquelle la violence a été exercée. La troisiéme, si la violence peut être présumée, ou s'il faut la prouver, & comment. La quatriéme, si celui qui a exercé la violence doit être privé du droit qu'il pouvoit avoir en la succession, & si l'herédité est déferée au fisc, ou bien aux heritiers légitimes. La cinquiéme, si la crainte est purgée lorsque le Testateur survit, & qu'il ne change point le Testament extorqué par violence.

3. Quelle doit être la violence capable d'annuller les dispositions.

Sur la premiere difficulté, nous disons, en premier lieu, que pour déterminer le caractere de la violence, il faut avoir égard comme nous l'avons expliqué: 1°. Au sexe. 2°. A l'âge. 3°. A l'état de santé ou de maladie du Testateur. 4°. A la grieveté de la maladie. 5°. Nous ajoutons qu'après la diversité des circonstances, il faut examiner la nature des faits de crainte, ou de violence, pour sçavoir s'ils ont été capables de contraindre le Testateur à faire ce qu'il n'auroit pas voulu, ni fait volontairement; car il ne faut pas se figurer qu'il faille, pour annuller une disposition testamentaire, une violence capable d'ébranler un homme ferme & constant, & comme les Loix l'exigent pour annuller un contrat entre-vifs, parce qu'il y a diversité de raison, comme nous l'avons expliqué. Ce sont là les regles que l'on peut donner en general sur cette matiere, qui dépend beaucoup de l'arbitre, & de la prudence des Juges; on peut néanmoins observer que la réflexion que nous venons de faire est clairement autorisée par les paroles & l'esprit de la Loi 1, *cod. si quis aliquem testari prohib.* Car elle n'exige pas une crainte capable d'ébranler

Pour annuller une disposition testamentaire, il ne faut pas une violence suffisante pour annuller un contrat.

Il suffit que le Testateur ait disposé *non sua sponte.*

un

un homme constant, ou une femme qui a de la fermeté; elle veut seulement que les faits soient tels que l'on puisse en conclure que le Testateur n'a pas disposé de son pur gré, *si Testator non sua sponte testamentum fecit*, ou que la violence produise une compulsion capable d'engager le Testateur à faire ce qu'il n'a pas voulu, *sed compulsus ab eo qui hæres est institutus, vel à quolibet alio, quos noluerit scripsit heredes.*

4. Conséquences qui peuvent être tirées des propositions du nombre précedent.

En second lieu, de ce qui a été dit, on peut tirer quelques consequences qui éclairciſſent cette matiere. La premiere, que les dispositions testamentaires doivent être annullées, lorsqu'il est intervenu des excès réels, & des mauvais traitemens sur la personne du Testateur, ou lorsqu'on a usé d'une telle violence, qui suffiroit pour faire rescinder un contrat entre-vifs; car s'il faut une moindre violence pour faire casser une disposition testamentaire que pour faire rescinder un contrat, il est évident que la violence capable de faire casser un contrat, doit suffire pour faire annuller une disposition testamentaire.

Du Testateur envers lequel on a usé d'excès réels.

5. Du Testateur auquel on a soustrait les alimens ou le service.

La seconde, que la soustraction des alimens, ou du service au Testateur malade, pour le forcer à disposer, seroit un moyen suffisant pour faire annuller les dispositions; parce que rien n'est plus capable d'ébranler une personne malade, & de faire une vive impression sur son esprit, que de se voir abandonné, & sans secours, dans un tems où le secours & le service lui sont plus necessaires.

6. Des menaces de laisser le Testateur sans alimens & sans service.

La troisiéme, la seule ménace faite d'une maniere serieuse de laisser le malade sans alimens & sans service, s'il ne dispose ainsi qu'on le lui inspire, seroit un sujet de crainte suffisant pour rendre sa disposition inefficace, comme n'ayant pas son principe dans la volonté libre du Testateur. Il en devroit être de même à plus forte raison des ménaces qu'on feroit d'user d'excès réels sur la personne du Testateur; surquoi l'on peut voir *Pekius de testam. conjug. lib.* 1, *cap.* 9, *Mantica de conjectur. ult. vol. lib.* 2, *tit.* 7. *Sichandus* & les autres Docteurs sur le tit. du code *si quis aliq. testari prohib. vel coegerit.*

Ménaces d'excès réels.

7. Il suffit de prouver une violence sans laquelle le Testateur n'auroit pas disposé.

La quatriéme, en un mot, qu'il suffit de prouver une crainte, ou une violence sans laquelle le Testateur n'auroit pas disposé, sans examiner si une personne ferme & constante y auroit pû résister, quoique plusieurs Auteurs ayent pensé le contraire; en quoi il me semble qu'ils se sont éloignez de l'esprit des Loix en matiere de Testamens; car une telle crainte n'est neceſſaire que pour annuller un contrat qui n'exige pas une si grande étenduë

de liberté que le Teſtament en requiert, & ce n'eſt pas le cas d'appliquer la regle *voluntas coacta, voluntas eſt ;* car les Loix n'exigent pas pour teſter valablement une volonté telle quelle, & en general elles veulent que cette volonté ſoit libre, & parfaitement libre, *ut libero arbitrio cui teſtandi facultas ſuppetit,* ſelon les expreſſions de la Loi *omnium* 19, *cod. de teſtam.* qu'elle ſoit conçuë, ou reçuë librement dans l'eſprit du Teſtateur, & qu'elle ſoit expliquée avec la même liberté ; voilà pourquoi tout ce qui bleſſe, altere, ou diminuë cette liberté, rend les diſpoſitions nulles. Mais ce que l'on appelle crainte reverentielle, n'eſt pas capable de donner atteinte à la diſpoſition teſtamentaire, ſi elle n'eſt accompagnée, ou de ménaces, ou de ſollicitations vives, preſſantes, ou importunes, parce que des démarches de cette nature, de la part d'une perſonne que l'on doit reſpecter, ne laiſſent pas au Teſtateur une liberté ſuffiſante.

Tout ce qui bleſſe, altere ou diminue la liberté de diſpoſer à ſa volonté annulle les diſpoſitions.

La crainte reverentielle ſi elle n'eſt accompagnée de menaces ou de vives ſollicitations n'annulle pas les diſpoſitions.

8. En quel tems la violence doit intervenir pour annuller.

A l'égard du ſecond point de la premiere difficulté, qui conſiſte à ſçavoir en quel tems la violence doit être intervenuë. Il ne faut pas s'enquerir ſi la volonté du Teſtateur a été violentée au moment auquel il a teſté, ou auparavant, il ſuffit qu'il ait teſté ſans avoir la liberté neceſſaire ; ce que l'on doit préſumer, dès que la violence eſt intervenuë avant la faction du Teſtament, lequel doit être cenſé l'effet de cette violence, s'il ne s'eſt écoulé un intervale de tems qui puiſſe faire juger que le ſujet de crainte avoit ceſſé lorſque le Teſtament a été fait, ce qui doit dépendre des differentes circonſtances ; & c'eſt ainſi que les Auteurs le décident.

9. Si la violence en un point annulle toutes les diſpoſitions contenues dans le Teſtament.

Sur la ſeconde difficulté, il eſt certain que ſi la violence eſt intervenuë pour extorquer l'inſtitution d'heritier dans le Païs du Droit écrit où l'inſtitution eſt la baſe du Teſtament, §. 34, *inſtit. de leg.* toutes les diſpoſitions tombent, lorſque l'inſtitution extorquée par violence eſt emportée. Autrement ſi le Teſtateur a diſpoſé librement pour certains chefs, & qu'il n'ait été violenté qu'en d'autres, on doit annuller ſeulement les diſpoſitions arrachées par violence, & laiſſer ſubſiſter les autres qui ont été faites librement ; parce que les diſpoſitions des Teſtamens ne ſont pas indiviſibles, & que la nullité pour certaines, ne doit pas entraîner celles qui n'ont point de vice.

10. Si la violence peut être préſumée ou s'il faut la prouver, & comment.

Touchant la troiſiéme difficulté, la violence eſt un fait, c'eſt même une eſpece de crime, on doit donc la prouver, autrement elle ne doit pas être préſumée, *l.* 23, *ff. quod met. cauſa, & l.* 13, *cod. de tranſact.* c'eſt ainſi que le décident unanimement tous les

Auteurs, parce que les faits & les crimes ne se présument pas; ce qui doit avoir lieu, quand même le Testateur auroit disposé étant détenu en prison, selon *Mantica de conjectur. ult. volunt. lib. 2, tit. 7, n. 1.* Ceci néanmoins doit être entendu pourvu que le Testateur n'eût pas été empriſonné dans le dessein de l'obliger à tester, & qu'il n'ait pas disposé directement ou indirectement en faveur de celui qui l'a fait empriſonner; car dans ce cas on casseroit, selon l'avis de certains Auteurs, un contrat passé en prison, à plus forte raison devroit-on casser un Testament.

Quid si le Testateur dispose en Prison.

11.

Il y a néanmoins des cas, où sans qu'il soit besoin de prouver la violence, les dispositions sont annullées à cause de la qualité des personnes qui sont appellées pour les recueillir; parce que l'on présume que le Testateur ne les a pas faites librement. Telles sont celles qui ont été faites par le mineur en faveur de son Tuteur ou Curateur avant d'avoir rendu son compte, suivant l'Ordonnance de 1539, art. 131, en quoi on s'est écarté de la disposition du Droit Romain qui permettoit ces sortes de dispositions, comme il paroît de la Loi *Aurelius* 28, §. 4, *ff. de liberat. leg.* telles sont celles qui ont été faites par les personnes malades en faveur de leur Medecin, Apoticaire ou Chirurgien qui les soignent dans cette maladie; telles sont celles qui sont faites par le Pénitent en faveur de son Confesseur, & autres semblables où la même raison milite; cela est fondé sur l'esprit de la même Ordonnance de 1539.

Cas où les dispositions sont annullées par la présomption qu'elles ont été extorquées.

Du Mineur qui dispose en faveur de son Tuteur ou Curateur.

Du malade qui dispose en faveur de son Médecin, Apoticaire ou Chirurgien.

Du pénitent qui dispose en faveur de son Confesseur.

12.

La disposition seroit encore annullée sans autre preuve de violence, si le Testateur déclaroit en presence d'un Notaire & de deux témoins, qu'il avoit testé par violence, contre sa volonté, & qu'il révoqueroit le Testament, s'il n'avoit encore sujet de craindre. Il en devroit être autrement si le Testateur se contentoit de dire verbalement qu'il avoit été contraint de tester, sans expliquer par qui, ni les autres circonstances de la violence; parce que le Testateur, ne pouvant pas révoquer un Testament parfait par une simple déclaration, *l. sancimus* 27, *cod. de testam. & §. ex eo autem* 7, *instit. quib. mod. testam. infirm.* La déclaration verbale de la violence ne pourroit pas operer un plus grand effet, comme le remarque *Mantica de conjectur. ult. vol. lib. 2, tit. 7, n. 55* cependant une telle déclaration devroit suffire pour annuller une disposition particuliere; parce qu'elle peut être révoquée sans refaire le Testament, & par la simple déclaration d'une volonté contraire, *l. 36, §. 3, ff. de testam. milit. l. 3, §. 11, ff. de adimend. leg. l. 12, & l. 16, §. 2, ff. de his quæ ut indign. auser.*

Si la violence est suffisamment prouvée par la déclaration du Testateur.

13. Si celui qui a usé de violence pour forcer à tester, est privé du droit qu'il pourroit avoir *ab inteſtat.*

La quatriéme difficulté doit être décidée avec distinction; car ou celui qui s'est fait instituer heritier par violence, a commis ou fait commettre la violence, ou non : au premier cas, il doit être privé de l'heredité, même du droit qu'il auroit pû y prétendre comme successeur *ab inteſtat*; parce qu'il s'en rend indigne par la violence qu'il a commise ou fait commettre.

14. Si celui qui a usé de violence pour tester doit être privé de la liberalité contenuë dans le Testament forcé.

Il doit être privé de l'heredité ou de la liberalité, parce que la disposition est radicalement nulle, & ne peut point valoir, il doit être déclaré indigne du droit qu'il auroit pû prétendre *ab inteſtat*, parce qu'il a contraint le Testateur de disposer autrement qu'il n'auroit fait; qu'ainsi ayant contre lui la volonté du Testateur, qui l'auroit exclus s'il avoit testé librement, il ne doit pas profiter du benefice de la Loi, qui ne défere les successions qu'aux personnes qui ne s'en sont pas renduës indignes, & à celles que le défunt auroit vrai-semblablement appellées s'il avoit disposé librement, *quando quidem cogendo illum vi aut metu, ut ſe aut alium inſtituat heredem aut legatarium, quem ſecluſa illa vi aut metu non inſtituiſſet, prohibet illum teſtari, ut alioquin foret teſtaturus*, comme dit *Molina de juſtitia & jure diſput.* 135, *num.* 5, *tractat.* 2. Or dans ce cas il y a une preuve du contraire; puisque le Testateur n'auroit pas eu besoin d'être forcé s'il avoit voulu tester librement en faveur de celui qui le force. Il doit donc être exclus par l'exception du dol, parce qu'il a contre lui la volonté du Testateur, *l.* 36, *§.* 3, *ff. de teſtam. milit. l.* 12, *ff. quæ ut indign. auſer. & l.* 4, *§. præterea* 10, *ff. de doli mali, & metus except.*

15. Celui qui fait violence commet un crime.

D'ailleurs en commettant la violence, il commet un crime qui le rend indigne de prendre part à la succession du défunt, cela resulte clairement de l'esprit de la Loi 1 & de la Loi 2, *cod. ſi quis aliquem teſtari prohib.* de la Loi 1, & de la Loi 3, *ff. eod.* Il est vrai que ces textes sont dans le cas de l'empêchement de tester; mais on les applique par identité de raison au cas de la violence commise pour obliger à tester, *ſed tamen idem de utroque receptum eſt, propter ſimilitudinem rationis*, Duaren sur le titre du ff. *ſi quis aliquem teſt. prohib. cap.* 3; & si c'est un des enfans du Testateur, il peut être exheredé & privé de la legitime, *Novell.* 115, *cap.* 3, *§.* 9.

Le fils qui fait violence à son pere peut être exheredé & privé de sa legitime.

16. Si les biens ôtez à celui qui a fait violence doivent être appliquez au fisc.

Mais les biens, ou la liberalité ne doivent pas être appliquez au fisc; on ne doit pas non plus appliquer au fisc le droit qui pouvoit competer *ab inteſtat* à celui qui a commis la violence, & dont il est déclaré indigne; mais on le laisse dans l'heredité, ou

aux autres ſucceſſeurs legitimes; parce qu'en France, & ſurtout au Parlement de Toulouſe, ce qui eſt ôté à l'indigne, n'eſt pas adjugé au fiſc, comme l'enſeignent *Bugnon des Loix abrogées, liv. 5, chap. 26; Loüet & Brodeau, lett. S. ſomm. 20; Maynard, liv. 7, chap. 94; Dumoulin ſur la Coutume de Paris, §. 13*, ſuivant l'ordre de la nouvelle Coutume, *gloſ. 3, n. 6, & M. de Catellan, liv. 2, chap. 83.*

Ce qui eſt ôté à l'indigne n'eſt pas adjugé au fiſc.

17. Quand l'heritier ou le legataire n'ont pas commis ni fait commettre la violence, les diſpoſitions ne laiſſent pas d'être nulles; mais ils ne ſont pas privez de leur droit *ab inteſtat.*

Au ſecond cas, ſi l'heritier, ou le legataire n'ont pas fait ou fait faire la violence, la diſpoſition ſera nulle; parce qu'il importe peu de ſçavoir par qui le Teſtateur a été forcé de diſpoſer, ſuivant la Loi 1, *cod. ſi quis aliquem teſtari prohib.* mais celui en faveur duquel la violence a été faite, n'eſt pas privé du droit qui lui compete *ab inteſtat*, parce qu'il n'eſt coupable en rien, qu'il ne doit point ſouffrir du fait d'autrui, ni être puni d'une faute à laquelle il n'a aucune part: Il ſuffit donc de laiſſer les choſes dans l'état où elles ſeroient, ſi la violence n'avoit pas été commiſe, & s'il n'avoit point été fait de diſpoſition forcée.

18. Si la crainte eſt purgée lorſque le Teſtateur ſurvit & qu'il ne change point ſon Teſtament.

La cinquiéme difficulté, ſi la crainte eſt purgée, lorſque le Teſtateur ſurvit, & qu'il ne change point le Teſtament extorqué par violence, eſt diverſement décidée par les Auteurs. Les uns veulent que le Teſtament ſoit toujours nul.

19. Auteurs qui tiennent pour la validité des diſpoſitions.

Les autres ſont d'avis qu'il eſt bon, & qu'il eſt confirmé par le ſilence du Teſtateur; c'eſt le ſentiment de *Menochius de arbit. caſu 395. n. 25.*

20. *Quid* ſi la cauſe de la crainte a duré.

Si la cauſe de la crainte a duré pendant la vie du Teſtateur, ſa ſurvivance ne peut jamais rendre le Teſtament valide; parce que réellement il n'a point eu la liberté de le changer; & par conſéquent on ne peut pas préſumer qu'il l'ait approuvé par ſon ſilence.

21. *Quid* ſi la cauſe de la crainte avoit ceſſé avant la mort du Teſtateur.

Arrêt du Parlement de Grenoble.

Mais ſi la cauſe de la crainte avoit ceſſé, dans ce cas il peut y avoir quelque difficulté, & le ſentiment de ceux qui tiennent pour la confirmation, n'eſt pas deſtitué de raiſons plauſibles; il y a même dans *Baſſet, tom. 2, liv. 8, tit. 1, chap. 7*, un Arrêt du Parlement de Grenoble du 26 Février 1663, par lequel les ſucceſſeurs *ab inteſtat* d'une femme qui avoit diſpoſé en faveur de ſon mari, furent déboutez de la demande en preuve des faits de violence commiſe par le mari, pour obliger cette femme à diſpoſer comme elle avoit fait, ſur ce que la Teſtatrice avoit vêcu douze ans après ſon Teſtament ſans l'avoir changé, & que les parens de la femme n'avoient intenté leur action, qu'après la mort du mari, ce qui rendoit leur action ſuſpecte de vexation, & de calomnie, ainſi que le remarque l'Auteur qui rapporte cet Arrêt.

22. Resolution pour la nullité des dispositions, nonobstant la survivance du Testateur, après que la cause de la crainte a cessé.

Un Testament nul dans son principe ne peut pas être valide par le laps du tems, ni par le silence du Testateur.

Cependant l'opinion contraire paroît veritable, & fondée sur l'esprit & la décision des Loix; car, 1°. Si le Testament a été extorqué par violence contre la volonté du Testateur, étant essentiellement nul dans son principe, il ne peut pas devenir valide par le seul laps du tems, & par le silence du Testateur, suivant cette regle du Droit, *quod initio vitiosum est tractu temporis convalescere non potest, l. 29, ff. de reg. jur.* & cette autre, *quæ ab initio inutilis fuit institutio, expost facto convalescere non potest, leg. 210, ff. eod. tit.*

23. Suite.

2°. Ces regles s'observent plus particulierement aux Testamens qu'aux autres actes; on en trouve la preuve dans plusieurs textes, & notamment dans ceux qui décident que les Testamens faits par le fils de famille, le pupille, le furieux sont nuls; car les Testamens ne sont pas confirmez, & ils ne deviennent pas valides; quoique le Testateur devienne pere de famille, pubere, qu'il recouvre son bon sens, & qu'il décede dans un état auquel il pourroit valablement tester, *l. 19, ff. qui testam. fac. poss. & §. 1, instit. quib. non est permiss. fac. testam.* Or le Testament du furieux & de l'impubere, n'étant nuls que par le défaut de volonté, & n'étant pas néanmoins confirmez, quoique le Testateur devienne capable de regler & de diriger cette volonté; on doit dire la même chose du Testament extorqué par violence, parce qu'il péche également du côté de la volonté, & par conséquent il ne peut point être confirmé par le seul silence du Testateur pour être décedé sans l'avoir révoqué, quoiqu'il eût la liberté de le faire.

24. De ceux qui font violence pour empêcher de tester.

Du reste, nous ne parlons point dans cet endroit des peines qui sont encouruës par ceux qui font violence pour empêcher qu'une personne ne dispose par Testament, soit pour conserver la succession *ab intestat* dont un Testament troubleroit l'ordre, soit pour empêcher la révocation d'un précedent Testament; les difficultez qui peuvent naître de ces cas, seront examinées dans le Chap. 6, Sect. 3, nomb. 100, 104 & suiv. où nous parlerons de l'indignité des heritiers.

SECTION II.

Du dol & de la fraude.

SOMMAIRE.

1. *Effets du dol ſuivant le Droit Romain.*
Action de dolo.
Exception doli.
Nullité des Traitez ſurpris par dol.
2. *Les deux premiers effets du dol ne regardent pas la matiere teſtamentaire.*
3. *Définition du dol ſelon le Juriſconſulte* Servius.
4. *Autre définition du dol par le Juriſconſulte* Labeon.
5. *De ce qui doit être mis au rang du dol.*
6. *La fraude renferme le dol.*
Le dol renferme la fraude.
7. *La fraude a plus d'étenduë que le dol.*
S'il peut y avoir du dol ſans fraude, ou de fraude ſans dol.
8. *Preuves qu'il ne peut y avoir du dol ſans fraude.*
Qu'il peut y avoir de fraude ſans dol.
Fraude de deux eſpeces.
Il ne peut y avoir de dol ſans propos de tromper.
Il peut y avoir de fraude ſans propos de tromper.
9. *Signification du mot* fraude *en France.*
Le dol & la fraude ſont ſynonimes.
10. *Le dol & la fraude ſont un moyen efficace pour annuller les diſpoſitions.*
L'erreur exclut la volonté & le conſentement.
11. *Le dol eſt un moyen pour faire reſcinder les contrats.*
12. *Les diſpoſitions teſtamentaires ſurpriſes par dol, ſont inefficaces.*
13. *Il n'importe de ſçavoir par qui le dol a été pratiqué.*
Dolus nemini patrocinari debet.
14. *Application au dol & à la fraude de ce qui a été dit de la crainte & violence.*
Qu'il ne faut pas recourir à l'action reſciſoire, & la nullité eſt produite de plein Droit.
15. *Le dol & la fraude ne ſe préſument pas.*
16. *Opinion de* Cujas *qui corrige la Loi 6,* cod. de dolo.
Que doit-on conſiderer pour connoître s'il y a du dol.
Les indices ſont admis pour la preuve du dol.
17. *On ne peut pas déterminer les cas où il peut y avoir du dol.*

Que faut-il considerer pour la preuve du dol.

Pour annuller les dispositions testamentaires il ne faut pas un dol tel que pour rescinder les contrats.

18. *Il importe peu que le dol soit intervenu lors du Testament ou après.*

19. *Il faut examiner les faits pour sçavoir s'ils sont suffisans.*

20. *On ne doit annuller que les dispositions qui ont été surprises.*

21. *Le dol & la fraude produisent une nullité radicale qui n'est pas couverte, quoique le Testateur survive.*

1. Effets du dol suivant le Droit Romain.

Action *de dolo.* Exception *doli.*

SELON l'esprit des Loix Romaines, le dol produit trois effets differens. 1°. Une action appellée *de dolo*, dont il est parlé dans les titres du Digeste & du Code *de dolo malo.* 2°. Une exception dont les cas sont détaillez dans le titre du Digeste *de doli mali, & metus exceptione.* Cette exception avoit lieu, non-seulement aux contrats, mais encore aux Testamens, *l.* 1, *§.* 3, *ff. de doli mali & metus exceptione.* 3°. Une nullité des traitez, conventions & autres actes surpris par dol, ou compliquez de ce vice, ou un moyen de restitution en entier, *l.* 7, *§.* 1, *ff. de in integr. rest.*

Nullitez des traitez surpris par dol.

2. Les deux premiers effets du dol ne regardent pas la matiere testamentaire.

Les deux premiers effets du dol ne sont pas de notre matiere; ainsi nous nous bornerons au troisiéme, pour ce qui concerne la nullité des dispositions testamentaires, extorquées, ou surprises par dol.

3. Définition du dol selon le Jurisconsulte Servius.

Selon le Jurisconsulte *Servius* dont le sentiment est rapporté & improuvé dans la Loi 1, *§.* 2, *ff. de dolo malo.* le dol est défini de cette maniere, *dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, aliud agitur.*

4. Autre définition du dol par le Jurisconsulte Labeon.

Mais le Jurisconsulte *Labeon* la définit autrement, & sa définition a été approuvée par *Ulpien* dans la Loi citée. *Itaque ipse sic definit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.* Selon les Interpretes, le premier substantif *calliditas* s'applique aux paroles, *loquendo*, comme sont les mensonges & les autres paroles artificieuses; le second, *fallacia*, au silence frauduleux, & le troisiéme, *machinatio*, aux faits *faciendo.*

5. De ce qui doit être mis au rang du dol.

On doit donc mettre au rang du dol toute parole, tout fait, & tout artifice qui tend à surprendre, à tromper & à séduire la volonté, & qui engage à faire ce que l'on ne feroit pas, si l'on n'y étoit induit par l'artifice pratiqué.

6. La fraude renferme le dol.

La fraude renferme en soi le dol, comme le genre comprend les

les differentes especes qui en dépendent, & elle est souvent prise dans le sens du dol. Il y a plusieurs textes qui se servent du mot *fraus*, à la place du mot *dolus*; comme on le voit dans la Loi 7, §. 1, *ff. de in integr. restit.* Dans la Loi 63, *ff. de rei vindic.* & plusieurs autres. Le dol renferme aussi la fraude, *inest enim dolo & fraus*, *l.* 7, §. 10, *ff. de pactis.*

Le dol renferme la fraude.

Mais la fraude a beaucoup plus d'étenduë que le dol; le mot Latin *fraus* est un terme genérique qui comprend plusieurs especes particulieres; selon certains égards il embrasse le dol; selon d'autres, il ne le renferme pas; comme l'explique fort bien *Gæddeus* sur la Loi 131, *ff. de verbor. signif.* où ce Docteur prend la défense de M. *Cujas* contre la critique de *Jean Robert*, Professeur à Orleans, qui prétend que dans le Droit Romain il ne peut point y avoir de fraude sans dol, quoiqu'il puisse y avoir du dol sans fraude; cependant *Gæddeus* prouve par plusieurs exemples tirez des textes du Droit, qu'il faut renverser la proposition, & dire qu'il ne peut point y avoir de dol sans fraude, mais qu'il peut y avoir de fraude sans dol.

7. La fraude a plus d'étenduë que le dol.

S'il peut y avoir de dol sans fraude, ou de fraude sans dol.

La premiere partie de cette proposition renversée se verifie, quand on employe la ruse & l'artifice pour surprendre & pour tromper: Alors il y a sans contredit du dol, *l.* 1, *ff. de dolo malo*, *l.* 7, §. 9, *ff. de pactis*; la seconde partie se verifie quand on n'use point de ruse & d'artifice, & qu'il n'y a qu'un fait nuisible ou préjudiciable par faute, negligence ou autrement, ce que l'on appelle fraude *ex eventu*, *non ex consilio*; car peut-il y en avoir de ces deux especes? *L.* 79, *ff. de reg. jur.* On en voit des exemples dans la Loi 1, *ff. ad l. Falcid.* dans plusieurs Loix du titre *si quid in fraud. patron.* dans le §. 3, *instit. cui & quib. ex cauf. manumitt. non licet*, & autres textes; cependant il ne peut point y avoir de dol sans propos de tromper, comme il paroît de la définition du dol rapportée dans la Loi 1, §. 2, *ff. de dolo malo*: au lieu qu'il peut y avoir de fraude sans propos de tromper, & par le seul événement, *eventu non consilio*. On peut voir là-dessus les differentes opinions des Docteurs qui sont rapportées & expliquées par *Bargelius de dolo*, *lib.* 5, *cap.* 5.

8. Preuves qu'il ne peut y avoir de dol sans fraude.

Qu'il peut y avoir de fraude sans dol.

Fraude de deux especes.

Il ne peut point y avoir de dol sans propos de tromper.

Il peut y avoir de fraude sans propos de tromper.

En France le mot *fraude* n'a pas une si grande étenduë que le mot Latin *fraus* en avoit chez les Romains; voilà pourquoi les Auteurs François regardent comme synonimes les termes *dol* & *fraude*; ce qu'il faut néanmoins entendre en matiere de rescision de contrats; car il y a des cas où la fraude se verifie *ex solo eventu*, sans qu'il y ait du dol. Et c'est dans ce sens que nous devons con-

9. Signification du mot *fraude* en France.

Le dol & la fraude ſont ſynonimes.

ſiderer la fraude, c'eſt-à-dire, comme ayant la même ſignification que le dol dans la matiere que nous traitons; ainſi le dol & la fraude ne conſtituent pas deux eſpeces differentes de nullité des diſpoſitions teſtamentaires, mais une ſeule qui eſt de même nature, ſoit qu'on la tourne du côté du dol, ou du côté de la fraude. Les mêmes regles & les mêmes déciſions doivent donc s'appliquer à l'un & à l'autre.

10. Le dol & la fraude ſont un moyen efficace pour annuller les diſpoſitions.

Le dol & la fraude ſont un moyen très-efficace pour rendre nulles les diſpoſitions teſtamentaires ſurpriſes de cette maniere. Cela ſe démontre par les principes que nous avons expliquez; car ces diſpoſitions pour être valables devant avoir leur principe dans l'eſprit du Teſtateur qui doit regler ſa volonté, elles ne ſçauroient ſubſiſter, dès qu'elles ſont ſurpriſes par artifice; car alors

L'erreur exclut la volonté & le conſentement.

c'eſt la volonté d'autrui & non celle du Teſtateur qui produit la diſpoſition; l'artifice dont on uſe jettant le Teſtateur dans l'erreur qui exclut la volonté & le conſentement, *l.* 116, *§. ult. ff. de regul. jur.* la diſpoſition ſe trouve manquer dans ſon principe fondamental qui eſt la volonté parfaitement libre.

11. Le dol eſt un moyen pour faire reſcinder les contrats.

D'ailleurs le dol étant un bon moyen pour faire reſcinder les actes entre-vifs, il doit, à plus forte raiſon, détruire les diſpoſitions teſtamentaires qui ſe reſolvent bien plus facilement que les contrats entre-vifs, comme nous l'avons expliqué dans la Section précedente.

12. Les diſpoſitions teſtamentaires ſurpriſes par dol ſont inefficaces.

Enfin la Loi 1, §. 1, & la Loi 3, *ff. ſi quis aliquem teſtari prohib.* décident nettement que les diſpoſitions teſtamentaires ſont inefficaces, quand elles ont été ſurpriſes par dol.

13. Il n'importe de ſçavoir par qui le dol a été pratiqué.

Il importe même peu que le dol ait été commis par la perſonne en faveur de laquelle la diſpoſition ſurpriſe a été faite, ou par quelqu'autre perſonne, ſuivant la Loi 1, §. 1, *ff. ſi quis aliquem teſtari prohib.* parce que dans l'un & l'autre cas elle eſt également vicieuſe, comme n'ayant point ſon fondement dans la volonté du Teſtateur. Lorſque l'heritier ou le legataire ont commis le dol, ils ne peuvent en tirer aucun avantage; parce que *dolus nemini patrocinari debet*, *l.* 1, *ff. de dolo malo*; que ſi c'eſt un tiers qui l'a commis, il doit nuire à l'heritier ou au legataire; parce que, comme diſent les Interpretes, *ubi dolus alterius eſt cauſa immediata acquiſitionis, ei, cui acquiſitum fuit, nocet*, & que d'ailleurs la diſpoſition eſt nulle, pour n'avoir pas ſon fondement dans la volonté du Teſtateur.

Dolus nemini patrocinari debet.

14. Application au dol & à la fraude de ce qui a été dit de la crainte & violence.

Ce que nous avons dit en parlant de la crainte ou violence au ſujet de la nullité des diſpoſitions teſtamentaires ſans recourir

à l'action reſciſoire & de la privation, ou de l'indignité du droit qu'on pouvoit prétendre *ab inteſtat*, doit être appliqué aux cas où le legataire ou l'heritier auront employé le dol ou la fraude; parce que la violence & le dol ſont conjoints, pour operer les mêmes effets, dans la Loi 3, *ff. ſi quis aliq. teſtari prohib.* par ces paroles, *qui non per vim, nec dolum.*

Qu'il ne faut pas recourir à l'action reſciſoire, & la nullité eſt produite de plein droit.

Le dol & la fraude ne ſont pas préſumez; mais il faut les prouver, *l. dolum 6, cod. de dolo malo*, & c'eſt à celui qui les allegue, à les juſtifier, *dolum ex indiciis perſpicuis probari convenit.*

15. Le dol & la fraude ne ſe préſument pas.

M. Cujas prétend, qu'au lieu du mot *indiciis*, il faut lire *inſidiis* dans le texte que l'on vient de citer, & comme la Loi 1, §. 2, *ff. de doli mali & metus exceptione*, donne pour regle, que pour juger s'il y a du dol, il faut conſiderer le fait même, *an dolo quid factum ſit, ex facto intelligitur*, il faut examiner les piéges que l'on a tendus, & l'artifice dont on a uſé pour diſcerner le dol, ce qui eſt vrai; mais il eſt vrai auſſi que le dol peut être prouvé par des indices clairs, *ex indiciis perſpicuis*, comme le décide le texte de la Loi, & ſi cette eſpece de preuve n'étoit pas reçuë, il y auroit pluſieurs cas où il ſeroit impoſſible de prouver autrement le dol, à cauſe des précautions que l'on prend pour en dérober la connoiſſance; & que les voyes de l'homme étant impénetrables à tout autre qu'à Dieu qui eſt le Scrutateur des cœurs, ce n'eſt que par les indices & les conjectures qui reſultent des faits & des démarches exterieures qu'on peut juger de la qualité & du merite des actions, & de l'intention de celui qui les produit au-dehors.

16. Opinion de Cujas qui corrige la Loi 6, *cod. de dolo.*

Ce que l'on doit conſiderer pour connoître s'il y a du dol.

Les indices ſont admis pour la preuve du dol.

Comme les voyes que l'on peut prendre, & les artifices dont on peut uſer pour ſurprendre les diſpoſitions, ſont infinis, il n'eſt pas poſſible de déterminer les cas où il peut y avoir un dol & une fraude ſuffiſans pour annuller les Teſtamens, ou les diſpoſitions qu'ils renferment. Nous obſerverons ſeulement qu'il faut appliquer au cas du dol, ce que nous avons dit au ſujet de la crainte ou violence; c'eſt-à-dire qu'il faut conſiderer le ſexe, l'âge, l'état de ſanté ou de maladie du Teſtateur, & la griéveté de la maladie; parce que ſelon ces differens états on eſt plus ou moins ſuſceptible des impreſſions capables d'induire à faire ce que l'on ne veut pas, à ſe laiſſer ſurprendre aux ruſes & à l'artifice qu'on met en uſage, & l'on eſt moins en état de ſe garantir des piéges qu'on tend; voilà pourquoi les Juges ne doivent pas exiger un dol tel que les Loix exigent pour la reſciſion des contrats.

17. On ne peut pas déterminer les cas où il peut y avoir du dol.

Que faut il conſiderer pour la preuve du dol.

Pour annuller les diſpoſitions teſtamentaires il ne faut pas un dol tel que pour reſcinder les contrats.

Qu'il importe peu que le dol ſoit intervenu au moment où le Teſtament a été fait, ou bien auparavant, dès qu'on a lieu de

8. Il importe peu que le dol ſoit intervenu lors du Teſtament ou après.

penſer que le dol précedent a été la cauſe de la diſpoſition ſubſéquente.

19. Il faut examiner les faits pour ſçavoir s'ils ſont ſuffiſans.

Qu'il faut examiner les faits pour connoître s'ils ont été capables de déterminer le Teſtateur à diſpoſer autrement qu'il n'auroit fait s'il n'avoit pas été ſurpris & trompé.

20. On ne doit annuller que les diſpoſitions qui ont été ſurpriſes.

Qu'il ne faut annuller que les diſpoſitions ſurpriſes, & non celles qui procedent de la volonté libre & déterminée du Teſtateur, comme n'étant pas indiviſibles.

21. Le dol & la fraude produiſent une nullité radicale qui n'eſt pas couverte, quoique le Teſtateur ſurvive.

Qu'enfin le dol & la fraude produiſant une nullité radicale, la diſpoſition ſurpriſe ne devient pas valide, quoique le Teſtateur ſurvive à ſa diſpoſition, par les regles & les raiſons que nous avons expliquées, en parlant de la violence. On peut voir les autres queſtions qui regardent cette matiere dans *Baſgalius, tract. de dolo, lib. 3, cap. 7.*

SECTION III.

De la captation, & de la ſuggeſtion, & du Teſtament fait à l'interrogat d'autrui.

SOMMAIRE.

1. *Varieté & embarras dans les Ecrits des Auteurs ſur cette matiere.*
2. *D'où provient cette varieté.*
3. *Les Interpretes du Droit Romain ont évité cet embarras.*

La captation & la ſuggeſtion ne ſont bonnes qu'autant qu'elles ſont accompagnées du dol & de la fraude.

Elles ſont une branche & une dépendance du dol.

4. *Premiere diſcuſſion de la ſignification du mot* captare.
5. *Seconde diſcuſſion, quelles diſpoſitions ont été improuvées.*
6. *Troiſiéme diſcuſſion, qu'eſt-ce que ſuggeſtion.*
7. *Quatriéme diſcuſſion, dans quel ſens entend-t-on la ſuggeſtion dans certaines Coutumes.*
8. *Cinquiéme diſcuſſion, dans quels cas la preuve de la ſuggeſtion eſt recevable.*
9. *Le mot* captare *n'eſt pas pris en mauvaiſe part dans les Loix.*
10. *De la Loi 25*, cod. de tranſactionibus.
11. *De la Loi 1*, cod. de commerciis.
12. *De la Loi 2*, cod. ſine cenſu vel reliquis.
13. *De la Loi 1*, ff. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit.

14. *Qu'eſt-ce qui produit l'indignité dans le cas de cette Loi.*

15. *Divers moyens employez chez les Romains pour s'attirer des liberalitez.*

On n'a fait aucune Loi pour défendre ces moyens.

Il eſt permis de s'attirer des liberalitez par des prieres, des careſſes & des ſervices.

16. *Quelles ſont les diſpoſitions captatoires que le Droit Romain déclare nulles.*

Forme de l'inſtitution captatoire.

17. *La diſpoſition captatoire n'étoit pas nulle ſi elle n'étoit conditionelle.*

On n'appelle proprement condition que celle qui dépend d'un évenement futur.

18. *Ce que l'on appelle captation n'eſt pas un moyen de nullité fondé ſur le Droit Romain.*

Preuve de cette propoſition.

Si les preſens, les ſervices, les amitiez rendent les diſpoſitions nulles.

Dolus bonus *ne doit pas nuire à celui qui le pratique.*

19. *Le Droit Romain approuve les diſpoſitions attirées par des careſſes.*

20. *Concluſion que la captation, indépendamment du dol n'eſt pas un moyen de nullité.*

21. *Suggeſtion. En quoi certains Auteurs ont fait conſiſter la ſuggeſtion.*

Varieté dans le ſentiment des Auteurs.

22. *Il n'y a point de texte dans le Droit Romain qui mette la ſuggeſtion au nombre des nullitez des diſpoſitions.*

23. *Suggeſtion que ſignifie.*

24. *Suggerer, ce que c'eſt, & dans quel ſens il eſt employé dans les Loix.*

25. *Le Droit Romain autoriſe les diſpoſitions ſuggerées ou inſpirées.*

Quid *ſi les prieres & les careſſes ſont vives, preſſantes & importunes.*

26. *La ſuggeſtion n'eſt un moyen de caſſation qu'autant qu'elle eſt fondée ſur le dol.*

27. *La ſuggeſtion n'eſt pas une eſpece de faux, & la ſimple perſuaſion n'annulle pas les diſpoſitions.*

Embarras des Auteurs lorſqu'ils ont voulu expliquer la nature & les effets de la perſuaſion.

28. *De quelle maniere les Coutumes ont parlé de la ſuggeſtion.*

29. *De la Coutume de Poitou.*

De celles de Peronne, Châlons, Amiens.

30. *Des Coutumes de Rheims & de Touraine.*

31. *De la Coutume de Berry.*

32. *Explication de la Coutume de Poitou.*

33. *Suite.*

34. *Suite.*

35. *La ſuggeſtion dans la Coutume de Poitou eſt priſe dans le ſens de l'inſpiration ou de l'interrogat.*

L'inſpiration & l'interrogat ſont le contraire de la dictation.

36. *Avis de plusieurs Auteurs, conforme.*

37. *En quoi certains Auteurs font consister la suggestion.*

38. *Sentiment de Coquille.*

39. *Le Testament est nul, selon les Auteurs citez, quand la minute a été apportée toute prête.*

On appelle dans les Païs Coutumiers, suggerées, les dispositions que le Testateur n'a pas dictées de son premier mouvement.

Le défaut de dictation & la suggestion sont deux choses differentes.

40. *Avis des Auteurs dans les Coutumes qui n'exigent pas qu'il soit exprimé que le Testament a été dicté sans suggestion.*

41. *Resolution de la difficulté.*

42. *Explication de la Loi* 1, §. persuadere, ff. de servo corrupto.

Toute persuasion n'est pas défenduë, mais seulement celle qui tend au mal, ou qui se fait malis artibus.

43. *Preuve de la fausseté de l'opinion des Auteurs par leurs perplexitez.*

S'il est de l'essence du volontaire que la premiere idée vienne de l'interieur de la personne.

44. *Conclusion. Il n'y a que les voyes que l'on prend pour persuader qui puissent rendre la disposition nulle.*

45. *La captation & la suggestion separées du dol ne sont pas des moyens de nullité.*

L'opinion qui regarde comme suggerées les dispositions faites sur l'interrogat d'autrui n'est pas vraie.

Ni celle qui fait consister la suggestion en la persuasion.

Celle qui la fait consister au dol & à la fraude est la seule vraie.

46. *Disposition de l'Ordonnance de* 1735 *sur la captation & la suggestion.*

47. *Quand est-ce que la preuve des faits de captation & de suggestion est recevable.*

48. *La preuve des faits de captation & de suggestion est recevable, quoique le Testament soit olographe.*

49. *Il faut articuler les faits desquels la preuve de la suggestion artificieuse peut résulter.*

Les faits qui doivent être prouvez, doivent être exprimez dans le Jugement qui ordonne la preuve.

Usage sur ce point avant l'Ordon. de 1667.

On doit articuler les faits de crainte & de violence pour être admis à la preuve.

50. *De la fausseté dans les Testamens.*

C'est une espece de faux lorsque les Notaires, ou autres personnes publiques ou témoins signent hors la presence du Testateur.

51. *Du Testament sur l'interrogat d'autrui.*

52. *Dans quels cas la difficulté peut s'élever.*

53. *Du Testament solemnel écrit.*

54. *Partage d'avis des Inter-*

pretes.
Avis pour la validité du Teſtament.
55. *Sentiment contraire qui eſt le bon.*
56. *Raiſon de cette opinion.*
57. *Il ne ſuffit pas que la volonté du Teſtateur paroiſſe, il faut qu'elle ſoit revêtuë de la formalité requiſe.*
58. *Les Loix exigent que le Teſtateur déclare que l'écrit qu'il preſente eſt ſon Teſtament.*
Diſpoſition de la Loi 21, cod. de Teſtam.
59. *Renouvellée par l'art. 9 de l'Ordonnance de 1735.*
60. *Explication de la Loi 39, §. 1, ff. de Leg. 3.*
61. *La nouvelle Ordonnance auroit abrogé cette Loi.*
62. *Du Teſtament nuncupatif, s'il peut être fait à l'interrogat d'autrui.*
63. *Reſolution pour la nullité du Teſtament.*
64. *Preuves de cette réſolution.*
65. *Confirmation des Loix par l'Ordonnance de 1735.*
66. *Si les legs ou fideicommis faits ſur l'interrogat d'autrui, ſont nuls.*
67. *Si on peut expliquer quelque circonſtance ſur l'interrogat d'autrui.*
68. Quid *dans les Teſtamens faits* inter liberos.
Quid *du Teſtament militaire.*
69. Quid *des diſpoſitions en faveur de la cauſe pie.*
70. *Des diſpoſitions faites ſur l'interrogat d'autrui par Codicile.*

IL n'y a guere de matiere où l'on trouve plus de varieté, & d'embarras dans les Ecrits des Auteurs François, & dans la Juriſprudence des Arrêts des Cours ſuperieures, que dans les Queſtions qui naiſſent de la captation, & de la ſuggeſtion des diſpoſitions teſtamentaires.

1. Varieté & embarras dans les écrits des Auteurs ſur cette matiere.

Cela vient de ce que les Auteurs François abandonnant les regles du Droit Romain, ſe ſont fait une idée particuliere de la captation & de la ſuggeſtion; idée qu'ils ſe ſont formée ſur la diſpoſition de quelques Coutumes qui ſont en trop petit nombre pour pouvoir former le Droit commun du Royaume, encore moins dans les Païs où l'on ſuit le Droit Romain.

2. D'où provient cette varieté.

Les Interpretes du Droit écrit ne ſont pas tombez dans cet inconvenient, parce qu'ils ont pris pour guide les Loix, à l'eſprit deſquelles ils ſe ſont conformez; par-là ils ont compris la veritable nature de la ſuggeſtion & de la captation, & les conditions qui doivent accompagner ces moyens pour rendre inefficaces les diſpoſitions teſtamentaires. Ils ont donc cru que ces moyens ne pouvoient être bons, qu'autant qu'ils ſeroient accompagnez de dol

3. Les Interpretes du Droit Romain ont évité ces embarras.

& de fraude, *si falsæ, & doloſæ ſuggeſtiones adhibitæ ſint*, ſelon les expreſſions de *Menochius de arbit. caſ.* 395, *n.* 4, par où la captation & la ſuggeſtion ne ſont pas des moyens propres & particuliers pour annuller les diſpoſitions teſtamentaires, ils ſont une branche & une dépendance du dol qui doit leur ſervir de fondement; c'eſt ce que nous tâcherons d'établir, ſans nous arrêter à ce que les Auteurs François ont dit de cette matiere.

La captation & la ſuggeſtion ne ſont bonnes qu'autant qu'elles ſont accompagnées du dol ou de la fraude.

Elles ſont une branche & une dépendance du dol.

Pour y parvenir, nous examinerons, 1°. Quelle eſt la ſignification du terme Latin *captare*, duquel dérive le mot François *captation*.

4. Premiere diſcuſſion de la ſignification du mot *captare*.

2°. Quelles ſont les diſpoſitions qui ont été improuvées par le Droit Romain, lorſqu'elles avoient du rapport à la captation.

5. Seconde diſcuſſion. Quelles diſpoſitions ont été improuvées.

3°. Ce que c'eſt que la ſuggeſtion; ſi dans le Droit Romain ce mot étoit pris en mauvaiſe part, de quelle façon on l'entend communément en France, & ſi c'eſt une eſpece de faux comme certains Auteurs l'ont cru.

6. Troiſiéme diſcuſſion. Qu'eſt-ce que ſuggeſtion.

4°. Dans quel ſens doit être entendu le mot *ſuggeſtion* dans les Coutumes qui en parlent ou qui exigent qu'il ſoit exprimé, c'eſt-à-dire, que le Teſtament a été dicté par le Teſtateur *ſans ſuggeſtion*.

7. Quatriéme diſcuſſion. Dans quel ſens entend-t-on la ſuggeſtion dans certaines Coutumes.

Enſuite nous examinerons dans quels cas la preuve des faits de ſuggeſtion eſt recevable, s'il faut diſtinguer les Teſtamens olographes des autres Teſtamens; s'il ſuffit d'alleguer vaguement la ſuggeſtion pour être reçu à la preuve ſans articuler aucun fait, & de quelle nature doivent être les faits afin que la preuve doive être permiſe.

8. Cinquiéme diſcuſſion. Dans quels cas la preuve de la ſuggeſtion eſt recevable.

Il y a pluſieurs textes dans le Droit où le mot *captare* eſt employé, mais il n'y en a aucun où il ſoit pris en mauvaiſe part; c'eſt-à-dire, d'où l'on puiſſe induire qu'une diſpoſition captée doive être annullée.

9. Le mot *captare* n'eſt pas pris en mauvaiſe part dans les Loix.

La Loi 25, *cod. de tranſactionibus*, fait mention d'une tranſaction dont on demandoit la caſſation, ſous prétexte que des neveux avoient fait des relâchemens à leur oncle dans l'eſpoir de profiter un jour de ſa ſucceſſion. *Si majores viginti quinque annis, cum patruo ſive avunculo veſtro tranſegiſtis, vel ei debita donationis causâ, ſine aliquâ conditione remiſiſtis; non idcircò, quòd hoc ejus hereditatis captandæ causâ, id eſt ſpe futuræ ſucceſſionis vos feciſſe proponatis, aliis ei ſuccedentibus inſtaurari finita debent.* Dans cette Loi les mots *captandæ hereditatis causâ*, ſont expliquez dans un ſens honnête & licite par ceux qui ſuivent, *id eſt, ſub ſpe futuræ ſucceſſionis*

10. De la Loi 25, *cod. de tranſactionibus*.

Captation

ſucceſſionis, dans l'eſperance d'avoir un jour la ſucceſſion de l'oncle.

Dans la Loi 1, *cod. de commerciis*; il eſt dit, *ut per cunctos qui emolumenta negotiationis captant*; le mot *captant* eſt pris dans un ſens honnête & licite, & ne ſignifie autre choſe dans cette Loi, ſinon que ceux à qui il étoit permis de négocier dans l'Empire Romain, profitant du fruit & des avantages de leur commerce, devoient payer les penſions que les Loix ordonnoient être payées aux perſonnes puiſſantes.

11. De la Loi 1, *cod. de commerciis.*

Dans la Loi 2, *cod. ſine cenſu vel reliquis fund. compar. non poſſe*, les mots *captantes momentarias neceſſitates*, deſignent des perſonnes qui mettoient à profit les circonſtances d'une neceſſité paſſagere pour obliger les vendeurs à ſe charger du payement des impoſitions des fonds vendus. La Loi ne ſuppoſe point quelque choſe d'illicite dans un tel achat; puiſqu'elle ne le déclare pas nul, elle aſſujettit ſeulement l'acquereur & le poſſeſſeur du fonds au payement des impoſitions réelles du même fonds.

12. De la Loi 2, *cod. ſine cenſu vel reliquis.*

La Loi 1, *ff. ſi quis aliquem teſtari prohib.* qui eſt le texte dont on peut avoir abuſé, pour mettre la captation au rang des moyens capables d'annuller les diſpoſitions, ne décide rien moins; elle porte: *Qui, dum captat hereditatem legitimam, vel ex Teſtamento, prohibuit teſtamentarium introire, volente eo facere teſtamentum, vel mutare: Divus Adrianus conſtituit denegari ei debere actiones; denegatiſque ei actionibus, fiſco locum fore.* En traduiſant ce texte litteralement, on y trouve que l'Empereur Adrien a ordonné qu'il falloit priver de la ſucceſſion legitime ou teſtamentaire, celui qui pour ſe ménager la ſucceſſion qui lui étoit deſtinée par la diſpoſition de la Loi, ou par un Teſtament, a empêché le défunt de faire Teſtament, ou de changer celui qu'il avoit fait, en défendant l'entrée de la maiſon à celui qui étoit requis de recevoir le Teſtament, & que cette ſucceſſion eſt déferée au fiſc.

13. De la Loi 1, *ff. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit.*

On voit donc que c'eſt la violence ou l'empêchement qui fait le crime, qui rend indigne l'heritier legitime ou teſtamentaire, & qui fait déferer la ſucceſſion au fiſc; il ne s'agit pas d'une captation pour faire faire une diſpoſition; c'eſt tout le contraire, puiſque le ſucceſſeur empêche la faction du Teſtament. Ainſi à prendre dans leur veritable ſens les mots, *dum captat hereditatem legitimam vel ex teſtamento*, ils n'ont aucun rapport avec la captation, ils ſignifient ſeulement, que pour ſe ménager l'herédité à lui deſtinée *ab inteſtat*, ou par Teſtament, le ſucceſſeur a empêché le Teſtament qui pourroit la lui ôter; il n'y a point d'autre

14. Qu'eſt-ce qui produit l'indignité dans le cas de cette Loi.

texte où le mot *captare* soit pris dans le sens de la captation, telle que l'entendent certains Auteurs, & considerée comme un moyen capable d'annuller les dispositions. Du moins ces Auteurs n'en ont allegué aucun, nous ne connoissons non plus aucune Coutume qui parle de la captation dans ce même sens.

15. Divers moyens employez chez les Romains pour s'attirer des liberalitez.

Ce n'est pas que chez les Romains on n'employât divers moyens pour s'attirer des liberalitez, comme l'affectation de rendre des services, les presens, les assiduitez, les complaisances, les amitiez déguisées, & autres voyes obliques desapprouvées par les gens qui se piquoient d'une exacte probité, pour engager les vieillards & les veuves qui n'avoient point d'enfans, à leur faire des liberalitez; les Livres sont pleins d'exemples de cette espece. Voyez *Pline l'ancien, Hist. natur. lib.* 20, *cap.* 14; *Pline le jeune, lib.* 2, *epist.* 20; *Seneque, epist.* 8; *Quintilien dans ses déclamations; Martial, lib.* 4, *epigram.* 56, *lib.* 5, *epigram.* 18, *lib.* 6, *epigram.* 63, *& lib.* 8, *epigram.* 27, & plusieurs autres Livres des anciens Romains; mais on n'a jamais fait aucune Loi pour défendre ces voyes, & les dispositions attirées de cette maniere, n'ont jamais été déclarées nulles; on les trouve confirmées au-contraire par deux ou trois textes formels, & précis, dans la Loi 70, *ff. de hered. instit.* dans la Loi derniere, *cod. si quis aliq. testari prohib.* & dans la Loi derniere, *ff. eod. tit. Captatorias institutiones*, dit le premier de ces textes, *non eas Senatus improbavit, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis.* Ou comme s'explique la Loi derniere, *cod. si quis aliquem testari prohib. Judicium uxoris postremum in se provocare maritali sermone, non est criminosum.*

On n'a fait aucune Loi pour défendre ces moyens.

Il est permis de s'attirer des liberalitez par des prieres, des caresses & des services.

16. Quelles sont les dispositions captatoires que le Droit Romain déclare nulles.

Les Loix n'ont annullé les dispositions qu'autant qu'elles tendoient à s'attirer des liberalitez de même nature que celles que les Testateurs faisoient, *captatoriæ scripturæ simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent, l.* 64, *ff. de leg.* 1, *& l.* 11, *cod. de testam. milit.* ce qui n'étoit pas fondé préciſément sur ce que l'on appelle *captation*; mais sur ce que ces liberalitez ainsi faites, & qui sont appellées *captatoires*, étoient conditionnelles, & dépendoient du secret de la volonté d'autrui. La chose s'éclaircit par la forme dont ces liberalitez devoient être conçues pour être nulles: *J'institue Titius en la même portion en laquelle il me fera son heritier.* Une telle institution étoit nulle, non pas tant parce qu'elle tendoit à capter une pareille liberalité; mais parce qu'elle étoit conferée au secret de la volonté d'autrui, *l. captatorias* 70, *ff. de*

Forme de l'institution captatoire.

hered. inſtit. & cela eſt ſi vrai, que la diſpoſition eſt nulle, quoiqu'elle ne tende pas à procurer à celui qui l'a faite, une liberalité ſemblable; comme ſi par exemple il eſt dit, *j'inſtituë Titius en la même portion en laquelle il inſtituera Mœvius, l. 71, §. 1, ff. de hered. inſtit.* la nullité ne vient dans ce cas que de ce que la diſpoſition eſt conferée au ſecret de la volonté d'autrui.

17. La diſpoſition captatoire n'étoit pas nulle ſi elle n'étoit conditionnelle.

C'eſt tout ce que l'on trouve avoir été défendu & improuvé par la Loi Romaine, pour ce qui peut avoir du rapport avec la captation; il faut même prendre garde, que ſi la diſpoſition n'étoit pas proprement conditionnelle, & ne dépendoit pas d'un évenement futur, elle ne ſeroit pas nulle, comme s'il étoit dit, *j'inſtituë Titius en la même portion en laquelle il m'a inſtitué, l. 29, & l. 81, §. 1, ff. de hered. inſtit.* parce que la diſpoſition ne dépend plus de la volonté d'autrui; mais elle dépend d'un évenement qui doit être arrivé pour rendre la diſpoſition valable; que s'il n'eſt point arrivé, elle tombe par un effet naturel de la modification que le Teſtateur y a appoſée, ou ſi l'on veut par un effet de la condition impropre; car on ne peut appeller proprement condition, que celle qui a pour objet un évenement futur.

On n'appelle proprement condition que celle qui dépend d'un évenement futur.

18. Ce que l'on appelle captation n'eſt pas un moyen de nullité fondé ſur le Droit Romain.

De ce que nous venons d'obſerver, il paroît clairement, non-ſeulement que ce que l'on appelle captation, n'eſt pas un moyen fondé ſur le Droit Romain, & capable d'annuller une diſpoſition, autant qu'on voudra diſtinguer la captation, du dol & de la fraude; mais encore que la captation ſéparée du dol & de la fraude, n'empêche pas la validité des diſpoſitions, & que le Droit Romain autoriſe expreſſément les diſpoſitions qu'on peut appeller captées, dans le ſens propre de ce mot.

Preuve de cette propoſition.

Puiſque d'un côté, il n'improuve que les diſpoſitions captatoires, c'eſt-à-dire, celles qui tendent à capter, il faut même pour cela qu'elles ſoient conferées au ſecret de la volonté d'autrui; ce qui eſt le fondement de la nullité, & il n'improuve point les diſpoſitions captées, & attirées par des preſens, des ſervices, des amitiez affectées, & autres voyes qui caracteriſent proprement la captation, non-compliquée néanmoins de dol & de fraude; car les preſens, les affections vrayes ou ſimulées, les ſervices, les complaiſances, les careſſes, les prieres, dans la vûë d'attirer des liberalitez, n'ont pas, à la verité, toute la pureté d'intention, & ne ſont pas loüables, à cauſe du motif d'interêt ſordide, qui en eſt le mobile; mais ces voyes ne ſont pourtant pas déclarées illicites, parce qu'elles n'ont pas une liaiſon neceſſaire avec le dol & la fraude, ce ſera tout-au-plus ce qu'on appelle

Si les preſens, les ſervices, les amitiez rendent les diſpoſitions nulles.

Dolus bonus ne doit pas nuire à celui qui le pratique.

dolus bonus, qui ne doit point nuire à celui qui le met en uſage.

19. Le Droit Romain approuve les diſpoſitions attirées par des careſſes.

D'autre part, le Droit Romain approuve expreſſément les diſpoſitions, quoiqu'elles ayent été attirées par des careſſes, par des prieres, par les affections mutuelles, ſuivant les textes citez.

20. Concluſion que la captation, indépendamment du dol, n'eſt pas un moyen de nullité.

D'où nous pouvons conclure ſurement que la captation ne peut être un moyen pour faire annuller les diſpoſitions teſtamentaires, qu'autant qu'elle a le dol & la fraude pour fondement, & que pour pouvoir employer un tel moyen, il eſt neceſſaire d'y joindre le dol ou la fraude, & d'articuler des faits capables d'induire le dol ou la fraude, ſans quoi la captation doit être conſiderée comme un moyen impuiſſant & inefficace, & la preuve ne doit point en être reçuë.

21. Suggeſtion. En quoi certains Auteurs ont fait conſiſter la ſuggeſtion.

Varieté dans le ſentiment des Auteurs.

Il faut preſentement paſſer à la ſuggeſtion. Il y a des Auteurs qui ont cru qu'il y a nullité par ſuggeſtion, lorſque le Teſtateur interrogé s'il ne vouloit pas faire telle ou telle choſe, répond ſimplement *oüi*. D'autres font conſiſter la ſuggeſtion en la ſimple perſuaſion, ſans examiner ſi l'on a employé de mauvaiſes voyes pour perſuader. D'autres enfin ſont d'avis que les perſuaſions qui forment la ſuggeſtion, doivent être accompagnées, ſinon de force & de violence, du moins d'une induction & circonvention frauduleuſes.

22. Il n'y a point de texte dans le Droit Romain qui mette la ſuggeſtion au nombre des nullitez des diſpoſitions.

Pour connoître quel de ces trois avis eſt le bon, il faut prendre la choſe dans la ſource, & en développer les principes. Nous obſerverons donc qu'on ne trouve dans le Droit Romain aucun texte d'où l'on puiſſe induire que la ſuggeſtion ſoit par elle-même un moyen capable de faire caſſer les diſpoſitions teſtamentaires; mais elle ne peut operer cet effet, qu'autant qu'elle a pour fondement le dol & la fraude.

23. Suggeſtion que ſignifie.

Le mot *ſuggeſtion*, eſt un ſubſtantif qui dérive du verbe *ſuggerer*, ce verbe a été tiré du mot Latin *ſuggerere*, & le mot *ſuggeſtion* n'eſt qu'une traduction du terme Latin *ſuggeſtio*. En connoiſſant donc la veritable ſignification du verbe Latin *ſuggerere*, on ne peut pas ſe tromper ſur la ſignification des mots *ſuggerer* & *ſuggeſtion*.

24. Suggerer. Ce que c'eſt, & dans quel ſens il eſt employé dans les Loix.

Suggerer eſt proprement informer, inſtruire, inſpirer, faire reſſouvenir, conſeiller; & la ſuggeſtion eſt l'action de faire ces choſes. C'eſt dans ce ſens que les mots Latins *ſuggerere* & *ſuggeſtio*, ſont employez dans pluſieurs textes du Droit; & notamment dans la Loi 2, §. 2, *ff. ubi pup. educ. deb.* la Loi 1, §. 21, *ff. de quæſt.* la Loi 5, *cod. de verbor. ſignif.* la Loi 5, *cod. de bonis*

quæ lib. La Loi 5, *cod. de solutionib.* il n'y en a aucun où ces termes soient pris dans un sens qui désigne un moyen capable d'annuller les dispositions testamentaires.

25. Le Droit Romain autorise les dispositions suggerées ou inspirées.

Bien plus, tant s'en faut que la suggestion soit mise au rang des nullitez des dispositions testamentaires par le Droit Romain, il autorise au contraire celles qui se trouvent suggerées, quand on n'a pas employé le dol ou la fraude, puisque quand on prie, quand on inspire par des caresses, des services, *& mutuis affectionibus*, on suggere d'une maniere bien formelle; cependant cela ne rend point les dispositions nulles, & nonobstant ces caresses, & les autres voyes qui renferment la suggestion, les liberalitez sont approuvées, *L.* 70, *ff. de hered. instit. L. ult. cod. si quis aliq. test. prohib. & L. ult. ff. eod. tit.* Ce que nous croyons devoir être observé, quand même les prieres & les caresses seroient vives, pressantes, & même importunes, parce qu'elles n'empêchent pas que la volonté ne soit libre, sans aucun mélange d'involontaire, pourvû qu'on n'ait point employé la violence ou le mensonge, & la fraude, quoiqu'en ayent pû penser quelques Auteurs qui n'ont pas examiné cette difficulté sur les vrais principes, ou qui du moins n'ont pas raisonné conséquemment à ces principes. Car les prieres quoique vives, réïterées & importunes, ne sont pourtant que des prieres; & par conséquent elles sont incapables de produire l'involontaire, *quia hæc omnia voluntarium non tollunt, sed augent*, comme le disent les Théologiens, & notamment *Tournely, de actibus humanis, part.* 3, *de restitutione in particulari.*

Quid si les prieres & les caresses sont vives, & importunes.

26. La suggestion n'est un moyen de cassation qu'autant qu'elle est fondée sur le dol.

D'où il s'ensuit manifestement que la suggestion n'est un moyen de cassation des dispositions, qu'autant qu'elle rend la disposition involontaire, & qu'elle est fondée sur le dol, & que la preuve des faits de suggestion n'est recevable que quand ils tendent à la preuve du dol; c'est-à-dire, que les dispositions ont été surprises par des inspirations & des suggestions artificieuses & frauduleuses, & c'est avec fondement que *Mœnochius de arbitr. casu* 395, *num.* 45, & les autres Interpretes du Droit Romain exigent *quòd falsæ, & dolosæ suggestiones adhibitæ sint.*

27. La suggestion n'est pas une espece de faux, & la simple persuasion n'annulle pas les dispositions.

De-là, nous pouvons tirer encore cette autre conséquence, que les Auteurs qui ont crû que la suggestion étoit une espece de faux, & que la simple persuasion suffisoit pour annuller les dispositions testamentaires, se sont formé une fausse idée de la suggestion; puisque la suggestion proprement dite, telle que nous l'avons désignée ci-dessus, & qui n'est autre que l'inspiration, ou si l'on veut, que la simple persuasion, non-seulement n'a rien de

commun avec le faux, & n'eſt pas un moyen capable d'annuller les diſpoſitions ; mais encore la ſuggeſtion pour devenir un moyen efficace, doit avoir pour fondement le dol, qui eſt un moyen diſtinct & ſéparé du faux ; auſſi les Auteurs qui s'étoient formé cette idée de la ſuggeſtion, ont-ils été extrêmement embaraſſez, lorſqu'ils ont voulu expliquer la nature & les effets de cette perſuaſion ; & de quelle maniere on devoit entendre que les diſpoſitions ſuggerées n'étoient pas volontaires. Ils ont été obligez de recourir à des diſtinctions frivoles, & d'en imaginer de nouvelles pour diſcerner les choſes qui ſont volontaires d'avec les involontaires ; diſtinctions qui n'aboutiſſent à rien, & qui ſont plus propres à obſcurcir qu'à réſoudre les difficultez, au lieu que quand on ſe fait une juſte idée de la ſuggeſtion, qu'on la reſſerre dans ſes juſtes bornes, qu'on n'attribuë pas à la ſimple perſuaſion la vertu d'annuller les diſpoſitions teſtamentaires, comme ont fait ces mêmes Auteurs, toutes ces diſcuſſions ſont inutiles ; il n'eſt plus néceſſaire d'inventer de nouvelles diſtinctions pour connoître en quoi la ſuggeſtion rend les diſpoſitions involontaires ; car dès qu'il eſt néceſſaire que la ſuggeſtion ſoit accompagnée de dol, de fraude, ou d'artifice, pour ſurprendre, ce ſera par les regles du dol qu'on devra juger des effets de la ſuggeſtion ; on connoîtra ſans peine, en quoi conſiſte ce qu'il y a d'involontaire ; car le dol & l'artifice jettent dans l'erreur, & l'erreur excluant la volonté, & le conſentement, on conçoit ſans peine, comment les diſpoſitions ſuggerées par le dol, ſe trouvent involontaires.

Embarras des Auteurs lorſqu'ils ont voulu expliquer la nature & les effets de la perſuaſion.

C'est par les regles du dol qu'il faut juger la suggestion

28. De quelle maniere les Coutumes ont parlé de la ſuggeſtion.

Il y a quelques Coutumes qui ont parlé de la ſuggeſtion ; c'eſt par leurs termes & par leur eſprit, que l'on doit juger de la valeur & du ſens du mot *ſuggeſtion*, dont elles ſe ſervent.

29. De la Coutume de Poitou.

L'article 268 de la Coutume de Poitou, après avoir marqué certaines formalitez, afin qu'un Teſtament ſoit bon & valable, ajoute : *Et ſoit eſdits cas, par ledit Teſtateur, dicté ou nommé ſans ſuggeſtion de perſonne, & que mention en ſoit faite audit Teſtament.* Celle de Peronne, article 162, contient une diſpoſition ſemblable, & les Arrêts ont jugé que dans celles de Châlons & d'Amiens, le Teſtament devoit faire mention qu'il avoit été dicté ſans ſuggeſtion de perſonne ; ils ſont rapportez par *Ricard & Dufreſne ſur l'article 55 de la Coutume d'Amiens, par Billecart ſur l'article 67 de celle de Châlons.* Dans ces Coutumes & autres ſemblables, on doit remplir cette formalité, à peine de nullité.

De celle de Peronne, Châlons, Amiens.

30. Des Coutumes

Il y en a d'autres qui veulent que le Teſtament ſoit dicté, &

nommé par le Teſtateur au Notaire, & aux autres perſonnes publiques qui reçoivent le Teſtament, & aux Témoins qui y aſſiſtent, *ſans ſuggeſtion*, ou *ſans être ſuggeré*, & n'éxigent pas néanmoins que le Teſtament porte, qu'il a été dicté ſans ſuggeſtion. Telles ſont celles de *Rheims*, *article* 289, & celle de *Touraine*, *article* 322. de Rheims & de Touraine.

D'autres, comme celle de *Berry*, *titre* 18, *articles* 8 & 18, joignent la ſuggeſtion avec l'induction, le dol, la fraude, la fauſſeté; *& pour obvier dorénavant aux ſuggeſtions, inductions, dol, fraude, & fauſſeté, que l'on pourroit commettre aux Teſtamens & autres diſpoſitions de derniere volonté, &c.* dit l'article 8; mais elle n'exige point que le Teſtament faſſe mention qu'il a été dicté *ſans ſuggeſtion, induction, &c.* 31. De la Coutume de Berry.

Dans la Coutume de Poitou, & celles qui ont une diſpoſition ſemblable, en introduiſant comme une formalité néceſſaire & indiſpenſable, que le Teſtament fit mention qu'il avoit été dicté ſans ſuggeſtion, elle a ſuppoſé que la ſuggeſtion devoit être préſumée ſans preuve, & ſi le Teſtament ne détruit cette préſomption en établiſſant le contraire, il doit être nul, comme n'ayant pas ſon fondement dans la volonté libre du Teſtateur; car c'eſt l'effet naturel de cette formalité, puiſqu'on n'exige point des formalitez pour prouver une choſe fondée ſur la diſpoſition ou la préſomption du Droit, ou qui ſe préſume d'elle-même ſans autre preuve. 32. Explication de la Coutume de Poitou.

Il ne ſeroit pas raiſonnable de penſer que la Coutume eût fait une telle diſpoſition, ſi elle avoit pris la ſuggeſtion dans le ſens des Auteurs qui prétendent que c'eſt une eſpece de faux, ni dans celui des Auteurs qui la regardent comme une branche du dol & de la fraude; il y a donc lieu de croire que dans ces Coutumes les mots, *ſans ſuggeſtion*, ne ſont employez que pour ſignifier que le Teſtateur a dicté ſes diſpoſitions de ſon pur mouvement, & ſans que perſonne les lui ait inſpirées, ou l'ait interrogé s'il le vouloit ainſi, ſans aucun rapport avec le faux, ni avec le dol & la fraude, ni même avec la ſimple perſuaſion, ce qui peut être fondé ſur ce que dans les Pays de la France Coutumiere, la faculté de teſter n'eſt pas ſi étenduë, & la faveur des Teſtamens n'eſt pas ſi grande qu'elle l'étoit chez les Romains, comme le remarque *Paſquier dans ſes Recherches, livre 2, chap.* 17. 33. Suite.

Car, pourquoi exiger que le Teſtament porte, à peine de nullité, qu'il a été dicté ſans ſuggeſtion, puiſqu'en prenant ce mot dans le ſens du dol ou du faux, les Coutumes exigeroient une preuve

comme il n'eſt point intervenu de vice qui tende à la fauſſeté, au dol, ou à la fraude, tandis que l'on doit préſumer de droit pour l'excluſion de ces vices, & que le contraire doit être juſtifié par celui qui les allegue & qui les employe, comme une nullité des diſpoſitions; ce qui ſeroit abſurde.

35. La ſuggeſtion dans la Coutume de Poitou eſt priſe dans le ſens de l'inſpiration ou de l'interrogat.

Mais la même abſurdité ne ſe rencontre point en prenant la ſuggeſtion dans le ſens qu'elle ſignifie une ſimple inſpiration ou un interrogat, qui ſont l'oppoſé de l'action de dicter, & de nommer, que les mêmes Coutumes veulent être exprimées dans les Teſtamens; & c'eſt eu égard à la diſpoſition de ces Coutumes, que les Auteurs ont eu raiſon de dire, que la perſuaſion ſimple devoit annuller les diſpoſitions, comme n'ayant pas été dictées ſans ſuggeſtion, puiſque ces Coutumes n'exigent que le ſimple interrogat, pour annuller les diſpoſitions, comme nous le dirons bientôt; car comme il arrive aſſez ſouvent, que ceux qui ſont autour du Teſtateur lui inſpirent ce qu'il doit faire en diſpoſant, & lui ſuggerent de faire des liberalitez, qu'il ne dicte pas par conſéquent, de ſon pur mouvement, on a pû porter la préſomption du côté de ce qui arrive aſſez communément, ſans même qu'il y ait de crime de la part de ceux qui le font; mais le faux & le dol étant des crimes, il ſeroit abſurde de les ſuppoſer ſans preuve, de tourner de ce côté la préſomption de droit, & d'exiger une preuve comme ils n'ont pas été commis.

L'inſpiration & l'interrogat ſont le contraire de la dictation.

36. Avis de pluſieurs Auteurs, conforme.

La réflexion que nous venons de faire eſt appuyée ſur l'avis de pluſieurs Auteurs, & notamment de *Labbé, ſur la Coutume de Berry, titre* 18, *article* 8; *Buridan, ſur celle de Rheims, article* 289, *nombres* 15 *&* 17; *Dufreſne, ſur celle d'Amiens, article* 55, *nombre* 17; *Adrien Deheu ſur le même article, nombres* 46, 47, *& ſuivans; Lalande, ſur l'article* 289 *de celle d'Orleans, nombre* 26; *du judicieux Coquille, ſur la Coutume de Nivernois, chapitre* 33 *des Teſtamens, article* 13, *& de Billecart, ſur l'article* 67 *de la Coutume de Châlons.*

37. En quoi certains Auteurs font conſiſter la ſuggeſtion.

Labbé, expliquant en quoi conſiſte la ſuggeſtion, dit en propres termes, *que l'on commet ſuggeſtions ès Teſtamens ou autres diſpoſitions de derniere volonté, quand l'on demande au Teſtateur, s'il ne veut pas inſtituer un tel ſon heritier, s'il ne veut pas donner à tel telle choſe. Suggerere enim eſt indicare, monere.* Buridan, au lieu cité, dit encore, *ſi celui qui reçoit le Teſtament, ou quelqu'autre perſonne demande ou interroge le Teſtateur, s'il veut & ordonne telle choſe, ſans que de lui-même il l'ait premierement dicté & nommé ainſi, le Teſtament ſera auſſi nul & argué de ſuggeſtion.* Billecart fait conſiſter la ſuggeſtion

au

au seul interrogat, auquel le Testateur répond *oui*, & *Godet* sur le même article 67, en dit autant.

38. Sentiment de Coquille.

Coquille insinue la même chose, lorsqu'il dit qu'il faut que le premier mouvement vienne du Testateur, & que quand on interroge spécialement de tel, ou de tel, c'est suggestion.

39. Le Testament est nul selon les Auteurs cités, quand la minute a été apportée toute prête.

Les cinq ou six Auteurs que nous avons citez décident encore que le Testament est nul, lorsque la minute en a été apportée toute dressée, & que le Testateur n'a fait que la signer, après en avoir entendu la lecture; quelques-uns disent que c'est par l'effet de la suggestion. *Buridan* tient que c'est parce qu'il n'a pas été dicté par le Testateur au Notaire en presence des témoins; mais les uns & les autres s'accordent à regarder comme suggerées, dans les Coutumes qui parlent de la suggestion, toutes les dispositions que le Testateur ne dicte pas de son pur & premier mouvement, sans examiner si l'on a employé des voyes mauvaises pour surprendre sa volonté. C'est précisément la disposition de ces Coutumes, qui a fait équivoquer les Auteurs, qui ont traité la matiere de la suggestion, lorsqu'ils ont voulu allier la disposition du Droit Romain avec les regles prescrites par les Coutumes, en confondant le défaut de *dictation* avec la suggestion, qui sont pourtant deux choses differentes.

On appelle dans les Pays Coutumiers, suggerées, les dispositions que le Testateur n'a pas dictées de son premier mouvement.

Le défaut de dictation & la suggestion sont deux choses differentes.

40. Avis des Auteurs dans les Coutumes qui n'exigent pas qu'il soit exprimé que le Testament a été dicté sans suggestion.

A l'égard des autres Coutumes, qui n'exigent pas comme une formalité, que le Testament porte, qu'il a été dicté sans suggestion, *Labbé*, *Buridan*, *Coquille*, *Lalande*, *Godet* & *Billecart*, s'expliquent de façon à faire comprendre, que les dispositions doivent être regardées comme suggerées, & par conséquent nulles, lorsque le premier mouvement ne vient pas de la volonté du Testateur, & qu'elles ont été inspirées par un simple interrogat du Notaire, ou de quelqu'autre personne, même sans employer le faux, ou le dol & la fraude; d'autres pensent qu'il faut que les persuasions qui forment la suggestion, soient accompagnées sinon de force & de violence, du moins d'une induction, ou circonvention frauduleuse; c'est-à-dire, que la suggestion soit fondée sur le dol & la fraude. *Boucheul, sur la Coutume de Poitou, art.* 268 & 270, est de cet avis.

41. Résolution de la difficulté.

Quoique la premiere opinion soit plus conforme à la disposition, & à l'esprit des Coutumes, qui exigent la *dictation*, & qui parlent de la suggestion, comme de l'opposé de la dictation; nous croyons néanmoins que le second avis ne peut pas souffrir aujourd'hui de doute dans tout le Royaume, soit en Pays de Droit écrit, où l'on ne suit point les Regles prescrites par les Coutumes,

ſoit en Pays Coutumier, parce que, comme nous l'avons prouvé, la ſuggeſtion n'eſt un moyen de caſſation, qu'autant qu'il eſt fondé ſur le dol, & la fraude, & que la nouvelle *Ordonnance de* 1735, *article* 23, ayant abrogé la formalité d'exprimer que le Teſtament a été dicté, & nommé ſans ſuggeſtion, il faut revenir à la veritable idée que l'on doit concevoir de la ſuggeſtion, & ne lui attribuer d'effet qu'autant que la volonté du Teſtateur ſe trouvera avoir été ſurpriſe par dol & fraude, ſans toucher néanmoins à la queſtion que nous examinerons bientôt, ſi le Teſtament & les diſpoſitions ſur l'interrogat d'autrui ſont ou ne ſont pas bonnes; car il ne faut pas confondre ce moyen avec la ſuggeſtion, parce que leurs principes ſont differens.

41. Explication de la Loi, §. *perſuadere*, ff. *de ſervo corrupto.*

Explication de la l. 1. §. perſuadere

Du reſte, nous ne devons pas omettre que pluſieurs Auteurs ont fait une mauvaiſe application de la Loi 1, §. *perſuadere* 3, ff. *de ſervo corrupto*, qui porte, *perſuadere autem eſt plus quàm compelli atque cogi ſibi parere*, pour en induire que la ſuggeſtion conſiſtant en la ſimple perſuaſion, ſelon eux, a quelque choſe de plus dangereux, & de plus mauvais que la violence; car en cela, il faut conſiderer les voyes que l'on prend pour perſuader. Perſuader des choſes juſtes, ou même perſuader des choſes qui ne ſont pas défenduës, & n'employer que des voyes légitimes, comme de faire quelque liberalité par de bonnes conſiderations, & des motifs juſtes, ce ne ſeroit pas le cas de la nullité par ſuggeſtion, on ne pourroit ſe plaindre de la diſpoſition, & l'attaquer, que dans le cas qu'on eût uſé de dol, de fraude, ou d'artifice pour ſurprendre la volonté du Teſtateur. En effet, la Loi oppoſée n'improuve pas toute perſuaſion, elle n'improuve que celle qui tend à corrompre l'eſprit de l'eſclave dont elle parle; car, ajoute le même texte, on peut perſuader le bien ou le mal. Au premier cas, on n'eſt point coupable, c'eſt le ſecond ſeulement que la Loi défend, *nam & bonum conſilium quis dando poteſt perſuadere, & malum, & ideò Prætor adjecit dolo malo quo eum deteriorem faceret, neque enim delinquit, niſi qui tale aliquid ſervo perſuadet ex quo eum faciat deteriorem.* Ainſi, il eſt clair que les Auteurs qui ont employé ce texte pour en induire que toute perſuaſion étoit mauvaiſe, & annulloit la diſpoſition, en ont abuſé.

Toute perſuaſion n'eſt pas défenduë mais ſeulement celle qui tend au mal, ou qui ſe fait *malis artibus.*

42. Preuve de la fauſſeté de l'opinion des Auteurs par leurs perplexitez.

Rien ne prouve mieux le peu de fondement de l'opinion des Auteurs, qui font conſiſter la ſuggeſtion en la ſimple perſuaſion, que l'aveu qu'ils ſont obligez de faire, que quoique leur théorie ait beaucoup d'étenduë, comme elle en a veritablement, ſelon leur idée, elle n'a pourtant pas beaucoup d'effet dans la pratique;

ce n'eſt pas néanmoins par les raiſons qu'ils alleguent; mais c'eſt parce qu'il eſt aſſez difficile, qu'un Juge équitable conçoive, que la ſimple perſuaſion, ſans être caracteriſée de dol, de fraude, ou d'artifice ſuffiſe pour annuller une diſpoſition, tandis qu'il y a des Loix expreſſes qui décident nettement, que les prieres & les careſſes qui ont quelque choſe de plus fort que la ſimple perſuaſion, n'empêchent pas la validité des diſpoſitions teſtamentaires, & que l'on voit par une experience que tout homme raiſonnable fait pour ainſi dire chaque jour, qu'il y a une infinité de choſes, que l'on agrée & que l'on fait volontairement, ſans qu'on ſoit le premier à en concevoir l'idée, & que l'on ne fait que par l'inſpiration d'autrui; cependant, l'action n'en eſt ni moins libre, ni moins volontaire, parce que dans ce cas, la volonté inſpirée ſe détermine librement par les convenances & par le plaiſir qu'elle prend à la choſe. Cela ſe développe & ſe confirme par la connoiſſance de ce qui eſt volontaire ou involontaire. Les Théologiens qui ont mieux connu & expliqué ce point que les Juriſconſultes qui ont raiſonné là-deſſus ſans principes, diſent : *Sicut voluntarium eſt illud quod habet ortum à principio intrinſeco, cum cognitione finis; ita involuntarium dicitur eſſe illud, quod non habet ortum à voluntate veluti à principio intrinſeco; Joannes Puteanus* dans ſon Commentaire ſur la ſomme de Saint Thomas, 1, 2, queſtion 6, article 5; ainſi, tout ce que la volonté reçoit ou approuve, *cum cognitione finis*, eſt purement volontaire, parce que, ſelon la remarque de *Saint Thomas*, au lieu cité, *ad ſecundum, voluntarium dicitur quod eſt ſecundum inclinationem voluntatis*; mais il n'eſt pas néceſſaire que le principe intrinſeque qui forme le volontaire, ſoit le premier principe de l'acte volontaire, il ſuffit que la volonté l'adopte librement & avec connoiſſance, *licet de ratione voluntarii ſit quod principium ejus ſit intra; non tamen eſt contra rationem voluntarii, quod principium intrinſecum cauſetur vel moveatur ab exteriori principio, quia non eſt de ratione voluntarii quod principium intrinſecum ſit principium primum.* Ce ſont les propres paroles de *Saint Thomas*, 1, 2, queſtion 6, article 1, *ad primum.* Et ſelon les Philoſophes, ce qui conſtituë l'eſſence d'un acte libre eſt, 1°. La perception ou premiere notion. 2°. Le jugement par lequel on examine & l'on juge de la bonté & de la connoiſſance de l'acte. 3°. Après cet examen la volonté ſe détermine & agit en conſéquence. Une perſonne à laquelle on inſpire de faire une liberalité, fait toutes ces opérations, & diſpoſe librement.

S'il eſt de l'eſſence du volontaire que la premiere idée vienne de l'interieur de la perſonne.

44. Conclusion. Il n'y a que les voyes que l'on prend pour persuader qui puissent rendre la disposition nulle.

Il n'y a donc que les voyes que l'on prend pour inspirer & pour persuader, qui puissent rendre l'action involontaire ; si l'on est persuadé par des raisons insidieuses, ou par des artifices capables de surprendre, alors il n'y a point de volonté libre qui puisse servir de fondement à la disposition, & c'est le cas de l'involontaire mixte ; que si l'on n'est induit ou persuadé que par de bons motifs, la volonté se déterminant par son propre choix, par le merite & la solidité des raisons, qui font trouver la chose bonne ou convenable, *cum cognitione finis*, il y a une volonté purement & parfaitement libre, qui sert de fondement solide à la disposition. Voyez le commencement de ce chapitre, nombres 8, 9, & 10.

45. La captation & la suggestion séparées du dol ne sont pas des moyens de nullité. L'opinion qui regarde comme suggerées les dispositions faites sur l'interrogat d'autrui, n'est pas vraie. Ni celle qui fait consister la suggestion en la persuasion. Celle qui la fait consister au dol & à la fraude, est la seule vraye.

Dès que l'on s'est formé une juste idée de la suggestion & de la captation, & que l'on est persuadé, comme il nous paroît qu'on doit l'être, que ce ne sont pas des moyens de nullité differens du dol & de la fraude, on s'apperçoit que la premiere opinion qui déclare suggerées les dispositions faites sur l'interrogat d'autrui, & la seconde, qui la fait consister en la simple persuasion, n'ont aucun fondement dans le Droit, & que la troisiéme qui la fait consister au dol, ou en la fraude, est la seule veritable ; après quoi les doutes qui peuvent naître de cette matiere ne paroîtront plus si difficiles à résoudre.

46. Disposition de l'Ordonnance de 1735, sur la captation & la suggestion.

L'Ordonnance de 1735 ne regle rien sur cela, elle se contente de réserver dans l'article 47, les nullitez tirées des dispositions des Loix ou des Coutumes, & nommément la suggestion & captation, lesquelles pourront être alleguées, sans qu'il soit nécessaire de s'inscrire en faux à cet effet, pour y avoir, par les Juges, tel égard qu'il appartiendra. Elle laisse donc les nullitez prises de la suggestion & captation, dans les termes du Droit commun.

47. Quand est ce que la preuve des faits de captation & de suggestion est recevable.

Venant donc au détail des difficultez qui se presentent sur cette matiere, nous disons premierement, que la preuve des faits de suggestion est recevable toutes les fois que ces faits tendront à prouver que les dispositions ont été surprises par dol, fraude, artifice, instigations frauduleuses, capables d'avoir déterminé le Testateur à disposer contre sa volonté, & que cette preuve peut être faite par Témoins, nonobstant les Ordonnances de Moulins & de 1667, parce qu'il est question de faits qui ne peuvent pas faire la matiere des conventions.

48. La preuve des faits de captation

En second lieu, que les Testamens olographes pouvant avoir été surpris par dol & par des instigations frauduleuses & artificieu-

ſes, on ne peut pas moins attaquer & faire caſſer ces Teſtamens que ceux d'une autre eſpece, quoiqu'en ayent pû dire certains Auteurs; car le dol & la fraude ne ſont pas des moyens moins efficaces pour annuller les Teſtamens olographes, quoiqu'écrits, dattez & ſignez par les Teſtateurs, que les autres Teſtamens, puiſque rien n'empêche que l'eſprit du Teſtateur n'ait pû être ménagé par des artifices, au point de lui faire écrire des diſpoſitions ſuggerées; mais il faut toujours en revenir à cette regle, que les diſpoſitions qu'il a couchées étant l'effet de la ruſe & de l'artifice, & n'étant pas fondées ſur ſa volonté libre & dégagée de toute impreſſion étrangere, elle n'eſt pas moins nulle, que ſi le Teſtateur ne l'avoit pas écrite, tout comme on ne laiſſe pas de caſſer des conventions frauduleuſes, & compliquées de dol, quoique celui des contractans qui les attaque les ait écrites & ſignées de ſa propre main.

& ſuggeſtion eſt recevable, quoique le Teſtament ſoit olographe.

49.

En troiſiéme lieu, qu'il ne ſuffit pas de demander vaguement la preuve de la captation & ſuggeſtion pour y être reçû. Si l'on a des preuves écrites, qui établiſſent par des conjectures & des indices clairs le dol & la fraude dont on a uſé, on peut les faire valoir; mais pour être reçû à la preuve teſtimoniale, il faut articuler les faits, il eſt néceſſaire que ces faits ſoient concluans; c'eſt-à-dire, qu'ils tendent à prouver du moins par des conjectures violentes, & par des indices clairs, que le dol & la fraude ont ſervi de fondement aux diſpoſitions; & comme l'explique Claude-Joſeph de Ferriere: *Il faut appercevoir au moins du côté du Teſtateur, les traces d'une volonté contraire aux diſpoſitions qu'il a faites, & du côté de ceux auſquels on impute la ſuggeſtion des veſtiges de cet artifice qui la caracteriſe, à la faveur de quoi on découvre qu'ils ſont parvenus à déterminer le Teſtateur à adopter comme ſienne une volonté étrangere.* Il faut donc que les faits tendent à ces deux objets, leſquels étant remplis, la preuve ſe trouvera ſuffiſante. En uſer autrement, ce ſeroit expoſer les heritiers teſtamentaires & les légataires à la vexation & à la calomnie, dont on ne voit que trop d'exemples. Il importe donc que les Juges ſoient extrêmement réſervez ſur ces preuves, & qu'ils ſuivent à cet égard ce qu'ils ont accoutumé de pratiquer lorſqu'ils ordonnent la preuve des faits articulez pour établir le dol & la fraude, quand il s'agit de la reſciſion d'un contrat compliqué de ce vice, ce qui eſt fondé ſur la diſpoſition de l'article 1 du titre 22 de l'Ordonnance de 1667, qui veut qu'aux matieres, *où il échera de faire des enquêtes, le même Jugement qui les ordonnera, contiendra les faits des*

Il faut articuler les faits deſquels la preuve de la ſuggeſtion artificieuſe peut réſulter.

Les faits qui doivent être prouvez doivent être exprimez dans le

Jugement qui ordonne la preuve.

Parties dont elles informeront respectivement si bon leur semble. Il est vrai qu'avant cette Ordonnance l'usage étoit d'ordonner les enquêtes sans avoir choisi les faits; les Parties dressoient un *intendit* où elles comprenoient tous les faits qu'elles vouloient prouver, & le Juge interrogeoit les témoins sur ces faits, ensuite en jugeant le Procès, les Juges choisissoient les faits afferans; mais cet usage a été abrogé, & par conséquent, on ne peut plus s'arrêter à l'opinion des Auteurs antérieurs à l'Ordonnance de 1667, qui ont crû sur le fondement de l'ancien usage, que les faits ne devoient pas être articulez avant d'ordonner la preuve, & nous croyons qu'il doit en être de même des faits de crainte & de violence par la même raison.

Usage sur ce point avant l'Ordonnance de 1667.

On doit articuler les faits de crainte & de violence pour être admis à la preuve.

50. De la fausseté dans les Testamens.

Du reste nous ne parlons point de la fausseté qui se commet aux Testamens, elle a trop d'étenduë, & feroit une diversion trop considerable; nous nous contentons de renvoyer à ce qu'en a écrit *Ricard, des Donations, tome* 1, *part.* 3, *chap.* 1. Nous observerons seulement que *l'Ordonnance de* 1735, *article* 48, donne à entendre que c'est une espece de faux, lorsque les Notaires, Tabellions, ou autres personnes publiques, ou les témoins signent les Testamens, codiciles ou autres actes de derniere volonté, ou les actes de suscription des Testamens mistiques, sans avoir vû le Testateur, & sans l'avoir entendu prononcer ses dispositions, sans avoir vû presenter l'écrit qui les contient lors de la suscription, puisqu'elle veut que ces personnes soient poursuivies extraordinairement à la Requête des Procureurs du Roi ou des Seigneurs, & que les Notaires, Tabellions ou autres personnes publiques soient condamnez à la mort, & les témoins à telles peines afflictives, & infamantes qu'il appartiendra.

C'est une espece de faux lorsque les Notaires ou autres personnes publiques, ou les témoins signent hors la presence du Testateur.

51. Du Testament sur l'interrogat d'autrui.

Le rapport que le Testament fait sur l'interrogat d'autrui a avec la suggestion, selon le sens que lui donnent certaines Coutumes, & l'opinion des Auteurs citez, nous engage à examiner ici la validité ou invalidité de ce Testament.

52. Dans quels cas la difficulté peut s'élever.

La contestation peut s'élever, 1°. Dans les Testamens écrits. 2°. Dans les Testamens nuncupatifs. 3°. Par rapport aux enfans, & à la cause pie. 4°. Par rapport aux legs & fideicommis particuliers contenus dans les Testamens nuncupatifs. 5°. Par rapport aux dispositions contenuës dans les codiciles, nous allons examiner tous les cas particuliers.

53. Du Testament solemnel écrit.

Dans le Testament écrit, la difficulté peut se presenter, si au lieu par le Testateur, en presentant l'écrit au Notaire & aux témoins, pour y apposer l'acte de suscription, de déclarer de sa

bouche, que cet écrit eſt ſon Teſtament, & qu'il contient ſa volonté, il eſt ſeulement interrogé ſi l'écrit eſt ſon Teſtament, & qu'il réponde oui.

54. Partage d'avis des Interpretes.

Sur cette difficulté les Interpretes ſont partagez, les uns tiennent que le Teſtament eſt bon, ils ſont rapportez en grand nombre par *Menochius*, *lib.* 4, *præſumpt.* 8, *& par Manzius de Teſtam. valido & invalido*, *tit.* 3, *quæſt.* 5; ils prétendent même que c'eſt l'opinion la plus commune, ils ſe fondent principalement ſur la Loi *Pamphilo* 39, *§.* 1, *ff. de leg.* 3, & ſur ce qu'il doit être indifferent, que le Teſtateur faſſe connoître ſa volonté par lui ou par autrui, tout comme il eſt indifferent qu'il écrive ou qu'il faſſe écrire le nom de l'heritier, & ſes autres diſpoſitions. Voyez *Cambolas*, *liv.* 3, *chap.* 12.

Avis pour la validité du Teſtament.

55. Sentiment contraire, qui eſt le bon.

D'autres ſoutiennent l'opinion contraire, & prétendent qu'un Teſtament fait à l'interrogation d'autrui eſt nul. Ce ſentiment nous paroît ſans contredit, le ſeul bon, & le ſeul ſoutenable, ſelon les principes établis par les Loix.

56. Raiſons de cette opinion.

En effet, la forme des Teſtamens a été reglée par les Loix, elle eſt de Droit public, les Teſtateurs ne peuvent ni s'en diſpenſer, ni s'en écarter, elle doit être exactement ſuivie, autrement le Teſtament eſt nul.

57. Il ne ſuffit pas que la volonté du Teſtateur paroiſſe, il faut qu'elle ſoit revêtue de la formalité requiſe.

Pour faire valoir un Teſtament, il ne ſuffit pas que la volonté du Teſtateur paroiſſe, il faut encore que cette volonté ſoit appuyée des formalitez, que les Loix veulent être obſervées, pour la rendre efficace.

58. Les Loix exigent que le Teſtateur déclare que l'écrit qu'il preſente eſt ſon Teſtament.

Or les Loix veulent & ordonnent expreſſément, que quand un Teſtateur aura écrit ou fait écrire ſa volonté par une perſonne affidée, il déclare lui-même de ſa bouche, que l'écrit qu'il preſente aux témoins, eſt ſon Teſtament, & qu'il contient ſa volonté. Cette formalité eſt eſſentielle pour donner la force aux diſpoſitions. Il faut donc la remplir en la forme preſcrite, autrement le Teſtament eſt nul & inefficace, *dum tamen teſtibus præſentibus, Teſtator ſuum eſſe Teſtamentum dixerit, quod offertur*, ſelon les expreſſions de la Loi *hac conſultiſſima* 21, *cod. de Teſtam.* Ainſi il n'eſt pas indifferent, comme l'ont penſé les Auteurs qui tiennent la premiere opinion, que le Teſtateur déclare ſa volonté par lui ou par autrui, puiſque la Loi exige qu'il la déclare lui-même de ſa propre bouche.

Diſpoſition de la Loi 21, *cod. de Teſtam.*

59. Renouvellée par l'art 9 de l'Ordonnance de 1735.

La diſpoſition de cette Loi ayant été renouvellée par *l'article 9 de l'Ordonnance de* 1735, qui veut que le Teſtateur déclare que le contenu au papier eſt ſon Teſtament, il faut que cette formalité

soit remplie en la maniere qu'elle est prescrite, sans pouvoir y suppléer par des équipolens, & il n'y a plus aucun lieu de douter qu'en France le Testament ne soit nul si le Testateur n'a pas fait lui-même cette déclaration, nonobstant le sentiment contraire des Interpretes, comme ayant été abrogé & proscrit par cette nouvelle Loi, qui rétablit dans la pureté le Droit Romain, de l'esprit duquel les Interpretes s'étoient éloignez; mais cette nullité ne vient pas de la suggestion, comme le pensent les Auteurs Coutumiers que nous avons citez, elle vient d'une autre cause, c'est-à-dire, de ce que le Testateur ne fait pas la déclaration que la Loi exige en pareil cas, & que la formalité prescrite n'est pas remplie.

60. Explication de la Loi 39, §. 1, *ff. de leg.* 3.

La Loi 39, §. 1, *ff. de leg.* 3, ne fait rien pour appuyer le sentiment contraire; car dans l'espece de cette Loi, il ne s'agit pas de la substance de la volonté du Testateur, comme dans notre cas, il est question de l'explication d'une circonstance que le Testateur n'avoit pas éclairci. Voilà pourquoi la réponse sur l'interrogat d'autrui devoit suffire pour lever le doute.

61. La nouvelle Ordonnance auroit abrogé cette Loi.

Quoiqu'il en soit de cette Loi, dès que la nouvelle Ordonnance a rétabli la disposition de la Loi 21, *cod. de Testam.* Si la Loi 39, §. 1, *ff. de leg.* 3, disoit quelque chose de contraire, ce qui n'est pas, elle seroit abrogée, & dès qu'il est nécessaire que le Testateur fasse lui-même la déclaration, il ne peut pas remplir la formalité prescrite par une simple réponse à l'interrogat d'autrui.

62. Du Testament nuncupatif, s'il peut être fait à l'interrogat d'autrui.

La même diversité d'opinions que nous venons de remarquer touchant le Testament écrit, se rencontre par rapport au Testament nuncupatif. Il y a même plus, c'est que le Parlement de Toulouse a rendu des Arrêts, qui tantôt ont cassé les Testamens faits sur l'interrogat d'autrui, comme on peut le voir dans *M. Maynard, livre 5, chapitre 6*, & tantôt ont confirmé ces Testamens, *M. de Cambolas, livre 5, chap. 5.*

63. Résolution pour la nullité du Testament.

Mais comme il n'y a point de difference à faire à cet égard entre le Testament écrit & le Testament nuncupatif, & que dans l'un & l'autre le Testateur doit lui-même faire la déclaration sur l'écrit ou sur sa volonté, le Testament nuncupatif fait sur l'interrogat d'autrui est nul, soit que l'on considere l'esprit du Droit Romain & des Coutumes qui exigent *la dictation* de la volonté, ou la disposition de la nouvelle Ordonnance.

64. Preuves de cette résolution.

La Loi *hæredes palam* 21, *ff. qui Testam. fac. poss.* veut que le Testateur prononce lui-même, en presence des témoins, le nom de

de ſes heritiers, *heredes palam ita ut exaudiri poſſint, nuncupandi ſunt.* La Loi *hac conſultiſſima* 21, *§. per nuncupationem* 2, *cod. de Teſtam.* & le *§.* dernier aux *inſtit. de Teſtam. ordin.* exigent auſſi comme une formalité eſſentielle, que le Teſtateur explique ſa volonté aux témoins, de maniere qu'ils puiſſent l'entendre, autrement le Teſtament eſt nul. *Teſtamenta non alias valere ſancimus.* Les Coutumes ſont encore plus expreſſes, & doivent être obſervées plus rigoureuſement.

65. Confirmation des Loix par l'Ordonnance de 1735.

La diſpoſition de ces Loix a été confirmée & renouvellée par *l'article 5 de l'Ordonnance de* 1735, qui porte, *lorſque le Teſtateur voudra faire un Teſtament nuncupatif, il en prononcera intelligiblement toutes les diſpoſitions en preſence de ſept témoins.* Or ſi le Teſtateur doit prononcer lui-même intelligiblement toutes ſes diſpoſitions, il eſt clair qu'il ne ſuffit pas qu'étant interrogé ſur ſes diſpoſitions, il réponde ſimplement *oui*, ou par quelqu'autre parole qui démontre un conſentement, parce que la Loi exige autre choſe; mais ce n'eſt pas de la ſuggeſtion que la nullité émane, elle dérive d'un défaut de formalité preſcrite par les Loix & par l'Ordonnance, qu'il ne faut pas confondre avec la ſuggeſtion qui attaque la diſpoſition par le défaut de volonté, ce que ne fait pas le défaut de formalité.

66. Si les legs ou fideicommis faits ſur l'interrogat d'autrui ſont nuls.

Le Teſtateur devant prononcer intelligiblement toutes les diſpoſitions qu'il fait par Teſtament, il s'enſuit que quand il ne s'agiroit que d'un legs ou d'un fideicommis particulier contenu dans un Teſtament, il ſeroit nul, s'il n'avoit été fait que ſur l'interrogation d'autrui, & ſi le Teſtateur ne l'avoit pas prononcé; quoique ſuivant la Loi 22, *cod. de fideicomm.* le fideicommis puiſſe être laiſſé *nutu*; car cela ne s'entend, ſelon *M. Cujas, Conſult.* 36, que des fideicommis faits hors du Teſtament; & quand la Loi devroit être entenduë autrement, elle ſeroit abrogée par la nouvelle Ordonnance, dès qu'elle exige que le Teſtateur prononce toutes les diſpoſitions de ſon Teſtament, n'y ayant pas lieu de douter que les mots *toutes les diſpoſitions*, ne comprennent les legs & les fideicommis particuliers, tout comme les inſtitutions, les ſubſtitutions & les fideicommis univerſels, & la même formalité doit être obſervée à cet égard aux diſpoſitions particulieres, qu'aux diſpoſitions univerſelles, parce que la Loi l'exige ainſi.

67. Si l'on peut expliquer quelque circonſtance ſur l'interrogat d'autrui.

Il eſt vrai que s'il ne s'agiſſoit pas de la ſubſtance de la diſpoſition; mais qu'il fût queſtion ſeulement de quelque circonſtance néceſſaire pour expliquer la diſpoſition, circonſtance omiſe par

le Teſtateur, il ſuffiroit qu'étant interrogé pour expliquer cette circonſtance, il répondit *oui*, ou par quelqu'autre terme qui dénotât ſon conſentement, ſuivant la Loi 39, §. 1, *ff. de leg.* 3: car c'eſt le veritable cas de cette Loi, à laquelle l'Ordonnance n'a pas dérogé à cet égard.

68. *Quid* dans les Teſtamens faits *inter liberos.*

La nullité des diſpoſitions que le Teſtateur n'a pas prononcées lui-même doit avoir lieu, non-ſeulement par rapport aux étrangers, mais encore *inter liberos*, comme le décident *M. Maynard, livre* 5, *chapitre* 7, *Chopin*, & quelques autres Auteurs; & cela eſt encore plus indubitable par la nouvelle Ordonnance, qui n'a pas excepté les diſpoſitions *inter liberos* de cette formalité, & ne les en a pas diſpenſées, elle a ſeulement réduit le nombre des témoins à deux par *l'article* 15, ſans toucher aux autres formalitez requiſes dans les Teſtamens en faveur des perſonnes d'une autre qualité; elle exige auſſi la même formalité dans toutes les autres eſpeces de Teſtament dont elle parle, comme le militaire, en tems de peſte, & les autres, quoiqu'ils ayent des formalitez particulieres; parce que l'Ordonnance n'a pas non-plus diſpenſé ces Teſtamens de la formalité qu'elle exige, que le Teſtateur prononce ou dicte ſes diſpoſitions en preſence des témoins & de la perſonne publique qui les reçoit.

Quid du Teſtament militaire.

69. *Quid* des diſpoſitions en faveur de la cauſe pie.

Elle doit encore avoir lieu à plus forte raiſon, à l'égard de la cauſe pie, quoiqu'en ayent pû dire quelques Auteurs, parce que la cauſe pie eſt aſſujettie aux mêmes formalitez que les perſonnes étrangeres, par *l'article* 78 *de l'Ordonnance de* 1735.

70. Des diſpoſitions faites ſur l'interrogat d'autrui par codicile.

A l'égard des diſpoſitions contenuës dans les codiciles, nous croyons qu'elles ſont valables en Pays de Droit écrit, quoique le codicillant ne les prononce pas lui-même, & qu'il ne faſſe que répondre à l'interrogatoire d'autrui, pourvû que d'ailleurs, il n'y ait point de fraude pratiquée, que le Teſtateur connoiſſe ce qu'il fait, & qu'il articule bien ſes réponſes. La raiſon eſt parce que ni le Droit Romain, ni l'Ordonnance n'exigent pas cette formalité dans les codiciles. L'Ordonnance ne parlant que des diſpoſitions teſtamentaires, il n'y a donc pas lieu d'étendre ſa diſpoſition aux codiciles, qui, ſelon les textes du Droit, n'exigent aucune ſolemnité, *nullam ſolemnitatem ordinationis deſiderant*, §. *ult. inſtit. de codicillis.* V. Cambolas, *liv.* 3, *chap.* 12, & Cujas, *Conſult.* 36.

les codiciles ſont bons dans les pais de droit ecrit quoyque le Codicillant ne prononce pas ſes dispositions il ne faille que répondre aux interrogats d'autruy

SECTION IV.

De l'Erreur, de la fauſſe Cauſe, fauſſe Condition, fauſſe démonſtration, & autres ſemblables.

SOMMAIRE.

1. *Si l'erreur annulle les diſpoſitions teſtamentaires.*
2. *De l'erreur qui tombe ſur la perſonne du Légataire ou ſur le corps de la choſe leguée.*

Quid *ſur le nom* appellatif.

Quid *ſur la fauſſe opinion d'une qualité qui eſt la cauſe finale de la liberalité.*

3. *De l'erreur dans le nom propre de l'heritier ou du Légataire ou de la choſe leguée.*
4. *Quand eſt-ce que l'erreur tombe ſur la perſonne ?*
5. *Quand eſt-ce que l'erreur tombe ſur la choſe leguée ?*
6. *Quand eſt-ce qu'il y a erreur dans le nom* appellatif?

Rerum nomina immutabilia ſunt.

Nomina hominum ſunt mutabilia.

Omiſſion d'ajouter une condition que le Teſtateur s'étoit propoſée, annulle la diſpoſition.

7. *Nullité de l'inſtitution faite ſous la qualité de fils du Teſtateur, lorſque la qualité ſe trouve fauſſe.*

Cauſe finale.

Cela eſt reſtraint à la filiation & ne s'étend point aux autres qualifications.

A moins qu'il ne parût que le Teſtateur s'étoit fondé ſur cette qualité.

Quid *ſi le Teſtateur le déclare.*

8. *De l'erreur ſur un fait qui eſt la cauſe finale de la diſpoſition.*
9. Quid *s'il n'y a qu'une erreur de Droit conſiderée comme la cauſe finale.*
10. *Exemple tiré de la Loi derniere* ff. de hered. inſtit.
11. *Suite.*

Si la preuve de l'erreur peut être faite autrement que par le Teſtament même.

12. *Des legs contenus dans un Teſtament qui contient une inſtitution fondée ſur une erreur qui eſt une cauſe finale.*

Erreur dans une partie du Teſtament, même dans l'inſtitution, ne nuit pas pour les legs.

13. *De l'erreur dans le propre nom du Teſtateur.*
14. *De l'erreur qui tombe ſur le nom ou ſur le nom de l'heritier, ou du Légataire.*

De l'erreur qui tombe ſur le nom propre de la choſe leguée.

Quid *de l'erreur ſur la portion ou ſur la quantité.*

15. *De l'erreur dans la qualité de la perſonne.*

Natus habetur pro non nato favore Teſtamenti.

16. *Suite de l'erreur ſur la qualité de la perſonne.*

17. *De l'erreur de l'Ecrivain.*

18. *A qui appartient l'heredité ou le legs, lorſqu'il eſt annullé par l'erreur.*

Renvoi pour les autres queſtions touchant l'erreur.

19. *La fauſſe condition ne vicie point.*

Quid *ſi la condition devient impoſſible.*

Difference entre la fauſſe condition & celle qui eſt remplie par le Teſtateur.

Arrêts du Parlement de Toulouſe.

Réſolution contre ces Arrêts.

20. *Explication de la Loi 75, §. 2.* ff. de leg. 1.

Quand eſt-ce que la fauſſe condition ne vicie point.

21. *De la fauſſe cauſe & qu'elle ne vicie point.*

La cauſe eſt préſumée impulſive ſi le contraire n'eſt prouvé.

22. *Suite de la cauſe fauſſe.*

Quid *ſi la fauſſe cauſe eſt conçue en termes conditionnels.*

23. *De la fauſſe cauſe qui eſt finale.*

C'eſt à celui qui ſoutient la nullité à prouver que la cauſe eſt finale.

24. *Avis de quelques Auteurs qui ont crû que la cauſe eſt finale dès qu'elle eſt exprimée.*

Réſolution au contraire.

25. *De la fauſſe démonſtration, & qu'elle ne vicie pas.*

26. *S'il faut diſtinguer la fauſſe démonſtration qui tombe ſur la perſonne ou ſur la choſe.*

La démonſtration doit-elle prévaloir ſur le nom aut vice verſa.

Si la fauſſe démonſtration peut ſervir de prétexte à demander un legs qui n'a pas été fait, & qui eſt ſimplement énoncé.

La fauſſe cauſe ne fait point un legs.

27. *Quelle eſt la demonſtration dont la fauſſeté ne vicie point, & quelle eſt celle qui vicie.*

Exemple tiré de la Loi 108, §. 10, ff. de leg. 1.

28. *Si la fauſſeté du monde vicie.*

29. *Des cas où la démonſtration rend inutiles les diſpoſitions.*

Du legs d'une ſomme tanquam corpus loco & recumſcriptum.

Legs de dix meſures de vin d'un tel tonneau, ne vaut que pour ce qui s'y trouve.

30. *Du legs d'une ſomme dûë par un tiers.*

Ou de ce qui eſt dû par un tiers ſans expreſſion de ſomme.

Du mari qui legue à ſa femme ce qu'elle lui a apporté en dot ſans exprimer les choſes.

Conciliation de diverſes Loix.

Quand le corps de la dette eſt legué, l'heritier en eſt quitte, en cedant au Légataire l'action du Teſtateur.

Si avant la ceſſion le Légataire peut intenter l'action utile.

Du legs d'une ſomme certaine

dûe par le Legataire.

31. *De la démonſtration qui dégenere en condition, par des paroles conditionnelles.*

Diſtinction entre la condition de præterito & de futuro.

32. *De la démonſtration qui dégenere en condition par des expreſſions équipolentes.*

Du legs d'une certaine quantité de fruits qui naîtront d'un fonds.

33. *De la démonſtration ignominieuſe.*

34. *Regle pour connoître ſi le legs eſt démonſtratif.*

35. *Du legs conçu en ces termes:* Je legue à Titius cent écus que je lui dois.

Ou qu'il me doit.

Legs fait à Titius d'une ſomme fixe dûe par le Teſtateur à un tiers.

36. *Du legs d'une ſomme à prendre ſur un tiers.*

Si dans le cas d'un legs démonſtratif le Legataire doit diſcuter la perſonne indiquée pour le payement.

Raiſons pour la négative.

37. *Reſolution pour l'affirmative.*

Texte qui décide pour la diſcuſſion de l'aſſignat dans le legs annuel.

Texte qui décide pour la diſcuſſion de l'aſſignat dans le legs une fois payable.

38. *Explication des Loix oppoſées pour l'opinion contraire.*

Eſpece de la Loi 96, ff. de leg. 1.

39. *Explication de la Loi 27, §. dernier,* ff. de leg. 3.

Les Loix qui déclarent le legs démonſtratif, font rouler la difficulté à ſçavoir, s'il y a une condition, & non s'il y a une limitation.

40. *Du mari qui legue à ſa femme une certaine ſomme, ou un fonds qu'elle a apporté en dot.*

Quid *du legs de la ſomme exprimée dans le contrat de mariage.*

41. *Du legs annuel à prendre ſur certains fonds.*

Du legs une fois payable à prendre ſur les revenus d'un fonds.

42. *Pour juger ſi un legs eſt démonſtratif ou limitatif, il faut examiner la volonté du Teſtateur.*

Enſuite les Regles du Droit.

Dans le doute le legs eſt préſumé plutôt démonſtratif que limitatif.

Regle pour connoître ſi le legs eſt fait comme un corps tout comme une quantité.

43. *Si les legs pour alimens, ou en faveur de la cauſe pie avec aſſignat, ſont ſujets aux mêmes Regles que les legs avec aſſignat.*

LA volonté du Teſtateur devant être purement libre, déliberée, réflechie, & ſans aucun mêlange d'involontaire hipotétique, comme nous l'avons dit ci-deſſus; il ſemble que s'il y a erreur en quelque choſe, la diſpoſition doit être nulle indiſ-

1. Si l'erreur annulle les diſpoſitions teſtamentaires.

tinctement, parce que l'erreur exclut la volonté, ou rend la disposition involontaire par évenement, cependant les Loix n'ont pas admis cruëment cette conséquence, mais elles ont consideré la nature de l'erreur, & surquoi elle porte.

2. De l'erreur qui tombe sur la personne du Legataire, ou sur le corps de la chose leguée. *Quid* sur le nom appellatif. *Quid* sur la fausse opinion d'une qualité qui est la cause finale de la liberalité.

Lorsque l'erreur tombe sur la personne de l'heritier, ou du legataire, ou sur le corps de la chose leguée, alors cela attaque la substance de la volonté, & la disposition est nulle. Elle l'est encore si l'erreur tombe sur le nom appellatif de la chose leguée, ou si la disposition est fondée sur la fausse opinion d'une qualité, qui a été la cause finale de la liberalité, ou bien si le Testateur erre sur un fait qui l'engage à faire la liberalité qu'il n'auroit pas faite s'il n'avoit été dans cette erreur. Il en est de même s'il erre sur son propre nom.

3. De l'erreur dans le nom propre de l'heritier ou du legataire, ou de la chose leguée.

Mais l'erreur dans le nom propre de l'heritier ou du legataire, ou dans le nom propre de la chose leguée, ne vicie point la disposition; pourvu que d'ailleurs la personne, ou la chose soient connuës. On éclaircit ces regles par l'application que l'on en fait aux cas particuliers.

4. Quand est-ce que l'erreur tombe sur la personne.

L'erreur peut tomber sur la personne, lorsque le Testateur ayant en vûe de gratifier une personne, en nomme, ou en designe une autre. Dans ce cas la liberalité ne peut valoir, ni en faveur de la personne désignée, ou nommée, parce qu'elle n'est pas fondée sur la volonté du Testateur, à cause que *errantis nullus est consensus*, ni en faveur de celle, que le Testateur avoit intention de gratifier, parce qu'elle n'a point de titre pour intenter son action. *L. 9, ff. de hered. instit.*

5. Quand est-ce que l'erreur tombe sur la chose leguée.

L'erreur tombe sur la chose leguée, lorsque le Testateur nomme ou désigne une chose qu'il n'avoit pas intention de laisser, & qu'il ne parle point de celle qu'il vouloit leguer, alors la chose leguée ne peut pas être demandée; parce que la volonté du Testateur, qui doit servir de fondement à la liberalité, manque. Celle qu'il avoit intention de leguer ne peut pas non plus être demandée à cause de l'incertitude, & que le Testateur n'a pas fait connoître à cet égard sa volonté. *Si in corpore errabit non debebitur, L. 4, ff. de Leg. 1, & L. 9, §. 1, ff. de hered. instit.*

6. Quand est-ce qu'il y a erreur dans le nom appellatif. *Rerum nomina immutabilia sunt. Nomina hominum sunt mutabilia.*

Si, par exemple, le Testateur qui a intention de leguer un habit, se sert du terme générique de meubles, il y a erreur dans le nom appellatif de la chose leguée, qui vicie la disposition. *Quod si quis cum vellet vestem legare supellectilem adscripsit, Pomponius scripsit vestem non deberi, L. 4, ff. de leg. 1, rerum enim vocabula immutabilia sunt: hominum mutabilia,* selon les expres-

sions de la même Loi. La disposition est encore nulle, si le Testateur omet par erreur une condition qu'il s'étoit proposé d'ajouter à l'institution, *L. 9, §. 5, ff. de hered. instit.* Autre chose seroit s'il avoit achevé sa disposition, & qu'il se fût seulement reservé d'y ajouter dans la suite une condition; car quoiqu'il ne l'impose pas, la disposition n'en est pas moins valable. *Grassus, §. institutio, q. 29, n. 5.*

Omission d'ajouter une condition que le Testateur s'étoit proposée annulle la disposition.

7.

Un Testateur institue un tel comme son fils, *quasi filium suum*, on découvre ensuite que l'heritier n'est pas le fils du Testateur; la disposition est nulle, & l'heredité doit être ôtée à l'heritier institué, parce que la fausse opinion de la filiation est présumée la cause finale de l'institution, & que sans cette qualité le Testateur n'auroit pas disposé en sa faveur. *L. 5, cod. de testam. & L. 4, cod. de hered. instit. Charondas, liv. 1, rép. 17,* rapporte un Arrêt qui l'a jugé de même; mais cela doit être restraint dans le cas particulier de la filiation, car si l'heritier ou legataire étoit appellé frere, ou parent, & qu'il ne le fût pas, cette fausse désignation ne rendroit pas la disposition nulle, *L. 33, ff. de condit. & demonstrat. L. nemo 58, §. 1, ff. de hered. instit. & L. 5, cod. eod.* à moins qu'il ne fût clairement prouvé, que le Testateur n'avoit consideré que la qualité de frere, ou de parent, & que s'il n'avoit pas été dans cette erreur, *alias non fuisse legaturus. Argum. L. 72, §. 6, ff. de condit. & demonstrat.* La preuve seroit assez claire si le Testateur l'exprimoit, *L. ut. ff. de hered. instit.* comme s'il avoit dit, parce que Titius est mon frere, ou mon parent, je l'institue, je lui legue telle chose, puisque le Testateur l'auroit lui-même déclaré pour témoigner que sans cette qualité il n'eût pas ainsi disposé.

Nullité de l'institution faite sous la qualité de fils du Testateur, lorsque la qualité se trouve fausse.

Cause finale.

Cela est restraint à la filiation, & ne s'étend point aux autres qualifications.

A moins qu'il ne parut que le Testateur s'étoit fondé sur cette qualité.

Quid si le Testateur le déclare.

La disposition est encore nulle, si elle a pour fondement, ou pour cause finale, un fait erroné sans lequel le Testateur ne l'auroit point faite, alors le legataire est exclus de son action par l'exception de dol, *sed plerumque doli exceptio locum habebit si probetur aliàs legaturus non fuisse. L. 72, §. 6, ff. de condit. & L. 1, cod. de falsa causa adjecta leg.*

8.

De l'erreur sur un fait qui est la cause finale de la disposition.

Et cela a lieu quand même la disposition ne seroit fondée que sur une erreur de droit considerée comme la cause finale, ainsi que le Parlement de Toulouse l'a jugé par l'Arrêt du 5 Avril 1630, rapporté par M. d'Olive, liv. 5, chap. 17.

9.

Quid s'il n'y a qu'une erreur de droit considerée comme la cause finale.

La Loi derniere, *ff. de hered. instit.* fournit un exemple fameux, & fort celebré par les Auteurs, de l'erreur considerée comme la cause finale qui vicie les dispositions; en voici l'espece : Andros-

10.

Exemple tiré de la Loi derniere, *ff. de hered. inst.*

thenes avoit, par un premier teſtament, inſtitué *Pactumeia magna* ſa niéce *ex fratre*. Le pere de l'heritiere étant décedé, il courut un bruit qui parvint au Teſtateur, que ſa niéce étoit auſſi morte. En faiſant ſon Teſtament il dit, *parce que je n'ai pû avoir les heritiers auſquels j'avois deſtiné mes biens, j'inſtituë Novius Rufus;* & dans le même teſtament il fit divers legs.

11. Suite.

Le Teſtateur étant décedé dans cette volonté, ſa niéce & ſon heritiere attaqua ce Teſtament, & demanda devant l'Empereur la maintenuë en l'heredité de ſon oncle, laquelle lui fut adjugée à cauſe de la volonté préſumée du Teſtateur, qui n'avoit changé ſon premier Teſtament, que dans l'erreur, ou la fauſſe opinion où il étoit que ſon heritiere étoit décedée : ayant clairement marqué ſon intention dans ſon Teſtament.

Si la preuve de l'erreur peut être faite autrement que par le Teſtament même.

Dans l'eſpece de cette Loi le Teſtament portoit lui-même la preuve de l'erreur, ou de la fauſſe opinion du Teſtateur, ce qui a fait dire à la *gloſe*, à *Bartole*, & à quelques autres Docteurs, que ſi la cauſe de l'erreur n'étoit pas énoncée dans le Teſtament même, elle ne vicieroit pas de plein droit la diſpoſition, & ils ſe fondent ſur la *Loi* 27, *§. dernier, ff. de inoff. teſtam.* Mais cette reſtriction eſt mal fondée, & il faut dire que l'erreur & la fauſſe opinion peut être prouvée autrement, & que de quelle maniere qu'elle ſoit juſtifiée, elle doit operer ſon effet, puiſque la Loi 72, *§. 6, ff. de condit. & demonſtr.* décide qu'il ſuffit de prouver que le Teſtateur auroit diſpoſé autrement, s'il n'avoit pas été dans l'erreur, *ſi probetur alias legaturus non fuiſſe*, ce qui embraſſe generalement tout genre de preuve. La *Loi* 27, *§. dernier, ff. de inoff. teſtam.* ne conclut rien pour l'opinion de Bartole, elle décide ſeulement, que quand la mere a diſpoſé en faveur d'un tiers, dans l'opinion que ſon fils étoit mort, ce fils pouvoit intenter la plainte d'inofficioſité, ce qui n'exclut pas le moyen qui reſulte de l'erreur, & dans le cas de la *Loi* 28 *du même titre*, ce teſtament ne contenoit aucune preuve de l'erreur; cependant l'heredité fut adjugée au fils.

12. Des legs contenus dans un Teſtament qui contient une inſtitution fondée ſur une erreur qui eſt une cauſe finale.

Il eſt à remarquer que comme les legs contenus dans le dernier teſtament n'avoient pas pour fondement la même erreur, dans l'eſpece propoſée, l'heritiere, en vertu du premier teſtament, fut chargée de les payer. On peut donc tirer de la Loi derniere, *ff. de hered. inſtit.* cette regle, que l'erreur dans une partie ne vicie que cette partie, & non les autres, qui ne ſont pas compliquées du même vice; parce que les diſpoſitions contenuës dans un même teſtament ne ſont pas indiviſibles, & que la nullité

lité des unes n'empêche pas la validité des autres, *Molina de Justitia, & Jure, tractat. 2, disput. 135, n. 4,* le décide ainsi, v. *L. 27, §. 4, & L. 28, ff. de inoff. testam.* qui sont dans le cas d'une erreur à peu près semblable; mais il faut prendre garde que dans le cas de la Loi derniere, *ff. de hered. instituendis*, il y avoit une heritiere en vertu du premier Testament, & que l'institution se trouvant anéantie à cause de l'erreur dans le second Testament, les autres dispositions devoient valoir comme Codicile : Voilà pourquoi, s'il n'y avoit qu'un seul Testament, & que l'institution fût nulle à cause de l'erreur, les legs ne devroient pas valoir; parce que l'institution étant emportée, tout ce qui est écrit dans le testament est inutile & caduc, vû que c'est l'institution qui fait valoir toutes les autres dispositions, *§. ante heredis 34, instit. de legatis.*

Erreur dans une partie du Testament, même dans l'institution ne nuit pas pour les legs.

Si le Testateur a erré dans son propre nom, le Testament est absolument nul, parce qu'on ne peut pas penser qu'un Testateur soit dans une ignorance si supine, qu'il ignore son propre nom, & qu'il soit capable de tester, comme le décide la Loi 14, *cod. de hered. instit.* Si le Testateur, qui, par exemple, s'appelle Mœvius, dit, *Sempronius Plotii heres esto.* Mais si le Testateur étoit heritier, ou substitué de Plotius, l'institution seroit bonne, à cause de la regle qui veut, que l'heritier de l'heritier soit heritier du Testateur; que s'il ne se rencontre rien de semblable, la disposition est nulle.

13. De l'erreur dans le propre nom du Testateur.

Mais si l'erreur ne tombe que sur le nom, ou le surnom de l'heritier ou du legataire, la disposition n'est pas annullée; pourvu qu'il conste de la personne par quelque démonstration, ou désignation, qui le fasse connoître sans équivoque, *§. si quidem 29, instit. de legatis.* Il en est de même si l'erreur tombe sur le nom propre de la chose leguée, comme si le Testateur nomme le fonds Cornelien pour le Sempronien, qu'il vouloit leguer; & pourvu qu'il conste, qu'il a voulu leguer le fonds Sempronien, le legs sera bon, *l. 4, ff. de leg. 1.* Il en est de même si le Testateur a erré seulement sur la portion en laquelle il vouloit instituer, ou sur la quantité qu'il vouloit leguer, comme s'il instituë en la moitié, ou s'il legue deux cens, tandis qu'il ne vouloit instituer qu'en un quart, ou ne vouloit leguer que cent, *& vice versa, l. 9, §§. 2, 3 & 4, ff. de hered. instit.*

14. De l'erreur qui tombe sur le nom ou surnom de l'heritier ou du legataire.

De l'erreur qui tombe sur le nom propre de la chose leguée.

Quid de l'erreur sur la portion, ou sur la quantité.

L'erreur dans la qualité de la personne, qui n'est pas substantielle, & ne peut pas être regardée comme la cause finale, ne vicie pas l'institution, ni le legs, comme s'il est dit, *j'institue*

15. De l'erreur dans la qualité de la personne.

Titius mon frere, mon parent, ou fils de Mœvius, ou qui est d'un tel Païs, ou autres semblables; quoique Titius ne soit pas fils de Mœvius, ou qu'il soit d'un autre Païs, ou que la désignation, quelle qu'elle soit, se trouve fausse, la disposition n'en sera pas moins bonne, *l.* 48, *§. ult. ff. de hered. instit. l. nemo* 58, *§.* 17, *ff. eod. & leg.* 5, *cod. de hered. instit.* parce que dans ce cas la qualité désignée n'est qu'une démonstration, dont la fausseté ne vicie point, *§.* 30, *instit. de legatis, & l.* 33, *ff. de condit. & demonstrat.* ou bien si le Testateur appelle posthume son heritier, ignorant qu'il fût né, *l.* 25, *§.* 1, *ff. de liber. & posthum. quia favore testamenti, & propter ignorantiam Testatoris natus habetur pro non nato*, Godefroy sur cette Loi.

Natus habetur pro non nato favore testamenti.

16. Suite de l'erreur sur la qualité de la personne.

Si au-contraire le Testateur avoit institué quelqu'un, comme son nourrisson, tandis qu'il étoit son fils dont il ignoroit la qualité, l'erreur dans la démonstration, ou le défaut de connoissance de la qualité substantielle, ne devroit pas vicier l'institution, parce que le Testament doit être pris du côté le plus doux, & le plus utile au fils. Comme le remarque *Dumoulin sur le Cons.* 37 *d'Alexandre, lib.* 1.

17. De l'erreur de l'Ecrivain.

Il faut encore remarquer, que l'erreur commise par celui qui est chargé d'écrire le Testament, ne peut point nuire; mais il faudra exécuter la volonté du Testateur, si elle est connuë, malgré l'erreur de l'Ecrivain, *l. errore* 7, *Cod. de Testam.*

18. A qui appartient l'heredité ou le legs, lorsqu'il est annullé par l'erreur.

Lorsque l'institution ou le legs sont annullez par l'erreur, où le Testateur étoit, dans les cas ci-dessus exprimez, l'heredité ou le legs ne sont pas déferez au fils; mais l'heredité devra appartenir aux successeurs *ab intestat*, & le legs demeurera dans l'heredité comme non écrit. On peut voir dans *Barry de succeff. lib.* 2, *tit.* 6, les autres cas qui concernent l'erreur dans les dispositions testamentaires.

Renvoi pour les autres questions touchant l'erreur.

19. La fausse condition ne vicie point.

La fausse condition ne vicie point la liberalité, parce qu'elle est considerée comme impossible, & par conséquent elle doit être rejettée, *l.* 3 *& l.* 72, *§.* 7, *ff. de condit. & demonstrationib.* comme s'il est dit, *je legue la liberté à Pamphilus mon Esclave, s'il paye à Titius ce que je lui dois*, & qu'il ne se trouve rien dû à Titius; que si le Testateur se trouve débiteur, & paye lui-même la somme qu'il devoit à Titius, la condition manque, *defeciffe conditionem intelligi, l.* 72, *§.* 7, *ff. de condit. & demonstrat.* Ainsi le legs ne seroit point dû, cependant la glose dit, que le legs de la liberté seroit dû à cause de la faveur de la liberté. *M. Cujas*, sur ce texte, *lib.* 18, *rep. Papin.* décide avec raison le contraire;

Quid si la condition devient impossible.

parce que la condition ne peut plus être remplie par le Legataire, pour obtenir la liberté, & que *conditio ſemel defecta non reſumitur*. *Ricard* le décide encore de même dans *ſon Traité des Diſpoſitions conditionnelles*, *n.* 436. Autre choſe eſt donc que la condition ſoit fauſſe dans ſon principe, parce qu'elle n'empêche pas la validité de la diſpoſition, autre choſe eſt que la condition ſoit remplie par le Teſtateur lui-même; car alors la diſpoſition eſt anéantie. Il y a néanmoins des Arrêts du Parlement de Toulouſe rapportez par M. *Maynard*, *liv.* 7, *chap.* 7, & par M. *de Cambolas*, *liv.* 1, *chap.* 49, qui ont jugé que quand le Teſtateur payoit lui-même la ſomme dont il avoit chargé le Legataire par forme de condition, le legs n'en ſouffroit pas d'atteinte; mais l'opinion de *Ricard*, & de *Cujas* eſt plus conforme à l'eſprit de la Loi.

Difference entre la fauſſe condition & celle qui eſt remplie par le Teſtateur.

Arrêts du Parlement de Toulouſe.

Reſolution contre ces Arrêts.

Il eſt vrai que la Loi *ſi ſic* 75, §. 2, *ff. de leg.* 1, ſemble décider que la fauſſe condition vicie la diſpoſition, lorſqu'elle dit *inter falſam demonſtrationem, & falſam conditionem, ſive cauſam multùm intereſt*; car dans l'eſpece de cette Loi, la fauſſe condition tombe ſur la ſubſtance de la diſpoſition, & non ſur l'acceſſoire; il eſt dit, *decem quæ mihi Titius debet lego*. C'eſt un legs fait par forme de corps; un legs limitatif; voilà pourquoi s'il n'eſt rien dû, il n'y a point de legs; mais il en eſt autrement, quand la fauſſe condition tombe, non ſur la ſubſtance de la choſe leguée *tanquam corpus*, mais ſur un acceſſoire de la diſpoſition, & ſur une choſe que le Teſtateur veut être faite pour obtenir la liberalité, auquel cas la fauſſe condition étant conſiderée, comme impoſſible & comme non écrite, elle ne vicie point.

20. Explication de la Loi 75, §. 2 ff. de leg. 1.

Quand eſt-ce que la fauſſe condition ne vicie point.

A l'égard de la fauſſe cauſe, la regle eſt qu'elle ne vicie point les diſpoſitions, ſoit que le Teſtateur ait connu, ou ignoré la fauſſeté de la cauſe, comme s'il eſt dit, *parce que Mœvius a fait mes affaires, je l'inſtitue mon heritier, ou je lui legue telle choſe*. Quoique ce Mœvius n'ait pas fait les affaires du Teſtateur, la diſpoſition n'en eſt pas moins bonne, §. *longe* 31, *inſtit. de legat. l.* 3, *cod. de falſa cauſa adjecta leg. l.* 17, §. 2, *& l.* 72, §. 6, *ff. de condit. & demonſtrat. quia ratio legandi legato non cohæret*. Ainſi la cauſe eſt préſumée impulſive, ſi le contraire n'eſt prouvé.

21. De la fauſſe cauſe, & qu'elle ne vicie point.

La cauſe eſt préſumée impulſive ſi le contraire n'eſt prouvé.

Cette regle a lieu, ſoit que la cauſe ſe trouve conçuë en termes qui déſignent le paſſé, ou le futur; parce qu'à cet égard il n'y a point de difference à faire, comme l'obſerve M. *Cujas* au lieu cité. Toutefois ſi la fauſſe cauſe étoit conçuë en termes conditionnels, & qu'il fût dit, *je legue à Titius un tel fonds, s'il a fait mes affaires*, le legs ſeroit nul ſi Titius n'avoit pas fait les affaires

22. Suite de la cauſe fauſſe.

Quid ſi la fauſſe cauſe eſt conçuë en termes conditionnels.

du Teſtateur, §. 31, *inſtit. de leg. & l.* 17, §. 3, *ff. de condit. & demonſtrat.*

23. De la fauſſe cauſe qui eſt finale.

La fauſſeté de la cauſe rendroit encore la diſpoſition nulle, ſi la cauſe exprimée n'étoit pas ſimplement impulſive; mais qu'elle fût finale, de maniere que le Teſtateur n'eût pas fait la diſpoſition s'il ne l'avoit pas cru vraie, ce qui devroit être établi par celui qui l'oppoſe comme une nullité, *quia ratio legandi legato non cohæret, ſed plerumque doli exceptio locum habebit ſi probetur alias legaturus non fuiſſe, l.* 72, §. 6, *ff. de condit. & demonſtrat. M. d'Olive, liv.* 5, *chap.* 17.

C'eſt à celui qui ſoutient la nullité à prouver que la cauſe eſt finale.

24. Avis de quelques Auteurs qui ont cru que la cauſe eſt finale, dès qu'elle eſt exprimée.

Menochius, lib. 4, *præſumpt.* 24, & quelques Auteurs ont cru qu'il ſuffit que la cauſe ſoit exprimée dans le Teſtament, pour qu'elle doive être conſiderée comme finale; mais cette déciſion eſt viſiblement fauſſe, & contraire aux Loix qui ne laiſſent pas de confirmer les diſpoſitions, quoique la cauſe exprimée dans le Teſtament ſe trouve fauſſe, §. 31, *inſtit. de leg. l.* 17, §. 2, *& l.* 72, §. 6, *ff. de condit. & demonſtrat.* Par cette raiſon, *quia ratio legandi legato non cohæret.* Il eſt donc clair qu'il ne ſuffit pas, que la cauſe ſoit exprimée dans le teſtament pour la faire regarder comme finale; mais il faut qu'elle ſoit d'une nature à faire comprendre ſans équivoque, que ſans cette cauſe, que le Teſtateur croyoit vraie, il n'auroit pas fait la liberalité, comme dans le cas de l'Arrêt rapporté par M. *d'Olive, liv.* 5, *chap.* 17, ou qu'il ſoit prouvé par celui qui oppoſe la fauſſeté de la cauſe, que le Teſtateur *alias legaturus non fuiſſet*, comme le porte en termes exprès la Loi 72, §. 6, *ff. de condit. & demonſtrat.*

Reſolution au contraire.

25. De la fauſſe démonſtration, & qu'elle ne vicie pas.

La regle que nous avons établie au ſujet de la fauſſe cauſe, a lieu auſſi par rapport à la fauſſe démonſtration, laquelle ne vicie point les diſpoſitions; comme s'il eſt dit, *je legue à Titius une telle maiſon que j'ai achetée de Mœvius;* car quoique la maiſon appartienne au Teſtateur, autrement que par achat fait de Mœvius, la diſpoſition n'en eſt pas moins bonne, §. 30, *inſtit. de leg. l.* 17, *& §.* 1, *l.* 33, *& l.* 40, §. 4, *ff. de condit. & demonſtrat. l.* 75, §. 1, *ff. de leg.* 1, *l.* 76, §. 3, *ff. de leg.* 2, *l.* 25, *ff. de lib. leg. & l.* 2, *cod. de falſa cauſa adjecta legato.* La raiſon eſt, parce qu'une telle déſignation eſt ſuperfluë & ſurabondante; voilà pourquoi il importe peu qu'elle ſoit vraie ou fauſſe, puiſqu'elle ne touche point à la ſubſtance de la choſe, d'ailleurs ſuffiſamment connuë.

26. S'il faut diſtinguer la fauſſe démonſtration qui

Cette regle a lieu, ſoit que la fauſſe démonſtration tombe ſur la perſonne, ou ſur la choſe, *nominatim alicui legatur ita, Lucio Titio: an per demonſtrationem corporis, vel artificii, vel officii, vel*

affinitatis, nihil interest. Nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur : nec interest falsa an vera sit, si certum sit quem Testator demonstravit, l. nominatim 34, ff. de condit. & demonstrat. Comme s'il est dit, *je legue telle chose à Mœvius fils de Titius, ou j'institue Mœvius qui est d'un tel Païs.* La disposition est bonne, quoique Mœvius ne soit pas fils de Titius, ou qu'il ne soit pas du Païs désigné par le Testateur, *l.* 48, *§.* 3, *ff. de hered. instit.* ou qu'il n'ait pas la qualité de frere, de parent, ou autre que le Testateur lui a donnée, *l.* 33, *ff. de condit. & demonstrat. l. quotiens* 9, *§. si quis* 8, *ff. de hered. instit.* même lorsque le nom n'est pas connu au Testateur, la démonstration doit prévaloir au nom qu'il a donné à la chose leguée; que si le nom étoit connu au Testateur, s'il l'a exprimé, il doit prévaloir à la désignation qui a été donnée par la qualité de la chose, *l. qui habebat* 28, *ff. de reb. dub.* Que si la démonstration étoit incertaine, & que le nom de la personne, en faveur de laquelle la disposition est faite, ne fût pas exprimé, la disposition seroit nulle, *l. in tempus* 62, *§.* 1, *ff. de hered. instit.* mais quoique la fausse démonstration n'annulle pas la disposition, elle ne peut pas servir de prétexte pour demander une liberalité, qui n'a pas été faite, & qui n'est que simplement énoncée, comme s'il est dit, *je legue à Titius cinquante de cent que j'ai legué à Mœvius.* Le legs de cinquante fait à Titius est bon, quoique les cent n'ayent pas été leguez à Mœvius; mais Mœvius ne pourra point demander le legs de cent, ni les cinquante restans. *L.* 72, *§. ult. ff. de condit. & demonstrat.* parce que, comme dit ce texte, la fausse cause ne fait point un legs.

tombe sur la personne, ou sur la chose.

La démonstration doit-elle prévaloir sur le nom, *aut vice versa*?

Si la fausse démonstration peut servir de prétexte à demander un legs qui n'a pas été fait, & qui est simplement énoncé.

La fausse cause ne fait point un legs.

Cependant cette regle n'est pas reçuë dans tous les cas & sans distinction; car les démonstrations surabondantes, accessoires, & superfluës, qui sont entierement détachées de la liberalité, ne la rendent pas inutile; mais il en est autrement de celles, qui sont nécessaires & principales, & qui ne sont autre chose que *jus ipsum legati, & status potius principalis legati quam accessio.* Si celles-ci se trouvent fausses, elles anéantissent la disposition, & la rendent inutile. *M. d'Olive, liv.* 5, *chap.* 17. Ce qui est fondé sur l'esprit de la Loi 4, *cod. de hered. instit.* & de la Loi 5, *cod. de testam. v. Ricard des Donat. tom.* 1, *part.* 3, *n.* 326 *& suivans*; la Loi *si servus* 108, *§. qui quinque* 10, *ff. de leg.* 1, fournit un exemple du second membre de notre distinction, *qui quinque in arca habebat ita legavit, decem quæ in arca habeo*, le legs ne sera bon que pour cinq; parce que la démonstration tombe sur la substance du legs qui n'est fait que comme un corps, lequel n'existant

27. Quelle est la démonstration, dont la fausseté ne vicie point, & quelle est celle qui vicie?

Exemple tiré de la Loi 108, §. 10, *ff. de leg.* 1.

que pour cinq, n'eſt dû que pour cinq, & non pour le ſurplus qui n'eſt point *in rerum natura.*

28. Si la fauſſeté du mode vicie.

La fauſſeté du mode ajouté à la diſpoſition ne la vicie point; à moins qu'il ne pût être conſideré comme la cauſe finale, ſans laquelle la diſpoſition n'auroit pas été faite, ſuivant la déciſion de la Loi derniere, *ff. de hered. inſtit.* qui renferme en même-tems la regle, *licet modus inſtitutione contineretur, quia falſus non ſolet obeſſe*, & l'exception *tamen ex voluntate teſtantis putavit Imperator ei ſubveniendum.* Ce qui eſt fondé également ſur l'eſprit de la Loi 72, §. 6, *ff. de condit. & demonſtrat.*

29. Des cas où la démonſtration rend inutiles les diſpoſitions.

Nous avons expliqué les regles generales au ſujet de la fauſſe démonſtration, il reſte à examiner quelques cas où la démonſtration rend inutiles les diſpoſitions auſquelles elle eſt ajoutée: ce qui peut arriver de deux manieres, ou parce que la démonſtration indique une choſe qui n'exiſte point, *quæ non eſt in rerum natura*, ou bien à cauſe que la démonſtration dégenere en condition, ou qu'elle renferme une condition tacite. Si par exemple un Teſtateur dit, *je legue à Mœvius cent écus que j'ai dans mon coffre*, ou *qui ont été dépoſez chez moi par Sempronius*, & que cette ſomme ne ſe trouve pas dans le coffre, ou qu'elle n'ait pas été remiſe en dépôt au Teſtateur, le legs eſt inutile, *l.* 1, §. 7, *ff. de dote præleg. & l. ſi ſervus* 108, §. *qui quinque* 10, *ff. de leg.* 1. La raiſon eſt, que le legs, quoique d'une ſomme certaine, eſt néanmoins conſideré comme le legs d'un corps circonſcrit dans un lieu, ſuivant la Loi *Planè* 34, §. *ſed hoc* 4, *la Loi* 108, §. 10, *ff. de leg.* 1, *& la Loi* 51, *ff. eod.* ainſi que le remarque fort bien *M. Cujas ſur la Loi* 1, §. 8, *ff. de dote præleg.* ſur la Loi *ſi ſic* 75, §. 1, *ff. de leg.* 1, & ſur la Loi *cum tale* 72, §. *falſam ff. de condit. & demonſt. lib.* 18, *quæſt. Papiniani.* & que le corps legué n'eſt pas *in rerum natura*, que de plus les mots *que j'ai dans mon coffre*, ou *qui ont été dépoſez*, forment, non une démonſtration acceſſoire; mais une condition, par le relatif *qui* ou *que*, ſuivant la Loi 6, *ff. de leg.* 1, *ſtichum qui meus erit cum moriar heres meus dato; magis conditionem legato injeciſſe, quam demonſtrare voluiſſe paterfamilias, apparet.* Voilà pourquoi le Legataire ne peut demander que ce qui ſe trouve exiſtant lorſque le Teſtateur décede; mais la perte qui ſurvient après doit être ſupportée par l'heritier, comme le décide la Loi 108, §. 10, *ff. de legat. Qui quinque in arca habebat ita legavit . . . . . decem quæ in arca habeo, legatum valebit: ita tamen ut ſola quinque ex teſtamento debeantur. Ut vero quinque quæ deerunt ex teſtamento peti poſſint, vix ratio pa-*

Du legs d'une ſomme, *tamquam corpus loco & recumſcriptum.*

rietur : nam quodammodo certum corpus, quod in rerum natura non sit, legatum videtur. Quod si mortis tempore plena summa erat, & postea aliquod ex ea deperierit, sine dubio soli heredi deperit. La Loi 8, §. 2, *ff. de leg.* 2, décide aussi que si le Testateur legue dix mesures du vin de celui qui est dans un tel tonneau, le legs ne sera bon que pour la quantité qui s'y trouvera, & s'il y en a moins que le nombre des mesures leguées, le legs sera inutile pour ce qui manquera : *Si quis legaverit ex illo dolio amphoras decem : & si non decem sed pauciores inveniri possint, non extinguitur legatum, sed hoc tantummodo accipit quod invenitur.* Le legs est donc limitatif, parce que la quantité est leguée, *tamquam corpus circumscriptum loco ;* qu'ainsi pour ce qui manque, il est d'une chose, *quæ non est in rerum natura.*

Legs de dix mesures de vin d'un tel tonneau ne vaut que pour ce qui s'y trouve.

Il est de même limitatif, ou à parler plus exactement, conditionnel ; car il renferme une condition tacite, lorsqu'un Testateur dit, *je legue à Mœvius la somme de cent écus qui m'est dûe par Sempronius, l.* 75, §. 1 *&* 2, *ff. de leg.* 1, ou bien le billet d'un tel, *l.* 44, §. 5 *&* 6 *eod.* ou l'action d'un tel, *l.* 34, *& l.* 59, *ff. de legat.* 3. La raison est que, lorsque la somme n'est pas exprimée, on ne peut pas connoître ce qui a été legué ; de-là vient que quand le mari legue à sa femme ce qu'elle lui a apporté en dot, elle ne peut demander que ce qu'elle justifiera avoir été reçu par son mari à titre de dot, *l.* 1, §. 7, *ff. de dote præleg. & l.* 3, *cod. de falsa causa adjecta legato*, parce que le legs renferme implicitement la condition qu'elle ait apporté une dot ; & lorsque la somme est exprimée, elle est leguée comme un corps ou comme une espece, ainsi que l'observent *Loyseau du Déguerpissement, liv.* 1, *chap.* 8, & M. *Cujas* aux endroits citez, & que le Testateur ne legue pas une somme *in abstracto*, mais l'action qu'il pouvoit avoir sur le débiteur indiqué, tout comme s'il avoit dit, *lego chirographum, aut nomen, l.* 44, §. 5, *& l.* 105, *ff. de leg.* 1, *l.* 34, *& l.* 59, *ff. de leg.* 3 ; & que s'il n'y a point de débiteur, il n'y a point de legs, *esse enim debitor debet.* C'est par-là que l'on peut concilier la Loi 75, §. 2, *ff. de leg.* 1, avec le §. 1 de la même Loi, & la Loi *legavi* 25, *ff. de liberatione leg.* qui décident que quand le Testateur legue dix écus qu'il doit, le legs est bon, quoiqu'il ne doive rien, parce que les mots, *qu'il doit*, ne forment qu'une démonstration, qui ne vicie pas le legs, & non une condition ; & que d'ailleurs on ne peut pas dire dans ce cas, qu'il n'y ait point de débiteur, puisque le Testateur se le déclare lui-même ; qu'ainsi si la déclaration ne vaut

30.
Du legs d'une somme dûë par un tiers.

Ou de ce qui est dû par un tiers sans expression de somme.

D'un mari qui legue a sa femme ce qu'elle lui a apporté en dot, sans exprimer les choses.

Conciliation de diverses Loix.

pas comme dette, à cauſe qu'il n'en conſte pas autrement, elle doit valoir comme legs ou fideicommis, *l. Lucius 93, §. 1, ff. de leg. 3;* cependant, à ſuivre le ſens grammatical, il faudroit dire pareillement que les mots, *qui m'eſt dû par Sempronius* tierce perſonne, forment auſſi une démonſtration ſans condition, qui ne devroit pas vicier; parce qu'elle eſt toujours la même, & qu'elle eſt conçuë par des paroles, qui ont abſolument le même ſens. Mais le legs devant être expliqué par la volonté préſumée du Teſtateur, il faut dire que quand il legue cent écus qui lui ſont dûs par un tiers, il n'eſt cenſé leguer que l'action, il faut donc qu'il y ait un débiteur, *eſſe enim debitor debet*, ſuivant les expreſſions de la Loi 75, *§. 2, ff. de leg. 1.* Voilà pourquoi l'heritier n'eſt obligé que de ceder l'action du défunt, & de remettre les actes juſtificatifs s'il en a, ſinon de jurer qu'il n'en a pas, comme il a été jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 16 May 1651, rapporté par *M. de Catellan, liv. 2, chap. 41.* On doit dire la même choſe ſi le Teſtateur dit, *je legue cent écus la moitié de deux cens qui me ſont dûs par Sempronius;* parce que le cas eſt le même, & que le Teſtateur ne legue que l'action ſur le débiteur, *l. Lucius 88, §. civibus 8, ff. de leg.* Ainſi le legs ne pourra être demandé qu'au débiteur indiqué contre lequel le Legataire pourra intenter l'action utile, même avant la ceſſion des actions du Teſtateur, *l. 18, cod. de legatis*, & l'heritier en ſera quitte en cedant ſes actions au Legataire, comme le Parlement de Toulouſe l'a jugé par un Arrêt du 26 Juin 1584, rapporté par M. la Roche, *liv. 6, tit. 61, Arrêt 6*, pour un legs fait par un mari à ſa femme de la moitié d'une ſomme à lui dûe par un tiers; que ſi le débiteur indiqué ne doit rien, le legs ſera inutile, c'eſt ce que les Interprétes appellent legs limitatif, ou avec un aſſignat limitatif; mais qui, ſelon l'eſprit des Loix, devroit être appellé conditionnel, comme nous le montrerons ſur la fin du n°. 40 de cette ſection. Pluſieurs Auteurs, entr'autres *M. Cujas, & la Gloſe* ſur la Loi *legavi 25, ff. de liberatione leg. Donnellus in Commentar. jur. civ. lib. 8, cap. 14*, & *Vinnius ſur le §. 30, inſtit. de leg.* enſeignent que le legs eſt pareillement limitatif & borné à la ſeule liberation, s'il eſt dit, *je legue à Titius dix écus qu'il me doit*, ce qui ſemble être décidé de même dans la Loi *legavi 25, ff. de liberatione legat.* Par ces paroles, *quod ſi ſic dixit: heres meus centum aureos quos mihi Titius debet, damnas eſto ei dare; etiam illud tentari poterit ut petere poſſit, quaſi falſa demonſtratione adjecta. Quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre ſe*

Quand le corps de la dette eſt legué, l'heritier en eſt quitte, en cedant au Legataire l'action du Teſtateur.

Si avant la ceſſion le Legataire peut intenter l'action utile.

Du legs d'une ſomme certaine dûë par le Legataire.

Teſtator

Teſtator exiſtimaverit. Cependant M. le Preſident *Faber de conjectur. lib. 5, cap. 2*, décide que dans ce cas le legs eſt démonſtratif; ce qu'il fonde ſur la même Loi dans l'endroit où il eſt dit, *quod ſi etiam centum aureorum, vel fundi debiti mentionem fecit: ſi quidem debitor fuiſſe probatur liberandus eſt: quod ſi nihil debeat, poterit dici, quaſi falſa demonſtratione adjecta, etiam peti, quod comprehenſum eſt, poſſe.* Ce qui renferme, ſelon cet Auteur, non une raiſon de douter, mais une vraie déciſion. En effet, lorſqu'il eſt dit, *je legue à Titius cent écus qu'il me doit*, les mots, *qu'il me doit*, forment bien clairement une démonſtration, qui laiſſe le legs entier & parfait d'une ſomme de cent écus *in abſtracto*; quoiqu'on retranche les paroles, *qu'il me doit*, qui forment la démonſtration : Ce qui ſuffit pour caracteriſer le legs démonſtratif, ſuivant le principe reçu par *Dumoulin ſur la Coutume de Paris, §. 18, n. 21, M. Cujas ſur la Loi 1, §. 8, ff. de dote præleg. & Vinnius au lieu cité.* Voilà pourquoi, ſi le Legataire eſt débiteur, il doit être liberé; que s'il n'eſt pas débiteur, il peut demander la ſomme leguée, *quaſi falſa demonſtratione adjecta.* Cette opinion, qui paroît d'abord ſpécieuſe, n'eſt pourtant pas conforme aux principes generaux; car quoiqu'il ſemble qu'on ne peut pas douter, que les mots, *qu'il me doit*, ne faſſent une démonſtration tout comme les mots, *que je dois*, dont la fauſſeté ne vicie point le legs, néanmoins il y a une difference conſiderable d'un cas à l'autre, à cauſe que quand le Teſtateur legue cent écus, que le Legataire lui doit, il n'y a point de débiteur, & par conſéquent le legs eſt inutile; au lieu que quand le Teſtateur dit qu'il doit, il y a un débiteur, ſinon à titre de créance, du moins à titre de legs, ſuivant la Loi 93, §. 1, *ff. de leg. 3*, & que de plus, lorſque le Teſtateur legue une ſomme dûe par le Legataire, ſon intention eſt de ne leguer que la liberation. Nous ferons une analyſe plus étenduë de la Loi *legavi 25, ff. de liberat. leg. au chap. 7, ſect. 3, n. 58 & ſuivans*; mais il faudra entendre ce que nous dirons dans cet endroit, relativement à ce que nous avons dit ici.

31. De la démonſtration qui dégenere en condition par des paroles conditionnelles.

La démonſtration dégenere en condition & rend le legs inutile, lorſque le Teſtateur s'eſt ſervi de paroles qui forment la condition, comme s'il eſt dit, *je legue à Titius le fonds Tuſculan, s'il a été donné ou vendu par Sempronius*; & ſi la démonſtration conditionnelle ſe trouve fauſſe, elle rend le legs inutile, comme nous l'avons dit ci-deſſus de la fauſſe cauſe exprimée par des paroles conditionnelles, après le §. 31, *inſtit. de leg.* & la Loi 17, §. 3, *ff. de condit. & demonſtrat.* parce qu'encore que la condition

Distinction entre la condition *de præterito & de futuro.*

de futuro, qui eſt impoſſible de fait, ne vicie pas la diſpoſition; comme nous l'avons montré ci-deſſus, il en eſt autrement de la condition *de præterito* qui ſe trouve fauſſe, ſuivant le §. *conditiones 6, inſtit. de verbor. oblig. & l. 16, ff. de injuſto, rupto, irrito facto teſtamento.*

32. De la démonſtration qui dégenere en condition par des expreſſions équipolentes.

La démonſtration peut dégenerer en condition, quoiqu'elle ſoit exprimée par des paroles qui ne forment pas de leur nature la condition, dans les cas où les Loix les déterminent dans le ſens de la condition. Nous en avons quelques exemples. Comme s'il eſt dit, *Stichum qui meus erit cum moriar heres meus dato*; ſi l'Eſclave legué n'appartient pas au Teſtateur, au tems de ſa mort, le legs ſera inutile; parce que la démonſtration, *qui meus erit*, dégenere en condition, ſelon l'intention du Teſtateur, *l. 6, ff. de leg. 1.* On en trouve un autre exemple dans la Loi 5, *ff. de tritico, vino & oleo legato*, laquelle eſt dans le cas d'un Teſtateur qui legue une certaine quantité de fruits ou de denrées une fois payables qui naîtront d'un certain fonds, parce que les mots, *quod natum erit*, forment une condition tacite, ſuivant la Loi 1, §. dernier, *ff. de condit. & demonſtrat.* la Loi 83, §. 5, *ff. de verb. oblig.* & la Loi 39, §. 1, *ff. de contrah. empt.* & *vicem taxationis obtinent, l. 5, ff. de tritico, vino & oleo leg.* Enſorte que ſi le fonds ne produit pas ces fruits, ou s'il en produit une moindre quantité, le Legataire ne pourra pas demander, que l'heritier parfourniſſe ce qui manquera: mais il en ſeroit autrement ſi le legs étoit annuel d'une certaine quantité, *l. 17, §. 1, ff. de ann. leg. & l. 13, ff. de tritico, vino & oleo leg.* comme je l'expliquerai plus bas, n. 42.

Du legs d'une certaine quantité de fruits qui naîtront d'un fonds.

33. De la démonſtration ignominieuſe.

Il y a encore un autre cas où la démonſtration vicie la diſpoſition, ſans conſiderer ſi elle eſt vraie ou fauſſe: ſçavoir lorſque la démonſtration eſt ignominieuſe & infamante en haine du Legataire, *l. turpia 54, ff. de leg. 1.* Mais, ſelon la remarque de *Donnellus in Comment. juris civilis, lib. 8, cap. 14*, cela ne doit avoir lieu, que quand le Legataire a été ſeulement déſigné par une qualification infamante, ſans y ajouter ſon nom; ce qui ſemble fondé ſur la Loi 9, §. *ſi quis nomen 8, ff. de hered. inſtit.*

34. Regle pour connoître ſi le legs eſt démonſtratif.

Nous ajouterons quelques cas où l'on peut appliquer la regle, que la fauſſe démonſtration ne donne aucune atteinte à la diſpoſition; ce qui arrive lorſqu'indépendamment de la démonſtration, & en la retranchant, le legs ſe trouve parfait, & que la diſpoſition *per ſe ſtat*, la choſe leguée étant d'ailleurs aſſez connuë, comme le remarquent M^e. *Charles Dumoulin ſur la Coutume de*

Paris, §. 18, *n.* 21, *M. Cujas sur la Loi* 1, §. 8, *ff. de liberat. leg.* sur la Loi *si sic* 75, §. 1, *ff. de leg.* 1, & sur la Loi *cum tale* 72, §. *falsam*, *ff. de condit. & demonstr. lib.* 18, *quæst. Papinian.* & *Vinnius sur le* §. 30, *instit. de leg.* C'est la marque distinctive du legs démonstratif, d'avec le legs qui se trouve conditionnel ou taxatif, que les Auteurs appellent limitatif, si l'on excepte les deux cas que nous avons expliquez, c'est-à-dire, lorsque le Testateur legue une somme fixe qui lui est dûe par un tiers, ou par le Legataire; car quoiqu'en retranchant les mots, *qui est dûe par un tel*, le legs se trouve parfait, il n'est pourtant pas bon s'il y a un débiteur, parce que les mots, *qui est dûe par un tel*, ne sont pas une démonstration d'une chose assez connuë, ils désignent la chose leguée, non comme une quantité, mais comme un corps, ou une action pour laquelle il faut un débiteur, afin que le legs soit efficace.

35. Du legs conçu en ces termes, *je legue à Titius cent écus que je lui dois*. Ou *qu'il me doit*.

Si donc il est dit, *je legue à Titius cent écus que je lui dois*, le legs est bon, quoique le Testateur ne doive rien au Legataire, *l.* 75, §. 1, *ff. de leg.* 1, *l. legavi* 25, *ff. de liberat. leg. & l.* 21, *ff. de leg.* 2, parce qu'il y a un débiteur, comme nous l'avons dit, & qu'en retranchant les mots, *que je lui dois*, ou *qu'il me doit*, qui forment la démonstration, le legs est parfait, la disposition *stat per se*, le Testateur legue une somme ou une quantité, & non un corps circonscrit, ni une espece, & qu'on ne peut pas dire qu'il ait legué une obligation sur autrui, ni la liberation, puisque le Testateur ne dit pas que le Legataire lui doit la somme, au-contraire il s'en déclare débiteur. Ainsi les mots, *que je lui dois*, forment une démonstration, fausse à la verité, mais qui ne donne aucune atteinte au legs : *Cum si decem quæ Titio debeo legavero nec quicquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum*, dit la Loi 75, §. 1, *ff. de leg.* 1. Mais que doit-on décider, lorsque le Testateur dit, *je legue à Titius dix écus, que je dois à Sempronius?* Vinnius sur le §. 30, *instit. de leg.* est d'avis que le legs est nul, parce que le débiteur ne peut leguer sa dette qu'à son créancier, & non à un autre, & que par conséquent en retranchant la fausse démonstration le legs demeure nul. Mais *Donnellus in comment. juris civilis*, *lib.* 8, *cap.* 14, décide avec raison au-contraire, que le legs est bon; parce qu'on ne peut pas présumer que l'intention du Testateur ait été de leguer une action, puisqu'il ne lui étoit rien dû; on ne peut pas dire non plus, qu'il ait voulu leguer la liberation, vû qu'il se déclare débiteur & non créancier; il ne reste donc dans le legs, en retranchant les paroles, *que je dois à*

Legs fait à Titius d'une somme fixe dûë par le Testateur à un tiers.

Sempronius, qui forment la démonſtration, que la ſomme de dix écus *in abſtracto*, qui peut être priſe ſur le patrimoine du Teſtateur, vû que *tantum quiſque pecuniæ relinquit, quantum ex bonis ejus refici poteſt, l.* 88, *ff. de verb. ſignif.* Que la ſomme n'eſt pas leguée comme un corps circonſcrit, dans un certain lieu : Qu'enfin il y a un débiteur, ſçavoir le Teſtateur qui ſe déclare tel ; & quoique la démonſtration paroiſſe fauſſe, lorſqu'il n'eſt pas prouvé autrement, que le Teſtateur fût débiteur de Sempronius, cela n'empêche pas la validité du legs. Cette opinion peut être autoriſée par l'argument de la Loi 72, *§.* dernier, *ff. de condit. & demonſtrat.* qui décide que ſi le Teſtateur legue à Titius cinquante des cent qu'il a leguez à Mœvius, le legs de cinquante eſt bon, quoiqu'il n'ait rien legué à Mœvius ; parce que le cas eſt fort approchant.

36. Du legs d'une ſomme à prendre ſur un tiers.

De même lorſqu'il eſt dit, *je legue à Titius cent écus à prendre ſur Mœvius*, ou *ſur ce qui m'eſt dû par Mœvius*, quoique Mœvius ne doive rien au Teſtateur, le legs ſera bon & valable, & le Legataire aura une action ſur l'heritier, *l. quidam 96, ff. de legat. 1, & l. Paula 27, §. ult. ff. de legat. 3*, dont la déciſion eſt autoriſée par pluſieurs Arrêts du Parlement de Paris, rapportez par *Soëfve, tom. 1, centur. 4, ch. 84*, & du Parlement de Toulouſe, dont M. *Mainard, liv. 7, chap. 9, & liv. 8, chap. 52*, fait mention. La raiſon eſt, parce que le Teſtateur n'a fait que démontrer d'où la ſomme leguée pourroit être payée. Mais c'eſt une difficulté qui merite d'être approfondie ; ſi le Legataire eſt obligé de diſcuter le débiteur indiqué, & s'il doit prendre les revenus leguez ſur la choſe même, ſauf en cas d'inſuffiſance à revenir ſur l'heritier pour ce qui manquera, ou ne pourra pas être exigé après la diſcuſſion.

Si dans le cas d'un legs démonſtratif le Legataire doit diſcuter la perſonne indiquée pour le payement.

D'abord il ſemble que le Legataire a une action directe contre l'heritier pour demander le legs, & que c'eſt à celui-ci à retirer la ſomme du débiteur indiqué, comme il trouvera à propos ; enſorte que non-ſeulement il n'en doit pas être quitte, en offrant de ceder l'action contre le débiteur, mais encore que le Legataire n'eſt tenu de faire aucune diligence contre le débiteur, comme l'inſinuë la Loi *quidam 96, ff. de leg. 1*, qui dit, que dans le cas d'un legs d'une ſomme fixe à prendre, c'eſt une ſimple démonſtration qui indique à l'heritier d'où il peut faire le payement du legs, *reſpondi veroſimilius eſt patremfamilias demonſtrare potius* HEREDIBUS *voluiſſe unde aureos quadringentos ſine incommodo rei familiaris contrahere poſſint, quam conditionem fideicommiſſo injeciſſe, quod initio purè datum eſſet : & ideò quadringenti Pamphilæ*

Raiſons pour la négative.

debebuntur. La Loi *Paula* 27, *§. dernier*, *ff. de leg.* 3, en dit autant, & finit en disant, *& ideò heres Severi hæc præstare debet.* Il y a plusieurs Arrêts des Parlemens de Paris & de Toulouse qui l'ont jugé de même, ils sont rapportez par *Charondas*, *liv.* 7, *rép.* 121, *Papon*, *liv.* 20, *tit.* 5, *Arr.* 4, *M. Mainard*, *liv.* 8, *chap.* 52, *& Albert*, *lett. L. chap.* 4, de la nouvelle édition; ce qui semble devoir être observé, soit qu'il s'agisse d'un legs une fois payable, ou d'un legs annuel.

37. Résolution pour l'affirmative.

Cependant si l'on examine exactement l'esprit & le sens des Loix, on sera obligé de prendre le parti opposé, & de décider que le Legataire doit discuter l'assignat avant de pouvoir intenter son action contre l'heritier. Il est vrai que la démonstration du payement à prendre sur un tel, ne rend pas le legs limitatif; mais il est également vrai que le Testateur veut, que la somme leguée soit prise sur le débiteur indiqué, & que la forme du payement marquée par le Testateur fait partie du legs; par conséquent sa volonté ne doit pas moins être exécutée sur ce point, que pour le chef qui contient le legs de la somme fixe: Car il n'y a point de Loi qui dispense le Legataire de suivre l'indication que le Testateur a faite, quand il peut agir utilement, & se procurer le payement par cette voie. Cette raison suffiroit donc pour faire adopter cette opinion. Il y a de plus divers textes du Droit qui le déterminent ainsi d'une maniere indubitable. Un Testateur legue à ses affranchis une certaine somme pour leur nourriture & leurs habits, à prendre sur les revenus d'un certain Domaine qu'il affecte à cet effet. On demande au Jurisconsulte Paulus, si les revenus d'une année ne suffisant pas pour payer la somme leguée pour les alimens, l'heritier en sera quitte en délivrant le montant des revenus, ou du moins si ce qui manquera ne devra pas être suppléé au moyen de ce qui se trouvera de plus dans les revenus des années subsequentes? Le Jurisconsulte répond, que les alimens sont dûs en entier, & qu'encore que le Testateur ait engagé le Domaine sur lequel les alimens doivent être pris, il n'est pas censé avoir diminué ni augmenté le legs. C'est la décision de la Loi *Lucius* 12, *ff. de alimentis & cibar. leg.* Le Jurisconsulte suppose donc dans sa réponse relativement à la demande qui lui étoit faite, que l'insuffisance d'une année devoit être suppléée par l'abondance d'une autre année, & c'est dans ce sens qu'il dit, que le legs entier est dû, & que l'engagement du Domaine ne diminuë ni n'augmente pas le legs. Il faut donc que le Legataire discute l'assignat, & que quand le legs est annuel, il attende une

Textes qui décident pour la discussion de l'assignat dans le legs annuel.

année abondante pour prendre sur les revenus indiquez, ce qui pourra manquer dans les années moins abondantes. Ceci est encore plus clair dans la Loi 17, §. 1, *ff. de annuis leg.* & dans la Loi 13, *ff. de tritico, vino & oleo leg.* Dans le premier de ces deux textes il est dit, que si le Testateur a legué annuellement deux mesures de vin de celui qui se recueilleroit dans ses biens, s'il ne s'en recueille point dans les biens du Testateur certaine année, le Legataire ne pourra demander son legs, que dans le cas qu'il s'en soit recueilli suffisamment aux autres années, *etiam pro eo anno quo nihil vini natum est, deberi duos culeos: si modo ex vindemia cæterorum annorum dari possit.* La Loi 13, *ff. de tritico, vino, & oleo legato*, est dans une espece toute semblable, & sa décision est la même. Si donc dans le cas de l'assignat, quoique démonstratif, le Legataire ne peut demander le supplément de ce qui manque en quelque année, que quand il se rencontre des fruits à suffisance en d'autres années, il est clair que le Legataire n'a pas une action directe pour convenir l'heritier, en laissant à côté la personne, ou le fonds indiqué, & par conséquent il est obligé à la discussion. Voilà pour ce qui concerne le legs annuel. Voici pour le legs une fois payable: La Loi *Firmio 26, ff. quando dies leg. ced.* est dans cette espece; un Testateur dit, *je veux qu'il soit donné à Firmius Heliodorus mon frere cinquante écus, du revenu de mes fonds de l'année prochaine.* Le Jurisconsulte Papinien décide que le legs n'est pas conditionnel; mais qu'il y a un délai pour le payement: ensorte que s'il n'y a pas assez des fruits pour payer cette somme la premiere année, ce qui manquera devra être pris sur les fruits de la seconde année, *fructibus fini relictæ pecuniæ non perceptis, ubertatem esse necessariam anni secundi;* cependant il auroit fallu répondre tout autrement, si le Legataire avoit eu une action directe sur l'heritier, & s'il avoit pû laisser à l'écart l'assignat, & dire que le délai tacite n'étant que d'un an, *futuri anni*, d'abord après l'échéance de l'année le Legataire auroit pû convenir l'heritier au payement de l'entiere somme de cinquante écus, sans examiner s'il y avoit des fruits suffisans, ou non, la premiere année. L'Auteur du Journal du Palais dans l'Arrêt du 31 Août 1675, a adopté cette opinion, & avec raison, à mon avis.

Texte qui décide pour la discussion de l'assignat dans le legs une fois payable.

18. Les Loix qui sont opposées pour fondement de l'opinion contraire ne concluent rien contre la discussion. Dans l'espece de la Loi *quidam 96, ff. de leg.* 1, un Testateur avoit legué quatre cens écus à prendre, sçavoir sur Julius son Agent, tant; sur les

18. Explication des Loix opposées pour l'opinion contraire.

Espece de la Loi 96, *ff. de leg.* 1.

Fermiers de tel Domaine, tant ; en argent comptant que le Teſtateur avoit, tant. Depuis le Teſtateur avoit diſpoſé à d'autres uſages des ſommes qu'il avoit indiquées pour le payement du legs. On demande au Juriſconſulte Julien, ſi le legs eſt dû, *an debeatur ?* Il répond, que le legs eſt dû, parce que le Teſtateur n'y avoit point ajouté de condition, qu'il avoit ſeulement déſigné le lieu d'où les heritiers pouvoient en faire le payement. Dans le cas de cette Loi le doute ne pouvoit pas rouler ſur la diſcuſſion ; puiſque le Teſtateur depuis ſon Teſtament avoit dénaturé toutes les ſommes indiquées, il ne reſtoit donc au Legataire qu'une action ſur les heritiers, qui étoient demeurez ſeuls débiteurs du legs : vu qu'il ne reſtoit plus d'action à exercer ſur les débiteurs indiquez qui avoient ceſſé d'être débiteurs : Et s'il eſt dit que le Teſtateur avoit indiqué aux heritiers d'où ils pourroient faire le payement, c'eſt parce qu'ils devoient avoir une action directe ſur les débiteurs indiquez pour les contraindre à payer, & que le Legataire, en vertu du legs, ne pouvoit avoir qu'une action utile, *l.* 18, *Cod. de legatis.*

La Loi 27, §. dernier, *ff. de leg.* 3, eſt auſſi dans le cas d'un débiteur indiqué qui avoit ceſſé d'être débiteur ; de-là vient que le Juriſconſulte dit, que la ſomme leguée devoit être payée par l'heritier, *& ideò heres Severi hæc præſtare debet*, car le débiteur indiqué ayant vuidé ſes mains, il ne reſtoit plus aucune action même utile au Legataire, ni par conſéquent aucune néceſſité de diſcuter l'aſſignat. Il eſt même remarquable que la Loi dit, que le Teſtateur avoit indiqué, non à l'heritier, mais au Legataire, d'où il pourroit prendre ſon payement ; ce qui ſerviroit à favoriſer l'opinion de la diſcuſſion, plutôt que l'avis contraire. Ainſi les deux textes que nous venons d'examiner, & qui ſervent de fondement à l'opinion contraire ſont au moins abſolument étrangers ; car ils ne peuvent pas avoir décidé ni expreſſément, ni par voie de conſéquence, la queſtion de la diſcuſſion, de laquelle il ne s'agiſſoit pas dans les cas propoſez ; & ce ſeroit contrevenir à la volonté du Teſtateur, qui a fait l'aſſignat, que de le rendre inutile, en diſpenſant le Legataire d'agir contre le débiteur indiqué, avant d'en venir à l'heritier, que le Teſtateur n'a voulu aſſujettir qu'à une action ſubſidiaire, ſoit en cas d'inſuffiſance ou d'inſolvabilité, ou qu'il ne fût rien dû. Il faut même prendre garde que les Loix qui décident que dans le cas du legs avec aſſignat, il peut être demandé par le Legataire, quoique le Teſtateur ait dénaturé les fonds deſtinez au payement du legs, ou que

37. Explication de la Loi 27, §. dernier, *ff. de leg.* 3.

Les Loix qui déclarent le legs démonſtratif, font rouler la difficulté à ſçavoir, s'il y a une

condition, & non s'il y a une limitation.

le débiteur ne doive rien, ne font pas rouler la difficulté sur le point de sçavoir, si l'assignat rend le legs limitatif ou démonstratif; mais bien s'il le rend conditionnel; & elles décident nettement que le legs n'est pas conditionnel: Voilà pourquoi, s'il est dû, comme les Loix le déclarent, ce n'est que relativement à la modification ajoutée par le Testateur, c'est-à-dire, que le Legataire en devra prendre le payement sur le fonds, ou sur la personne qu'il a indiquez; ce ne sera donc qu'après la discussion, que le Legataire pourra agir contre l'heritier en cas d'insuffisance. Pour se convaincre de cette verité, dont les Auteurs ne se sont pas apperçus, on n'a qu'à lire la Loi 96, *ff. de leg.* 1, & la Loi 26, *ff. quando dies leg. cedat.*

40. Du mari qui legue à sa femme une certaine somme, ou un fonds qu'elle a apporté en dot.

La fausse démonstration n'empêche pas non plus la validité du legs, lorsqu'un mari dit dans son Testament, *je legue à ma femme cent écus, ou un tel fonds qu'elle m'a apporté en dot;* car, soit que la femme ait apporté moins, ou qu'elle n'ait rien apporté, ou que le fonds n'ait pas été constitué en dot par elle, le legs n'en sera pas moins bon, *l.* 1, *§.* 8, *l.* 6, *ff. de dote præleg. l.* 40, *§.* 4, *ff. de condit. & demonstr. l.* 21, *ff. de leg.* 2, *& l.* 3, *cod. de falsâ causa adjecta legato.* Il en sera de même, s'il est dit, *je legue à ma femme ce qui est contenu en notre contrat de mariage,* suivant la Loi derniere, *cod. de falsa causa adjecta legat.* parce que la relation au contrat de mariage, qui parle d'une somme certaine, équipolle à l'expression de la somme qui seroit faite dans le Testament même. Le legs sera pareillement bon, s'il est dit, *je legue à ma femme ce qu'elle m'a apporté en dot, qui se monte à cent écus, suivant le contrat de mariage, l. ult. §.* 1, *ff. de dote præleg.*

Quid du legs de la somme exprimée dans le contrat de mariage.

41. Du legs annuel à prendre sur certains fonds.

Lorsque le Testateur legue une certaine somme, ou une quantité de fruits à prendre sur certains fonds qu'il désigne, le legs sera purement démonstratif, & ce qui manque une année doit être suppléée les années suivantes, *l.* 17, *§.* 1, *ff. de annuis leg.* & *l.* 13, *ff. de tritico, vino & oleo legato,* & quoique le Testateur aliéne les fonds désignez, le legs sera dû par l'heritier. Que si les fonds non aliénez par le Testateur ne produisent pas le revenu legué, l'heritier sera tenu de suppléer ce qui manquera, *l. Lucius* 12, *ff. de alim. & cibar. legatis.* Il y a un Arrêt rendu au Parlement de Paris le 3 Avril 1699, rapporté par *Augeard, tom.* 1, *chap.* 15, qui l'a jugé ainsi dans une espece fort ambiguë, à cause des expressions impropres, dont le Testateur s'étoit servi. Il sera de même démonstratif, si le Testateur legue une somme fixe une fois payable à prendre sur le revenu d'un certain fonds désigné, *l. Firmio* 26, *ff. quando dies leg. ced.*

Du legs une fois payable à prendre sur les revenus d'un fonds.

Comme

Comme les doutes qui peuvent se former sur les legs démonstratifs ou limitatifs dépendent principalement de l'interprétation de la volonté du Testateur ; cette volonté, qu'il faut rechercher dans les circonstances qui paroissent par le Testament, doit être la premiere regle ; & l'on ne doit avoir recours à celles que les Loix ont établies, & que nous avons expliquées ci-dessus, que quand les circonstances tirées de la volonté, ne déterminent pas le legs comme limitatif ou démonstratif. Sur le fondement de cette regle qui est sûre, le Parlement de Toulouse a jugé un legs limitatif dans une espece où il sembloit être démonstratif. Demoiselle Marthe Privat, qui étoit Legataire du sieur de Tourtoulon, fit son Testament le 12 Avril 1697, par lequel elle institua heritiere universelle Dame Marie Privat sa niéce, épouse de noble Jean de Vallat, Seigneur de Lisside, & fit un legs à Demoiselle Anne Privat aussi sa niéce, *de la somme de 700 livres, icelle somme à prendre sur le legat fait à la Demoiselle Testatrice par feu noble Jean-Jacques de Tourtoulon, Seigneur de Banieres, son cousin, pour par elle s'en faire payer, comme la Testatrice pourroit faire, & avec ce veut qu'elle soit contente, & autre chose ne puisse demander sur ses biens, la faisant son heritiere particuliere.* Ce sont les termes du Testament. Vingt-six ans après la mort de la Testatrice, Anne Privat Legataire demanda le legs de 700 liv. au sieur François de Vallat de Lisside, fils de la Dame Marie Privat, devant le Sénéchal de Nîmes, qui rendit Sentence le 9 Juin 1733, par laquelle demeurant le consentement donné par le sieur de Lisside, que le Legataire se fit payer sur le legs fait à Marthe Privat, Testatrice, par le sieur de Tourtoulon, il fut relaxé des demandes à lui faites à la charge de délivrer les actes justificatifs avec dépens. Sur l'appel de cette Sentence, Mᵉ. Jean Fages, Notaire, & Demoiselle Marthe-Bastide Maries, cette derniere heritiere d'Anne Privat, Legataire de la somme de 700 livres, soutenoient que les mots *à prendre* caracterisoient le legs démonstratif, suivant la Loi *96, ff. de leg.* 1, la Loi 27, §. dernier, *ff. de leg.* 3, & la décision des Auteurs ; au-contraire le sieur de Vallat de Lisside prétendoit que la Testatrice n'avoit fait qu'un legs de l'action qu'elle avoit sur le sieur de Tourtoulon à concurrence de 700 liv. puisqu'elle avoit imposé à la Legataire la nécessité de se faire payer comme la Testatrice pourroit faire : Au moyen de quoi elle avoit été mise à la place de la Testatrice ; & par conséquent elle ne pouvoit avoir aucune action contre l'heritiere. L'Arrêt qui fut rendu en la troisiéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. l'Abbé de Ca-

42. Pour juger si un legs est démonstratif ou limitatif, il faut examiner la volonté du Testateur.

Ensuite les Regles du Droit.

tellan, le 7 Août 1742, confirma la Sentence avec dépens; & jugea par conséquent le legs limitatif. Cependant dans le doute il faut expliquer le legs dans le sens, qui tend à le rendre démonstratif, plutôt que limitatif, comme le remarque *Dumoulin sur la Coutume de Paris, §. 9, glos. 2, n. 7*, & parce que quand la disposition est ambigue, *commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat, l. 12, ff. de reb. dub.* & qu'une disposition est présumée pure plutôt que conditionnelle. Au surplus, quand il y a du doute, & qu'il est difficile de connoître si la somme ou la quantité ont été léguées, *tamquam corpus vel species*, ou bien comme une quantité, on peut se servir de la distinction de *Dumoulin, §. 18, n. 21*, en examinant si indépendamment de la démonstration, la disposition est parfaite, *& per se stat*; ensorte que la désignation du fonds ou de la personne n'augmente, ni ne diminuë le legs. Auquel cas il devra être considéré comme démonstratif; mais il devra être regardé comme limitatif, quand la désignation ou la démonstration est dans la disposition, qu'elle la rend parfaite, & qu'en la retranchant on ne peut pas connoître ce qui est legué. *Loyseau du Déguerpissement, liv. 1, chap. 8, n. 17, & Ferriere sur la question 432 de Guy Pape*, approuvent dans ce cas la distinction de *Dumoulin*, & avec raison, quoiqu'en dise *Bretonnier sur Henrys, tom. 4, consult. 2.*

Dans le doute le legs est présumé plutôt démonstratif que limitatif.

Regle pour connoître si le legs est fait comme un corps, ou comme une quantité.

43. Si les legs pour alimens, ou en faveur de la cause pie avec assignat, sont sujets aux mêmes Regles que les legs avec assignat.

Du reste, quoique plusieurs Auteurs, entr'autres *Jacques de Ferriere, sur la question 8 de Guy Pape, & M. Dolive, liv. 1, chap. 6*, ayent pensé, que dans les legs faits pour alimens, ou en faveur de la cause pie, l'assignat doit toujours être reputé démonstratif & non limitatif, à moins que le Testateur ne se soit expliqué disertement, qu'il vouloit que sa disposition fût limitée & bornée à l'assignat, quand même il se seroit servi des paroles qui feroient juger le legs limitatif, s'il étoit fait pour autre cause; je croi que cette décision n'a aucun fondement sur les Regles du Droit, & qu'il n'y a point d'exception à faire pour les legs d'alimens, ou en faveur de la cause pie : Qu'ainsi ces legs doivent être jugez démonstratifs, ou limitatifs & conditionnels, par les paroles dont le Testateur s'est servi, tout comme on doit le faire, & que nous l'avons expliqué, pour les legs & autres dispositions qui ne sont pas considerées comme ayant une faveur particuliere. Les Loix 2, 3 & 8, *ff. de alim. & cibar. leg.* citées par Ferriere ne font absolument rien à la question. La Loi *Lucius 12*, du même titre, est dans le cas d'un legs démonstratif par les paroles dont le Testateur s'est servi. On ne peut non plus tirer aucun

argument de la Loi *Liberto* 21, *§. Lucius* 3, ni des Loix 23 & 24, *ff. de annuis leg.* ni de la Loi 10, *ff. de pollicitationib.* citées par M. Dolive. Il faut même prendre garde que l'opinion de M. Dolive a d'abord eu pour fondement un Arrêt rapporté par *Ferriere*, lequel Arrêt étoit dans l'espece d'un legs purement démonstratif, c'est-à-dire, d'un legs de six septiers de bled à prendre sur un Moulin, ce qui caracterisoit le legs véritablement démonstratif, & non un legs conditionnel ni taxatif. N'y ayant donc point de Loi qui excepte les legs pour alimens, ou en faveur de la cause pie, des regles établies pour les autres cas, il y a lieu d'y assujettir ces legs, comme les autres. Il importe peu que le Testateur ait fait une fondation perpétuelle, elle doit toujours être reglée par sa volonté exprimée par les paroles, dont il s'est servi; & par conséquent il faut examiner par les expressions, s'il a fait un legs conditionnel & taxatif, ou bien un legs démonstratif, & il faut en juger sur les regles que les Loix ont établies pour les legs avec assignat. Nos peres, par une espece de vénération qui dégeneroit en superstition, avoient attribué à la cause pie un nombre infini de privileges, qui n'ont aucun fondement dans le Droit. M. *Tiraqueau* en a fait un Recueil très-ample. A present qu'on examine les choses avec plus d'attention, & qu'on s'attache plus exactement aux Regles, on ne considere plus la cause pie avec cette faveur, que les anciens Auteurs lui avoient attribuée. L'art. 78 de l'Ordonnance de 1735 nous donne lieu de penser que la cause pie doit être mise au niveau des personnes étrangeres, par rapport aux dispositions testamentaires : puisqu'elle veut que tout ce qui est prescrit dans cette Ordonnance, soit sur la forme, ou sur le fonds des Testamens, Codiciles, & autres Actes de derniere volonté, soit exécuté, encore que les dispositions, de quelque espece qu'elles soient, ayent la cause pie pour objet. Mon avis est même fondé sur plusieurs Arrêts du Parlement de Paris, rapportez par *Chopin, Monasticon, lib. 2, tit. 1, art. 28; Charondas, liv. 13, rép. 14, & dans ses resolutions des questions de Droit, part. 4, tit. 9, chap. 2; & Ferriere sur la question 432 de Guy Pape*, adopte le sentiment de *Chopin*.

CHAPITRE VI.

Des personnes qui ont, ou n'ont pas la capacité passive; & de l'indignité.

SOMMAIRE.

1. *De la capacité pour recevoir les liberalitez.*
2. *La capacité de recevoir consiste en la faculté de pouvoir demander, recevoir, & conserver les liberalitez qui sont faites.*

Capacité.

Incapacité.

Indignité.

Avant d'entrer en matiere, il est bon d'expliquer quelques Regles.

3. *Premiere Regle.*

Ceux qui sont capables des institutions universelles sont capables des legs.

4. *Deuxiéme Regle.*

Ceux qui sont capables des legs ne sont pas toujours capables des institutions.

5. *Troisiéme Regle.*

On ne peut pas argumenter de l'incapacité active à l'incapacité passive.

On peut être capable de recevoir, sans être capable de tester.

6. *On peut être capable de tester, sans être capable de recevoir des liberalitez.*

Si l'argument de la capacité active à la capacité passive est concluant.

7. *Quatriéme Regle.*

Ceux qui sont capables des effets civils sont capables de recevoir des liberalitez.

On est reputé capable de recevoir si par quelque Loi, Statut ou Coutume on n'est déclaré incapable.

Même les personnes inconnues au Testateur.

8. *Cinquiéme Regle.*

On ne considere que les extrêmes, & non le tems intermédiaire.

9. *En quel tems la capacité doit être considerée.*

10. *Quels sont les tems que l'on considere pour la capacité des institutions universelles.*

Distinction entre les heritiers étrangers & les heritiers siens, suivan. le Droit Romain.

Quid *si l'institution est conditionnelle.*

11. *Suite & raisons de la doctrine expliquée.*

Par rapport au tems du Testament.

La regle Catonienne a lieu dans les inſtitutions.

Dans la donation à cauſe de mort on n'exige pas la capacité lors de la donation. V. inf. n. 51.

On ne conſidere pas le tems du Teſtament dans les inſtitutions conditionnelles.

12. *Par rapport à la mort du Teſtateur.*

13. *Par rapport au tems de l'adition de l'herédité.*

Hereditas non adita non tranſmittitur.

Selon le Droit Romain.

Quid *des deſcendans.*

14. *La regle Catonienne eſt la raiſon pourquoi la capacité eſt requiſe au tems du Teſtament.*

Elle n'eſt pas requiſe dans les inſtitutions conditionnelles, il ſuffit d'être capable lors de l'évenement de la condition.

Non au tems du Teſtament.

Ni au tems de la mort du Teſtateur.

15. *Explication du §. 4,* inſtit. de hered. qual. & differ.

On doit être capable lors de l'adition.

16. *Uſage de France dans les Pays du Droit écrit.*

Maxime le mort ſaiſit le vif, *eſt obſervée aux inſtitutions teſtamentaires.*

L'herédité non acceptée, mais déferée, eſt tranſmiſe aux heritiers même étrangers.

Le tems de l'adition n'eſt pas conſideré pour la capacité.

17. *Droit François touchant les inſtitutions conditionnelles.*

18. *L'inſtitution d'heritier ne peut valoir en aucun cas ſi l'heritier n'eſt né ni conçu lors du décès du Teſtateur.*

Cela doit avoir lieu quoique l'inſtitution ſoit conditionnelle.

Mais ne touche pas à la capacité de l'heritier né ou conçu pour l'inſtitution conditionnelle.

19. *L'Ordonnance de 1735, ne déroge pas au Droit Romain, au ſujet de la capacité requiſe lors du Teſtament dans les inſtitutions pures.*

L'inſtitution d'une perſonne à naître eſt conditionnelle.

20. *Cas où l'on n'examine pas la capacité lors du Teſtament.*

21. *Premier cas à l'égard de ceux qui ſont* ſui heredes.

La ſucceſſion des enfans eſt une continuation de proprieté.

Aujourd'hui on ne conſidere point la puiſſance paternelle pour la maniere de déferer la ſucceſſion aux enfans.

22. *Raiſons pourquoi on ne conſidere la capacité des enfans qu'au tems de la mort du Teſtateur.*

S'il en doit être de même des aſcendans inſtituez par les deſcendans.

23. *Second cas.*

De ceux qui étoient priſonniers de guerre chez les ennemis.

24. *Troiſiéme cas.*

De ceux qui ſont inſtituez par le Soldat.

On ne conſidere la capacité qu'au

tems de la mort du Soldat Teſtateur.

25. *De la capacité pour les fideicommis univerſels.*

Diverſité d'opinions des Auteurs.

26. *Dans les fideicommis purs la capacité doit être conſiderée dans les mêmes tems que pour les inſtitutions pures.*

La regle Catonienne a lieu aux fideicommis univerſels.

Et dans toutes les diſpoſitions pures par Teſtament ou codicile.

La maxime le mort ſaiſit le vif, *a lieu aux fideicommis pour l'acquiſition du Droit & la tranſmiſſion.*

On ne conſidere la capacité qu'eu égard au tems du Teſtament, & de la mort du Teſtateur, ou de l'ouverture du fideicommis.

27. *On doit appliquer aux fideicommis univerſels, tout ce qui eſt dit de l'inſtitution par rapport à la capacité.*

28. *Du fideicommis conditionnel.*

On ne conſidere la capacité qu'eu égard au tems de l'échéance de la condition.

29. *De la ſubſtitution pupillaire.*

On conſidere la capacité du ſubſtitué au tems de la mort du pupille ſeulement.

Quid *ſi l'heritier a profité de l'heredité du Teſtateur.*

La capacité au ſujet de l'heredité du pere, ne fait rien pour celle du pupille.

30. *De la ſubſtitution vulgaire compriſe dans la pupillaire lorſque le pupille décede avant le ſubſtituant.*

31. *De la capacité dans le cas de la ſubſtitution vulgaire expreſſe.*

Cas où la regle Catonienne ceſſe.

32. *En quel tems doit-on conſiderer la capacité des Legataires.*

Varieté dans l'opinion des Auteurs.

33. *Raiſons de l'opinion de ceux qui tiennent qu'on ne conſidere la capacité qu'au tems de la mort du Teſtateur.*

34. *Réſolution pour l'opinion qui exige la capacité lors du Teſtament, & au tems de la mort du Teſtateur.*

35. *Raiſons de cette réſolution.*

36. *Explication de la Loi 24,* ff. de leg. præſtandis.

37. *Conſequence que l'on peut tirer de cette Loi.*

On ne doit conſiderer la capacité qu'au tems de la mort du Teſtateur, pour les legs faits aux enfans.

38. *Capacité du Legataire lors de la mort du Teſtateur.*

39. *Exceptions de la regle qui exige la capacité du Legataire lors de la mort du Teſtateur, & lors du Teſtament.*

Legs d'uſufruit de l'uſage ou de l'habitation.

La regle Catonienne ceſſe pour les legs quorum dies cedit ab adita hæreditate.

40. *Du legs de la liberté.*

En France on ne conſidere point le tems de l'adition à cauſe de la maxime le mort ſaiſit le vif.

Les legs dont le jour ne cedoit que depuis l'adition d'herédité échéoient en France du jour de la mort du Teſtateur.
41. *Des legs annuels.*
Du legs pour alimens.
42. *Du legs conditionnel.*
43. *Explication de la Loi 54, §. 4,* ff. de hered. inſtit.
44. *Les inſtitutions & legs peuvent être faits pour être recueillis lorſqu'on ſera capable.*
45. *Le legs conditionnel n'acquiert la perfection que quand la condition arrive.*
46. *De la capacité dans les Pays Coutumiers.*
47. *Les legs & les fideicommis particuliers étant égalez, ce qui eſt dit des uns doit être appliqué aux autres.*
48. *Capacité pour la donation à cauſe de mort.*
Ceux qui ſont capables ou incapables de recevoir des legs, ſont capables ou incapables de recevoir des donations à cauſe de mort.
Les legs & les donations à cauſe de mort ſont comparez.
49. *Suite.*
50. *Si la capacité pour les donations à cauſe mort eſt requiſe pour les même tems que pour les legs.*
51. *Réſolution qu'on ne conſidere la capacité qu'au tems de la mort du Donateur.*
Si la regle Catonienne a lieu dans les donations à cauſe de mort. V. ſup. n. 11.
C'eſt en vertu de la regle Catonienne que l'on exige la capacité du Légataire, lors du Teſtament ou du codicile.
52. *Réponſe aux Loix 9 & 35,* ff. de mortis cauſa donat.
53. *Réponſe à l'argument tiré de ce que la donation à cauſe de mort eſt comparée au legs.*
En quoi les legs & les donations à cauſe de mort ſe reſſemblent & conviennent.
54. *En quoi les legs & les donations à cauſe de mort different.*

NOUS avons parlé dans le Chapitre 4 de la capacité active, & nous avons expliqué quelles ſont les perſonnes qui ont, ou n'ont pas la faculté de teſter, en quoi conſiſte la capacité ou l'incapacité active. L'ordre exige que nous parlions preſentement de la capacité paſſive, qui conſiſte en la faculté autoriſée par le Droit, de recevoir les liberalitez teſtamentaires, & que nous expliquions quelles ſont les perſonnes qui ont, ou n'ont pas cette capacité paſſive, qui ont les qualitez requiſes pour pouvoir demander, recevoir & conſerver les liberalitez qui leur ſont faites par Teſtament ou autre diſpoſition de derniere volonté, ou qui manquent de ces qualitez qui les rendent habiles.

1. De la capacité pour recevoir les liberalitez.

Nous avons dit *pour pouvoir demander, recevoir & conſerver les liberalitez;* parce que dans le Droit on connoît deux ſortes

2. La capacité de recevoir conſiſte en la faculté de

pouvoir demander, recevoir & conserver les liberalitez qui sont faites.

Capacité.

de personnes ausquelles on peut, ou l'on ne peut point faire efficacement des liberalitez ; les premieres sont celles ausquelles on peut laisser par Testament, *cum quibus Testamenti factio est*, qui sont appellées capables, les autres sont celles ausquelles on ne peut pas laisser efficacement, & elles sont encore de deux especes ; parce qu'on en use diversement à leur égard ; car on refuse aux unes toute l'action, & on les exclut de la demande de la liberalité : au lieu qu'on accorde aux autres la faculté de recevoir la liberalité, mais on la leur ôte. Les personnes de la premiere espece sont appellées *incapables*, celles de la seconde sont appellées *indignes* ; car selon la remarque de M. *Cujas sur le tit. du cod. de his quæ ut indig. aufer. Indignus jus capiendi habet, non retinendi ; incapax non habet jus capiendi.* Nous expliquerons donc dans ce Chapitre quelles sont les personnes capables, quelles sont les incapables, & quelles sont les indignes.

Incapacité.

Indignité.

ricard trait. des don. tom. 1. part. 3. ch. 3. sect. 1. n. 196. confond ces deux mots quant a l'effet et il en donne la raison

Avant d'entrer en matiere il est bon d'expliquer quelques regles.

Mais avant d'entrer dans ce détail qui fera la matiere des trois sections dont ce chapitre sera composé, il est nécessaire d'expliquer quelques regles qui serviront à décider par principes les difficultez qui peuvent se presenter, & qui ne sont pas expressément décidées.

3. Premiere regle. Ceux qui sont capables des institutions universelles sont capables des legs.

La premiere regle est, que ceux qui sont capables de recueillir les institutions universelles sont à plus forte raison capables des legs & des fideicommis particuliers ; ainsi, on peut fort bien argumenter, en disant, je suis capable pour recueillir une institution universelle, donc je suis capable de recueillir une liberalité particuliere. La raison est que l'institution universelle comprend l'entiere succession, tous les effets, & les corps heréditaires qui la composent. Voilà pourquoi celui qui est habile pour recevoir la totalité est pareillement habile pour en recevoir une partie, soit par maniere de quote, soit que cette partie ne consiste qu'en une somme ou en un ou plusieurs effets heréditaires.

4. Deuxiéme regle. Ceux qui sont capables des legs ne sont pas toujours capables des institutions.

La seconde regle est, que quoiqu'on puisse argumenter d'une maniere absolue de la capacité pour recevoir les institutions universelles, pour en induire la capacité pour les dispositions particulieres, on ne peut pas renverser l'argument, & dire que ceux qui sont capables des dispositions particulieres, sont pareillement capables des dispositions universelles, parce qu'il y a des cas où l'on est capable de recevoir les legs & fideicommis particuliers, & cependant on ne peut pas profiter d'une disposition universelle, soit pour le tout, soit pour une quote, comme sont les bâtards, par rapport à leurs peres naturels ; toutefois l'argument

ment renverſé ſera bon, s'il n'y a point de Loi qui établiſſe l'incapacité pour les diſpoſitions univerſelles.

La troiſiéme, que l'on ne peut pas valablement argumenter de l'incapacité active de faire Teſtament, à l'incapacité paſſive de recevoir par Teſtament; car il y a pluſieurs perſonnes qui ſont capables de recevoir, quoiqu'elles ſoient incapables de teſter, comme ſont les fils de famille, l'eſclave d'autrui, le ſourd & muet, le poſthume, le prodigue interdit par Juſtice, le furieux, imbécile ou inſenſé, qui ſont incapables de teſter, & néanmoins ils ſont capables de recueillir les liberalitez teſtamentaires. *L.* 16, *ff. qui teſtam. fac. poſſ. & §. in extraneis* 4, *inſtit. de hered. qualit. & differ.*

5. Troiſiéme regle. On ne peut pas argumenter de l'incapacité active à l'incapacité paſſive.

On peut être capable de recevoir ſans être capable de teſter.

Il y a même d'autres perſonnes qui ſont capables de teſter, & qui néanmoins ſont incapables de recevoir dans certains cas; mais comme cela n'arrive que par la prohibition particuliere de quelque Loi, l'argument de la capacité active eſt concluant pour la capacité paſſive, à moins qu'on ne ſe rencontre dans quelqu'un des cas de la prohibition.

6. On peut être capable de teſter, ſans être capable de recevoir des liberalitez.

Si l'argument de la capacité active à la capacité paſſive eſt concluant.

La quatriéme, que toutes les perſonnes qui ſont capables des effets civils, ſont auſſi capables de recueillir les liberalitez teſtamentaires, même à titre univerſel, ſoit mâles ou femelles, libres ou eſclaves; car les eſclaves d'autrui prennent leur capacité de la perſonne de leur Maître, auquel la liberalité eſt acquiſe. Que s'il s'agit de l'eſclave du Teſtateur; dès-là qu'il l'inſtituë, il eſt cenſé lui donner la liberté, *inſtit. de hered. inſtit. in princip. l.* 3, *cod. eod. & §. in extraneis* 4, *inſtit. de hered. qualit. & differ.* En un mot, toute perſonne eſt réputée capable de recevoir par Teſtament, ſi par quelque Loi, Statut, ou Coutume elle n'eſt déclarée incapable, *inſtitui heredes poſſunt omnes non prohibiti*, comme le décident tous les Auteurs; il n'eſt pas même néceſſaire d'être uni au Teſtateur par le lien du ſang ou de l'amitié; car les perſonnes tout-à-fait étrangeres à la famille, & même inconnuës au Teſtateur peuvent recevoir les liberalitez univerſelles ou particulieres qu'il leur fait. *L.* 9, *& L.* 11, *cod. de hered. inſtit.*

7. Quatriéme regle. Ceux qui ſont capables des effets civils ſont capables de recevoir des liberalitez.

On eſt réputé capable de recevoir, ſi par quelque Loi, Statut ou Coutume, on n'eſt déclaré incapable.

Même les perſonnes inconnues au Teſtateur.

La cinquiéme, que la capacité ne doit être conſiderée que par rapport au tems auquel les Loix veulent qu'on examine ſi l'heritier, le Légataire ou le fideicommiſſaire peuvent recevoir, & que les tems intermediaires ne devant point entrer en conſideration, il importe peu que les perſonnes gratifiées ayent été incapables dans ces tems intermediaires. *Medio autem tempore inter factum Teſtamentum, & mortem Teſtatoris, vel conditionem inſtitutionis exiſ-*

8. Cinquiéme regle. On ne conſidere que les extrêmes & non le tems intermediaire.

rentem mutatio juris non nocet heredi. Inſtit. de hered. qual. & differ. §. in extraneis 4, l. 6, §. 2, ff. de hered. inſtit. & l. 49, §. 1, ff. cod.

9. En quel tems la capacité doit être conſiderée.

Pour connoître quels ſont les tems auſquels l'heritier, le fideicommiſſaire, le Légataire doivent être capables de recevoir, il faut examiner la difficulté ſur les differentes diſpoſitions; ſçavoir, ſur celles qui ſont univerſelles, ſur les particulieres, ſur celles qui ſont pures, & ſur celles qui ſont conditionnelles, y ayant des differences entre ces eſpeces de diſpoſitions; il faut encore prendre garde que le Droit François a dérogé en partie à ce qui étoit exigé à cet égard par le Droit Romain.

10. Quels ſont les tems que l'on conſidere pour la capacité des inſtitutions univerſelles

Diſtinction entre les heritiers étrangers & les heritiers ſiens, ſuivant le Droit Romain.

A commencer par les diſpoſitions à titre d'inſtitution univerſelle, le Droit Romain exige la capacité dans trois tems à l'égard des heritiers étrangers, au nombre deſquels on mettoit, ſuivant les regles de l'ancien Droit Romain, toutes perſonnes qui n'étoient pas en la puiſſance du Teſtateur: ſçavoir, lors du Teſtament, lors de la mort du Teſtateur, & lors de l'acceptation de l'herédité, *§. in extraneis 4, inſtit. de hered. qual. & differ. & l. 49, §. 1, ff. de hered. inſtit.* L'heritier inſtitué doit néceſſairement être capable dans ces trois tems, afin que l'inſtitution ſoit bonne; s'il eſt incapable dans quelqu'un de ces trois tems, l'inſtitution eſt inutile; mais quoique l'inſtitution ſoit conditionnelle, on n'exige pas que l'heritier ſoit capable dans un quatriéme tems; les évenemens qui peuvent être arrivez hors de ces tems, n'étant d'aucune conſideration, comme le décident expreſſément le *§. 4, de hered. qualit. & differ. aux inſtit.* & la Loi 49, §. 1, *ff. de hered. inſtit.*

Quid ſi l'inſtitution eſt conditionnelle.

11. Suite & raiſon de la doctrine expliquée.

Par rapport au tems du Teſtament.

Les raiſons ſont, 1°. Par rapport au tems du Teſtament *ut conſtet inſtitutio*; car la regle Catonienne qui a lieu aux inſtitutions, comme le prouve *M. Cujas*, ſur la Loi 3, *ff. de reg. Caton. lib. 15, quæſt. Papin.* veut qu'une diſpoſition qui ne ſeroit pas bonne ſi le Teſtateur décedoit immédiatement après qu'il a teſté, ne devienne pas valable *tractu temporis*, *l. 1, ff. de reg. Caton.* ce qui eſt ſi vrai que quand la regle Catonienne ceſſe, comme au cas de la donation à cauſe de mort, on n'exige point la capacité au tems du Teſtament, ou de quelqu'autre acte, *L. 22, ff. de mortis cauſa donat.* Voilà pourquoi on ne s'arrête pas au tems du Teſtament dans les diſpoſitions conditionnelles, parce que la regle Catonienne n'y a pas lieu. *L. 59, §. 4, ff. de hered. inſtit. L. 41, §. 2, ff. de leg. 1°. & l. 4, ff. de reg. Caton.* Ainſi que nous le dirons ci-après, n. 14 & ſuiv.

La regle Catonienne a lieu dans les inſtitutions.

Dans la donation à cauſe de mort, on n'exige pas la capacité lors de la donation. Voy. *Infr. n. 51.*

On ne conſidere pas le tems du Teſtament dans les inſtitutions conditionnelles.

12. Par rapport à la mort du Testateur.

2°. Par rapport au tems de la mort *ut effectum habeat*, parce que c'est alors que le Testament est confirmé, & que la succession est ouverte ; ainsi l'heritier doit être capable pour la recueillir.

13. Par rapport au tems de l'acceptation de l'herédité.

3°. Par rapport au tems de l'acceptation, parce que l'herédité n'est veritablement acquise, suivant le Droit Romain, aux étrangers, que par l'acceptation ; c'est alors seulement qu'ils peuvent la transmettre à leurs heritiers, & non auparavant ; mais suivant la Loi unique, *cod. de his qui ante apert. tab. hereditatem transmittunt*, les enfans & les autres descendans, à quelque dégré qu'ils soient, transmettent à leurs heritiers les heréditez de leurs descendans paternels ou maternels, quoiqu'ils ne les ayent pas acceptées.

Hereditas non adita non transmittitur, selon le Droit Romain.

Quid des descendans.

14. La regle Catonienne est la raison pourquoi la capacité est requise au tems du Testament.

Comme la regle Catonienne, qui est la raison fondamentale, qui fait exiger la capacité au tems du Testament, ainsi que nous venons de le dire, n'a pas lieu aux institutions conditionnelles, *l. 4, ff. de reg. Caton.* & que l'heritier n'a aucun droit sur l'herédité à lui déferée sous condition, avant qu'elle soit arrivée, on n'exige la capacité de l'heritier qu'en un seul tems ; sçavoir, lorsque la condition conferée après la mort du Testateur, a été accomplie, ou est arrivée, quand il s'agit d'une institution conditionnelle, *l. 59, §. 4, ff. de hered. instit. aut si sub conditione heres institutus est quo tempore conditio existit.* Aussi la Loi *in tempus 62, ff. de hered. instit.* décide-t'elle que l'on peut instituer une personne incapable, pour recueillir l'herédité dans un tems auquel elle sera capable : *in tempus capiendæ hereditatis institui heredem posse benevolentiæ est : veluti, Lucius Titius cum capere poterit, heres esto.* On n'exige donc point dans ce cas, qu'il soit capable, ni au tems du Testament, ni au tems de la mort, il suffit qu'il le soit quand la condition arrive.

Elle n'est pas requise dans les institutions conditionnelles, il suffit d'être capable lors de l'évenement de la condition.

Non au tems du Testament.

Ni au tems de la mort du Testateur.

15. Explication du §. 4, *instit. de hered. qualit. & differ.*

Le §. 4 aux *instit. de hered. qual. & differ.* ne décide rien de contraire dans le cas de l'institution conditionnelle, il dit seulement que l'heritier doit être capable de recevoir au tems auquel il accepte l'herédité, soit qu'elle lui ait été déferée purement, ou sous condition, *nam jus heredis eo maxime tempore inspiciendum est quo acquirit hereditatem ;* mais il ne dit pas que quand l'institution est conditionnelle, la capacité de l'heritier soit requise lors du Testament & lors de la mort du Testateur, ne requerant cette double capacité que par rapport aux institutions pures, & l'on doit expliquer de la même maniere la Loi 49, §. 1, *ff. de hered. instit.* d'où le texte des Institutes a été tiré.

On doit être capable lors de l'addition.

16. Usage de France dans les Pays du Droit écrit.

Maxime *le mort saisit le vif*, est observée aux institutions testamentaires.

L'herédité non acceptée, mais déferée est transmise aux heritiers même étrangers.

Le tems de l'adition n'est pas consideré pour la capacité.

Mais comme en France, & dans les lieux où l'institution d'heritier a lieu, on observe, suivant la maxime *le mort saisit le vif*, que l'heritier étranger est saisi de plein droit de l'herédité déferée purement, au moment du décès du Testateur, tout comme l'étoit par le Droit Romain celui qui étoit *suus heres*, *l.* 11, *ff. de lib. & posthum.* & qu'il la transmet à ses heritiers, quoiqu'il décede sans l'avoir acceptée, pourvû que ce soit après le décès du Testateur, on ne considere dans les Pays du Droit écrit, que deux tems pour les institutions pures; sçavoir, celui du Testament & celui de la mort du Testateur, & non celui de l'acceptation de l'herédité, parce que la nécessité de l'acceptation de l'herédité pour l'acquerir, & la transmettre, étant abrogée par la maxime *le mort saisit le vif*, la capacité lors de cette troisiéme époque, se trouve abrogée par voye de conséquence, comme l'a fort bien remarqué *Duval dans ses institutions du Droit François*, *livre* 2, *chapitre* 15.

17. Droit François touchant les institutions conditionnelles.

A l'égard des institutions conditionnelles, le Droit François n'ayant point dérogé au Droit Romain, en ce qu'il exige la capacité de l'heritier au tems de l'évenement de la condition seulement, il est nécessaire que l'heritier soit capable de recueillir l'herédité lorsque la condition arrive; mais il n'est pas nécessaire qu'il soit capable, ni au tems du Testament, ni lors de la mort du Testateur.

18. L'institution d'heritier ne peut valoir en aucun cas, si l'heritier n'est né ni conçu lors du décès du Testateur.

Cela doit avoir lieu, quoique l'institution soit conditionnelle.

L'article 49 *de l'Ordonnance de* 1735, veut que l'institution d'heritier faite par Testament, ne puisse valoir en aucun cas, si celui ou ceux au profit de qui elle aura été faite, n'étoient ni nez, ni conçus lors du décès du Testateur; ainsi, l'on doit excepter du cas que nous venons de décider au sujet de la capacité pour recueillir les institutions conditionnelles, ceux qui ne sont ni nez ni conçus lors de la mort du Testateur, parce que l'Ordonnance veut que sa disposition ait lieu dans tous les cas, pour les institutions testamentaires; elle veut donc qu'elle ait lieu à l'égard des institutions, quoique conditionnelles; mais nous ne croyons pas que quand l'heritier est né lors de la mort du Testateur, l'institution conditionnelle ne doive avoir son effet, quoique l'heritier soit incapable au tems de la mort du Testateur, pourvû qu'il soit capable lorsque la condition arrive, parce que l'Ordonnance ne dit point que l'institution sera nulle hors du cas du défaut de naissance ou de conception de l'heritier ou des heritiers instituez, & qu'il ne faut pas étendre cette Ordonnance hors de son cas, à l'égard duquel elle s'est conformée à l'esprit du Droit Ro-

Mais ne touche pas à la capacité de l'heritier né ou conçu pour l'institution conditionnelle.

main; car suivant la Loi 14, *ff. de jure codicillor. esse enim debet cui datur*, au lieu qu'il n'en est pas de même des autres cas; ainsi, on ne pourroit point l'y étendre, sans supposer qu'elle déroge au Droit Romain, ce qui ne peut s'induire que d'une disposition expresse & litterale, que l'on ne trouve pas dans l'art. 49 déja cité.

19. L'Ordonnance de 1735 ne déroge pas au Droit Romain au sujet de la capacité requise lors du Testament dans les institutions pures.

Nous croyons aussi par la même raison, que cet article n'a pas nonplus dérogé au Droit Romain, ni aux principes du Droit François, qui exigent la capacité de l'heritier pour recueillir les institutions pures, au tems du Testament, tout comme au tems de la mort du Testateur, si l'on excepte le seul cas du défaut de naissance ou de conception; car il est bien vrai que suivant l'esprit de l'Ordonnance, & par un argument *à contrario sensu*, l'institution d'une personne à naître, & qui n'est née, ni conçuë lors du Testament, est bonne, si cette personne est née ou conçuë lors de la mort du Testateur, quoique n'étant point *in rerum natura* lors du Testament, elle fût incapable lors du Testament; mais il ne s'ensuit pas qu'elle ait déclaré ni expressément, ni par voye de conséquence, qu'il suffit qu'un heritier soit capable lors de la mort du Testateur, elle ne fait que décider une grande difficulté diversement traitée, & décidée par les Interpretes, si les personnes à naître pouvoient être instituées, & elle confirme l'opinion de ceux qui tenoient la négative, à moins que l'heritier ne soit né, ou conçu lors de la mort du Testateur, en quoi le Législateur a pris un milieu entre les deux opinions, sur ce fondement, que l'institution d'une personne non encore née ni conçuë, renferme cette condition tacite, si elle vient à naître, auquel cas, même selon le Droit Romain, la capacité au tems du Testament, n'est pas considerée comme nous l'avons prouvé. Le cas de l'article 49 est donc particulier, & il ne doit pas être tiré à conséquence pour les autres cas où la capacité est ou n'est pas requise, selon les Loix, lors du Testament.

L'institution d'une personne à naître est conditionnelle.

20. Car où l'on n'examine pas la capacité lors du Testament.

Outre les deux cas déja expliquez, où l'on ne considere point la capacité de l'heritier au tems du Testament; sçavoir, quand l'institution est conditionnelle, & quand une personne à naître est instituée, il y en a encore trois autres, suivant le Droit Romain, où l'on n'examine pas nonplus si l'heritier est capable ou incapable lors du Testament.

21. Premier cas à l'égard de ceux qui sont *sui heredes*.

Le premier est à l'égard des enfans qui sont appellez *sui heredes*, aussi la Loi 49, §. 1, *ff. de hered. instit.* & le §. 4, aux *instit. de hered. qual. & diff.* qui exigent la capacité en trois tems, ne parlent que des heritiers étrangers, les heritiers siens deve-

noient heritiers de plein droit par la mort de leur pere. C'étoit plutôt une continuation de proprieté, qu'une acquisition nouvelle, suivant les expressions de la Loi *in suis* 11, *ff. de liber. & posthum.* Ils étoient même heritiers nécessaires, & ce ne fut que par le benefice de l'Edit du Preteur, qu'ils purent s'abstenir de l'herédité, *§. sui autem 2, instit. de hered. qual. & differ.* Voilà pourquoi la faveur de ces heritiers fait qu'on n'éxige pas qu'ils soient capables lors du Testament, & l'on n'exige la capacité à leur égard, qu'au tems de la mort du Testateur; *hæc autem verba: institui non possunt, ad mortis tempus referuntur, l. 3, §. 10, ff. de bonor. possess. contra. tab.* & l'on doit dire la même chose de toutes sortes d'enfans & descendans, à quelque dégré qu'ils soient, par rapport aux heréditez de leurs ascendans paternels ou maternels, sans considerer le lien civil de la puissance paternelle, parce que le Droit nouveau dans la *Novelle* 118, *chap.* 1, & dans la *Novelle* 115, *chapitre 3*, ne fait plus dépendre le droit de succeder de ce lien civil, mais l'attache au sang & à la descendance, & qu'à cet égard, la difference entre les heritiers siens, & les émancipez, ou ceux qui descendent de la ligne maternelle, a été abrogée & retranchée, si bien qu'aujourd'hui les descendans maternels ont le même privilege & la même faveur que les descendans du côté paternel, & qui étoient en la puissance du pere ou de l'ayeul; on ne doit donc considerer la capacité des descendans pour les institutions pures, qu'eu égard au tems de la mort du Testateur, & non lors du Testament, quoiqu'en ayent pû penser certains Auteurs.

La succession des enfans est une continuation de proprieté.

Aujourd'hui on ne considere point la puissance paternelle pour la maniere de déferer la succession aux enfans.

22. Ce que nous venons de dire est fondé sur les principes du Droit Romain nouveau, qui a changé les regles du Droit ancien, & sur les regles de l'équité; il seroit en effet très-singulier qu'un descendant qui par sa seule qualité, & par les liens du sang, doit recueillir la succession de son ascendant, par le benefice de la Loi, & par le vœu commun de la nature & des parens, *naturæ simul, & parentum communi voto, l. scripto 7, ff. si tab. Testam. nullæ extab. & l. 7, ff. de bonis damnat.* s'il n'est point dans un état d'incapacité lors de la mort de l'ascendant, sans que l'on doive s'arrêter à aucun autre tems, dût avoir la même capacité lors du Testament, & ne pût pas recueillir la succession qui lui est déferée par disposition expresse de l'ascendant, sous prétexte qu'il étoit incapable lorsque la disposition a été faite, ensorte qu'il doive être admis quand il n'a qu'une volonté tacite du défunt, & qu'il en doive être exclus quand la disposition expresse

Raisons pourquoi on ne considere la capacité des enfans qu'au tems de la mort du Testateur.

du Teſtateur s'unit & ſe lie avec la diſpoſition de la Loi. *Claude de Ferriere* qui eſt de ce ſentiment dans ſes *Inſtitutes du Droit François*, ſur le §. 4, *inſtit. de hered. qual.* eſtime même avec raiſon, que cela doit encore être obſervé pour les aſcendans inſtituez par leurs deſcendans, & que l'on ne doit conſiderer leur capacité, que eu égard au tems de la mort du défunt, parce que la même raiſon milite.

S'il en doit être de même des aſcendans inſtituez par les deſcendans.

Le ſecond cas eſt de ceux qui étoient priſonniers chez les ennemis, leſquels pouvoient valablement être inſtituez durant leur captivité, quoiqu'ils fuſſent incapables de droit; mais comme par leur retour ils étoient rétablis dans tous leurs droits, & qu'ils étoient conſiderez comme s'ils n'avoient jamais été captifs, ils avoient la liberté d'accepter l'herédité, quoique le Teſtateur fût décedé avant le retour de l'heritier. *Itaque ſi reverſus fuerit ab hoſtibus, adire hereditatem poterit, l.* 32, §. 1, *ff. de hered. inſtit.*

23. Second cas. De ceux qui étoient priſonniers de Guerre chez les ennemis.

Le troiſiéme cas eſt de ceux qui ſont inſtituez par le Soldat; car par un privilege qui lui eſt particulier, il peut inſtituer les déportats, & les autres perſonnes qui ſont incapables des effets civils, *& deportati & ferè omnes qui teſtamenti factionem non habent, à milite heredes inſtitui poſſunt*; il eſt vrai qu'ils ne pouvoient pas inſtituer ceux qui étoient faits *ſervi pœnæ*; mais il ſuffiſoit qu'ils fuſſent rétablis lors de la mort du Soldat Teſtateur, pour que l'inſtitution fût valable, ce qui a lieu generalement à l'égard de toutes les perſonnes que le Soldat inſtituë, ſi elles ſont telles à ſa mort qu'il puiſſe les inſtituer, *& generaliter in omnibus id poterit dici, quos miles ſcribit heredes, ut inſtitutio incipiat vires habere, ſi mortis tempore talis inveniatur, ut à milite inſtitui poterit.* Tout cela eſt ainſi décidé par la Loi 13, §. 2, *ff. de Teſtam. milit.* & par la Loi 5, *cod. eod.* Voyez *l.* 7, §. 1, *ff. de leg.* 3.

24. Troiſiéme cas. De ceux qui ſont inſtituez par le Soldat.

On ne conſidere la capacité qu'au tems de la mort du Soldat Teſtateur.

Venons preſentement aux fideicommis univerſels. Il y a des Auteurs qui ont tenu indiſtinctement, qu'on ne devoit conſiderer la capacité du fideicommiſſaire, qu'eu égard au tems de l'échéance du fideicommis; d'autres ont diſtingué les fideicommis purs d'avec les conditionnels: ils ont exigé, à l'égard des premiers, la capacité du fideicommiſſaire, dans les mêmes tems que pour les inſtitutions; & pour ce qui regarde les fideicommis conditionnels, les uns ont exigé la capacité au tems du Teſtament, & au tems de l'échéance de la condition ou de l'ouverture; les autres n'ont conſideré d'autre tems que celui de l'échéance.

25. De la capacité pour les fideicommis univerſels.

Diverſité d'opinions des Auteurs.

Mais le veritable eſprit des Loix Romaines eſt que dans les fideicommis purs, le fideicommiſſaire doit être capable dans les

26. Dans les fideicommis purs la

capicité doit être considerée dans les mêmes tems que pour les institutions pures.

La regle Catonienne a lieu aux fideicommis universels.

Et dans toutes les dispositions pures, par Testament ou codicile.

La maxime *le mort saisit le vif*, a lieu aux fideicommis pour l'acquisition du droit & la transmission.

mêmes tems que l'heritier doit l'être, pour recueillir l'institution pure, à cause de la regle Catonienne, qui comme le prouve fort bien M. Cujas sur la Loi 3, *ff. de reg. Caton.* a lieu aux legs, aux fideicommis, aux institutions, & pour toutes les dispositions pures des Testamens, & des codiciles; ainsi le fideicommis universel pur devant être nul, si le Testateur étoit décedé au moment qu'il a testé, le fideicommissaire étant alors incapable, il ne peut pas devenir valable, *tractu temporis*, avec cette difference néanmoins, que la maxime *le mort saisit le vif*, ayant lieu aux fideicommis universels, quant à l'acquisition du Droit, au moment de l'ouverture, & pour la faculté de la transmission, quoique le fideicommissaire ne puisse point intenter les actions possessoires, qu'il doive former la demande en ouverture, & le recevoir de la main de l'heritier, comme l'observe, avec raison, le Parlement de Toulouse; on ne doit considerer la capacité du fideicommissaire étranger, qu'eu égard au tems du Testament, & à celui de la mort du Testateur, & non eu égard à celui de l'acceptation de l'herédité, ou de la demande en ouverture du fideicommis, parce que sans cette formalité, le droit en est acquis au fideicommissaire du jour de la mort du Testateur, qui a fait le fideicommis purement & sans condition.

On ne considere la capacité qu'eu égard au tems du Testament & de la mort du Testateur, ou de l'ouverture du fideicommis.

27. On doit appliquer aux fideicommis universels tout ce qui est dit de l'institution par rapport à la capacité.

Il faut donc appliquer au fideicommis universel pur, ce que nous avons dit de l'institution d'heritier pure, & n'exiger des fideicommissaires étrangers, la capacité qu'en deux tems; c'est-à-dire, lors du Testament & lors de la mort du Testateur; & en un tems seulement, c'est-à-dire, lors de la mort du Testateur, pour les fideicommis purs faits en faveur des enfans ou descendans, sans aucun égard à la puissance paternelle, ni à la difference du sexe, & de la descendance; ou pour ceux qui sont faits par les descendans en faveur de leurs ascendans, ausquels les Loix attribuent un droit de légitime qui les met au même dégré de faveur, & qui sont en quelque façon *sui heredes*, selon les regles du Droit nouveau, qui défend aux descendans de les passer sous silence, ou de les exhereder, sans une des causes exprimées dans *la Novelle 115, chap. 4.*

28. Du fideicommis conditionnel.

Que si le fideicommis est conditionnel, soit que la condition se trouve expresse & litterale, ou qu'elle soit seulement tacite & implicite, comme quand la restitution doit en être faite à jour incertain, ou en faveur des enfans à naître, dont la naissance est une condition inherente. Dans ce cas on ne doit considerer la capacité du fideicommissaire qu'eu égard au tems de l'échéance de

On ne considere la capacité qu'eu égard au tems

la

la condition, & de l'ouverture du fideicommis, comme le décident *Ranchin dans ſes Concluſions, tit. fideicommiſſum, art. 31, M. Cujas, ſur la Loi 3, ff. de reg. Caton. lib. 15, quæſt. Papin.* & pluſieurs autres Auteurs; que ſi l'on exigeoit la capacité en un autre tems, il s'enſuivroit qu'on ne pourroit point admettre au fideicommis les enfans qui ne ſont nez que long-tems après la mort du Teſtateur, leſquels étoient bien clairement incapables lors du Teſtament & lors de la mort du Teſtateur, ce qui ſeroit contre les regles & l'uſage conſtamment reçu dans tous les Tribunaux du Royaume.

de l'échéance de la condition.

Pour ce qui eſt de la ſubſtitution pupillaire, comme elle eſt conditionnelle, *ſi pupillus intra pupillarem ætatem deceſſerit*; on ne doit conſiderer la capacité du Subſtitué qu'eu égard au tems du décès du fils pupille, auquel tems la ſubſtitution eſt ouverte; il pourra donc la recueillir s'il eſt capable alors, quoiqu'il fût incapable lors de la mort du Teſtateur, ou lors du Teſtament, & même dans ces deux tems; mais au contraire il ne pourra point en profiter s'il eſt incapable lors du décès du pupille, quand même il auroit été capable lors du Teſtament & lors du décès du Teſtateur, & qu'il eût même profité de l'herédité du Teſtateur, en laquelle il eût été inſtitué, parce que ce ſont deux heréditez. C'eſt ainſi que le décide la Loi 11, *ff. de vulgar. & pupill. ſi is qui heres inſtitutus eſt, filio ſubſtitutus ſit, nihil oberit ei in ſubſtitutione, ſi tunc capere poſſit, cum filius deceſſit; contra quoque poteſt pœnas in Teſtamento pupilli pati, licet in patris paſſus non ſit.* Ainſi, la capacité au ſujet de l'herédité du pere, ne fait rien par rapport à l'herédité du fils, tout comme l'incapacité par rapport à l'herédité du pere, ne fait nonplus rien pour l'herédité du fils. Deſpeiſſes & les autres Auteurs qui ont expliqué cette Loi autrement, ne l'ont point entendue.

29. De la ſubſtitution pupillaire.

On conſidere la capacité du ſubſtitué au tems de la mort du pupille ſeulement.

Quid ſi l'heritier a profité de l'herédité du Teſtateur.

La capacité au ſujet de l'herédité du pere, ne fait rien pour celle du pupille.

Mais comme la ſubſtitution pupillaire comprend tacitement la vulgaire; ſi le fils décede avant le pere ſubſtituant, il ſuffira que le Subſtitué ſoit capable lors de la mort du pere, parce que c'eſt alors que la ſubſtitution eſt ouverte, ſans examiner la capacité au tems du Teſtament, parce que la condition renfermée dans la ſubſtitution, fait qu'on ne doit exiger la capacité qu'au tems de l'échéance, & de l'ouverture de la ſubſtitution, ſuivant les regles que nous avons établies ci-deſſus, en parlant de l'inſtitution conditionnelle, & celles que nous allons expliquer au ſujet de la vulgaire.

30. De la ſubſtitution vulgaire, compriſe dans la pupillaire, lorſque le pupille décede avant le Subſtituant.

Il en doit être de même au ſujet de la ſubſtitution vulgaire expreſſe, parce qu'elle eſt conditionnelle, *ſi heres noluerit aut non*

31. De la capacité dans le cas de la

substitution vulgaire expresse.

potuerit esse heres, quand même la condition arriveroit pendant la vie du Testateur; car la regle Catonienne a bien lieu aux dispositions generales ou particulieres qui sont pures, comme nous l'avons dit après plusieurs textes, & M. Cujas; mais elle cesse pour celles qui sont conditionnelles. *L.* 4, *ff. de reg. Caton. ad conditionalia Catoniana non pertinet*, *l.* 41, *§.* 2, *ff. de leg.* 1; elle cesse aussi pour celles qui sont conferées en un autre tems qu'à celui où le Testament est fait, ensorte que si le Testateur décedoit un moment après avoir testé, la disposition ne fût pas échuë par un effet de quelque condition expresse ou tacite; en quelque tems qu'elle doive s'accomplir, soit pendant la vie du Testateur, ou à sa mort, ou bien après sa mort connuë, comme il résulte clairement de la Loi 1, *§.* 1 & 2, & de la Loi 3, *ff. de reg. Caton. quia non est initio inutiliter datum*, tandis que la disposition est conferée en un autre tems que celui du Testament par la volonté expresse du Testateur, *sed magis non datum*, *l.* 1, *§.* 1, *ff. de reg. Caton.* car suivant la Loi 167, *ff. de reg. juris*, *non videntur data quæ eo tempore quo dantur accipientes non fiunt.* Les trois exemples qui sont rapportez dans la Loi 1, *§.* 1, *§.* 2, & dans la Loi 2, *ff. de reg. Caton.* prouvent cette verité d'une maniere incontestable; c'est-à-dire, que la regle Catonienne cesse toutes les fois que l'institution ou le legs ne seroient pas échûs, si le Testateur décedoit au moment du Testament; & dans tous ces cas, on ne considere point la capacité de l'heritier, du Légataire ou du substitué au tems du Testament, on la considere seulement au tems de la mort du Testateur, si la condition arrive pendant sa vie, ou bien lors de l'évenement de la condition, quand elle arrive après sa mort.

Cas où la regle Catonienne cesse.

32. En quel tems doit on considerer la capacité des Légataires.

Il reste à examiner eu égard à quel tems on doit considerer la capacité des Légataires, les Docteurs ont formé des opinions differentes au sujet du legs pur, & sans condition; les uns tiennent que l'on doit considerer seulement si le Légataire est capable de recueillir le legs au tems de la mort du Testateur, les autres sont d'avis qu'il doit être capable au tems du Testament, & au tems de la mort du Testateur.

Varieté dans l'opinion des Auteurs.

33. Raisons de l'opinion de ceux qui tiennent qu'on ne considere la capacité qu'au tems de la mort du Testateur.

Les premiers se fondent sur la Loi 24, *ff. de leg. præstandis*, qui décide qu'il suffit que les Légataires soient au nombre des enfans du Testateur lors de sa mort, afin que le fils qui demande la possession des biens *contra tabulas*, soit obligé de leur payer les legs contenus au Testament, contre les dispositions duquel la possession des biens est accordée; ils appuyent encore leur

avis sur la Loi 3, §. 2, *ff. de jure fisci*, & sur la Loi 19, *ff. de reb. dub.*

34. Résolution pour l'opinion qui exige la capacité lors du Testament & au tems de la mort du Testateur.

Mais cette opinion est contraire aux vrais principes du Droit Romain, qui exige que le Légataire soit capable non-seulement lors de la mort du Testateur, mais encore lors du Testament, *l. 59, §. 4, ff. de hered. instit.*

35. Raisons de cette résolution.

En effet, la regle Catonienne veut, ainsi que nous l'avons dit, que le legs qui ne seroit pas bon, si le Testateur venoit à déceder immédiatement après avoir testé, ne puisse pas être rendu valide *tractu temporis*, *l. 1, ff. de reg. Caton.* Or le legs fait à une personne incapable lors du Testament, seroit nul, si le Testateur décedoit alors; il demeure donc toujours nul à cause de l'incapacité du Légataire, & par conséquent, la capacité est requise au tems du Testament, quand le legs est pur, & sans condition expresse ou tacite.

36. Explication de la Loi 24, *ff. de leg. præstandis.*

La Loi 24, *ff. de leg. præstandis*, ne dit rien de contraire, elle décide un cas different, & qui n'a rien de commun avec la capacité; elle veut donc que pour que le Légataire puisse demander le legs, quoique le Testament soit renversé par la demande du fils, d'être maintenu en la possession des biens, en conséquence de la Loi premiere du même titre, qui conserve les legs faits aux enfans, aux parens, à la femme & à la bru du Testateur, malgré la rescision du Testament par la possession des biens demandée par le fils, il suffit qu'il soit prouvé que le Légataire étoit au nombre des enfans lors de la mort du Testateur; la Loi ne considere donc point dans ce cas, la capacité; mais la qualité d'enfant. La Loi 19, *ff. de reb. dub.* veut que l'on considere la qualité de cognat au tems de la mort pour faire part des legs faits aux cognats; & la Loi 3, §. 2, *ff. de jure fisci*, décide que pour sçavoir si l'on doit appliquer au fisc une liberalité faite sous le nom d'une personne capable, avec charge d'un fideicommis tacite en faveur d'une personne incapable, il faut considerer l'évenement, & non le simple dessein ou le projet, lorsque celui qui doit recueillir le fideicommis tacite qui étoit incapable lors du Testament, se trouve capable lors de la mort du Testateur, ce qui est fondé sur cette regle, que dans le doute, il faut se déterminer contre le fisc. Voilà pourquoi dans ce cas particulier, il suffit que la personne se trouve capable lors du Testament ou lors du décès du Testateur; mais on ne doit pas tirer à conséquence cette décision.

37. Conséquence que l'on peut tirer de cette Loi.

Tout ce qu'on pourroit induire de la Loi 24, *ff. de legat. præs-*

tandis, même par un argument bien éloigné, ce ſeroit qu'à l'égard des enfans ou deſcendans du Teſtateur, on ne doit conſiderer leur capacité que par rapport au tems de l'échéance du legs; c'eſt-à-dire, lors de la mort du Teſtateur, parce que *dies legati cedit à morte Teſtatoris, l. un. §. cum igitur* 1, *cod. de caducis tollendis.* Ce que nous croyons très-veritable pour les legs, tout comme nous l'avons dit pour les inſtitutions.

On ne doit conſiderer la capacité qu'au tems de la mort du Teſtateur, pour les legs faits aux enfans.

38. Capacité du Légataire lors de la mort du Teſtateur.

A l'égard du tems de la mort du Teſtateur, le Légataire doit néceſſairement être capable, afin qu'il puiſſe l'acquerir, parce que le tems de l'acquiſition eſt plus conſiderable, *§. 4, inſtit. de hered. qual. & differ.* ainſi que tous les Docteurs en demeurent d'accord.

39. Exception de la regle qui exige la capacité du Légataire lors de la mort du Teſtateur & lors du Teſtament.

Cette regle, que le Légataire doit être capable lors du Teſtament, & lors de la mort du Teſtateur, ſouffre quelques exceptions; la premiere, pour les legs qui ne ſont point tranſmiſſibles, comme de l'uſufruit, de l'uſage & de l'habitation, parce que *dies non cedit ab adita hereditate, l. 2, & l. 3, ff. quando dies legat. cedat.* Car la regle Catonienne ceſſe pour les legs qui ne ſont pas acquis au jour de la mort du Teſtateur, *regula Catoniana non pertinet ad ea legata quorum dies non mortis tempore, ſed poſt aditam cedit hereditatem, l. 3, ff. de regula Catoniana.* Il ſuffit donc pour ces ſortes de legs, que le Légataire ſoit capable lors de l'acceptation de l'herédité, ſelon le Droit Romain.

Legs d'uſufruit, de l'uſage, ou de l'habitation.

La regle Catonienne ceſſe pour les legs *quorum dies cedit ab adita hereditate.*

40. Du legs de la liberté.

La ſeconde eſt pour le legs de la liberté, parce que *dies non cedit niſi ab adita hereditate, l. 7, §. ult. & l. 8, ff. quando dies legat. cedat*, ſauf, ſelon les regles du Droit ancien, quand un heritier néceſſaire eſt inſtitué; auquel cas on ne conſidere que le tems de la mort du Teſtateur, & non l'adition qui n'eſt pas néceſſaire en ce cas, *l. 86, ff. de condit. & demonſtrat.* Ce que nous pouvons appliquer, ſelon notre uſage, à l'inſtitution de toutes ſortes d'heritiers, parce qu'ils n'ont pas beſoin d'accepter pour être revêtus de l'herédité, attendu qu'ils en ſont ſaiſis de plein droit en vertu de la maxime *le mort ſaiſit le vif.* Ainſi, dans tous les cas le jour des legs n'arrivoit qu'après l'acceptation de l'herédité, ſuivant le Droit Romain : ils échéent en France au jour de la mort du Teſtateur, parce que l'heritier eſt ſaiſi de l'herédité même avant l'adition. Il ſuffit donc d'être capable lors de la mort du Teſtateur.

En France on ne conſidere point le tems de l'adition à cauſe de la maxime *le mort ſaiſit le vif.*

Les legs dont le jour ne cedoit que depuis l'adition d'heredité, échéent en France du jour de la mort du Teſtateur.

41. Des legs annuels.

La troiſiéme eſt pour les legs annuels qui ont cela de particulier, que celui de la premiere année eſt pur; mais à l'égard des autres années, il y a autant de legs que d'années, durant leſquelles

il peut être demandé, & ils renferment cette condition tacite, *si vivat*, *l.* 4, *ff. de annuis legatis*; & par conséquent, il faut que le Légataire soit capable lors du Testament & lors de la mort du Testateur, pour recueillir le legs de la premiere année comme pur; & de plus, il doit être capable chaque année pour recueillir les legs des autres années, lorsqu'il n'est pas fait pour alimens; car le legs des alimens peut être fait, même en faveur d'une personne incapable des effets civils, comme nous le dirons en son lieu.

Du legs pour alimens.

Quand le legs est conditionnel, il suffit au Légataire d'être capable lors de l'échéance de la condition, sans examiner s'il étoit incapable lors du Testament, ou lors de la mort du Testateur, parce que la regle Catonienne, qui est la raison fondamentale pour laquelle la capacité est requise lors du Testament, ainsi que nous l'avons remarqué, cesse à l'égard des dispositions conditionnelles, *l.* 41, *§.* 2, *ff. de leg.* 1, *& l.* 4, *ff. de regula Catoniana.* La Loi 59, *§.* 4, *ff. de hered. instit.* le décide de même d'une maniere expresse & formelle, pour les institutions & les legs conditionnels : *aut si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio existit. Idem & in legatis, & in bonorum possessionibus.*

42. Du legs conditionnel.

Il est vrai que ce dernier texte parle de la capacité lors du Testament; mais ce n'est que par rapport à l'institution ou aux legs purs & sans condition; car pour les dispositions conditionnelles, il n'exige la capacité, qu'au tems où la condition arrive.

43. Explication de la Loi 54, §. 4, *ff. de hered. instit.*

D'ailleurs, la Loi *in tempus* 62, *ff. de hered. instit.* permettant de faire des institutions & des legs pour être recueillis, lorsque l'heritier ou le Légataire seront capables, il est clair que soit que la condition se trouve expresse, ou simplement tacite, comme dans le cas de cette Loi, il suffit que le Légataire se trouve capable lorsque l'échéance du legs arrive, sans examiner le tems du Testament, ni celui de la mort du Testateur; ainsi on ne doit point s'arrêter à l'opinion des Auteurs qui ont décidé le contraire, & qui ont crû que la capacité étoit requise lors du Testament.

44. Les institutions & legs peuvent être faits pour être recueillis lorsqu'on sera capable.

Il y a cette consideration particuliere au cas du legs conditionnel, que la prévoyance du Testateur n'a lieu que pour l'avenir, & pour le tems auquel il a voulu que sa volonté eût son effet; c'est-à-dire, lors de l'évenement de la condition qu'il a marquée, de sorte que quand le Légataire seroit incapable lors du Testament, on doit présumer que le Testateur a prévû que le Légataire pou-

45. Le legs conditionnel n'acquiert sa perfection que quand la condition arrive.

voit acquerir la capacité dans l'intervale du tems qui ſe paſſeroit entre l'époque du Teſtament & celle de l'évenement de la condition; tous ſes ſoins & ſa volonté, dans cet ouvrage, n'étant attachez qu'à la conſideration du tems futur, & non pas de celui auquel il agit: Ainſi, ne voulant faire la liberalité que dans le cas que la condition arrivera, le legs, à proprement parler, n'a ſon commencement, ou du moins, ſa perfection, à l'égard du Légataire, que quand il a ſon effet, par l'évenement de la condition, ainſi que le remarque fort bien *Ricard, des Donations, tome 1, part. 1, n. 830.*

46. De la capacité dans les Pays Coutumiers.

Dans les Pays Coutumiers, où l'inſtitution d'heritier n'a point de lieu, où du moins elle n'eſt point néceſſaire, & où les diſpoſitions univerſelles ne valent que comme des legs, ſuivant *l'article 299 de la Coutume de Paris*, on ne conſidere la capacité des Légataires, pour les diſpoſitions pures, qu'eu égard au tems de la mort du Teſtateur, & l'on n'y obſerve point la regle Catonienne. C'eſt l'opinion commune du Palais, & l'uſage du Parlement de Paris, comme l'obſervent *Ferriere dans ſes Inſtitutions du Droit François*, ſur le *§. 4, inſtit. de hered.* & *Ricard*, au lieu cité, *nombres 829, 830.*

47. Les legs & les fideicommis particuliers étant égalez, ce qui eſt dit des uns doit être appliqué aux autres.

Du reſte, comme les legs & les fideicommis ont été égalez en tout, *l. 1, ff. de leg. 1, & §. 3, inſtit. de legatis*, on doit appliquer aux fideicommis particuliers, ce que nous avons dit ci-deſſus au ſujet de la capacité des Légataires, par rapport au tems où l'on doit conſiderer cette capacité ſelon la nature des legs purs ou conditionnels.

48. Capacité pour la donation à cauſe de mort.

Ceux qui ſont capables ou incapables de recevoir des legs, ſont capables ou incapables de recevoir des donations à cauſe de mort.

Quant à la donation à cauſe de mort, la Loi, *omnibus 9, ff. de mortis cauſa donat.* décide que ceux qui ſont capables de recevoir des legs ſont auſſi capables de recevoir des liberalitez par donation à cauſe de mort, *omnibus mortis cauſa capere permittitur, qui ſcilicet & legata accipere poſſunt*; & la Loi, *Senatus 35, ff. eod.* déclare que ceux qui ſont incapables de recevoir des legs, ſont également incapables des donations à cauſe de mort: *Senatus cenſuit, placere mortis cauſa donationes factas, in eos quos lex prohibet capere, in eadem cauſa haberi, in qua eſſent quæ Teſtamento his legata eſſent, quibus capere per legem non liceret;* & les donations à cauſe de mort étant comparées aux legs, tout ce qui a lieu aux legs doit avoir lieu aux donations à cauſe de mort, *l. 17*, & *l. 37, ff. de mortis cauſa donat.*

Les legs & les donations à cauſe de mort ſont comparez.

49. Suite.

Il y a pluſieurs autres Loix qui veulent que les donations à cauſe de mort, ſe reglent de la même maniere que les Teſtamens; ceux

qui ont la faculté de tester peuvent aussi faire des donations à cause de mort, *mortis causa donare poterit, cui testari permissum est, l. 32, §. 8, ff. de donat. inter vir. & uxor.* les donations à cause de mort se révoquent tout comme les legs, *ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatæ sunt, l. 15, ff. de donat. causa mortis.*

50. Si la capacité pour les donations à cause de mort, est requise pour les mêmes tems que pour les legs.

D'où il semble qu'on doive conclure que le Donataire à cause de mort doive être capable dans les mêmes tems, où les Loix exigent que le Légataire soit capable de recevoir.

51. Résolution qu'on ne considere la capacité qu'au tems de la mort du Donateur.

Cependant, il est certain, selon la décision & l'esprit du Droit Romain, qu'on ne doit considerer la capacité du Donataire qu'eu égard au tems de la mort du Donateur, suivant la décision expresse de la Loi 22, *ff. de donat. causa mortis*, qui dit, *in mortis causa à donationibus, non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit*, parce que la donation à cause de mort a trait de tems à la mort, elle n'est parfaite qu'alors, & c'est alors que la liberalité peut être recueillie, *l. 32, ff. de mortis causa donat.* C'est tout comme si le Donateur disoit, je vous donne, en cas que vous soyez capable au tems de ma mort; & comme la regle Catonienne n'est point faite pour les donations à cause de mort, elle n'a point lieu, selon la remarque de M. Cujas, sur la Loi 3, *ff. de reg. Caton. lib. 15, quæst. Papin.* cependant, c'est en vertu de cette regle que l'on exige la capacité de l'heritier ou du Légataire lors du Testament ou du codicile; on ne doit donc pas exiger du Donataire à cause de mort, qu'il soit capable lors de la donation; mais il suffit qu'il soit capable lors de la mort du Donateur, quand la donation à cause de mort est pure; que si elle est conditionnelle, & que la condition l'étende après la mort du Donateur, il doit suffire que le Donataire soit capable lors de l'évenement de la condition, auquel tems la donation doit avoir son effet.

Si la regle Catonienne a lieu dans les donations à cause de mort. V. *sup. n.* 11.

C'est en vertu de la regle Catonienne que l'on exige la capacité du Légataire lors du Testament ou du codicile.

La Loi 9 & la Loi 35, *ff. de mortis causa donat.* ne sont pas contraires à cette décision, parce qu'elles déterminent bien la qualité des personnes qui sont capables ou incapables, rélativement à celles qui peuvent ou ne peuvent pas recevoir les legs; mais elles ne déterminent point, ni expressément, ni par voye de conséquence, le tems auquel la capacité du Donataire doit être considerée; & comme la regle Catonienne, qui fait exiger la capacité au tems du Testament, cesse à l'égard des donations à cause de mort, & qu'il n'y a aucun texte qui exige la capacité du Donataire au tems de la donation, il s'ensuit que la

52. Réponse aux Loix 9 & 35, *ff. de mortis causa donat.*

donation ſera bonne, pourvû que le Donataire ſoit capable quand elle devra être exécutée, parce qu'il faut prendre le parti qui fait valoir l'acte, plutôt que celui qui le détruit. *L.* 12, *ff. de rebus dubi.*

53. Réponſe à l'argument tiré de ce que la donation à cauſe de mort eſt comparée au legs.

Il eſt vrai que la donation à cauſe de mort eſt comparée aux legs, *legatorum inſtar obtinet*, aux termes de la Loi 17, *ff. de mortis cauſa donat.* & que ſuivant la Loi 37, *ff. eod.* ce qui eſt ordonné pour les legs doit avoir lieu à l'égard des donations à cauſe de mort; mais la comparaiſon & la reſſemblance ne ſont pas parfaites, ce que l'Empereur Juſtinien a bien reconnu en diſant, au §. 1, *inſtit. de donat. ut per omnia ferè legatis connumerentur*: En effet, ſi le legs & la donation à cauſe de mort ſe reſſemblent en pluſieurs choſes, ils different auſſi en pluſieurs autres; ils conviennent en ce que le même nombre de témoins eſt requis pour la validité de la donation à cauſe de mort & du legs; que l'un & l'autre peuvent être révoquez, qu'on peut ſubſtituer au Donataire à cauſe de mort, de même qu'au Légataire; que la falcidie diminue l'un & l'autre; que l'inſinuation n'eſt requiſe ni pour l'un ni pour l'autre, & c'eſt dans ce cas, & dans quelques autres, que les Interpretes rapportent qu'il faut entendre les textes oppoſez; mais on ne doit point en faire une application pour décider du tems auquel la capacité du Donataire eſt requiſe, ni aux autres cas auſquels la donation à cauſe de mort differe des legs.

En quoi les legs & les donations à cauſe de mort ſe reſſemblent & conviennent.

54. En quoi les legs & les donatio s à cauſe de mort different.

Car, par exemple, la donation à cauſe de mort eſt confirmée par la mort du Donateur, *l.* 32, *ff. de mortis cauſa donat.* au lieu que le legs eſt confirmé par l'adition de l'herédité. Celui qui impugne le Teſtament de faux, ou propoſe la plainte d'inofficioſité, eſt privé du legs; mais il ne perd pas la donation à cauſe de mort, *l.* 5, §. 5, 6 & 7, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* La donation annuelle eſt une. L. *Senatus* 35, §. 7, *ff. de donat. cauſa mortis*, au lieu que le legs annuel ſe diviſe en autant de legs qu'il y a d'années, *l.* 4, *ff. de annuis legatis.* La donation à cauſe de mort eſt une eſpece de contrat où l'on peut faire intervenir la ſtipulation, *l.* 34, *ff. de mortis cauſa donat.* & qui doit être faite par une perſonne preſente à une autre perſonne preſente, *quo præſens preſenti dat l.* 38, *ff. eod.* au lieu que le legs eſt fait par Teſtament ou codicile, ſans qu'il ſoit beſoin de la preſence du Légataire. Si donc toutes ces differences ſubſiſtent nonobſtant la comparaiſon des donations à cauſe de mort, aux legs, pourquoi celle qui n'exige la capacité du Donataire qu'au tems de la mort du Donateur, & non au tems de la donation, ne ſubſiſteroit-elle

pas,

pas, tandis qu'elle eſt fondée ſur une Loi expreſſe, à laquelle il n'a point été dérogé?

SECTION I.

Des perſonnes qui ſont capables de recueillir les Liberalitez teſtamentaires.

SOMMAIRE.

1. *Toutes perſonnes ſont capables de recueillir les liberalitez teſtamentaires.*
2. *Les diſpoſitions teſtamentaires ſont des Loix domeſtiques.*

On ne doit pas s'enquerir ſi le Teſtateur a eu des juſtes motifs pour diſpoſer.

On peut diſpoſer en faveur des perſonnes étrangeres à la famille & inconnuës au Teſtateur.

Même au préjudice des enfans & des collateraux.

Il ſuffit que la volonté paroiſſe, & qu'elle ſoit revêtuë des formalitez afin qu'elle ſoit exécutée.

3. *Le Teſtateur peut diſpoſer en faveur des perſonnes qu'il n'a jamais vûës.*
4. *On peut faire des liberalitez à ceux qui n'ont pas la faculté de teſter.*
5. *Si les poſthumes ſont capables de liberalitez.*
6. *Si les enfans à naître peuvent être inſtituez.*

Varieté dans le ſentiment des Auteurs.

L'uſage étoit pour l'affirmative.

7. *L'Ordonnance de 1735, a décidé pour la négative.*
8. *Réflexions ſur cette Ordonnance.*

Elle doit être reſſerrée dans ſon cas & ne doit pas avoir lieu aux fideicommis, legs & autres diſpoſitions particulieres.

9. *Elle doit avoir lieu pour la ſubſtitution vulgaire.*
10. *Elle ne doit pas avoir lieu pour les inſtitutions contractuelles.*
11. *Elle doit être obſervée quoiqu'il y ait une condition expreſſe ajoutée à l'inſtitution.*
12. *La nullité a lieu quand même l'inſtitution ſeroit d'un enfant à naître, deſcendant du Teſtateur.*
13. *Si les Eſclaves ſont capables des liberalitez.*
14. *De l'Eſclave du Teſtateur.*
15. *De l'Eſclave appartenant à une herédité non acceptée.*
16. *De l'Eſclave de celui qui étoit en captivité.*

17. *Des Eſclaves des Villes, Colleges, & Confréries licites.*

Du legs fait à l'Eſclave du Teſtateur.

18. *En France on ne connoît point l'eſclavage.*

Des Eſclaves qui ſont dans les Iſles de l'Amérique Françoiſe.

19. *De la capacité des Gens de main-morte.*

Si les main-mortables ont la participation au Droit civil.

20. *De la capacité de ceux qui ſont Priſonniers chez les ennemis.*

21. *De la capacité du fils qui a été exherédé par ſon pere dans un premier Teſtament.*

22. *De la capacité de l'Excommunié.*

23. *De la capacité des Herétiques, des Apoſtats & des Juifs.*

En France il n'y a qu'une ſeule Religion, & les nouveaux convertis ſont capables.

Quid *de ceux qui ſont condamnez comme relaps.*

24. *De la capacité des perſonnes non mariées.*

Cœlibes.

25. *Suite.*

Orbi patres.

26. *De la capacité des mariez entr'eux.*

27. *Abrogation de toutes ces incapacitez.*

28. *Les mariez peuvent ſe faire des liberalitez.*

Sans préjudice des Loix des ſecondes nôces.

Dans les Pays Coutumiers les mariez peuvent s'avantager.

29. *Si la fille qui a renoncé peut être rappellée à la ſucceſſion.*

La renonciation anticipée ne s'applique point à la ſucceſſion Teſtamentaire.

30. *De la fille excluſe par Statut ou Coutume, ſi elle peut recevoir des liberalitez de ſes pere & mere.*

31. *De la capacité des Villes, Bourgs & Villages.*

32. *Les Communautez des Villes & lieux ſont capables des inſtitutions.*

33. *Les Communautez repreſentent une perſonne par fiction.*

Les inſtitutions & autres liberalitez en faveur des Citoyens d'une Ville ſont valables.

34. *Des Villes ſituées dans un Pays ennemi.*

Des Villes qui ſont dans une autre Monarchie.

35. *Capacité des Colleges, Confréries & Societez.*

36. *Des Colleges, Confréries & Aſſociations non autoriſées.*

Autoriſation, par qui étoit faite chez les Romains.

En France il n'y a que le Roi qui puiſſe accorder l'autoriſation des Colleges.

Lettres Patentes enregiſtrées.

Si le Pape ou les Evêques peuvent accorder des autoriſations.

37. *Les diſpoſitions faites en faveur des Colleges non autoriſées ſont comme non écrites.*

Celles qui ſont faites pour établir un College ou Confrérie ſont valables.

38. *Arrêt du Parlement de Toulouse.*
39. *Suite.*
40. *Suite.*
41. *On peut faire des liberalitez aux Particuliers qui composent les Colleges non approuvez & autorisez.*
42. *De la capacité des Communautez Ecclesiastiques.*
43. *Des institutions & liberalitez faites à Dieu.*
Droit ancien des Romains.
44. *Droit moyen du Digeste.*
45. *Droit nouveau.*
Les institutions ou legs faits à Dieu ou à Nôtre Seigneur Jesus-Christ à qui doivent appartenir.
46. *Des liberalitez faites aux Archanges, aux Martyrs ou aux Saints.*
47. *A quelle Eglise ces liberalitez doivent appartenir.*
Quid *s'il y a plusieurs Eglises sous le nom du même Saint.*
48. *Usage de la primitive Eglise de vendre les biens, & d'en porter le prix aux pieds des Apôtres.*
Les biens étoient communs parmi les Chrétiens.
49. *Les Chrétiens étoient regardez avec exécration par les Empereurs Payens.*
Leur culte religieux étoit qualifié de superstition.
Alors les Eglises étoient incapables des liberalitez.
50. *Changement fait par l'Empereur Constantin le Grand.*
Les Eglises sont déclarées capables des liberalitez.
51. *Limitation de la faculté indéfinie de faire des liberalitez aux Eglises.*
52. *Reflexion de Saint Jerôme touchant cette limitation.*
53. *Défenses aux Eglises, aux Ecclesiastiques, & aux pauvres de rien recevoir par Testament des Diaconesses.*
54. *Révocation de cette défense.*
55. *Par le droit de Justinien les Eglises & les Communautez Ecclesiastiques sont capables des institutions & legs.*
56. *Des liberalitez faites à l'Eglise sans en désigner aucune.*
57. *Capacité des Corps & Communautez Ecclesiastiques.*
Quid *en France.*
58. *Capacité des Monasteres d'Hommes ou Filles.*
59. Quid *en France.*
60. *Suite.*
61. *Conditions afin que les Communautez Religieuses soient capables des liberalitez.*
62. *Des Communautez Religieuses qui ne peuvent posseder aucuns biens en commun.*
Avis de Guy Pape en faveur des Communautez.
63. *Auteurs qui pensent que les Religieux qui ne peuvent posseder aucuns biens sont incapables des liberalitez.*
64. *Tiers avis qui distingue.*
65. *Résolution pour la capacité de ces Communautez Religieuses.*
Il n'y a point de Loi generale dans

le Royaume ; qui dérege au Droit Romain.

Elles doivent vendre les biens immeubles.

66. *Le renoncement volontaire aux biens ne les rend pas incapables des liberalitez.*

67. *Suite.*

Les mains-mortes ſont incapables de poſſeder des immeubles.

Quid *des diſpoſitions univerſelles faites en faveur des Communautez Religieuſes, au préjudice des deſcendans ou aſcendans du Teſtateur.*

68. *Si les Religieux en particulier peuvent être inſtituez.*

69. *Avis de quelques Auteurs qui ont décidé l'affirmative.*

70. *Diſtinction de quelques Auteurs.*

71. *Arrêt du Parlement de Toulouſe, qui adjuge l'uſufruit au Monaſtere.*

72. *Quatriéme avis pour la nullité des liberalitez faites aux Particuliers Religieux autrement qu'à titre d'alimens.*

73. *Réſolution pour cette derniere opinion.*

Abrogation de l'Auth. ingreſſi cod. de Sacro Sanctis Eccleſ.

74. *Ce qui eſt laiſſé au Religieux Profez n'eſt pas acquis au Monaſtere.*

75. *Réponſe à l'argument tiré de la comparaiſon des Religieux aux Eſclaves.*

76. *Réponſe à l'Arrêt rapporté par Dolive.*

77. *Exceptions des legs pour alimens, penſion annuelle, ou uſufruit.*

La diſpenſation du legs appartient au Superieur, & non aux Religieux Légataires.

78. *Des cas auſquels les Communautez Religieuſes ne peuvent pas recevoir des liberalitez.*

Des liberalitez faites par les Novices.

79. *Arrêt du Parlement de Toulouſe.*

Avis de Ricard qu'un Novice ne peut diſpoſer en faveur d'aucun Monaſtere de quelqu'Ordre qu'il ſoit.

80. *De la capacité des Hôpitaux & autres Maiſons de Charité.*

81. *La liberalité doit appartenir à l'Hôpital qui eſt déſigné.*

82. *A quel Hôpital doit appartenir la liberalité, quand le Teſtateur n'en a déſigné aucun.*

83. Quid *s'il y a pluſieurs Hôpitaux dans la même Ville.*

84. *Des diſpoſitions faites pour fonder des Hôpitaux.*

85. *Des diſpoſitions faites en faveur des pauvres.*

86. *A qui doivent appartenir les diſpoſitions en faveur des pauvres, ſans autre déſignation.*

87. *Les liberalitez doivent appartenir aux pauvres dont le Teſtateur a fixé la qualité.*

88. *Déclaration de 1681, en faveur de l'Hôpital de Toulouſe.*

89. *Des diſpoſitions faites en faveur des Captifs.*

90. *L'Evêque de la Ville ou l'Ecclé-nome doivent prendre poſſeſſion*

des liberalitez faites pour la rédemption des Captifs.
91. *L'Evêque ou l'Econome peuvent exercer les actions héréditaires.*
92. *Lorsque le Testateur a nommé un Exécuteur Testamentaire, l'Evêque ou l'Econome ne peuvent pas s'en mêler.*
La volonté du Testateur doit être exécutée dans l'an.
93. *L'Evêque du lieu où le Testateur est décedé peut promouvoir l'exécution du Testament.*
94. *Quand le Testateur a reglé la forme de l'exécution de son Testament, on doit s'y conformer.*
On ne peut point changer la destination.
95. *C'est au Métropolitain à faire exécuter les liberalitez faites par un Evêque en faveur des Captifs.*
Quid *s'il y a un Exécuteur testamentaire.*
Quid *si l'Exécuteur testamentaire est dans la négligence.*
96. *De la capacité des personnes infâmes, Comediens, Bateleurs.*
Plainte d'inofficiosité par les freres, turpi persona instituta.
Les freres uterins sont exclus de cette plainte, de même que les autres parens plus éloignez.
Des cas auſquels les collateraux peuvent être exherédez.
Effet de la plainte d'inofficiosité.
97. *La plainte d'inofficiosité n'a pas lieu dans les Pays Coutumiers.*
Usage du Pays Coutumier.
98. *Suite.*
Disposition en faveur d'un incapable est nulle.
99. *De la disposition des biens dont le Testateur ne peut pas disposer.*
100. *Si les parens collateraux peuvent être privez par exherédation de la portion des propres que la Coutume leur destine.*
A qui doivent appartenir les portions des exherédez.

EN posant la quatriéme regle sur la capacité passive au commencement de ce chapitre, nous avons dit, qu'on devoit regarder comme capables de recueillir les liberalitez testamentaires, toutes les personnes non prohibées, & qui ne sont pas déclarées incapables par la Loi, Ordonnance, Statut ou Coutume; il faut presentement entrer dans le détail des cas, où cette regle a lieu, & faire l'énumeration des personnes qui sont capables.

1. Toutes les personnes non prohibées sont capables de recueillir les liberalitez testamentaires.

Comme les dispositions testamentaires sont autant de Loix domestiques que le Testateur a droit d'imposer à sa famille, suivant ces paroles de la Loi des douze tables, *uti legassit quisque de sua re ita jus esto*, rapportées dans la *Novelle* 22, *chapitre* 2, & dans la Loi 120, *ff. de reg. jur.* & selon les expressions de la *Novelle* que nous venons de citer, *disponat unusquisque super suis ut*

2. Les dispositions testamentaires sont des Loix domestiques.

dignum eſt, & ſit lex ejus voluntas; on ne doit point s'enquerir ſi le Teſtateur a eu ou n'a pas eu de juſtes motifs pour diſpoſer comme il a fait, il faut toujours le ſuppoſer & le préſumer toutes les fois qu'il n'eſt pas prouvé que ſa volonté a été ſéduite, ſurpriſe ou trompée, que la mauvaiſe intention n'eſt pas juſtifiée. Voilà pourquoi tout Teſtateur a le droit de faire des legs, & d'autres liberalitez à titre univerſel à des perſonnes, non-ſeulement étrangeres à ſa famille; mais encore qui lui ſont tout-à-fait inconnuës, *l. 9 & l. 11, cod. de heredibus inſtituendis, extraneum etiam penitus ignotum heredem quis inſtituere poteſt*, dit ce dernier texte, même au préjudice des enfans des aſcendans, ou des collateraux, comme il réſulte clairement de la Loi *derniere, cod. commun. utriuſque jud.* de la Novelle 18, chap. 1, & du §. 7, aux *inſtit. de hereditat. quæ ab inteſtato defer.* en ſatisfaiſant néanmoins à la formalité de l'inſtitution à titre particulier, à l'égard des deſcendans & des aſcendans, auſquels la légitime eſt dûë, dans les Pays où l'inſtitution d'heritier eſt néceſſaire pour la validité du Teſtament, ſuivant la diſpoſition du Droit Romain dans la *Novelle* 115, *chapitre* 3 *&* 4, *& l'article* 50 *de l'Ordonnance de* 1735; il ſuffit que la volonté du Teſtateur paroiſſe pour qu'elle doive être exécutée, ſi elle eſt revêtuë des formalitez requiſes.

On ne doit pas s'enquerir ſi le Teſtateur a eu de juſtes motifs pour diſpoſer.

On peut diſpoſer en faveur des perſonnes étrangeres à la famille & inconnues au Teſtateur.

Même au préjudice des enfans, & des collateraux.

Il ſuffit que la volonté paroiſſe & qu'elle ſoit revêtuë des formalitez, afin qu'elle ſoit exécutée.

3. Le Teſtateur peut diſpoſer en faveur des perſonnes qu'il n'a jamais vûës.

On peut encore, à plus forte raiſon, inſtituer ceux que le Teſtateur n'a jamais vûs, *ii quos numquam Teſtator vidit heredes inſtitui poſſunt . . . ignorantia enim teſtantis inutilem inſtitutionem non facit, §. ult. inſtit. de hered. inſtit.*

4. On peut faire des liberalitez à ceux qui n'ont pas la faculté de teſter.

On peut laiſſer une ſucceſſion teſtamentaire, & des liberalitez particulieres à pluſieurs perſonnes qui n'ont pourtant pas la faculté active de teſter, comme ſont l'Eſclave d'autrui, le fils de famille, le furieux, imbécile, & autres de même eſpece, le ſourd & le muet même de naiſſance, l'enfant ou pupille, le poſthume, parce que toutes ces perſonnes ont ce qu'on appelle *Teſtamenti factionem paſſivam*, & que ſuivant les expreſſions des Loix *licet Teſtamentum facere non poſſint, attamen ex Teſtamento, vel ſibi vel alii acquirere poſſunt, §. in extraneis* 4, *inſtit. de hered. qual. & differ. & l. 16, ff. qui Teſtam. fac. poſſ.* & l'on doit dire la même choſe du prodigue interdit par Juſtice, *l. 5, §. 1, ff. de acquir. hered.*

5. Si les poſthumes ſont capables de liberalitez.

Il y a pluſieurs textes dans le Droit Romain qui font mention des inſtitutions, legs & autres liberalitez en faveur des poſthumes, pour les faire valoir; il y en a un titre exprès *de liberis & poſthumis heredib. inſtituendis*, & notamment la Loi 4, les §§. 26 &

28, *inſtit. de legatis*, & le §. 4, *inſtit. de hered. qual. & differ.* Il paroît de ces textes, 1°. Que non-ſeulement les poſthumes, qui en naiſſant devenoient heritiers ſiens, pouvoient être inſtituez en quelque choſe; mais encore qu'ils devoient être inſtituez en quelque choſe, autrement s'ils étoient préterits, ils annulloient ou rompoient le Teſtament de leur pere ou autre aſcendant, *l.* 8, & *l. poſthumus* 12, *ff. de injuſto rupto.* 2°. Que les poſthumes étrangers, au nombre deſquels on mettoit ceux qui en naiſſant ne devoient pas tomber en la puiſſance du Teſtateur, §. 26, *inſtit. de leg.* pouvoient être inſtituez heritiers & recevoir des legs & autres liberalitez, à moins que le poſthume ne fût dans le ſein d'une mere incapable de contracter mariage, §. *poſthumus autem* 28, *inſtit. eod.* Telles étoient les Vierges conſacrées à Dieu, comme l'explique *Vinnius*, ou celles avec leſquelles le Teſtateur qui avoit procréé de ſes œuvres le poſthume, ne pouvoit pas valablement ſe marier à cauſe de la parenté, ou parce qu'elle étoit mariée à un autre, *l.* 9, §. 1, *ff. de lib. & poſthum. hered. inſtit.* mais on ne doit pas induire de cette Loi, qu'on ne peut pas inſtituer le poſthume étranger qui eſt dans le ſein de ſa mere, que le Teſtateur ne peut pas épouſer; il faut que la circonſtance du mauvais commerce avec le Teſtateur ſe vérifie, autrement ce ne ſeroit plus *turpis inſtitutio*, qui eſt la raiſon déciſive de ce texte.

6. Si les enfans à naître peuvent être inſtituez.

Mais c'étoit une grande queſtion parmi les Interpretes, ſi l'on pouvoit inſtituer des enfans à naître ou des poſthumes qui n'étoient ni nez ni conçus au tems de la mort du Teſtateur. *M. Duval de reb. dub. tractat.* 4, ſoutenoit fortement la négative. *Hotman dans ſes queſtions illuſtres, queſtion* 6, défendoit l'affirmative, fondé principalement ſur la Loi *ejus* 64, *ff. de hered. inſtit.* qui permet d'inſtituer l'Eſclave de celui qui ſeroit né après la mort du Teſtateur, cependant l'Eſclave ne pouvoit être capable qu'autant que ſon Maître futur, & à naître le ſeroit. Il falloit donc que l'enfant non né, lors de la mort du Teſtateur, fût jugé capable, & le ſentiment de ce dernier Auteur avoit été reçu dans l'uſage & la pratique des Tribunaux du Royaume, comme on peut le voir dans *M. Louet, lettre S. ſommaire* 9, *nombre* 28; *Brodeau, lettre D. ſommaire* 51; *Mornac ſur la Loi* 7, *ff. de ſtatu hominum*; *Domat, des Loix Civiles, livre* 3, *partie* 2, *titre* 1, *ſection* 2, *article* 22; *Taiſand, ſur la Coutume de Bourgogne, titre* 7, *article* 4, *nombre* 18, & pluſieurs autres; & l'on jugeoit que les inſtitutions faites en faveur des enfans à naître, les legs, les ſubſtitutions & autres diſpoſitions étoient efficaces, quoiqu'ils ne fuſſent

Varieté dans le ſentiment des Auteurs.

L'uſage étoit pour l'affirmative.

point nez ni conçus au tems du Teſtament, ni de la mort du Teſtateur, par cette raiſon qu'il eſt permis par pluſieurs Loix, de faire des inſtitutions, des legs, des fideicommis aux poſthumes, & que ces liberalitez étant conditionnelles, *ſi naſcatur poſthumus*, on ne doit conſiderer la capacité qu'eu égard au tems de l'échéance de la condition, & non au tems du Teſtament, ni de la mort du Teſtateur.

7. L'Ordonnance de 1735 a décidé pour la négative.

Cependant l'*Ordonnance de* 1735, *article* 49, déclare *que l'inſtitution d'heritier faite par Teſtament, ne pourra valoir en aucun cas, ſi celui ou ceux au profit de qui elle aura été faite, n'étoient ni nez ni conçus lors du décès du Teſtateur.*

8. Réflexions ſur cette Ordonnance.

Elle doit être reſſerrée dans ſon cas, & ne doit pas avoir lieu aux fideicommis, legs & autres diſpoſitions particulieres.

Sur quoi on peut faire quelques réflexions pour en faire connoître l'application. La premiere, que ne parlant que de l'inſtitution d'heritier, & introduiſant un droit contraire à l'uſage reçu, il faut reſſerrer ſa diſpoſition dans le cas précis de l'inſtitution par Teſtament, ſans pouvoir l'étendre aux ſubſtitutions fideicommiſſaires, ni aux legs ou fideicommis particuliers, parce que n'en parlant point, elle laiſſe ſubſiſter la Juriſprudence en l'état où elle étoit avant cette Ordonnance, ſans que l'on puiſſe tirer à conſéquence ce qu'elle ordonne touchant l'inſtitution, parce qu'il y a diverſité de raiſons; car l'inſtitution d'heritier ne peut point être ſuſpenduë, elle doit avoir ſon effet après la mort du Teſtateur, ce qui ne peut point arriver quand l'heritier n'eſt ni né, ni conçu alors, auquel inconvenient, les fideicommis ni les legs ne ſont pas expoſez. Cette reſtriction eſt fondée ſur l'eſprit des articles 10 & 11 de l'Ordonnance de 1731.

9. Elle doit avoir lieu pour la ſubſtitution vulgaire.

La ſeconde, que la ſubſtitution vulgaire n'étant qu'une inſtitution en ſecond, elle doit être compriſe dans la prohibition de l'Ordonnance, parce que la même raiſon milite quand le premier heritier eſt décedé avant le Teſtateur, & que par-là l'inſtitution eſt devenuë caduque, à cauſe que le Subſtitué prenant ſa place, & lui étant ſubrogé, il ſe trouve vrayement heritier en premier rang, & la ſubſtitution devient une vraye inſtitution, & que dans le cas de la ſubſtitution vulgaire, comme dans celui de l'inſtitution, l'herédité ne doit pas demeurer en ſuſpens.

10. Elle ne doit pas avoir lieu pour les inſtitutions contractuelles.

La troiſiéme, que l'article ſe borne aux inſtitutions teſtamentaires pour faire comprendre qu'elle n'entend pas que celles qui ſont faites par contrat de mariage, qui ſont permiſes, & favorablement accueillies par l'uſage univerſel du Royaume, ſoient nulles, quoiqu'elles ſoient faites en faveur des enfans à naître, qui ne ſoient nez ni conçus lors de la mort du Donateur.

La

La quatriéme, que la disposition de l'*article 49 de l'Ordonnance de 1735* doit avoir lieu, quand même, outre la condition tacite, *si nascatur*, l'institution seroit faite sous une condition expresse, qui auroit trait de tems après la mort du Testateur, ce qui resulte clairement des mots, *ne pourra valoir en aucun cas*; car ils ont été ajoutez pour assujettir à la nullité les institutions conditionnelles par disposition expresse.

11. Elle doit être observée, quoiqu'il y ait une condition expresse ajoutée à l'institution.

La cinquiéme, que la nullité doit avoir lieu, soit qu'un posthume étranger se trouve institué, soit que l'institution ait été faite d'un descendant du Testateur, qui ne seroit ni né ni conçu lors de sa mort. Cela s'induit des mêmes paroles dont l'article est conçu, *ne pourra valoir en aucun cas*, qui ne souffrent aucune exception, restriction, ni limitation, toutes les fois qu'il s'agira d'une institution en faveur d'une personne non née, ni conçuë lors du décès du Testateur.

12. La nullité a lieu, quand même l'institution seroit d'un enfant à naître descendant du Testateur.

Les Esclaves n'avoient, selon le Droit Romain, aucune participation au Droit Civil, & ils étoient regardez comme morts civilement, *servitutem mortalitati ferè comparamus, leg. 209, ff. de Reg. Jur.* A suivre à la rigueur cette regle, ils devoient être incapables d'institution, & des autres liberalitez testamentaires. Cependant les Loix en avoient décidé autrement, en leur accordant la capacité passive, qu'ils tenoient, non de leur propre personne, mais de celle de leurs Maîtres, ausquels les institutions faites aux Esclaves étoient acquises, suivant la Loi 16, *ff. qui testam. fac. poss. & le §. 4, aux Instit. de hered. qual. & differ.* Ce que nous venons de dire doit s'entendre de l'Esclave d'une personne autre que le Testateur.

13. Si les Esclaves sont capables des liberalitez.

A l'égard de l'Esclave qui appartient au Testateur, suivant le Droit ancien, il ne pouvoit être institué par son Maître, que quand la liberté lui étoit laissée en même-tems, parce qu'alors il devenoit capable *ex propria persona*; mais par le Droit nouveau l'Esclave du Testateur peut être par lui institué heritier, parce que la liberté lui est censée donnée, *instit. de hered. instit. in princip. & §. idemque juris Instit. quib. ex causis manumitt. non licet.* Dans ce cas l'Esclave devenoit heritier nécessaire, il ne pouvoit point répudier l'hérédité de son Maître, & il lui évitoit l'ignominie de la vente generale de ses biens par autorité de Justice, §. 1, *instit. de hered. instit.* à moins qu'étant institué sous une condition, il n'eût merité la liberté par quelque fait, & indépendamment du Testament, avant l'évenement de la condition, *l. 90, ff. de hered. instit.* auquel cas il n'étoit point heritier né-

14. De l'Esclave du Testateur.

ceſſaire, & il avoit la liberté d'accepter, ou répudier l'hérédité.

15. De l'Eſclave appartenant à une hérédité non acceptée.

On pouvoit encore inſtituer heritier l'Eſclave d'une hérédité non encore acceptée, parce que l'hérédité repreſente, non la perſonne de l'heritier futur, mais celle du défunt; il en étoit de même de l'Eſclave de celui qui étoit dans le ſein de ſa mere, *§. ſervus etiam 2, inſtit. de hered. inſtit. l. 31, §. 1, ff. eod. l. 34, & l. 61, de acquir. rer. dominio;* ce qu'il faut néanmoins entendre, pourvu que le Maître défunt de l'Eſclave, ou non encore né, eût les qualitez qui le rendiſſent capable de recevoir des liberalitez de la part du Teſtateur, *ſervus hereditarius heres inſtitui poteſt, ſi modo Teſtamentifactio fuit cum defuncto, licet cum herede inſtituto non ſit, l. 52, ff. de hered. inſtit.*

16. De l'Eſclave de celui qui étoit en captivité.

De plus, il étoit permis d'inſtituer l'Eſclave de celui qui étoit en captivité chez les Ennemis, *l. 32, §. 1, ff. de hered inſtit.* car ſi le Captif revenoit, il étoit regardé *jure poſtliminii*, comme s'il avoit toujours été Citoyen Romain; que s'il mouroit chez les Ennemis, ſon heritier pouvoit recueillir la liberalité faite à l'Eſclave du Captif.

17. Des Eſclaves des Villes, Colleges & Confreries licites.

Du legs fait à l'Eſclave du Teſtateur.

Les Eſclaves des Villes, Colleges, & Confreries licites pouvoient également être inſtituez heritiers, *l. ſi quis 25, §. 1, ff. de acquir. hereditate;* mais il n'étoit pas permis de faire des legs purs, & ſans condition, à l'Eſclave propre du Teſtateur, ni à celui qu'il avoit en commun avec un autre, quand même l'Aſſocié en la proprieté de l'Eſclave ſeroit inſtitué heritier : Cependant les legs faits ſous condition à l'Eſclave propre étoient valables; ſi avant l'évenement de la condition il parvenoit à la liberté, le legs lui appartenoit : Que s'il étoit aliéné, le legs devoit appartenir à l'Acheteur, qui ſe trouvoit Proprietaire de l'Eſclave, lors de l'évenement de la condition, *l. ſi ſocius 89, ff. de hered. inſtit.*

18. En France on ne connoît point l'eſclavage.

Des Eſclaves qui ſont dans les Iſles de l'Amerique Françoiſe.

Nous ne nous étendons pas davantage ſur cette matiere, quoique le Droit renferme une infinité d'autres déciſions; parce qu'elles ne peuvent pas être d'un grand uſage parmi nous où l'Eſclavage n'eſt pas connu. Ces déciſions ne pourront ſervir que par rapport aux Eſclaves qui ſont dans les Iſles de l'Amerique, au ſujet deſquels on trouve un Reglement très-ample dans l'Edit du mois de Mars 1685, rapporté à la fin du ſecond tome du nouveau Recueil de Neron.

19. De la capacité des Gens de main-morte.

Mais que doit-on dire des perſonnes de condition ſervile, & de main-morte. Nous avons parlé de ces perſonnes au *chap. 4, ſect. 2*, par rapport à la faculté active de teſter. Nous ajoutons à

ce que nous avons dit, qu'elles ſont capables des ſucceſſions *ab inteſtat*, & même des ſucceſſions teſtamentaires, qui leur ſont déferées par leurs parens communiers, comme l'explique Me. *Dunod, Traité de la main-morte, chap. 4, ſect. 1, & ſect. 2*; il y a même lieu de croire qu'elles ſont capables des liberalitez qui leur ſont faites par des Gens de condition franche, & qui ont la capacité de teſter; parce que les main-mortables vivant comme libres, & étant même libres quant à leur perſonne, comme l'obſerve *Taiſand ſur la Coutume de Bourgogne, tit. 9, art. 1, not. 1*; car leur ſervitude ne tombe que ſur leurs biens, dont ils ne peuvent diſpoſer à cauſe de mort, que par le conſentement de leur Seigneur, ſuivant *la Coutume du Duché de Bourgogne, tit. 9, art. 11*, ils ont la participation au Droit Civil, & ſont par conſéquent capables de recueillir les diſpoſitions teſtamentaires; ce qui devroit avoir lieu, à plus forte raiſon, s'ils étoient ſituez dans une Coutume qui attribuât au Seigneur les biens acquis par les perſonnes de condition ſervile, auquel cas on devroit leur appliquer ce que le Droit Romain décide par rapport aux Eſclaves, qui empruntent leur capacité paſſive, de la perſonne de leur Maître, auquel les liberalitez teſtamentaires ſont acquiſes, comme nous l'avons dit.

Si les main-mortables ont la participation au Droit Civil.

Puiſque le Droit Romain dans la Loi 32, §. 1, *ff. de hered. inſtit.* permettoit d'inſtituer les perſonnes qui étoient en captivité chez les Ennemis, quoiqu'elles fuſſent miſes au rang des Eſclaves; à plus forte raiſon doit-il être permis de faire des inſtitutions, & d'autres liberalitez à ceux qui ſont Priſonniers de guerre; puiſqu'ils ſont conſiderez parmi nous comme libres, & par conſéquent comme capables, *ex perſona ſua*, des effets civils. On doit dire la même choſe de celles qui ſont en captivité chez les Turcs, ou Corſaires, *ſelon Barry de ſucceſſ. lib. 1, tit. 8, n. 87.*

10. De la capacité de ceux qui ſont Priſonniers chez les Ennemis.

Le pere qui a exheredé ſon fils pour juſte cauſe, dans un premier Teſtament, a néanmoins la liberté de l'inſtituer heritier dans un poſterieur, *l. ſi filium 21, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* Le Teſtateur pouvant remettre une injure commiſe à ſon égard, & rappeller ſon fils après l'avoir exclus de ſa ſucceſſion.

21. De la capacité du fils qui a été exheredé par ſon pere dans un premier Teſtament.

L'excommunié n'étant point incapable des effets civils, pouvant même faire Teſtament, ainſi que nous l'avons dit dans le chapitre 4, & n'y ayant point de Loi qui le déclare incapable de recueillir les liberalitez, il peut être inſtitué heritier, & recevoir des legs, ou des fideicommis univerſels ou particuliers, comme

22. De la capacité de l'excommunié.

l'enſeignent pluſieurs Auteurs, & notamment *Perezius dans ſes préleçons* ſur le titre *de hered. inſtit. n.* 2.

23. De la capacité des Héretiques, des Apoſtats, des Juifs.

A l'égard des Héretiques, des Apoſtats, & des Juifs, on peut voir les Loix 4 & 5, & derniere, *cod. de hereticis*, les Loix 1 & 2, *cod. de apoſtat.* la Loi 1, *cod. de Judæis*, la Novelle 115, ch. 3. *Mantica de conject. ult. vol. lib.* 3, *tit.* 2, *n.* 20, & ce que nous avons dit ci-deſſus dans le chapitre 4, en parlant de la capacité active des Héretiques. Comme nous n'avons en France qu'une ſeule Religion depuis l'Edit de 1685, portant révocation de celui de Nantes, tous les Sujets du Roi, qui ſont dans le Royaume, ſont préſumez Catholiques; on ne peut donc pas conteſter aux nouveaux Convertis la capacité de recevoir par Teſtament. Il eſt vrai que s'ils étoient condamnez comme relaps, ſoit pendant leur vie, ſoit après leur mort, la condamnation les rendroit incapables des effets civils, & par conſéquent de la faculté de recevoir des liberalitez par Teſtament, & celles qu'ils auroient recueillies pendant leur vie, ſeroient confiſquées avec le reſte de leurs biens.

En France il n'y a qu'une ſeule Religion, & les nouveaux Convertis ſont capables.

Quid de ceux qui ſont condamnez comme relaps.

24. De la capacité des perſonnes non mariées.

Cœlibes.

Suivant le Droit ancien des Romains, le jeune homme à marier appellé *Cœlebs*, qui avoit plus de vingt-cinq ans, ou les filles qui avoient paſſé vingt ans, ne pouvoient pas être inſtituez heritiers, ni gratifiez par des legs faits par un Etranger, à moins qu'ils ne ſe fuſſent mariez dans l'eſpace de cent jours après la mort du Teſtateur, *Ulpien dans ſes fragmens, tit.* 17, *in princip.* v. *ibid. tit.* 16; mais ils étoient capables de recueillir les liberalitez qui leur étoient faites par les cognats juſques au ſixiéme degré, ſelon les Loix *Julia & Papia*, dont on voit encore des veſtiges dans divers textes du Droit, & notamment dans la Loi 62, *ff. de hered. inſtit.* & dans la Loi *Senatus* 35, *ff. de mortis cauſa donat.*

25. Suite.

Orbi patres.

Les mêmes Loix *Julia & Papia*, vouloient encore que ceux qui ayant été mariez, avoient eu des enfans, qu'ils avoient perdus par leur mort, leſquels étoient appellez *orbi patres*, ne fuſſent capables de recueillir, que la moitié des liberalitez qui leur étoient faites; comme l'expliquent *Sozomene dans ſon Hiſtoire Eccleſiaſtique, liv.* 1, *chap.* 9, *& Corvinus dans ſes énarrations ſur le titre du Code de infirm. pœnis cœlibatus.*

26. De la capacité des mariez entre eux.

De plus, le mari & la femme ne pouvoient ſe gratifier entre eux qu'à concurrence du dixiéme de leurs biens; que ſi l'un d'eux avoit des enfans d'un premier lit, il pouvoit recevoir autant de dixiémes qu'il avoit d'enfans, *præter decimam quam matrimonii*

nomine capiunt ; les enfans communs, quoique morts, donnoient la capacité à leur pere ou mere de recevoir autant de dixiémes d'augmentation, *Ulpien, tit.* 15.

27. Abrogation de toutes ces incapacitez.

Mais toutes ces incapacitez ont été abrogées, ſçavoir celle des perſonnes à marier, qui avoient plus de vingt ans, ou de vingt-cinq ans, ſuivant la difference du ſexe, & celle des perſonnes qui n'avoient point d'enfans, par une Loi qui fut portée par les Empereurs Conſtantin, Conſtance & Conſtans l'année 339, qui eſt la premiere au *Code de Juſtinien de infirmandis pœnis cœlib.* enſorte qu'aujourd'hui les perſonnes à marier, & celles qui n'ont point d'enfans, ſont auſſi capables de recueillir les inſtitutions & autres liberalitez, que ſi elles étoient mariées, & avoient des enfans.

28. Les mariez peuvent ſe faire des liberalitez.

Celle des mariez entr'eux a été abrogée par la Loi 2, *cod. de infirmandis pœnis cœlibatus*, qui eſt de l'année 410, & fut faite par les Empereurs Honorius & Theodoſe. Les mariez peuvent donc s'inſtituer, & ſe faire toute ſorte de liberalitez, ce qui eſt encore décidé de même par la Loi derniere, *ff. ſi quis aliq. teſtar. prohib.* & par la Loi derniere, *cod. eod.* Mais la Loi 2, *cod. de infirm. pœnis cœlib.* excepte les cas où l'incapacité ſeroit établie par d'autres Loix, elle conſerve donc le retranchement ordonné par la Loi *hac Edictali, cod. de ſecundis nuptiis.* Dans les Païs Coutumiers il n'eſt pas permis aux conjoints de ſe faire des liberalitez, autrement que par don mutuel après la célébration de leur mariage ; mais il leur eſt permis de ſe faire toutes les liberalitez qu'ils trouvent à propos par donation reciproque & mutuelle, ſelon les regles preſcrites par les Coutumes, & par les Auteurs qui les expliquent. Sur quoi on peut voir *Ricard au Traité du don mutuel.*

Sans préjudice des Loix des ſecondes noces.

Si dans les Païs Coutumiers les mariez peuvent s'avantager.

29. Si la fille qui a renoncé peut être rappellée à la ſucceſſion.

Quoique par notre uſage la fille, qui dans ſon contrat de mariage, en recevant une dot, renonce aux ſucceſſions de ſes pere ou mere, ne puiſſe prendre aucune part aux ſucceſſions auſquelles elle a renoncé, contre ce qui ſe pratiquoit chez les Romains, qui rejettoient ces ſortes de renonciations prématurées & anticipées, *l.* 3, *cod. de collat.* néanmoins une telle fille peut, nonobſtant la renonciation, être inſtituée par ſes pere & mere, & recevoir toute ſorte de liberalitez, tout de même que ſi elle n'avoit pas renoncé ; parce que le pere & la mere ont la liberté de la rappeller à la ſucceſſion, tout comme nous avons dit que le pere peut rappeller le fils qu'il a juſtement exheredé, *l.* 21, *ff. de liber. & poſthum.* Ce qui doit avoir lieu, ſoit que la renonciation ait été faite en faveur du pere, ou en faveur de ſes freres, parce

La renonciation anticipée ne s'applique point à la ſucceſſion teſtamentaire.

qu'elle ne s'applique qu'à la ſucceſſion *ab inteſtat*, & non à la ſucceſſion teſtamentaire.

30. De la fille excluſe par Statut ou Coutume, ſi elle peut recevoir des liberalitez de ſes pere & mere.

Ce que nous venons de dire touchant la renonciation doit avoir lieu dans le cas du Statut, ou Coutume qui exclut la fille de la ſucceſſion, ſoit par la force d'une renonciation précedente, ou pour avoir reçu une dot, ou bien *ſtantibus maſculis*, comme le décident les Auteurs, entr'autres *Antoine Gomes Var. reſol. tom.* 1, *cap.* 11, *n.* 9, *& Graſſus*, §. *inſtitutio*, *quæſt.* 10. La raiſon en eſt, que la Coutume qui exclut ſimplement la fille de la ſucceſſion, ne s'entend que de celle arrivée *ab inteſtat*, afin qu'elle puiſſe être préterite, ſans pouvoir annuller le Teſtament de ſon pere; mais non pour qu'elle ne puiſſe point être rappellée & inſtituée; à moins que la Coutume ne portât une excluſion litterale & préciſe, tant de la ſucceſſion teſtamentaire qu'*ab inteſtat*; auquel cas il ne ſeroit pas permis au pere de la rappeller au préjudice de la prohibition portée par la Coutume; à moins que la cauſe de la prohibition ne ceſſât, comme ſi elle avoit été faite pour déferer l'une & l'autre ſucceſſion teſtamentaire & *ab inteſtat* aux mâles; car n'y ayant plus de mâles, la fille pourroit non-ſeulement être rappellée par Teſtament, mais encore recueillir la ſucceſſion *ab inteſtat*; & ce que nous avons dit par rapport à la ſucceſſion du pere doit avoir lieu pareillement à l'égard de celle de la mere, lorſque la Coutume y applique l'excluſion: Sur quoi on peut voir *Denis le Brun des Succeſſions*, *liv.* 3, *chap.* 10, *ſect.* 1 *&* 2; *Guy Pape*, *qu.* 599; *& Barry de ſucceſſ. lib.* 1, *tit.* 8, *n.* 23 *&* 24.

31. De la capacité des Villes, Bourgs & Villages.

Anciennement chez les Romains, les Communautez des Villes, Bourgs & Villages, étoient incapables des inſtitutions héreditaires, à cauſe qu'elles étoient regardées comme des corps incertains; toutefois le Senatuſconſulte Apronien leur avoit permis de recueillir les ſucceſſions teſtamentaires de leurs affranchis, elles étoient encore capables de recevoir, & de recueillir des fideicommis; tout cela eſt ainſi expliqué par *Ulpien dans ſes Fragmens*, *tit.* 21, §. *nec municipia* 4; *Pline le jeune*, *lib.* 5, *epiſtol.* 7 *Calvino*, parle de cette incapacité en ces termes, *nec heredem inſtitui*, *nec præcipere poſſe rempublicam conſtat.*

32. Les Communautez de Villes & lieux ſont capables des inſtitutions.

Mais cette incapacité a été retranchée, & les Communautez des Villes, Bourgs & Villages peuvent aujourd'hui recueillir des inſtitutions univerſelles, des legs, des fideicommis, des donations, & autres liberalitez, *l.* 12, *cod. de hered. inſtit. Hereditatis*, *vel legati*, *ſeu fideicommiſſi*, *aut donationis titulis domus aut*

annonæ civiles, aut quælibet ædificia, vel mancipia ad jus inclitæ Urbis, vel alterius cujuslibet Civitatis pervenire possunt. La Loi *civibus* 2, *ff. de reb. dub.* la Loi 73, §. 1; la Loi 32, §. dernier; la Loi *si quid* 117; la Loi *civitatibus* 122, *ff. de leg.* 1, & la Loi *omnibus* 26, *ff. ad Senat. consult. Trebell.* sont conformes à cette déciſion.

33. Les Communautez repreſentent une perſonne par fiction.

La raiſon en eſt, parce que les Communautez des Villes ſont des corps qui repreſentent une perſonne par fiction de droit, *l. proponebatur* 76, *ff. de Jud. & l.* 1, *ff. quod cujuſcumque univerſit. nom.*

Les inſtitutions & autres liberalitez en faveur des Citoyens d'une Ville ſont valables.

Bien plus, les inſtitutions, ou les autres liberalitez faites aux Citoyens d'une Ville déſignée, ſont valables, *l. Lucius* 88, §. *civibus* 8, *ff. de leg.* 2, mais elles doivent appartenir, non aux Citoyens en particulier, mais au Corps de la Ville ou Communauté, *l.* 2, *ff. de reb. dub.*

34. Des Villes ſituées dans un Païs ennemi.

Il faut néanmoins excepter de la Regle, qui rend capables les Communautez des Villes, celles qui ſont ſituées dans un Païs ennemi; parce que ce ſeroit favoriſer & aider l'ennemi. Il n'eſt pas non plus permis de faire des liberalitez aux Villes qui ſont dans une autre Monarchie; le Droit Romain, & notamment la Loi 26, *ff. ad Senat. conſult. Trebell.* n'attribuë la capacité, qu'aux Villes ſituées dans les bornes de l'Empire Romain, ce qui doit avoir lieu à plus forte raiſon en France à cauſe du droit d'aubaine.

Des Villes qui ſont dans une autre Monarchie

35. Capacité des Colleges, Confreries & Societez.

Les Colleges, Confreries & Societez de certains Particuliers étoient anciennement incapables de toute ſorte de liberalitez, & cela par pluſieurs raiſons; la premiere, parce qu'ils étoient conſiderez comme des Corps incertains, à bien plus forte raiſon, que les Communautez des Villes, *Ulpien dans ſes Fragmens, tit.* 22, §. 4. La ſeconde, parce que les Colleges & Confreries étoient défendus chez les Romains, *l.* 1, *ff. de Collegiis, & Corporibus.*

36. Des Colleges, Confreries & Aſſociations non autoriſées.

Cette incapacité ſubſiſte encore aujourd'hui, par rapport aux Colleges, Confreries & Aſſociations, qui ne ſont pas autoriſez, & qui n'ont pas obtenu un Privilege ſpécial, *Collegium, ſi nullo ſpeciali Privilegio ſubnixum ſit, hereditatem capere non poſſe, dubium non eſt, l.* 8, *cod. de hered. inſtit.* Mais elle a été abrogée à l'égard des Colleges & Confreries qui ont été établis, approuvez & autoriſez, *l.* 20, *ff. de reb. dub. & l.* 8, *cod. de hered. inſtit.* Selon le Droit Romain, dans la Loi 3, §. 1, *ff. de Collegiis, & Corporib.* l'autoriſation & l'approbation des Colleges pouvoient être faites par le Senat, & par le Prince; mais par le Droit Fran-

Autoriſation, par qui étoit faite chez les Romains.

En France il n'y a que le Roi qui puisse accorder l'autorisation des Colleges.

çois il n'y a que le Prince, qui puisse permettre ou autoriser les Colleges ou Confreries, pour les rendre licites; comme le remarque *Jacques de Ferriere, sur la question* 106 *de Guy Pape.* Et l'autorité souveraine du Prince doit nécessairement intervenir, afin que les Colleges & Confreries soient capables de recueillir des liberalitez testamentaires; ce qui se fait ordinairement en France par des Lettres Patentes, qui doivent être enregistrées aux Cours superieures; afin que les établissemens, ou les autorisations soient valables ou efficaces, jusques-là même que l'autorité du Pape, ou des Evêques ne seroit pas suffisante, *Ricard des Donations, tom.* 1, *part.* 1, *n.* 601, 602 *&* 605.

Lettres Patentes enregistrées.

Si le Pape ou les Evêques peuvent accorder des autorisations.

37. Les dispositions faites en faveur des Colleges non autorisez sont, comme non écrites.

Il faut néanmoins prendre garde, que quoique les institutions & autres liberalitez faites en faveur des Colleges & Confreries illicites, & non autorisez, soient nulles & comme non écrites à cause de l'incapacité actuelle par l'argument tiré de la Loi 3, *ff. de his quæ pro non scriptis habentur:* Toutefois celles qui sont faites en faveur d'un College, Confrerie, ou quelque autre Corps que ce soit non encore établi, ni érigé pour servir à sa fondation, ou érection, ne sont pas nulles, *l. Sancimus* 46, *cod. de Episcop. & Clericis,* parce qu'elles renferment cette condition tacite, si elles sont fondées, érigées, & autorisées: voilà pourquoi l'effet de la liberalité étant conferé en un tems où le College sera capable, il n'y a point de doute qu'elle ne soit bonne, *l. in tempus* 62, *ff. de hered. instit.* & c'est ce qui fait la difference entre la disposition pure, comme étant nulle dans son principe, avec celle qui est conditionnelle, & dont l'effet est suspendu jusqu'à l'événement de la condition, suivant les principes que nous avons établis ci-dessus, lorsque nous avons expliqué la difficulté sur le tems auquel la capacité devoit être considerée par rapport aux dispositions conditionnelles; c'est ainsi que le décide *Ricard, tom.* 1, *des donations, part.* 1, *n.* 612 *&* 613.

Celles qui sont faites pour établir un College ou Confrerie, sont valables.

38. Arrêt du Parlement de Toulouse.

De-là vient que par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 17 Mars 1654, rapporté par Albert, *verb. Testament, art.* 18 *de l'ancienne édition, & lett. F. chap.* 15 *de la nouvelle,* il fut jugé qu'une substitution faite en faveur des PP. Jesuites de Pamiers, à la charge de tenir trois de ces Peres dans la Ville de Foix, pour l'instruction de la jeunesse, non-seulement étoit bonne; mais encore qu'il falloit remplir la charge imposée, & que faute par les Jesuites d'y satisfaire dans le mois, le Syndic de la Ville de Foix y satisferoit, à la charge de tenir trois Régens.

39. Suite.

Cet Arrêt cassa une Sentence arbitrale, qui avoit ordonné, que

que les revenus de la substitution seroient appliquez au College de Pamiers, & une transaction qui avoit liquidé à 8000 liv. le produit de cette substitution. Les Jesuites alleguoient, que les biens n'étoient pas suffisans pour la fondation d'un nouveau College dans la Ville de Foix, ni pour l'entretien des personnes qui devoient le composer; que selon la pratique de leur Societé, ils ne pouvoient pas envoyer trois de leurs Peres seuls pour régenter, qu'ainsi la condition ou charge étant impossible, il falloit la rejetter; mais on ne s'y arrêta point, & l'Arrêt, en cassant la Sentence arbitrale & la Transaction, ordonna que le Syndic des PP. Jesuites satisferoit à la condition dans le mois, autrement que le Syndic de la Ville y satisferoit.

Ricard au lieu cité, n. 612 & 613, rapporte des Arrêts qui ont jugé, que lorsque les liberalitez sont faites pour l'établissement d'un Monastere, on ne pouvoit pas opposer le défaut d'autorisation par des Lettres Patentes. Il seroit en effet impossible autrement d'ériger de nouveaux Colleges ou Monasteres, parce qu'on ne souffre pas qu'il s'en fasse, sans être précedez d'une fondation, & l'on observe même d'attacher l'acte de fondation, sous le contre-scel des Lettres Patentes pour en faciliter l'obtention.

40. Suite.

Mais quoiqu'il ne soit pas permis de faire des liberalitez aux Colleges non approuvez, on peut néanmoins en faire à chacun de ceux qui le composent, *nisi singulis legatur; hi enim non quasi Collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum, l. cum Senatus 20, ff. de rebus dub.*

41. On peut faire des liberalitez aux Particuliers qui composent les Colleges non approuvez & autorisez.

Après avoir parlé des Communautez Laïques, & des Colleges & Confreries, venons aux Communautez Ecclesiastiques, & à ce qui y a du rapport, & examinons si les liberalitez faites à Dieu, aux Saints, aux Eglises, aux Chapitres & Congrégations des Prêtres, aux Monasteres, aux Hôpitaux, aux Pauvres, & aux Captifs, sont valables, ce qui renferme huit differens chefs que nous allons discuter en particulier.

42. De la capacité des Communautez Ecclesiastiques.

1°. Le Jurisconsulte *Ulpien* nous apprend, que chez les Romains, tandis qu'ils étoient plongez dans les ténébres du Paganisme, il n'étoit pas permis d'instituer pour heritiers toute sorte de Dieux; on ne pouvoit faire des liberalitez, qu'à ceux dont le culte étoit reçu & autorisé, & ausquels il étoit permis, par les Constitutions des Empereurs, de faire des institutions : *Deos heredes instituere non præter eos, qui Senatusconsulto, constitutionibus Principium instituere, concessum est : sicuti Jovem Tarpejum, Appollinem Dydimeum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Melienſem,*

43. Des institutions & liberalitez faites à Dieu.

Droit ancien des Romains.

Herculem Gaditanum, Dianam Epheſiam, matrem Deorum Cybelem, eamque Smirnæ colitur, & Cœleſtum Salinenſem Carthaginis. Ulpien dans ſes Fragmens, *tit.* 22, §. 5. Il y a dans le texte que nous venons de tranſcrire, des fautes de Copiſte, qui ont été remarquées par le Clerc dans ſa Bibliotheque ancienne & moderne, *tom.* 6, *pag.* 441 & 442 ; les Curieux pourront les voir corrigées dans l'endroit que nous indiquons.

44. Droit moyen du Digeſte.

La Loi 1, §. 5, *ff. ad L. falcid.* ſuppoſe que les legs faits à Dieu ſont valables, en diſant qu'ils ſont ſujets à la falcidie, ce qui a été changé depuis par le Droit *des Novelles*, qui ont déclaré les legs pies exempts de la falcidie, *Novell.* 131, *cap.* 12, & *Authent. ſimiliter, cod. ad L. falcid.*

45. Droit nouveau.

Suivant cette même *Novelle* 131, *chap.* 9, les inſtitutions & les legs faits à Dieu, & à notre Sauveur J. C. ſans autre expreſſion, ni déſignation, ſont non-ſeulement autoriſez; mais encore il eſt déclaré qu'ils doivent appartenir à l'Egliſe du domicile du Teſtateur : *Si quis in nomine magni Dei & Salvatoris noſtri Jeſu Chriſti, hereditatem, aut legatum reliquerit, jubemus Eccleſiam loci illius, in quo Teſtator domicilium habuerit, accipere quod dimiſſum eſt,* & cette Egliſe doit s'entendre de la Paroiſſiale, comme l'explique Zipæus, *Conſult. canon. lib.* 3 *de Parrochiis, Conſult.* 1, *Ubi de Eccleſiis agitur eam quæ ei propria eſt, uti eſt Parrochialis ſub qua degat, ubi ſpiritualia accepit ut temporalia interfuiſſe cenſeatur, cui decimæ, primitiæ, oblationes debentur,* v. *l.* 26, *cod. de Sacroſanct. Eccleſ.* qui en ordonnoit l'emploi à la ſubſiſtance des Pauvres.

Les inſtitutions ou legs faits à Dieu, ou à notre Seigneur J. C à qui doivent appartenir.

46. Des liberalitez faites aux Archanges & aux Martyrs, ou aux Saints.

2°. Les inſtitutions, les legs, & les autres liberalitez faites aux Archanges, aux Martyrs, ou aux Saints, ſont également valables; quand même le Teſtateur n'auroit point déſigné l'Egliſe, où l'Archange, le Martyr, ou autre Saint par lui nommé, eſt reveré, *l.* 26, §. 1, *cod. de Sacroſanct. Eccleſ. & Novell.* 131, *cap.* 9.

47. A quelle Egliſe ces liberalitez doivent appartenir.

Ces liberalitez ainſi faites doivent appartenir à l'Egliſe, ou Oratoire qui eſt dans la Ville, ou dans le voiſinage du domicile du Teſtateur, dans laquelle Egliſe ou Oratoire l'Archange, ou le Saint nommé eſt réveré & invoqué; que ſi dans la Ville où le Teſtateur avoit ſon domicile, il y a pluſieurs Oratoires, ſous l'invocation du Saint déſigné, l'inſtitution ou le legs doit appartenir au plus pauvre. S'il n'y en a point dans la même Ville, la liberalité doit appartenir à l'Oratoire du Saint ſitué dans le Territoire : Mais ſi dans la Ville, ni dans le Territoire, il n'y a aucun Oratoire ſous l'invocation du Saint inſtitué, l'inſtitution devra

Quid s'il y a pluſieurs Egliſes ſous le nom du même Saint.

appartenir à l'Egliſe du domicile du Teſtateur, *l. 26, §. 1, cod. de Sacroſanct. Eccleſ. & Novell.* 131, *cap.* 9, c'eſt-à-dire, à l'Egliſe Paroiſſiale, comme nous venons de le dire, *v. Zipæus*, au lieu déja cité.

48. Uſage de la primitive Egliſe de vendre les biens, & d'en porter le prix aux pieds des Apôtres.

3°. Dans la primitive Egliſe, & du tems des Apôtres, les Fideles convertis à la foi de Jeſus-Chriſt, vendoient leurs poſſeſſions, & en apportoient le prix aux pieds des Apôtres, pour ſervir à l'entretien des Apôtres, des Diſciples, & des Fideles; comme il eſt rapporté aux Actes des Apôtres. Tous les biens temporels étoient donc alors communs entre les premiers Chrétiens.

Les biens étoient communs parmi les Chrétiens.

49. Les Chrétiens étoient regardez avec exécration par les Empereurs Payens.

Cette communion ceſſa dans la ſuite, les Empereurs Payens regardoient les Chrétiens avec exécration. Nous voyons dans quelques textes du Droit, que le Juriſconſulte *Ulpien* qualifioit de ſuperſtition, le Culte religieux des Chrétiens, de même que *Pline le jeune*, dans une de ſes lettres à *Trajan*, *Tacite*, & *Quintilien*. Ils ſouffrirent de très-violentes perſécutions qui s'éleverent de tems en tems, ce qui fait croire qu'alors les Egliſes n'étoient pas regardées comme capables de recueillir des liberalitez, & qu'elles étoient compriſes dans la défenſe de laiſſer des liberalitez aux Colleges illicites.

Leur Culte Religieux étoit qualifié de ſuperſtition.

Alors les Egliſes étoient incapables des liberalitez.

50. Changement fait par l'Empereur Conſtantin le Grand.

Dans la ſuite l'Empereur Conſtantin le Grand, qui embraſſa le Chriſtianiſme, porta une Loi en 321; par laquelle il permit aux Egliſes Catholiques, & à tous les Corps Eccleſiaſtiques de recevoir toutes les liberalitez qu'on leur feroit par Teſtament: *Habeat unuſquiſque licentiam ſanctiſſimo Catholico, venerabilique Concilio decedens, bonorum, quod optaverit relinquere, & non ſint caſſa judicia ejus. L. 1, cod. de Sacroſanct.*

Les Egliſes ſont déclarées capables des liberalitez.

51. Limitation de la faculté indéfinie de faire des liberalitez aux Egliſes.

Les Eccleſiaſtiques ayant abuſé de cette permiſſion, & pluſieurs d'entr'eux ayant témoigné trop d'avidité pour ſe procurer des liberalitez, ſurtout de la part des femmes, les Empereurs Valentinien, Valens & Gratien porterent une Loi en 371, qui eſt la vingtiéme au Code Theodoſien *de Epiſcopis, Eccleſiis, & Clericis*, par laquelle il fut défendu aux Eccleſiaſtiques, & à ceux qui avoient fait vœu de continence, d'approcher des veuves & des filles: Il leur fut encore défendu, non pas comme certains Auteurs l'ont penſé, de recevoir des liberalitez teſtamentaires de la part de toutes ſortes de perſonnes indiſtinctement; mais de la part des veuves, & des orphelins, ou, comme le penſe *Jacques Godefroy*, des femmes en general.

52. Réflexion de S.

S. Jerôme dans ſon Epître à *Nepotien*, *lib. 2, epiſtol.* 12, prend

Jerôme touchant cette limitation

occaſion de cette défenſe, de ſe plaindre, non de la Loi qui étoit juſte dans les circonſtances, mais de la cupidité des Eccleſiaſtiques, qui l'avoient rendu néceſſaire. Voici les termes dont il ſe ſert : *Pudet dicere Sacerdotes idolorum, mimi & aurigæ, & ſcorta hereditates capiunt, ſolis Clericis, & Monachis hoc lege prohibetur, & prohibetur non à perſecutoribus, ſed à Principibus Chriſtianis. Nec de lege conqueror, ſed doleo, cur meruimus hanc legem.*

53. Défenſes aux Egliſes, aux Eccleſiaſtiques, & aux Pauvres, de rien recevoir par Teſtament des Diaconeſſes.

Il fut encore défendu par une Loi des Empereurs Valentinien, Theodoſe, & Arcadius de l'année 390, qui eſt la vingt-ſeptiéme au Code Theodoſien *de Epiſcopis, Eccleſiis, & Clericis*, aux Egliſes, aux Eccleſiaſtiques, & aux Pauvres, de rien recevoir par Teſtament de la part des Diaconeſſes, & ces ſortes de liberalitez étoient regardées comme non écrites.

54. Révocation de cette défenſe.

Mais cette derniere Loi fut révoquée la même année 390, par une autre qui eſt la vingt-huitiéme au Code *Theodoſien* du titre cité. Enſuite l'Empereur Martien dans ſa *Novelle de Teſtamentis*, révoque la défenſe contenuë dans la Loi 20 déja citée, & rétablit les choſes dans l'état où Conſtantin le Grand les avoit miſes au ſujet de la capacité des Egliſes, & des Communautez Eccleſiaſtiques.

55. Par le droit de Juſtinien les Egliſes & les Communautez Eccleſiaſtiques ſont capables des inſtitutions & legs.

L'Empereur Juſtinien, en compilant ſon Code, n'y a point inſeré les trois Loix du Code Theodoſien, ni la *Novelle* de Martien, il s'eſt contenté de rapporter la Loi de l'Empereur Conſtantin, qu'il a confirmée par pluſieurs autres, & notamment par la *Novelle* 131, *chap. 9 & 12*, enſorte que par le dernier état de la Juriſprudence Romaine, les Egliſes & les Communautez Eccleſiaſtiques ſont capables des inſtitutions & des legs.

56. Des liberalitez faites à l'Egliſe, ſans en déſigner aucune.

Nous devons appliquer aux Egliſes ce qui a été dit par rapport aux Saints; c'eſt-à-dire, que ſi le Teſtateur inſtituë l'Egliſe ſimplement, ſans la nommer ou déſigner, l'inſtitution devra appartenir à l'Egliſe Paroiſſiale du domicile du Teſtateur. Pour décider les autres queſtions, qui peuvent naître ſur cette matiere, lorſque la volonté du Teſtateur n'eſt pas expliquée, comme s'il eſt dans les confins de deux Paroiſſes; ſi après le Teſtament il a transferé ſon domicile dans une autre Paroiſſe, à quelle des deux l'inſtitution ou le legs devront-ils appartenir ? On peut voir *Mantica de conject. ult. vol. lib. 8, tit. 6.*

57. Capacitez des Corps & Communautez Eccleſiaſtiques.

4°. Des obſervations que nous venons de faire au ſujet des Egliſes, & des textes que nous y avons rapportez, il reſulte clairement, que les Chapitres, Congrégations de Prêtres, Conſor-

ces, Seminaires, & autres Corps & Communautez Eccleſiaſtiques, ſont capables de toute ſorte de liberalitez, non-ſeulement à titre particulier, mais encore à titre univerſel. La diſpoſition de la Loi 1, *cod. de Sacroſanct. Eccleſ.* eſt trop préciſe pour que l'on puiſſe révoquer en doute cette verité. Et cette capacité a lieu, non-ſeulement pour les ſommes en deniers, & pour les meubles & effets mobiliers, mais encore pour les immeubles, *l.* 14, *l.* 22, *& l.* 23, *cod. de Sacroſanct. Eccleſ.* & cela s'obſerve conſtamment en France dans toute l'étenduë du Royaume, pourvu que ces Corps ou Communautez ayent été établis ou approuvez par l'autorité du Prince, par des Lettres Patentes dûëment enregiſtrées.

Quid en France.

58. Capacité des Monaſteres d'hommes ou de filles.

5°. A l'égard des Monaſteres, ſoit d'hommes, ou de filles, ils ſont également capables de toute ſorte de liberalitez univerſelles ou particulieres, des meubles & immeubles indiſtinctement, ſuivant le Droit Romain, *l.* 1, *l.* 22, *l.* 23, *cod. de Sacroſanct. Eccleſ.*

59. *Quid* en France.

Il y a des Auteurs qui ont cru qu'en France les Communautez Religieuſes étoient bien capables des legs, & autres liberalitez à titre particulier, mais non à titre univerſel; ſe fondant ſur un Arrêt de Reglement du Parlement de Paris de l'année 1619, rapporté par *Ricard des Donations, tom.* 1, *part.* 1, *n.* 610.

60. Suite.

Cependant *Ricard* obſerve fort bien, que ce Reglement eſt dans l'eſpece particuliere d'une liberalité à titre univerſel faite au préjudice des enfans, ou des aſcendans du Teſtateur; dans ce cas ce Reglement, comme très-juſte, doit être obſervé; mais lorſqu'il ne s'agit pas d'un préjudice des aſcendans, ou deſcendans, les Communautez Religieuſes ſont capables des inſtitutions & des legs univerſels en France, comme elles le ſont par la diſpoſition du Droit Romain: pourvu néanmoins qu'elles ayent été établies, ou approuvées par des Lettres Patentes du Prince dûëment enregiſtrées; le même *Ricard* au lieu cité, *n.* 611 *& ſuivans*, rapporte des Arrêts qui l'ont ainſi jugé, & aſſure qu'il n'y en a point de contraire rendu en theſe; & cela eſt confirmé par les Arrêts rapportez par *Bretonnier*, dans ſes nouvelles obſervations ſur *Henrys, tom.* 1, *liv.* 1, *queſt.* 73.

61. Conditions à fin que les Communautez Religieuſes ſoient capables de liberalitez.

Mais afin que les Communautez Religieuſes établies depuis l'année 1666, ſoient capables des liberalitez, il eſt néceſſaire que l'on ait obſervé, en les fondant, toutes les formalitez preſcrites par l'Edit du mois de Décembre 1666, autrement elles ſont déclarées par le même Edit illicites, incapables d'eſter en Juge-

ment, de recevoir aucuns dons & legs de meubles & immeubles, & de tous autres effets civils ; comme auſſi toutes les diſpoſitions tacites, ou expreſſes faites en leur faveur, nulles & de nul effet, & les choſes par elles acquiſes ou données, confiſquées aux Hôpitaux Generaux des lieux.

62. Des Communautez Religieuſes, qui ne peuvent poſſeder aucuns biens en commun.

Mais que doit-on dire des Communautez Religieuſes qui ne peuvent poſſeder aucuns biens, même en commun, & qui en ont fait volontairement une abdication abſoluë, comme ſont les Religieux de S. François de la grande Obſervance, les Recolets, les Capucins & autres ſemblables? Les Auteurs ne ſont pas d'accord là-deſſus ; *Guy Pape, queſt.* 327, eſt d'avis que ces Religieux peuvent être inſtituez à la charge de vendre les immeubles dans l'an. Cet Auteur dit que de ſon tems tel étoit l'uſage du Parlement de Grenoble ; mais cet uſage a été changé par l'Edit de Châteaubriant de 1532, particulier pour le Dauphiné, qui déclare les Réguliers incapables de toutes ſucceſſions, comme le remarque *M. Expilly dans ſes Arrêts, chap.* 220, *n.* 3 *&* 4 ; mais cette Loi, qui n'eſt pas generale, ne peut pas s'étendre hors de la Province de Dauphiné.

Avis de Guy Pape en faveur de ces Communautez.

63. Auteurs qui penſent que les Religieux qui ne peuvent poſſeder aucuns biens, ſont incapables des liberalitez.

D'autres, comme *Julius Clarus, §. Teſtamentum, qu.* 29, penſent qu'ils ſont incapables des ſucceſſions, & de toute ſorte de liberalitez qui conſiſtent en immeubles, & *Ricard, des Donations, tom.* 1, *part.* 1, *n.* 616 *&* 617, ſoutient qu'ils ſont incapables des inſtitutions & des legs, même à titre particulier, autres que pour le bâtiment de leurs Maiſons, & autres néceſſitez abſoluës.

64. Tiers-avis qui diſtingue.

Enfin il y a un troiſiéme ſentiment, qui diſtingue entre les diſpoſitions à titre univerſel, dont ils croyent que les Religieux de S. François ſont incapables, & les diſpoſitions à titre particulier qui peuvent être valablement faites en faveur de ces Religieux ; *Albert verb. teſtament. art.* 25, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouſe qui a accueilli cette diſtinction, en déclarant nulle une ſubſtitution faite en faveur des Capucins, & en confirmant des legs contenus dans le teſtament de la même perſonne en faveur des mêmes Capucins.

65. Réſolution pour la capacité de ces Communautez Religieuſes.

Le premier avis, qui déclare ces Religieux capables des inſtitutions, même univerſelles, paroît le mieux fondé, dès que l'on ſuppoſe, comme on ne peut pas le conteſter, que ſuivant le Droit Romain toute ſorte de Corps & Communautez Catholiques ſont capables des liberalitez, que les Fideles voudront leur faire, comme il paroît de la Loi 1, *cod. de Sacroſanct. Eccleſ.* &

des autres textes, & qu'il n'y a point de Loi du Royaume qui y ait dérogé : il suffit que les Religieux de S. François professent une Regle approuvée, & que leurs Convens soient legitimément établis, pour qu'on ne doive pas les distinguer des autres Ordres, qui sont déclarez capables des institutions, comme des dispositions à titre particulier, ainsi que le décident *Benedicti* sur le chapitre *Raynutius, verb. in uxorem de succeſſ. ab inteſtato, n.* 217; *Maynard, liv.* 1, *chap.* 19, *& liv.* 5, *chap.* 28. Ce dernier Auteur rapporte des Arrêts qui ont déclaré les Cordeliers capables des successions testamentaires; c'est encore l'opinion de *Mornac* sur la Loi *ſi quis ad declinandum* 37, *cod. de Epiſcop. & Clericis.* Sauf néanmoins qu'étant incapables, selon leur Regle, de posseder aucuns biens immeubles, ils doivent vendre tous ceux qui se trouvent dans la succession, & en employer le prix aux nécessitez de leur Ordre, ainsi que les Superieurs le jugeront convenable, comme l'enseigne M. *Maynard* au lieu cité.

Il n'y a point de Loi generale dans le Royaume qui déroge au Droit Romain.

Elles doivent vendre les biens immeubles.

Le renoncement volontaire qu'ils ont fait à la possession de toute sorte de biens en general & en particulier, ne doit pas les faire considerer comme incapables des institutions, tandis qu'il n'y a aucune Loi du Royaume qui produise cette incapacité, l'Edit de Châteaubriant étant particulier pour le Dauphiné, il ne peut *servir de Loi que pour cette Province.*

66. Le renoncement volontaire aux biens ne les rend pas incapables des liberalitez.

Si l'incapacité de posseder des biens étoit une incapacité suffisante pour exclure des liberalitez à titre universel, elle seroit commune à tous les Religieux, & à toutes les Communautez qui sont mises au rang des main-mortes; car, selon les Loix generales du Royaume, toutes les main-mortes sont incapables de posseder des immeubles, & des biens qui sont mis au rang des immeubles : elles sont obligées d'en vuider leurs mains, à moins qu'elles n'obtiennent de Sa Majesté des Lettres d'amortissement; sur quoi on peut voir *Bacquet* & les autres Auteurs qui ont traité du droit d'amortissement & des main-mortes; cependant les main-mortes ne sont pas pour cela déclarées incapables des institutions & autres liberalitez. La raison de l'abdication n'est donc pas suffisante pour faire déclarer les Religieux de S. François incapables des dispositions, non-seulement particulieres, mais encore à titre universel; pourvu qu'il n'y ait d'ailleurs aucune raison, qui puisse donner atteinte au Testament, ni faire présumer que le Testateur n'a pas disposé selon sa volonté, ou que la disposition universelle soit faite au préjudice des ascendans, ou des descendans du Testateur, auquel cas il faudroit faire l'application de

67. Suite.

Les main-mortes sont incapables de posseder des immeubles.

Quid des dispositions universelles faites en faveur des Communautez Religieuses au préjudice des descendans ou ascen-

dans du Testateur.

l'Arrêt de Reglement du Parlement de Paris de l'année 1619; dont nous avons parlé ci-dessus après *Ricard.* Cependant il faut convenir que suivant le chapitre *exiit de verb. signif. in 6°.* & la Clementine 1, *§. cupientes de verb. significatione*, les Religieux de S. François sont déclarez incapables, non-seulement des successions universelles *ab intestat*, & par Testament, mais encore des legs d'une partie considerable de l'hérédité, s'ils peuvent être regardez comme faits en fraude: *Declarando dicimus quod successionum hujusmodi, quæ etiam ex sui natura indifferenter ad pecuniam, & etiam ad alia mobilia, & immobilia se extendunt* (considerata sui puritate voti) *nullatenus sunt capaces. Nec licet eis valorem hereditatum talium, vel tantam eorum partem, quod præsumi posset hoc in fraudem fieri, quasi sub modo & forma legati, sibi dimitti facere, vel sic demissa recipere: quin potius ista sic fieri ab ipsis simpliciter prohibemus.*

68. Si les Religieux en particulier peuvent être instituez.

C'est une autre question également controversée, si les Religieux, que l'on reconnoit en France comme incapables des effets civils étant instituez heritiers en leur particulier, ou leur ayant été fait d'autres liberalitez testamentaires, ces dispositions doivent être regardées comme non écrites, à cause de l'incapacité des heritiers ou legataires, ou bien si elles doivent être déclarées bonnes & acquises au Monastere où se trouve le Religieux institué heritier ou legataire.

69. Avis de quelques Auteurs qui ont décidé l'affirmative.

Les uns ont cru que cette difficulté devoit être décidée sur les principes établis par le Droit Romain au sujet des Esclaves, qui quoique réputez morts civilement, & incapables des effets civils, ne laissoient pas d'avoir la capacité passive, qu'ils empruntoient de la personne de leur Maître auquel les liberalitez étoient acquises, suivant la Loi 16, *ff. qui Testam. fac. poss.* & les autres textes que nous avons rapportez, en parlant de la capacité des Esclaves: voilà pourquoi ils ont cru que les Monasteres où le Religieux, heritier institué ou legataire, étoit Profès, devoit profiter de l'institution, ou du legs. C'est le sentiment de plusieurs Auteurs, & notamment de *Molina, de justitia, & jure tractat. 2, disput. 140, n. 19,* & ce sentiment se trouve autorisé par les Auteurs & les Arrêts du Parlement de Toulouse, comme on peut le voir dans M. *le Président Duranty, qu. 6, M. Maynard, liv. 9, ch. 21; M. de Cambolas, liv. 5, chap. 28, & M. d'Olive, liv. 1, ch. 4.*

70. Distinction de quelques Auteurs.

Julius Clarus, §. Testamentum, qu. 29, distingue les Religieux qui peuvent posseder des biens en commun avec ceux qui n'en peuvent pas posseder. Il croit que les liberalitez faites aux Religieux

gieux des Ordres de la premiere espece, sont acquises au Monastere; mais non celles qui sont faites aux Religieux d'un Ordre qui ne peut posseder aucuns biens en general, ni en particulier, parce qu'il croit dans ce cas, que le Monastere est incapable, de même que le Religieux.

71. Arrêt du Parlement de Toulouse qui adjuge l'usufruit au Monastere.

M. Dolive, au lieu cité aux additions, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, qui adjuge au Monastere l'usufruit des biens laissez aux Religieux, & qui lui refuse la proprieté.

72. Quatriéme avis pour la nullité des liberalitez faites aux particuliers Religieux autrement qu'à titre d'alimens.

Enfin, il y a un quatriéme avis selon lequel les institutions & autres liberalitez qui ne sont pas faites à titre d'alimens aux Religieux en particulier, sont nulles à leur égard, & à l'égard du Monastere auquel elles ne sont point acquises: *Duval, dans ses Institutions du Droit François, livre* 1, *chap.* 2, *pag.* 52, *& liv.* 2, *c.* 9, *p.* 341, & plusieurs autres.

73. Résolution pour cette derniere opinion.

Cette derniere opinion est la seule veritable, selon les maximes du Royaume: En effet, il est certain, & tous les Auteurs en demeurent d'accord, que l'Authent. *ingressi, cod. de Sacrosanct. Eccles.* est abrogée en France, & que celui qui entre en Religion n'y apporte point les biens qu'il possedoit auparavant. Cette maxime du Royaume est si ancienne, que *Jean Faber, Joannes Gallus, Benedicti*, au lieu cité, *nomb.* 221 & suivans, *& Mazuer*, Auteurs très-anciens & très-versez dans la pratique du Royaume, en ont fait mention. *Benedicti, nombre* 224, ajoute même qu'on n'a jamais pratiqué en France, que le Monastere peut vendiquer les heréditez déferées aux Moines qui y ont fait Profession, & cela est confirmé par des Arrêts rapportez par *Mornac*, sur ce texte.

Abrogation de l'Authentique *ingressi, cod. de Sacrosanctis Eccles.*

74. Ce qui est laissé aux Religieux Profès n'est pas acquis au Monastere.

D'où l'on peut induire, que l'acquisition de ce qui est laissé aux Religieux particuliers, n'est pas faite au Monastere, parce que le fondement de cette acquisition est abrogé: Ainsi le Religieux étant incapable des effets civils, comme mort civilement, & étant également incapable de recueillir les liberalitez testamentaires, elles doivent être regardées comme nulles, & non écrites, suivant la Loi 3, *ff. de his quæ pro non scriptis habentur.*

75. Réponse à l'argument tiré de la comparaison des Religieux aux Esclaves.

La comparaison que l'on fait des Religieux avec les Esclaves est tout-à-fait mal imaginée, parce que l'obéïssance des Religieux à leurs Superieurs n'est pas servile, mais filiale, comme le remarque *Duval*, au lieu cité; ceux-ci sont les peres, & non pas les Maîtres, ils ne peuvent les gouverner que par la raison & la charité; & la renonciation à toutes les choses temporelles, bien loin de leur imprimer une marque de servitude, les éleve au contraire à un état de perfection, qui les met au-dessus du commun des hommes.

76. Réponse à l'Arrêt rapporté par Dolive.

L'Arrêt rapporté par M. Dolive, & qui fut rendu après partage, contre son sentiment, fut cassé par un Arrêt du Conseil, comme l'observe cet Auteur. Cette cassation suppose une contravention aux Ordonnances ou aux maximes du Royaume, & doit faire considerer l'opinion autorisée par l'Arrêt cassé, comme contraire à ces mêmes Ordonnances & à ces maximes ; on peut voir dans *M. Dolive, livre* 1, *chapitre* 4, les autres raisons qui servent à établir l'opinion que nous embrassons, & qui est generalement approuvée par tous les Auteurs, & par les Arrêts du Parlement de Paris.

77. Exception des legs pour alimens, pension annuelle, ou usufruit.

On doit néanmoins excepter les legs qui sont faits aux Religieux pour alimens, pension annuelle, usufruit de quelqu'effet qui peut tenir lieu d'alimens, parce que les personnes incapables des effets civils, sont capables des liberalitez pour alimens, *l.* 3, *ff. de his quæ pro non scriptis habentur*, *l.* 10, *ff. de capite minutis* : Mornac sur l'Authentique *ingressi*, *cod. de Sacrosanct. Eccles.* *Robert*, *rer. judic. lib.* 4, *cap.* 3 : Ferriere *sur l'article* 337 *de la Coutume de Paris*, *nombre* 28, & suivans : *M. Louet & Brodeau*, *lettre L. sommaire* 8, & plusieurs autres ; cependant l'action & la dispensation du legs est accordée non aux Religieux légataires, mais au Superieur, & c'est au nom du Syndic que l'action doit être intentée, le Religieux en étant incapable. *M. Maynard*, *liv.* 1, *chap.* 21.

La dispensation du legs appartient au Supérieur & non aux Religieux légataires.

78. Des cas auxquels les Communautez Religieuses ne peuvent pas recevoir des liberalitez.

Quoique les Communautez Religieuses soient capables des institutions & des autres liberalitez qui leur sont faites, sauf quand l'institution est faite au préjudice des ascendans ou descendans du Testateur, ainsi que nous l'avons montré ; cette regle souffre une autre exception ; sçavoir, lorsque les liberalitez à titre universel ou particulier, sont faites par les Novices en faveur des Convens où ils doivent entrer, ou en faveur des autres Convens du même Ordre, auquel cas, elles sont nulles, comme prohibées par *l'art.* 28 *de l'Ordonnance de Blois*, à cause de la présomption de Droit que ces sortes de dispositions ont été extorquées par un effet du pouvoir que les Superieurs du Monastere ont sur les Novices, qui ne leur laisse pas la liberté nécessaire pour disposer selon leur volonté.

Des liberalitez faites par les Novices.

79. Arrêt du Parlement de Toulouse.

M. de Cambolas, *liv.* 5, *ch.* 28, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, du 20 Décembre 1626, qui jugea valable l'institution faite par un Novice en faveur de son Convent ; mais il en rapporte un autre du 13 Février 1631, qui cassa un Testament contenant une semblable institution, & il ajoute que la question a été depuis jugée de la sorte par divers Arrêts. C'est aussi le sentiment le mieux fondé, comme le prouve fort bien *Ricard, des Donat. tom.* 1, *part.* 1, *n.* 486 & suivans. Cet Auteur passe même plus loin, il sou-

Avis de Ricard qu'un Novice ne peut disposer en

tient au n. 390, non-seulement que les Novices ne peuvent pas faire des dispositions en faveur des Monasteres où ils ont fait Profession, ni d'aucun autre du même Ordre; mais encore en faveur de tout autre Monastere de quelqu'Ordre qu'il soit, ce qui est fondé sur les termes précis de l'Ordonnance de Blois, art. 28, *non toutefois d'aucun Monastere directement ou indirectement*, ce qui comprend toutes sortes de Monasteres, même d'un Ordre different de celui où le Novice veut faire Profession.

faveur d'aucun Monastere de quelqu'Ordre qu'il soit.

6°. Les Hôpitaux & autres Maisons de Charité destinez pour le soulagement des Pauvres malades & autres especes, sont infiniment favorables, on peut même dire que de tous les lieux pieux, ils sont les plus dignes de faveur. Voilà pourquoi ils sont déclarez capables de toutes sortes de liberalitez à titre particulier, ou universel, *l.* 1, *l.* 14, *l.* 22, *l.* 23, *cod. de Sacrosanct. Eccles. & l. si quis ad declinandam* 49, *cod. de Episcop. & Cler.*

80. De la capacité des Hôpitaux & autres Maisons de Charité.

Lorsque l'institution ou toute autre liberalité sont faites en faveur d'un Hôpital nommé ou désigné par le Testateur, cet Hôpital devra la recueillir, *l.* 49, *§. hæc autem* 7, *cod. de Episcop. & Cler.* parce que la volonté est claire, & déterminée, *& ubi nulla est ambiguitas non debet admitti voluntatis quæstio, l.* 25, *ff. de leg.* 3.

81. La liberalité doit appartenir à l'Hôpital qui est désigné.

Si les liberalitez sont faites à l'Hôpital sans le nommer ou désigner, elles doivent appartenir à l'Hôpital du lieu du domicile du Testateur, & s'il n'y en a point dans le lieu du domicile, l'Hôpital qui est dans le Territoire, & au défaut celui qui est le plus proche du domicile du Testateur devra profiter des liberalitez, par l'argument tiré de la Loi 26, *cod. de Sacrosanct. Eccles.* & de la *Novelle* 131, *chap.* 9, ainsi que nous l'avons expliqué en parlant des liberalitez faites aux Eglises; cela s'induit même de la disposition de la Loi 49, *§.* 3, & *§.* 5, *cod. de Episcop. & Cler.*

82. A quel Hôpital doit appartenir la liberalité quand le Testateur n'en a désigné aucun.

Que si dans le même lieu ou dans la même Ville où le Testateur résidoit, il y a deux ou plusieurs Hôpitaux, l'institution ou toute autre liberalité faite à l'Hôpital sans autre désignation, devra appartenir à celui de ces Hôpitaux qui est le plus pauvre, *hoc videlicet discutiendo à viro Reverendissimo locorum Antistite & sub eo constitutis Clericis, l.* 49, *§.* 5, *cod. de Episcop. & Cler.*

83. *Quid* s'il y a plusieurs Hôpitaux dans la même Ville.

Les dispositions testamentaires sont valables, non-seulement lorsqu'elles sont faites en faveur des Hôpitaux fondez & établis; mais encore lorsqu'elles sont faites pour en construire & fonder des nouveaux; auquel cas, la volonté du Testateur doit être exécutée dans l'an, *l. sancimus* 46, *cod. de Episcop. & Cler.*

84. Des dispositions faites pour fonder des Hôpitaux.

85. Des dispositions faites en faveur des Pauvres.

7°. Les dispositions testamentaires, generales ou particulieres, en faveur des Pauvres, sont bonnes & valables, & l'on ne peut point les attaquer, sous prétexte de l'incertitude, *id quod pauperibus Testamento, vel codicillis relinquitur, non ut incertis personis relictum evanescat; sed omnibus modis ratum firmumque consistat, l. 24, cod. de Episcop. & Cler.* ce qui a lieu, quoiqu'un Hôpital n'ait point été désigné, ni que l'on n'ait point exprimé la qualité des Pauvres auxquels les liberalitez sont faites, *l. 49, §. 1, cod. de Episcop. & Clr.* & dans ce cas les liberalitez appartiendront aux Pauvres du lieu, où le Testateur avoit son domicile, selon *Mornac* sur la Loi 24, *cod. de Episcop. & Cler.*

86. A qui doivent appartenir les dispositions en faveur des Pauvres sans autre désignation.

L'institution & toute autre disposition faite aux Pauvres sans autre désignation, doit appartenir à l'Hôpital des malades du lieu du domicile du Testateur, *l. 49, §. 3, cod. de Episcop. & Cler. quis enim pauperior est hominibus, qui & inopia tenti sunt, & in xenone repositi, & suis corporibus laborantes, necessarium victum sibi non possunt afferre?* Que s'il n'y a point d'Hôpital dans le lieu, la distribution des biens laissez doit être faite aux Pauvres Mandians, & autres qui sont dans la Ville ou dans le lieu où le Testateur avoit son domicile. *L. 49, §. 6, cod. eod. qui in civitate sunt, vel penitus mendicantibus, vel alia sustentatione egentibus, eædem pecuniæ distribuantur.* Voyez *Novell.* 131, *cap.* 11.

87. Les liberalitez doivent appartenir aux Pauvres dont le Testateur a fixé la qualité.

Mais si le Testateur a nommé & expliqué la qualité des Pauvres auxquels il laisse ses liberalitez, ceux qui sont nommez ou désignez devront en profiter à l'exclusion de l'Hôpital & de tous autres Pauvres, *sin autem in personam certam, venerabilemve certam Domum respexerit, ei tantummodò hereditatem vel legatum competere sancimus, l. 49, §. 7, cod. de Episcop. & Cler.*

88. Déclaration de 1681, en faveur de l'Hôpital de Toulouse.

L'article 9 de la Déclaration du Roi du mois d'Avril 1681, portant Reglement pour l'Hôpital General de Toulouse, déroge aux dispositions du Droit Romain, que nous venons d'expliquer par rapport à cet Hôpital. Il est dit, *que tous les dons & legs qui seront faits à l'avenir par contrats, Testamens, & autres dispositions & adjudications d'aumônes qui seront ordonnées tant dans la Ville qu'aux lieux du Diocese, en termes generaux, aux Pauvres, sans autre désignation, seront & appartiendront audit Hôpital General Saint Joseph de Lagrave, & à l'Hôpital Saint Jacques de Toulouse, chacun par moitié, à l'exception toutefois des lieux où il n'y a point d'Hôpital & Maison de Charité.* Le Roi transporte donc à l'Hôpital de Toulouse, le droit qui pourroit appartenir aux Hôpitaux & Maisons de Charité des Villes & lieux du Diocese de

Toulouse, en vertu des legs faits simplement aux Pauvres sans autre désignation, & ne change rien pour les lieux où il n'y a point d'Hôpital. Ce Reglement ne peut avoir lieu, que pour le Diocese de Toulouse, & ne peut pas servir de Loi pour les autres lieux du Royaume.

89. Des dispositions faites en faveur des Captifs.

8°. Quoiqu'il semble d'abord que les dispositions à titre universel ou particulier, faites en faveur des pauvres Captifs, soient nulles, à cause de l'incertitude des heritiers ou Légataires; néanmoins, le droit en décide autrement, en déclarant les pauvres Captifs, sans autre désignation, capables de toutes sortes de liberalitez testamentaires. Il y a plusieurs textes dans les titres du code *de Sacrosanct. Eccles.* & de *Episcop. & Cler.* qui suppose cette capacité, & notamment la Loi *si quis ad declinandam* 49, *cod. de Episcop. & Clerc. cum desiderat* (*quis*) *totam suam substantiam pro redemptione Captivorum relinquere, eos ipsos Captivos scripserit heredes, ne videatur quasi inventis personis heredibus institutis judicium suum oppugnandum reliquisse, sancimus, ejusmodi & talem institutionem pietatis intuitu valere, & non esse respuendam.*

90. L'Evêque de la Ville ou l'Econôme doivent prendre possession des liberalitez faites pour la rédemption des Captifs.

Le §. 2 de la même Loi, veut que quand les pauvres Captifs sont instituez heritiers, l'Evêque de la Ville où le Testateur avoit son domicile, ou l'Econome, prennent la possession de l'herédité, & qu'ils en fassent l'emploi à la Rédemption des Captifs, soit au moyen des revenus, soit par la vente des meubles & effets mobiliers, sans que l'Evêque ou l'Econome puissent en retirer aucun émolument, & diminuer par-là l'herédité; ce qui est encore ordonné de même par la Loi *Nulli* 28, §. 2, *cod. eod.*

91. L'Evêque ou l'Econome peuvent exercer les actions héréditaires.

Suivant le §. 4 *de la même Loi* 49, l'Evêque & l'Econome ont le droit d'exercer les actions héréditaires, & d'exiger les dettes actives pour les employer à la rédemption des Captifs, & comme ils peuvent exiger les dettes actives, ils doivent aussi répondre aux créanciers héréditaires, & acquitter les dettes passives.

91. Lorsque le Testateur a nommé un Exécuteur testamentaire, l'Evêque ou l'Econome ne peuvent pas s'en mêler. La volonté du Testateur doit être exécutée dans l'an.

Ce que nous venons de dire du pouvoir de l'Evêque & de l'Econome, doit avoir lieu seulement dans le cas que le Testateur n'a point nommé une personne pour recevoir la liberalité, & l'employer à la rédemption; car si un Exécuteur testamentaire est nommé, c'est à lui à procurer l'exécution du Testament, l'Evêque n'en ayant la puissance qu'en défaut d'autre disposition, & que le Testateur n'y ait pas pourvû; mais il faut que la volonté du Testateur soit exécutée dans l'an, soit que l'Evêque ou l'Exécuteur testamentaire soient nantis de la liberalité, *l. nulli* 28, §. 1, *cod. de Episcop. & Cler. Novell.* 131, *cap.* 11.

93. L'Evêque du lieu où le Testateur est décedé peut promouvoir l'exécution du Testament.

Si le Testateur qui n'a point nommé d'Exécuteur testamentaire, pour accomplir les dispositions faites en faveur des Captifs, est étranger, & que son Pays ne soit pas connu, alors l'Evêque du lieu où il sera décedé devra exécuter la volonté du défunt, *l.* 28, *§.* 3, *cod. de Episcop. & Cler.*

94. Quand le Testateur a reglé la forme de l'exécution de son Testament, on doit s'y conformer. On ne peut point changer la destination.

Il faut néanmoins prendre garde que quand le Testateur a reglé la maniere dont il veut que sa volonté soit exécutée, l'Exécuteur testamentaire, ou à son défaut l'Evêque ou l'Econome doivent se conformer entierement à la volonté du Testateur, & à ce qu'il a ordonné, *Novell.* 131, *cap.* 11, d'où il s'ensuit qu'on ne peut point changer l'usage ni la destination pour appliquer la liberalité à autre chose.

95. C'est au Métropolitain à faire exécuter les liberalitez faites par un Evêque, en faveur des Captifs. *Quid* s'il y a un Exécuteur testamentaire. *Quid* si l'Exécuteur testamentaire est dans la négligence.

Que si la disposition en faveur des Captifs est faite par un Evêque, ce sera au Métropolitain à en promouvoir l'exécution, *Novell.* 131, *cap.* 11, *in fine*; ce qui s'entend lorque le Testateur Evêque n'a pas nommé un Exécuteur testamentaire, à moins qu'il n'y eût de la négligence, de la part de cet Exécuteur, auquel cas le Métropolitain pourroit interposer son autorité, tout comme l'Evêque le peut à l'égard des dispositions pieuses qui sont faites dans son Diocese, suivant la *Novelle* 131, *chap.* 11, que nous venons de citer.

96. De la capacité des personnes infâmes. Comédiens, Bâteleurs. Plainte d'inofficiosité par les freres *turpi persona instituta.*

Les freres uterins sont exclus de cette plainte, de même que les autres parens plus éloignez.

Les personnes notées d'infamie, ou qui exercent un métier infâme, comme sont les Bâteleurs & autres qui sont appellez *turpes personæ*, ne laissent pas d'être capables de toutes sortes de dispositions testamentaires à titre universel ou particulier, sans que les liberalitez puissent être vendiquées par les successeurs *ab inteſtat*, ou par le fisc, *Barry, de succeſſ. lib.* 1, *tit.* 8, *num.* 38, sauf que quand le Testateur a des freres, ou sœurs germains, ou consanguins, ils peuvent attaquer le Testament par la plainte d'inofficiosité, *turpi persona instituta*, lorsque leur frere ne leur a pas laissé la légitime, *§.* 1, *instit. de inoff. Testam. l.* 1, *& l.* 21, *cod. eod.* mais les freres & sœurs uterins sont exclus de cette action, *l.* 27, *cod. eod.* de même que tous les autres parens plus éloignez, *dict. §.* 1, & la plainte d'inofficiosité est en usage dans ce cas au Pays du Droit écrit, *M. Dolive, livre* 3, *chapitre* 8: Cependant les freres & sœurs germains ou consanguins, peuvent être exherédez pour trois causes, qui doivent être exprimées dans le Testament *turpi persona instituta*, & prouvées. La premiere, si le frere exherédé a formé contre son frere une accusation pour crime. La seconde, s'il a attenté sur sa vie. La troisiéme, s'il lui a causé ou procuré la perte d'une partie considerable de ses

Des cas ausquels les collateraux peuvent être exherédez.

biens, *Novell. 22, cap. 47.* Lorsque la plainte d'inofficiosité a lieu, & est bien fondée, elle emporte le Testament; car c'est l'effet naturel de cette plainte dans tous les cas où elle peut être proposée. Voyez *l'article 50 de l'Ordonnance de 1735.*

Effet de la plainte d'inofficiosité.

Dans la France Coutumiere, cette Jurisprudence n'est point en usage, suivant *Ferriere dans ses Institutions du Droit François, sur le §. 1, de inoff. Testam.* Car ou le Testateur a disposé de ses biens dont il pouvoit disposer par la Coutume de son domicile, ou par les Coutumes des lieux de la situation des biens, ou il a disposé des biens dont il ne pouvoit pas disposer, & en l'un & l'autre cas, ou la disposition a été faite au profit d'une personne capable ou d'une personne incapable; que si le Testateur a disposé des biens dont il pouvoit disposer en faveur d'une personne capable, la disposition est valable, & ne peut pas être contestée, de quelque valeur que soient les biens, dont il a disposé par Testament; & dans ce cas, il n'a pas besoin d'exherédation, ni de rien laisser aux heritiers collateraux.

97. La plainte d'inofficiosité n'a pas lieu dans les Païs Coutumiers.

Usage du Païs Coutumier.

Que si la disposition est faite au profit d'une personne incapable de recevoir, elle est nulle, & sans effet, le Testament ayant son exécution pour les autres chefs qui y sont contenus, parce que *utile per inutile non vitiatur.*

98. Suite. Disposition en faveur d'un incapable, est nulle.

Lorsque la disposition est faite des biens dont le Testateur ne pouvoit pas disposer, elle est nulle de plein droit, quant à ces biens, & valable quant aux autres; ensorte qu'il n'est pas nécessaire que les freres & sœurs, & autres parens se plaignent contre le Testament, ils n'ont qu'à abandonner aux Légataires les biens dont le Testateur pouvoit disposer valablement, & prendre ceux dont il n'avoit pas la faculté de disposer; ce qui est fondé sur les *articles 292 & 295 de la Coutume de Paris.*

99. De la disposition des biens dont le Testateur ne peut pas disposer.

Que si les parens collateraux heritiers des propres, ont donné lieu à une exherédation pour quelqu'injure atroce & considerable, ils peuvent être privez de la portion des propres que la Coutume leur laisse, ce qui ne reçoit point de difficulté; car si la légitime des enfans, laquelle est dûë par un titre plus fort, & plus favorable, peut leur être ôtée, à plus forte raison, la portion destinée aux collateraux, peut-elle leur être ôtée; mais dans ce cas, le Testateur n'en peut point disposer au profit des étrangers, les portions des propres destinez par la Coutume, doivent appartenir aux autres parens les plus proches en dégré, après ceux qui sont exherédez, ou la portion des exherédez doit appartenir par droit d'accroissement à ceux qui sont au même dégré, &

100. Si les parens collateraux peuvent être privez par exherédation de la portion des propres que la Coutume leur destine.

A qui doivent appartenir les portions des exherédez.

qui ne sont pas exherédez. Voyez le même *Ferriere*, *Jurisprudence des Novelles*, sur la *Novelle* 22, *chapitre* 47.

SECTION II.

Des personnes qui sont incapables de recueillir les liberalitez testamentaires en tout ou partie.

SOMMAIRE.

1. *L'incapacité ou l'indignité ont une grande affinité, quoique ce soient des moyens differens.*
2. *Incapacité. Ce que c'est, & d'où elle dérive.*
3. *L'incapacité est une exclusion de recevoir & d'acquerir ce qui a été laissé.*
L'indignité n'est pas toujours une exclusion de l'action.
4. *L'incapacité fait considerer la disposition comme non écrite.*
A qui devoit appartenir ce qui étoit ôté à l'indigne, suivant le Droit Romain.
Quid *par le Droit François.*
De la substitution de ce qui est laissé à l'incapable.
5. *En quel tems l'incapacité doit se verifier.*
En quelque tems que l'indignité arrive elle opere son effet.
6. *Incapacité pour partie.*
L'indignité est pour le tout.
Exception.
7. *De l'incapacité totale, ou pour partie.*
Quels sont les cas de l'incapacité.
8. *Quelles sont les personnes dont l'incapacité est absoluë.*
9. *Les personnes* cum quibus Testamenti factio non est, *sont incapables* absolutè.
10. *Des étrangers non naturalisez.*
Aubains de deux sortes.
Les Aubains peuvent acquerir par contrat entre-vifs, non à cause de mort.
Les Princes étrangers sont sujets à cette regle.
11. *Exception des étrangers qui sont considerez comme Regnicoles.*
12. *Et de ceux qui ont obtenu des Lettres de naturalité.*
13. *Le Roi seul peut naturaliser les étrangers en France.*
Formalitez de la naturalisation.
14. *Les étrangers non naturalisez sont capables des dispositions pour alimens.*
15. *Lorsque l'institution est nulle pour être faite en faveur d'un étranger; la substitution est aussi nulle, quoique faite en faveur d'un Regnicole.*
16. *Si les Aubains sont capables de recueillir les dispositions faites par des étrangers naturalisez*
L'incapacité des Aubains est absoluë

ſoluë, & eſt attachée à leur perſonne.

17. *Si l'étranger naturaliſé redevient Aubain quand il quitte la France.*

18. *Si les Aubains peuvent recevoir des liberalitez de la part des Teſtateurs Soldats.*

Raiſons pour l'affirmative.

Reſolution pour la négative.

19. *Si les Habitans des Provinces conquiſes acquierent de plein droit la naturalité.*

Quid *ſi le lieu de leur naiſſance eſt retourné en la poſſeſſion d'un Prince étranger.*

20. *De l'incapacité des Moines.*

21. *Des Chevaliers de Malthe.*

22. *Si les Jeſuites ſont capables des liberalitez teſtamentaires.*

23. *Les Jeſuites & les autres Religieux ſont capables de legs pour les alimens.*

24. *De l'incapacité de ceux qui ont ſouffert une mort civile par condamnation.*

Quid *pour alimens.*

Quid *pour les Soldats.*

25. *De ceux qui ſont condamnez à mort naturelle contradictoirement ou par contumace.*

De la condamnation aux Galeres perpetuelles.

Au banniſſement perpétuel hors du Royaume.

A mutilation de membre avec confiſcation.

De ceux qui ont quitté le Royaume, pour s'établir en Pays étranger.

Des fugitifs pour fait de Religion.

Des transfuges chez les ennemis.

Ce qui eſt dit de l'incapacité de teſter doit s'appliquer à l'incapacité de recevoir.

26. *De l'incapacité des Colleges, Communautez & Confréries non approuvées.*

Quid *ſi elles ſont faites pour fondations.*

27. *Incapacité des enfans mâles condamnez pour crime de leze-Majeſté.*

Quid *des liberalitez à titre d'alimens.*

28. Quid *des filles des condamnez pour crime de leze-Majeſté.*

29. *De l'incertitude de l'heritier ou du Légataire.*

De celui qui ſibi adſcribit in Teſtamento.

30. *Droit ancien ſur l'incertitude des perſonnes.*

De la perſonne incertaine parmi un nombre certain.

31. *Droit nouveau touchant les liberalitez faites aux perſonnes incertaines.*

Une perſonne incertaine ne peut pas être donnée pour Tuteur.

32. *La Loi dont l'Empereur Juſtinien parle n'eſt pas dans le code.*

Sentiment des Interpretes touchant cette Loi qui manque.

Quand l'incertitude ne peut pas être levée, la diſpoſition eſt inutile.

33. *Opinion de Claude de Ferriere.*

34. *Réfutation de l'opinion de Ferriere.*

Il ne faut point examiner si le Testateur a eu un juste motif de faire une liberalité.

La volonté du Testateur bien marquée sert de motif suffisant.

35. *La disposition est bonne quand l'incertitude peut être levée par quelque démonstration ou autre preuve.*

36. *L'incertitude ne vicie pas les dispositions en faveur de l'Eglise, de l'Hôpital, des Pauvres, des Captifs.*

37. *De celui* qui sibi adscribit in Testamento.

Peine de faux & nullité.

38. *Renvoi pour le crime de faux.*

39. *De la nullité des dispositions en faveur de celui qui écrit le Testament.*

Des dispositions du Soldat.

40. *Du Testament de la femme écrit par le mari.*

Quid *du Testament réciproque entre mariez.*

41. *De l'heritier qui écrit lui-même l'exherédation des autres personnes.*

De celui qui écrit un codicile confirmatif d'un Testament, qui contient des dispositions en sa faveur.

42. *Du fils de famille qui écrit la disposition en faveur de son pere ou de ses freres.*

43. *Du fils émancipé qui écrit le Testament de son pere, où il y a des dispositions en sa faveur directement ou indirectement.*

Quid *si la disposition tourne à son utilité par quelqu'évenement.*

44. *De la disposition faite en faveur de l'Ecrivain, & d'un autre conjoint.*

Si la portion ôtée à l'Ecrivain accroît au conjoint.

45. *De ce qui est laissé à l'Ecrivain* conditionis implendæ causâ.

46. Quid *s'il paroît que le Testateur a dicté lui-même la disposition écrite.*

47. *Il y a nullité, soit que la disposition se trouve dans un Testament ou dans un codicile.*

48. *Des dispositions en faveur de l'Ecrivain dans un Testament nuncupatif.*

Quid *si la minute ou le mémoire se trouve écrit de la main de l'heritier ou du Légataire.*

On ne tombe dans la peine du Libonien que quand le Testament est revêtu de toutes les formalitez.

49. *Si la peine du Libonien a lieu pour le Testament nuncupatif écrit.*

Quid *Si le Testament est nul par préterition, ou qu'il soit rompu par la naissance d'un enfant.*

50. *Des cas où la nullité cesse.*

Lorsque le Testateur fait la reconnoissance de la disposition en faveur de l'Ecrivain.

Si une reconnoissance generale suffit ou s'il en faut une spéciale.

51. *Quelle doit être la reconnoissance du Testateur quand le Te-*

ſtament eſt écrit par autre que l'enfant ou l'eſclave.

52. *La nullité ceſſe quand l'Ecrivain n'en doit pas profiter d'abord après la mort du Teſtateur.*

Quid *ſi le pere écrit des diſpoſitions en faveur de ſon fils émancipé.*

Ou quand la liberalité doit appartenir en pleine proprieté au fils.

Du mari qui écrit des diſpoſitions en faveur de ſa femme.

53. *De la diſpoſition qui eſt contre les interêts de celui qui écrit.*

54. *De la diſpoſition faite en faveur de l'Ecrivain ſous condition.*

55. *Du fils unique inſtitué qui écrit le Teſtament.*

Quid *s'il a des freres.*

56. *De la diſpoſition écrite par un impubere.*

57. *De celui qui eſt appellé pour dreſſer & dicter le Teſtament.*

58. *Des cas où la peine du Libonien ceſſe, & néanmoins la nullité a lieu.*

59. *De la mere qui écrit le Teſtament de ſon fils.*

De la fille qui écrit le Teſtament de ſa mere.

Réſolution pour la nullité.

60. *Dans les cas où la nullité a lieu, les diſpoſitions ſont conſiderées comme non écrites, & les liberalitez ne ſont pas déferées au fiſc.*

La ſubſtitution en faveur d'un tiers eſt valable.

61. *L'Ordonnance de 1735 n'a rien changé au Droit Romain.*

62. *Le Notaire doit écrire le Teſtament nuncupatif.*

63. *Si la peine du Libonien peut avoir lieu en Pays Coutumier.*

64. *De la veuve qui ſe remarie dans l'an du deuil.*

65. *De celles qui ſe remarient* non petitis tutoribus.

66. *De celles qui malverſent dans l'an du deuil.*

67. *Correction du Droit Civil par le Droit Canonique, au ſujet du ſecond mariage dans l'an du deuil, quant à l'infamie.*

68. *Si le Droit Canon ôte les autres peines du Droit Civil.*

69. *Uſage de la France ſur les peines du convol dans l'an du deuil.*

Si les peines de celle qui malverſe dans l'an du deuil, ſont abrogées.

70. *Uſage du Parlement de Toulouſe.*

71. *Si la femme remariée dans l'an du deuil eſt incapable de liberalitez teſtamentaires.*

Les Loix ne peuvent être abrogées que par un uſage contraire.

Si la femme remariée dans l'an du deuil, eſt incapable des donations entre-vifs.

72. *Comment doit s'entendre l'incapacité de la femme remariée dans l'an du deuil, de recueillir les liberalitez teſtamentaires, s'étend-elle à toutes ſortes de perſonnes?*

73. *Si la femme remariée* non petitis tutoribus, *eſt incapable des liberalitez teſtamentaires,*

ou à cauſe de mort.

74. *Dans le Pais Coutumier la femme qui ſe remarie* non petitis tutoribus, *ne ſouffre aucune peine.*

75. *De la femme qui malverſe après l'an du deuil, ſi elle eſt privée de la ſucceſſion de ſes enfans, & des liberalitez de ſon mari.*

Arrêt du Parlement de Toulouſe, qui juge que la veuve qui malverſe après l'an du deuil, n'eſt pas privée de la ſucceſſion teſtamentaire de ſon mari.

Et que quand la condition ajoutée à l'inſtitution a un objet particulier, la contravention n'opere aucun effet dès que l'objet de la condition eſt évacué.

76. *De l'incapacité reſpective & particuliere.*

Tuteurs, Curateurs & autres Adminiſtrateurs, à l'égard de leurs mineurs.

Des Medecins, Apoticaires & Chirurgiens, à l'égard de leurs malades.

Des Juges, Avocats & Procureurs à l'égard de leurs Parties.

Des Pédagogues, Précepteurs, Maîtres de Métier & Maîtres de Penſions, Confeſſeurs & autres ſemblables.

Arrêt du Parlement de Toulouſe en faveur d'un Medecin.

77. *Du retranchement ordonné par la Loi* hac Edictali, cod. de ſecund. nupt.

78. *De l'incapacité produite par la prohibition des Coutumes qui défendent de diſpoſer d'une portion des propres.*

Le Droit Romain permet de diſpoſer de tous les biens par Teſtament.

De la légitime dûë aux freres turpi perſona inſtituta.

79. *De l'incapacité entre mariez de s'avantager.*

80. *Diſpoſition de la Coutume de Paris ſur ce ſujet.*

Si l'incapacité s'étend aux enfans du premier lit des conjoints.

81. *Autres Coutumes indiquées par Ferriere.*

Si les diſpoſitions faites par les conjoints domiciliez en Pays du Droit écrit, doivent valoir dans les Coutumes qui prohibent de s'avantager, & vice versâ.

82. *De l'incapacité de la concubine & du concubinaire.*

Capacité indéfinie, ſuivant le Droit Romain.

83. *Reſtriction de cette capacité par les Novelles.*

84. *Des concubines des Soldats.*

85. *Uſage du Royaume ſur la capacité des concubines & des concubinaires.*

86. *Raiſons pourquoi il n'eſt pas permis de faire des liberalitez aux concubines.*

Des liberalitez pour alimens faites en faveur de la concubine.

Des liberalitez faites à la fille qui a été renduë enceinte.

Si le concubinaire peut faire des liberalitez à la fille de ſa concubine.

87. *Adulteres. S'ils peuvent ſe faire des liberalitez ſuivant le Droit Romain.*

88. *Uſage de France ſur le même ſujet.*

Des Prêtres & des Gens d'Egliſe.

Si ce qui eſt ôté aux adulteres eſt adjugé au fiſc.

89. *Mariez dont le mariage eſt nul.*

Si l'âge excuſe dans ce cas.

90. *Des bâtards & de leur incapacité.*

Diviſion de la matiere en ſept chefs.

91. *Trois claſſes des enfans illégitimes chez les Romains.*

Enfans naturaliſez d'une concubine qui tenoit lieu d'épouſe.

Concubinage aboli; ainſi on ne connoît plus ces enfans naturels.

92. *Des enfans illégitimes appellez* ſpurii.

93. *De ceux qui étoient nez d'une conjonction reprouvée,* ex nefario, inceſto & damnato coitu aut adulterino.

Les enfans nez des Prêtres ſont mis au rang des adulterins.

94. *En France le concubinage n'eſt ni permis, ni toleré, & tous les enfans qui naiſſent hors du mariage ſont bâtards.*

On n'y connoît que deux eſpeces de bâtards.

Ceux qui ſont nez ex ſoluto & ſolutâ.

Et ceux qui ſont nez de toute autre conjonction réprouvée.

En quoi conſiſte la difference entre ces deux eſpeces de bâtards.

95. *En quoi conſiſte l'incapacité des bâtards par rapport à leur pere naturel.*

Droit ancien du Digeſte.

Droit du Code.

96. *Droit des Novelles.*

97. *De ceux qui étoient appellez* ſpurii & vulgò concepti.

De ceux qui étoient nez d'un mariage nul.

98. *De ceux qui étoient nez* ex nefario & damnato coitu.

Ne pouvoient pas recevoir même à titre d'alimens.

99. *Les enfans naturels & ceux qui étoient appellez* ſpurii *ſuccedoient à leur mere.*

Ils pouvoient propoſer la plainte d'inofficioſité contre le Teſtament de leur mere.

Les enfans nez ex nefario & damnato coitu, *ne ſuccedoient pas à leur mere.*

100. *Suivant le Droit Canon les enfans adulterins peuvent demander les alimens.*

L'uſage eſt conforme à l'équité du Droit Canon.

101. *Quelles ſont les regles du Droit François touchant les bâtards.*

Diſtinction entre la ſucceſſion ab inteſtat *& les diſpoſitions teſtamentaires.*

Et des bâtards nez ex ſoluto & ſoluta, *avec les autres eſpeces de bâtards.*

102. *Les bâtards adulterins & autres ſemblables ne ſuccedent point* ab inteſtat *à leurs aſ-*

cendans, ni à leurs collateraux.

103. *Des enfans nez* ex ſoluto & ſoluta, *& qu'ils ne ſuccedent pas* ab inteſtat *à leur pere ni aux autres parens paternels.*

Au Parlement de Grenoble ils ſuccedent à leur mere, & à l'ayeule maternelle.

104. *Coutumes qui excluent les bâtards de la ſucceſſion* ab inteſtat.

105. *Auteurs qui décident dans les Pays Coutumiers & de Droit écrit, que les bâtards ne ſuccedent pas* ab inteſtat.

Arrêt du Parlement de Toulouſe qui exclut le bâtard de la ſucceſſion de ſa mere.

106. *De l'incapacité des bâtards de recevoir en France des liberalitez teſtamentaires.*

Les bâtards adulterins & autres de même nature ne ſont capables des alimens.

Les liberalitez exceſſives ſont réduites à la meſure des alimens.

107. *De l'incapacité des bâtards nez* ex ſoluto & ſolutâ.

108. *De la Coutume de Bourbonnois.*

109. *De la Coutume d'Auvergne.*

110. *De celle de Bretagne.*

111. *De celle de Tours.*

112. *De celle de Melun.*

113. *De celle de Sedan.*

114. *De celle de Poitou.*

115. *De celle de Bourgogne.*

116. *Auteurs qui ont traité la queſtion de la capacité des bâtards nez* ex ſoluto & ſolutâ.

Varieté dans la Juriſprudence des Arrêts.

Arrêts qui ont accordé à ces bâtards une capacité indéfinie de la part de leurs peres qui n'ont pas des enfans légitimes.

117. *Détail de ces Arrêts.*

118. *Changement de Juriſprudence par les Arrêts poſterieurs qui ont déclaré les ſimples bâtards incapables des diſpoſitions univerſelles.*

119. *Suite.*

120. *Suite.*

121. *Si la diſpoſition particuliere eſt réduite quand elle eſt trop conſiderable, eu égard aux facultez du Teſtateur.*

122. *Raiſon pourquoi les bâtards ne ſont pas capables des diſpoſitions univerſelles.*

Réduction des legs particuliers quand ils ſont exceſſifs, eu égard aux biens du Teſtateur.

123. *Cette derniere Juriſprudence eſt la plus conforme à nos mœurs.*

Eſt autoriſée par l'Ordonnance de 1639, & par l'Edit de 1697.

Les vrais bâtards ne doivent pas être traitez plus favorablement que ceux qui ont en leur faveur l'ombre d'un mariage.

124. *La raiſon tirée de l'Ordonnance de 1639 & de l'Edit de 1697, eſt la plus ſolide qu'on puiſſe oppoſer à ceux qui pré-*

tendent que le Droit Romain n'eſt pas abrogé en France.

La Déclaration de 1639 met les enfans nez de tels mariages au niveau des bâtards nez ex ſoluto & ſolutâ.

125. *Et met ces enfans au niveau de ceux qui naiſſent hors du mariage.*

Concluſion que dans tout le Royaume les bâtards ſimples ſont incapables des ſucceſſions ab inteſtat, *& teſtamentaires de leurs aſcendans.*

126. *Uſage conforme du Parlement de Toulouſe.*

Les enfans légitimez par un mariage contracté in extremis *ſont incapables d'une inſtitution particuliere.*

127. *Arrêt du Parlement de Provence.*

128. *Du bâtard du fils légitime, ou du fils illégitime du bâtard par rapport à l'ayeul.*

Déciſion du Droit Romain ſur ces difficultez.

129. *Suite.*

130. *Suite.*

131. *Suite.*

La prohibition de donner au fils ne s'étend pas au petit-fils par le Droit Romain.

132. Quid *ſi le Teſtateur laiſſe des enfans légitimes.*

133. *Obſervations ſur la déciſion de la Loi Romaine.*

Premiere obſervation. La Loi ne parle que des enfans vrayement naturels dans le ſens du Droit Romain.

134. *Deuxiéme obſervation. La Loi ne déclare pas les petits-fils capables de ſucceder* ab inteſtat *à leur ayeul ni aux collateraux.*

135. *Si la même déciſion a lieu par rapport au biſayeul.*

Confirmation de la Loi du code par la Novelle 89.

136. *Varieté dans la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe ſur ces queſtions.*

Si l'ayeul peut inſtituer le bâtard de ſon fils légitime.

137. *Si l'ayeul peut inſtituer le fils légitime de ſon bâtard adulterin ou d'une autre conjonction réprouvée.*

S'il peut lui faire un legs modique.

Avis de Dumoulin touchant les alimens.

138. *Sentiment de Ricard, ſi l'incapacité du fils adulterin paſſe à ſon fils légitime.*

Si la légitimation par reſcrit d'un bâtard adulterin peut operer quelqu'effet.

139. *Arrêt du Parlement de Provence.*

140. *Réſolution de la queſtion contre les enfans légitimes du bâtard.*

Avis de l'Auteur que l'ayeul peut inſtituer le bâtard de ſon fils légitime.

141. *L'ayeul ne peut pas inſtituer le fils légitime de ſon bâtard.*

Arrêt du Parlement de Toulouſe qui l'a jugé ainſi dans le cas d'une donation univerſelle.

Si les Loix pénales peuvent être appliquées d'un cas à l'autre.

142. *Le Droit Romain qui permettoit à l'ayeul d'inſtituer le fils légitime de ſon bâtard, eſt abrogé en France.*

143. *Si le pere & la mere du bâtard peuvent recueillir des liberalitez à eux faites par leur fils naturel.*

Réſolution pour la négative, quand le bâtard eſt adulterin ou d'une conjonction pareille.

144. *Du ſimple bâtard né* ex ſoluto & ſolutâ.

Raiſon pour l'affirmative.

145. *Juriſprudence du Parlement de Toulouſe pour la négative.*

Raiſon de cette Juriſprudence.

146. *Des enfans nez d'un mariage nul ou clandeſtin, ou contracté* in extremis, *après un mauvais commerce.*

147. *La Juriſprudence Françoiſe eſt conforme au Droit Romain.*

Des mariages injuſtes & illicites.

Il ne peut point y avoir de conventions matrimoniales ni dot, ni augment, douaire ni préciput, & les enfans ſont incapables.

148. Quid *ſi la nullité procede d'un empêchement dirimant.*

149. *Du mariage contracté au préjudice d'un empêchement ignoré par l'un des mariez.*

L'oppoſition formée faiſoit obſtacle à la bonne foi.

150. *De celui des conjoints qui n'eſt pas dans la bonne foi.*

Il eſt incapable de ſucceder à ſes enfans par Teſtament ou ab inteſtat.

151. *Des enfans nez d'un mariage inceſtueux.*

Perſonnes interpoſées.

152. *Des enfans nez des mariages clandeſtins, & tenus cachez pendant la vie des mariez.*

153. *Les mariages clandeſtins ſont défendus.*

Des mariages celebrez ſans publication des bans.

154. *En quel cas le mariage eſt clandeſtin ſelon la gloſe Canonique.*

155. *Les mariages ſont déclarez cland ſtins en ſix cas ſelon certains Auteurs.*

Opinion de Sanchés *ſur ce qui caracteriſe le mariage clandeſtin.*

Traité des mariages clandeſtins par M. le Preſtre.

156. *Publication des bans ordonnée par l'Ordonnance de Blois.*

On ne peut en obtenir la diſpenſe qu'après la premiere publication.

Quatre témoins doivent aſſiſter aux mariages.

157. *Diſpoſition de l'Ordonnance de 1639.*

158. *Du mariage du Raviſſeur avec la perſonne ravie.*

159. *Les mariages doivent être contractez publiquement, & en face de l'Egliſe.*

Des

Des mariages tenus cachez.

160. *Des mariages contractez* in extremis *après une malverſation.*

De ceux qui ſe marient après avoir été condamnez à mort.

161. *Quels ſont les mariages incapables de produire les effets civils.*

162. *Ils ſont incapables même des inſtitutions particulieres ajoutées au legs.*

163. *Arrêt du Parlement de Toulouſe du 6 Septembre* 1708.

Fait du Procès.

164. *Suite.*

165. *Suite.*

166. *Appel comme d'abus de la celébration du mariage.*

Moyens de l'Appelante.

167. *Raiſons de la veuve, tant pour elle, que pour ſes enfans.*

168. *Requiſition de M. l'Avocat General d'Adviſard.*

Teneur de l'Arrêt.

169. *Queſtions jugées par cet Arrêt.*

1°. *Qu'il n'y avoit point d'abus, ni de nullité au mariage contracté* in extremis.

Mais qu'il ne produit pas les effets civils, & ne peut pas legitimer les enfans nez ou conçus.

170. 2°. *Que les enfans nez de ce mariage étoient incapables, même du titre honorable d'une inſtitution particuliere.*

171. 3°. *Que les enfans, quoique illegitimes, pouvoient recevoir une liberalité à titre particulier.*

172. *Des enfans legitimez per* ſubſequens matrimonium.

Sont mis au niveau des enfans nez d'un mariage legitime.

173. *Diſpoſition du Droit Romain ſur ce point.*

Ils ſont capables de toutes ſucceſſions, quoiqu'ils naiſſent des enfans legitimes.

174. *Ils jouiſſent de tous les avantages attribuez aux enfans vraiement legitimes.*

Le mariage ſubſequent a un effet retroactif.

Quid *au préjudice du droit acquis à un enfant né d'un mariage legitime.*

Recueillent les fideicommis, s'ils ſont legitimez lors de l'échéance.

175. *Le mariage ſubſequent legitime les petits-fils & autres deſcendans.*

176. *Si pour produire la legitimation par le mariage ſubſequent, il eſt néceſſaire qu'il y ait de contrat de mariage.*

Le contrat étoit ce qui faiſoit le mariage ſans autre formalité.

177. *Changemens arrivez par les Conſtitutions Canoniques, & les Ordonnances.*

L'eſſence du mariage conſiſte non au contrat civil, mais au conſentement donné en preſence du propre Curé.

Le mariage ſubſequent produit la legitimation, quoique les enfans n'y ayent pas conſenti.

178. *Deux conditions requiſes, afin que le mariage ſubſequent*

produiſe la legitimation.

1. *Que les enfans ſoient nez* ex ſoluto & ſoluta.

Le mariage ſubſequent ne peut pas legitimer les enfans nez ex nefaria vel adulterina conjunctione.

Tranſactions nulles.

179. *Le mariage ſubſequent legitime les enfans procréez par des parens, quand il y a diſpenſe.*

Arrêt du Parlement de Toulouſe.

Arrêt du Parlement de Paris qui ſemble contraire.

180. *Doit-on conſiderer le tems de la conception, ou celui de la naiſſance, pour ſçavoir, ſi les enfans peuvent être legitimez par le mariage ſubſequent.*

Loix & autoritez qui décident qu'il faut prendre le tems le plus avantageux aux enfans.

181. *Reſolution qu'il faut toujours conſiderer le tems de la conception.*

Raiſons de cette reſolution.

182. *Les enfans nez d'une perſonne engagée dans les Ordres ſacrez, ne ſont pas legitimez par le mariage ſubſequent contracté avec diſpenſe.*

Quid *des enfans nez d'un Beneficier à ſimple tonſure.*

De l'enfant né d'une femme qui étoit fiancée à un autre.

183. *Si le mariage intermediaire fait obſtacle à la legitimation par le mariage ſubſequent.*

Quid *s'il y a des enfans legitimes du mariage intermediaire.*

Si l'enfant legitimé profite du droit d'aîneſſe au préjudice de ceux qui ſont nez d'un mariage intermediaire.

Le droit d'aîneſſe n'eſt qu'une eſperance tandis que le pere vit.

Aliud *des ſucceſſions & fideicommis échus.*

184. *Deuxiéme condition, afin que les enfans ſoient legitimez par le mariage ſubſequent.*

Le mariage nul ou putatif n'opere pas la legitimation.

185. *Le mariage ſubſequent n'opere pas la legitimation, s'il eſt clandeſtin, ou s'il eſt contracté* in extremis.

186. *Si l'état des enfans qui ont été regardez comme legitimez par un mariage ſubſequent, peut être attaqué après la mort de leur pere ou mere.*

Autoritez & raiſons pour la négative.

Aucune preſcription ne court contre le mariage.

Si l'état de legitimité peut être acquis par preſcription.

Reſolution pour l'affirmative.

Quid *ſi la legitimité a été reconnuë pendant plus de trente ans.*

187. *Le fils, quoique illegitime, peut preſcrire par la poſſeſſion de trente ans les biens de ſon pere.*

Les biens ſont preſcriptibles, mais l'état de legitimité ne peut être acquis par preſcription.

188. *Si l'état des enfans peut être troublé après la mort des mariez pour empêchement dirimant.*

Texte pour la négative.

189. *Autre texte canonique pour l'affirmative.*

Conciliation de ces deux textes.

Reſolution pour l'affirmative, pourvu que la connoiſſance de l'empêchement par les deux mariez ſoit prouvée.

Raiſons pourquoi celui qui attaque l'état des enfans eſt tenu de prouver la mauvaiſe foi des conjoints.

190. *S'il faut mettre les enfans ſous le poile, afin que le mariage les legitime.*

Comment peut-on conſtater la legitimation déja nez.

191. *Des enfans legitimez par reſcrit du Prince.*

Trois eſpeces de legitimation, ſuivant le Droit Romain.

Premiere eſpece de legitimation par reſcrit.

Le Prince a droit de diſpenſer des Loix civiles ſur le mariage.

Diſpenſe du Pape fulminée ſelon les Regles.

192. *Seconde eſpece de legitimation par reſcrit.*

193. *Troiſiéme eſpece de legitimation par reſcrit.*

194. *La premiere eſpece de legitimation par reſcrit n'eſt pas pratiquée en France.*

Non plus que la legitimation de la troiſiéme eſpece.

195. *Trois conditions afin que la legitimation par reſcrit fût bonne.*

196. *Premiere condition, que les enfans fuſſent ſimplement naturels.*

197. *Deuxiéme condition, que le pere n'eût point d'enfans legitimes.*

198. *Troiſiéme condition, que ceux qui avoient eu des enfans naturels ne puſſent pas ſe marier enſemble.*

Le reſcrit du Prince étoit un remede extraordinaire.

199. *Comment, & pour quels effets les bâtards adulterins peuvent être legitimez par reſcrit.*

Le mariage ſubſequent ne legitime pas les bâtards adulterins.

La premiere condition eſt obſervée en France.

200. *Si les bâtards peuvent être legitimez par reſcrit au préjudice des enfans legitimes.*

Diverſité d'opinions des Auteurs.

Sentiment de Mornac pour la négative.

Opinion de Ferriere pour l'affirmative.

201. *Reſolution pour la négative, à moins que les enfans legitimez n'euſſent conſenti à la legitimation.*

202. *Les enfans peuvent être legitimez par reſcrit, quoique leur pere & mere puiſſent ſe marier enſemble.*

203. *De la legitimation* per oblationem Curiæ.

Si le conſentement des bâtards eſt néceſſaire pour la legitimation par reſcrit.

204. *Conditions requiſes par le Droit François pour la legitimation par reſcrit.*

205. *Premiere condition, que la qualité du bâtard ſoit exprimée.*

Ou ſi le pere a des enfans legitimes.

206. *Deuxiéme condition, que les Lettres de legitimation ſoient obtenuës, ou du moins enterinées du conſentement de ceux au nom deſquels elles ont été obtenuës.*

De la mort de celui qui a obtenu les Lettres arrivées avant l'enterinement.

207. *Troiſiéme condition, que la capacité de ſucceder ſoit exprimée dans les Lettres.*

Diſtinction entre la ſucceſſion teſtamentaire, & celle qui eſt déferée ab inteſtat.

208. *Quatriéme condition, que ceux qui ont interêt conſentent à la legitimation.*

Les ſucceſſeurs ab inteſtat *doivent conſentir dans les Païs Coutumiers. Pourquoi?*

209. *Dans les Païs du Droit écrit ce conſentement n'eſt pas néceſſaire.*

Arrêt du Parlement de Toulouſe.

Pourquoi eſt requis le conſentement des parens.

210. *Cinquiéme condition, enterinement des Lettres de legitimation.*

Où doit être fait l'enregiſtrement.

211. *S'il ſuffit de le faire en la Chambre du Tréſor, ou au Parlement.*

Si l'enregiſtrement doit être fait au Bureau des Finances.

212. *Si la legitimation par reſcrit rend les enfans capables des ſucceſſions univerſelles.*

213. *Uſage du Parlement de Toulouſe.*

La legitimation par reſcrit emporte l'effet de l'incapacité.

214. *La legitimation par reſcrit met l'enfant au niveau de celui qui eſt originairement legitime.*

Arrêt du Parlement de Toulouſe, du 6 Septembre 1736.

215. *Eſpece de cet Arrêt, & fait du Procès.*

216. *Suite.*

217. *Suite.*

218. *Suite.*

219. *Raiſons de l'heritier teſtamentaire.*

220. *Suite.*

221. *Suite.*

222. *Suite.*

223. *Raiſons de la fille legitimée par reſcrit.*

Réponſe à la premiere raiſon de l'heritier teſtamentaire.

224. *Suite. Réponſe à la ſeconde raiſon.*

225. *Suite. Réponſe à la troiſiéme raiſon.*

226. *Réponſe à la quatriéme raiſon.*

Quelles nullitez la clauſe codicillaire peut couvrir.

Elle ne couvre pas le vice de préterition.

227. *Suite.*

228. *Le privilege de la cauſe pie ne peut pas balancer celui des enfans.*

229. *Effet de la clauſe codicillaire.*

Le pere qui a préterit ſon fils ne peut pas le charger de fideicommis, quoiqu'il devienne ſon heritier ab inteſtat.

230. *Diſpoſitions de l'Arrêt du 6 Septembre* 1736.

231. *Sept points jugez par cet Arrêt.*

1°. *Que l'enfant legitimé eſt capable de l'entiere ſucceſſion.*

232. 2°. *Que dans les Païs du Droit écrit le conſentement des collateraux n'eſt pas néceſſaire.*

233. 3°. *Que la préterition de l'enfant legitimé annulle le teſtament du pere.*

234. 4°. *Que la clauſe codicillaire n'opere rien.*

235. 5°. *Que le conſentement du fils legitimé n'eſt pas néceſſaire.*

236. 6°. *Que la legitimation opere ſon effet, quoique le pere & la mere ſoient en état de ſe marier enſemble.*

237. 7°. *Que les fruits doivent être reſtituez depuis la mort du pere.*

238. *Les ayeuls peuvent faire legitimer par reſcrit leurs petits bâtards.*

239. *Les bâtards & leur poſterité étoient odieux.*

Le Droit ancien des Romains les conſideroit comme des Etrangers.

Dans la ſuite ils furent faits Citoyens Romains.

Sont capables de toute ſorte de diſpoſitions contractuelles ou teſtamentaires, même à titre univerſel de la part des perſonnes étrangeres & des collateraux.

S'ils peuvent être inſtituez par celui qui a été inſtitué par leur pere.

Doit-on préſumer un fideicommis tacite en fraude de la Loi?

Preuve par témoins.

240. *Si les enfans naturels font défaillir la condition* ſi ſine liberis.

241. *Si ce qui eſt retranché aux bâtards eſt appliqué au fiſc.*

Quid *dans le cas d'un fideicommis tacite.*

242. *Suite.*

243. *L'incapable ne peut pas recevoir directement, ni par perſonnes interpoſées.*

L'INCAPACITE' & l'indignité ſont des moyens, qui ont une grande affinité, puiſque l'un & l'autre produiſent l'excluſion & la privation; ils ſont néanmoins très-differens dans leur cauſe, & dans leurs effets.

1. L'incapacité & l'indignité ont une grande affinité, quoique ce ſoient des moïens differens.

L'incapacité eſt une inhabilité qui procede du Droit public,

2. Incapacité.

que c'eſt, & d'où elle dérive.

& qui dérive d'une cauſe publique ; au lieu que l'indignité vient d'une cauſe particuliere, & ne touche ordinairement que l'interêt du Teſtateur, comme nous l'expliquerons plus amplement dans la ſection 3 du preſent chapitre.

3. L'incapacité eſt une excluſion de recevoir & d'acquerir ce qui a été laiſſé.

L'incapacité eſt une excluſion qui empêche de recevoir, & d'acquerir, ſuivant M. *Cujas* ſur la Loi 12, *ff. de his quæ ut indign. confer. lib.* 16, *quæſt. Papiniani*, & qui fait obſtacle à l'action dans ſon origine ; au lieu que l'indignité n'eſt pas toujours une excluſion de l'action, puiſqu'elle peut arriver même après avoir reçu la liberalité ; mais elle opere toujours cet effet, qu'elle fait priver de la liberalité la perſonne qui s'en rend indigne. Toutefois ſi la cauſe de l'indignité précede la délivrance du legs, ou l'acceptation de l'heredité, l'heritier ou le legataire qui forme la demande peut être exclus de ſon action par ſon indignité tout comme par l'incapacité, *l.* 9, *ff. de his quæ ut indignis auſer.* & *l.* 25, *cod. de legatis.*

L'indignité n'eſt pas toujours une excluſion de l'action.

4. L'incapacité fait conſiderer la diſpoſition comme non écrite.

Il y a encore cette difference entre l'incapacité & l'indignité, c'eſt que la premiere fait conſiderer le legs & toute autre diſpoſition comme non écrite, & comme nulle de plein droit ; enſorte que ce qui fait le ſujet de la diſpoſition demeure dans l'heredité, ou aux heritiers *ab inteſtat*, & n'eſt point déferé au fiſc, *l.* 3, *ff. de his quæ pro non ſcriptis habentur*, & M. *Cujas* au lieu cité ; au lieu que ce qui eſt ôté à l'indigne devoit appartenir au fiſc en certains cas, ſelon la diſpoſition du Droit Romain ; cependant il en eſt autrement par le Droit François, & par l'uſage du Royaume, où ce qui eſt ôté à l'indigne, n'eſt pas appliqué au fiſc, comme nous l'expliquerons dans la ſection ſuivante. Il faut néanmoins prendre garde, que quand ce qui eſt laiſſé à l'incapable eſt ſubſtitué à une perſonne capable, la choſe laiſſée demeure dans l'heredité, *cum onere fideicommiſſi*, *l. ult ff. de his quæ pro non ſcriptis hab.* de même ſi l'heritier ou legataire incapable a un conjoint dans la même diſpoſition, la portion de l'incapable accroîtra & appartiendra au conjoint, *l. un. §. pro ſecundo* 4 & 5, *in noviſſimo* 5, *cod. de caduc. toll. Peregrinus de jure fiſci*, *lib.* 3, *tit.* 1, *n.* 4.

A qui devoit appartenir ce qui étoit ôté à l'indigne, ſuivant le Droit Romain.

Quid par le Droit François.

De la ſubſtitution de ce qui eſt laiſſé à l'incapable.

5. En quel tems l'incapacité doit ſe vérifier.

L'incapacité doit néceſſairement exiſter, lorſque l'heredité ou le legs, & autres diſpoſitions ſont déferées, ſuivant les regles que nous avons expliquées, en examinant la difficulté touchant le tems auquel la capacité doit être conſiderée ; mais il eſt indifferent que la cauſe de l'indignité exiſte avant ou après l'acquiſition du legs & de l'heredité ; car en quelque tems que l'indignité

En quelque tems

arrive, la liberalité eſt ôtée à l'heritier, ou au legataire devenu indigne ; & ſi elle précede l'échéance de la liberalité, elle produit une exception pour repouſſer & exclure l'indigne, auquel cas elle opere le même effet que l'incapacité, *l.* 25, *cod. de leg. & l.* 9, *in princ. & §.* 1, *ff. de his quæ ut indign. auſer.*

que l'indignité arrive elle opere ſon effet.

Enfin l'incapacité peut n'être que pour une partie de la diſpoſition, l'autre partie demeurant dans ſa force, *l. Plautius* 43, *§. item* 2, *ff. de condit. & demonſtr.* ſelon que les Loix le déterminent ; au lieu que l'indignité, lorſqu'elle dérive d'une cauſe qui touche l'interêt du Teſtateur où la prohibition des Loix ne peut être que pour la totalité, elle peut néanmoins n'être que pour une partie, lorſque, comme dans l'eſpece de la Loi 4, *ff. de his quæ ut indignis auſer.* le legataire attaque de faux le Teſtament, & impute la fauſſeté à un des co-heritiers, auquel cas il n'eſt déclaré indigne, que de la portion du legs qui devoit être payée par l'heritier accuſé de faux, & non pour les portions qui devoient être ſupportées par les autres co-heritiers, que le legataire n'a point offenſez, *v. Bacquet du Droit d'Aubaine, chap.* 25, *n.* 7, 8, 9 & 10, qui remarque quelques-unes de ces differences entre l'incapable & l'indigne.

6. Incapacité pour partie.

L'indignité eſt pour le tout.

Exception.

Outre l'incapacité pour une partie de la liberalité ſeulement, dont nous venons de parler, il y a d'autres incapacitez, dont les unes produiſent une excluſion abſoluë de la totalité, & par rapport à toute ſorte de perſonnes, telles ſont celles des Aubains non naturaliſez, & de ceux qui ſont incapables des effets civils. Il y en a d'autres qui ſont reſpectives ſeulement ; les premieres affectent la perſonne de celui qui eſt inhabile pour recueillir les liberalitez ; & les ſecondes n'affectant point leurs perſonnes, elles ſont relatives à ceux de qui elles ne peuvent point recevoir, & dans les cas d'excluſion reſpective marquez par les Loix. Tels ſont les enfans illegitimes, qui ſont capables de recueillir toute ſorte de diſpoſitions de la part des perſonnes étrangeres, & qui ne ſont capables de recevoir, de la part de leurs peres naturels, que certaines liberalitez, comme nous l'expliquerons en ſon lieu.

7. De l'incapacité totale ou pour partie.

Quels ſont les cas de l'incapacité reſpective.

Voyons preſentement quelles ſont les perſonnes dont l'incapacité eſt abſoluë. Le §. 4 *aux Inſtit. tit. de leg.* dit, *legari illis ſolum poteſt cum quibus Teſtamenti factio eſt ;* quoique cette regle ne parle que des legs, elle doit être appliquée aux inſtitutions, même à plus forte raiſon.

8. Quelles ſont les perſonnes dont l'incapacité eſt abſoluë.

Selon l'eſprit de ces textes, on peut regarder comme capables

9. Les perſonnes

cum quibus testamenti factio non est, sont incapables *absolutè*.

toutes les personnes, *cum quibus Testamenti factio est*, c'est-à-dire, celles qui ont la participation au Droit Civil, & qui sont capables des effets civils, & comme on ne peut faire des dispositions qu'en faveur de ces sortes de personnes, *legari illis solum potest*, il est clair qu'on ne peut point disposer efficacement en faveur des personnes qui sont incapables des effets civils.

10. Des Etrangers non naturalisez.

De ce nombre sont, 1°. Les Etrangers qui étoient appellez *Peregrini* chez les Romains, & qui n'ayant pas le droit de Cité, ni aucune participation au Droit Civil, ne pouvoient pas être instituez, ni recevoir des legs, & autres liberalitez particulieres, *l.* 1, *cod. de hæred. instit.* En France on les appelle Aubains, selon les Memoires de la Chambre des Comptes, rapportez par *Bacquet, du Droit d'Aubaine, chap.* 3, *n.* 19, 20, 22 *&* 23, ils sont de deux sortes. Les Aubains proprement dits, qui sont les hommes & les femmes nez hors le Royaume, en Ville si prochaine que l'on peut connoître les noms & nativitez de tels hommes & femmes. Les autres appellez Epaves, qui sont les hommes & femmes nez hors le Royaume, mais dans des Païs si éloignez, que l'on ne peut avoir dans le Royaume aucune connoissance des lieux de leur naissance, & l'on appelle estrayers, les biens de ces deux especes d'Etrangers. Les Aubains sont à la verité capables d'acquerir par des contrats entre-vifs, à titre onereux ou gratuit; mais ils sont incapables de toute sorte de liberalitez testamentaires, ou par donation à cause de mort. C'est une maxime du Royaume enseignée par tous les Auteurs François, & notamment *Bacquet du Droit d'Aubaine, chap.* 26, *n.* 5. *Domat des Loix Civiles, liv.* 1, *tit.* 2, *sect.* 2, *art.* 11. *Basset, tom.* 2, *pag.* 531. *Ricard des Donations. Ferriere sur la Coutume de Paris, art.* 292, & plusieurs autres: Regle à laquelle les Princes étrangers, quoique Souverains dans leurs Etats, sont sujets, comme le prouve fort bien *Gillet dans son quatriéme Plaidoyer; Soefve, tom.* 1, *centur.* 3, *chap.* 85, rapporte un Arrêt du 3 Août 1651, qui l'a ainsi jugé contre le Duc de Mantouë, & la Princesse Palatine.

Aubains de deux sortes.

Les Aubains peuvent acquerir par contrat entre vifs, non à cause de mort.

Les Princes étrangers sont sujets à cette regle.

11. Exception des Etrangers qui sont considerez comme Regnicoles.

On doit excepter de cette regle, en premier lieu, ceux qui sont déclarez Regnicoles, & qui sont originaires des Païs auxquels nos Rois ont communiqué par quelque Déclaration, ou Lettres Patentes dûëment vérifiées, le privilege d'être regardez comme Regnicoles, ou qui sont déclarez exempts du droit d'aubaine; sur quoi on peut voir *Bacquet*, & ce que nous avons dit ci-dessus, touchant l'incapacité de tester par rapport aux Aubains dans le *chap.* 4, *sect.* 2.

En

En second lieu, ceux qui ont obtenu des Lettres de naturalité, parce qu'au moyen de ces Lettres dûëment enregistrées, ils deviennent capables des effets civils, sont réputez Regnicoles, & jouissent des mêmes avantages, que ceux qui sont nez & resi-dans dans le Royaume, *Bacquet du Droit d'Aubaine, ch.* 23.

12. Et de ceux qui ont obtenu des Lettres de naturalité.

Le Roi seul dans ce Royaume peut naturaliser les Etrangers, & les Seigneurs n'ont pas ce pouvoir, non plus qu'aucune autre Puissance étrangere, sans même qu'il soit nécessaire d'appeller le Seigneur Justicier, à la vérification des Lettres de naturalité, lesquelles doivent être enregistrées en la Chambre des Comptes; mais il n'est pas nécessaire d'en faire l'enregistrement au Parlement; *Bacquet* au lieu cité, *ch.* 24. V. *Soëfve, tom.* 1, *centur.* 3, *ch.* 85, touchant l'enregistrement au Parlement.

13. Le Roi seul peut naturaliser les Etrangers en France.

Formalitez de la naturalisation.

En troisiéme lieu, quoique les Aubains non naturalisez soient incapables d'institution & de legs, ils sont néanmoins capables des dispositions qui leur sont faites à titre d'alimens, *la Loi* 1, *cod. de hered. instit.* compare les Déportats aux Etrangers, & les déclare incapables des dispositions; toutefois les Déportats peuvent recueillir des liberalitez à titre d'alimens, *l.* 3, *ff. de his quæ pro non scriptis habentur, & l.* 16, *ff. de interdictis & releg.* les Aubains qui leur sont comparez doivent donc avoir la même capacité.

14. Les Etrangers non naturalisez sont capables des dispositions pour alimens.

Lorsque l'institution est nulle, comme faite en faveur d'un Aubain, la substitution fideicommissaire subordonnée à cette institution, quoique faite en faveur d'un Regnicole, est pareillement nulle, parce que *ubi institutio non valet nec substitutioni locus esse potest.* C'est ainsi que cette question a été jugée par un Arrêt du Parlement de Paris du 10 Juillet 1600, rapporté par *Peleus dans ses Actions Forenses, liv.* 3, *act.* 13.

15. Lorsque l'institution est nulle pour être faite en faveur d'un Etranger, la substitution est aussi nulle, quoique faite en faveur d'un Regnicole.

Certains Auteurs ont cru, que les Aubains étoient incapables de recueillir les dispositions testamentaires faites en leur faveur par les Regnicoles; mais qu'ils étoient capables de celles qui leur étoient faites par des Etrangers qui avoient obtenu des Lettres de naturalité. D'autres ont cru qu'indistinctement les Aubains sont incapables de toutes dispositions testamentaires, & à cause de mort. Ce dernier sentiment est incontestablement le mieux fondé, parce que l'incapacité des Aubains n'est pas respective, & ne se borne pas aux liberalitez qui leur sont faites par les Regnicoles; elle est absoluë, & affecte leur personne, comme étant incapable des effets civils en France. Ainsi que les dispositions soient faites par des Regnicoles, ou par des Etrangers natura-

16. Si les Aubains sont capables de recueillir les dispositions faites par des Etrangers naturalisez.

L'incapacité des Aubains est absoluë, & est attachée à leur personne.

liſez en France, l'incapacité de l'Aubain attachée à ſa perſonne ſubſiſte toujours.

17. Si l'Etranger naturaliſé redevient Aubain, quand il quitte la France.

Selon *Brodeau ſur Louet, lett. C. ſomm.* 15, *& lett. S. ſomm.* 15, *n.* 14, comme les choſes retournent facilement, & retombent par une pente naturelle dans leur premier état : Si un Etranger naturaliſé, quelque tems qu'il ait demeuré en France, retourne dans ſon Païs, y transfere ſon domicile avec ſa famille, y exerce des Charges, & fait les fonctions de vrai Citoyen, ou donne d'autres preuves d'une volonté ferme & conſtante d'y fixer ſa demeure à l'avenir, il perd le droit d'adoption qu'il avoit acquis par des Lettres de naturalité, & il demeure privé de tous les effets de la grace du Roi, à laquelle il renonce tacitement, ou dont il ſe rend indigne, en quittant la France, & en retournant au Païs de ſa naiſſance, ou dans un autre Païs étranger, pour y fixer ſon domicile. Enſorte, qu'il retombe dans le même état d'incapacité, où il étoit avant d'avoir obtenu les Lettres de naturalité, quand même il s'agiroit du legs d'une ſomme en deniers, ou de quelque autre effet mobilier; à moins que quand il en demande la délivrance, il ne ſe preſente en perſonne, & ne donne de bonnes aſſurances de demeurer en France à l'avenir avec ſa famille, par des cautions ſolvables & reſſéantes dans le Royaume; car celles qu'il bailleroit dans le Païs étranger, ne ſeroient pas recevables. Il rapporte un Arrêt conforme du Parlement de Paris du 29 Mars 1640, qui eſt auſſi rapporté *dans le Journal des Audiences, & par Soëfve, tom.* 1, *centur.* 1, *ch.* 4.

18. Si les Aubains peuvent recevoir des liberalitez de la part des Teſtateurs Soldats.

La Loi 13, *§.* 2, *ff. de Teſtam. militis*, permet au Soldat d'inſtituer toute ſorte de perſonnes incapables des effets civils, même les Déportats auſquels les Etrangers ſont comparez, *& vice verſa, l.* 1, *cod. de hered. inſtit.* d'où naît cette difficulté, ſi les Soldats ont la faculté d'inſtituer des Aubains non naturaliſez en France, ou leur laiſſer des legs, il ſemble d'abord que l'on doive décider pour l'affirmative conformément aux textes du Droit Romain; mais il paroît plus probable, que le privilege du Soldat ne doit pas avoir lieu par rapport à l'Aubain non naturaliſé, parce que ſon incapacité dérive, non du Droit Romain, mais d'une Loi du Royaume, de laquelle les Soldats ne ſont point diſpenſez; à moins que l'Aubain, heritier ou legataire du Soldat, ne fût au ſervice du Roi dans ſes Armées, auquel cas ſon enrollement, & les ſervices actuels qu'il rendroit au Roi, devroient le faire excepter de la regle, par l'argument de *l'article* 40 *de l'Ordonnance de* 1735, v. *Bacquet du Droit d'Aubaine, chap.* 13, *n.* 4.

Raiſons pour l'affirmative.

Reſolution pour la négative.

Par un Arrêt du Parlement de Paris du 6 Septembre 1707, rapporté par Augeard, tom. 1, chap. 88, il a été jugé que les Habitans d'une Province conquise par le Roi acquierent, au moment de la conquête, le privilege des Regnicoles, & meurent en possession de leur état de capacité; qu'ainsi ils doivent jouir de tous les avantages des Regnicoles, quand même le lieu de leur naissance seroit retourné sous la domination de l'ancien Souverain, avant la mort de celui qui étoit sorti de ce lieu pour venir en France; mais il est nécessaire pour cela qu'il ait toujours demeuré en France, & qu'il ne soit pas retourné dans le lieu de sa naissance, après qu'il a été reconquis par son ancien Souverain.

19. Si les Habitans des Provinces conquises acquierent de plein droit la naturalité.

Quid si le lieu de leur naissance est retourné en la possession d'un Prince étranger.

2°. Les Moines étant considerez en France comme morts civilement, & comme incapables des effets civils, ils sont par conséquent en leur particulier incapables des institutions, legs, fideicommis, & autres dispositions testamentaires, autres néanmoins qu'à titre d'alimens, sans que les liberalitez qui leur sont faites, soient acquises aux Monasteres où ils ont fait Profession: ainsi que nous l'avons expliqué dans la *section premiere de ce chapitre, n. 68 & suivans.*

20. De l'incapacité des Moines.

A l'égard des Chevaliers de Malthe, qui ont fait leur Profession suivant la Regle & les Statuts de leur Ordre, ils sont incapables des successions testamentaires, même de la part de leurs pere & mere, qui ne peuvent leur laisser que de simples pensions. *M. Duranty, quæst. 6, & Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 20,* v. *Brodeau sur M. Louet, lett. C. somm. 8,* parce qu'ils sont vrais Religieux, de même nature, & de même qualité, que les autres Religieux qui ont fait Profession publique.

21. Des Chevaliers de Malthe.

Selon ce que nous avons observé au chapitre 4, en parlant de la capacité de tester par rapport aux Jesuites, ils sont incapables de recueillir les dispositions testamentaires après le premier vœu simple, & avant le vœu solemnel; tandis qu'ils demeurent dans l'Ordre; mais quand ils ont quitté, ou s'ils ont été congediez par leurs Superieurs avant le dernier vœu, ils sont capables de recueillir toute sorte de dispositions testamentaires, tout de même que pour les successions *ab intestat*, parce que quiconque est capable de succeder *ab intestat* est également capable de succeder par testament, & à plus forte raison de profiter des autres dispositions testamentaires à titre particulier.

22. Si les Jesuites sont capables des liberalitez testamentaires.

Il faut excepter le cas du legs des alimens, ou de quelque chose qui tient lieu d'alimens, dont les Jesuites, tout comme les

23. Les Jesuites & les autres Reli-

gieux ſont capables de legs pour alimens.

autres Religieux, ſont capables, même tandis qu'ils ſont dans leur Ordre, & après leur vœu ſolemnel; car à cet égard ils ne doivent pas être de pire condition que les autres Religieux.

24. De l'incapacité de ceux qui ont ſouffert une mort civile par condamnation.

Quid pour alimens.

Quid pour les Soldats.

3°. Ceux qui ont été condamnez à une peine, qui emporte mort civile, ou confiſcation de biens, étant incapables des effets civils, ſont par conſéquent incapables de toute ſorte de diſpoſitions teſtamentaires à titre univerſel ou particulier, ſi l'on excepte les legs faits pour les alimens, *l.* 11, *ff. de alim. & cibar. leg. l.* 3, *ff. de his quæ pro non ſcriptis habentur, & l.* 16, *ff. de interdictis*, & les diſpoſitions qui ſont faites en leur faveur par les Soldats, *l.* 13, §. 2, *ff. de Teſtam. militis.*

25. De ceux qui ſont condamnez à mort naturelle contradictoirement, ou par contumace.

De la condamnation aux galeres perpetuelles.

Au banniſſement perpetuel hors du Royaume.

A une priſon perpetuelle.

A mutilation de membre avec confiſcation.

De ceux qui ont quitté le Roïaume pour s'établir en Païs étranger.

Des Fugitifs pour fait de Religion.

Des Transfuges chez les Ennemis.

Ce qui eſt dit de l'incapacité de teſter doit s'appliquer à l'incapacité de recevoir.

On doit mettre au nombre des perſonnes incapables des effets civils celles qui ont été condamnées à mort naturelle par Arrêt contradictoire, quoiqu'elles ayent échapé au ſupplice; ou par contumace, quand il y a exécution figurative, ce qui a lieu, quoique la condamnation par contumace ſoit prononcée par un Juge ſubalterne. Celles qui ont été condamnées aux galeres perpétuelles, au banniſſement perpetuel hors du Royaume, à une priſon perpetuelle, à mutilation de membre avec confiſcation, ſoit en contradictoire défenſe, ou par défaut, pourvu que dans ce dernier cas il y ait exécution figurative; celles qui ont fait un établiſſement ſtable dans les Païs étrangers; les Transfuges qui ſe ſont retirez chez les Ennemis de l'Etat, & les Fugitifs pour fait de Religion, ce qui doit être entendu ſelon les explications, reſtrictions & limitations, que nous avons détaillées dans le *chapitre* 4, *ſection* 2, en parlant de l'incapacité de teſter par rapport à ces mêmes perſonnes; parce que ce qui a été dit ſur l'incapacité active de teſter, doit avoir lieu pour l'incapacité paſſive, & ceux qui pour quelqu'une de ces cauſes ne peuvent pas teſter, ne peuvent pas non plus recueillir des liberalitez teſtamentaires à titre univerſel ou particulier. Sauf pour les alimens, ou par diſpoſition d'un Soldat, ainſi que nous venons de le dire.

26. De l'incapacité des Colleges, Communautez, & Confréries non approuvées.

Quid ſi elles ſont faites pour fondations.

4°. Les Colleges, les Communautez, Confréries, & autres Corps & Communautez illicites, c'eſt-à-dire, qui n'ont pas été approuvez par des Lettres Patentes dûëment enregiſtrées, ſont incapables de toutes ſortes de diſpoſitions teſtamentaires, ſauf néanmoins de celles qui leur ſeroient faites pour fondation, & dans le cas qu'elles viendroient à être approuvées, auquel cas les diſpoſitions devront valoir, quand la condition de l'approbation ſera arrivée, ainſi que nous l'avons expliqué en la *ſection* 1 *de ce chapitre.*

5°. Les enfans mâles de ceux qui ont été condamnez pour crime de leze-Majesté sont déclarez incapables de toutes dispositions testamentaires, même de la part de leurs parens collateraux, & de ceux qui ne leur sont point unis par le lien du sang: *A materna vel avita, omnium etiam proximorum hereditate ac successione habeantur alieni, Testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuò egentes, & pauperes, l. quisquis 5, cod. ad l. Jul. Majestatis.* De ces derniers termes de la Loi *sint perpetuò egentes, & pauperes*, & des autres, *nihil capiant*, il resulte clairement qu'ils sont même déclarez incapables de recevoir des liberalitez à titre d'alimens; car le mot, *nihil*, qui est universel négatif, exclut tout, & ne peut souffrir aucune exception: la Loi voulant qu'ils soient toute leur vie dans la misere & dans l'infamie, comme l'ajoute la même Loi, *infamia eos paterna semper committetur.*

27. Incapacité des enfans mâles des condamnez pour crime de leze-Majesté.

Quid des liberalitez à titre d'alimens.

A l'égard des filles de ceux, qui ont été condamnez pour le même crime, la Loi n'est pas si rigoureuse; elle leur conserve une portion appellée falcidie, & qui doit être le quart dans la succession de leur mere, & leur permet d'avoir quelque chose pour leur servir d'alimens, *l. 5, §. 3, cod. ad l. Jul. Majestatis*, v. *Barry de succeff. lib. 1, tit. 8, n. 6.*

28. *Quid* des filles des condamnez pour crime de leze-Majesté.

6°. Il y a deux autres cas ausquels la nullité des dispositions est absoluë & totale, cependant on ne peut pas mettre ces cas au rang des incapacitez personnelles; la nullité étant fondée sur d'autres raisons. Le premier est à cause de l'incertitude de l'heritier, ou du legataire, *l. quotiens 9, §. heres 9, & l. in tempus 62, §. 1, ff. de hered. inftit.* Le second, quand l'heritier ou le legataire écrit lui-même la disposition faite en sa faveur. Comme chacun de ces deux cas peut renfermer plusieurs difficultez, nous les examinerons séparément.

29. De l'incertitude de l'heritier ou du legataire.

De celui *qui sibi adscribit in testamento.*

A commencer par le premier, c'est-à-dire, par l'incertitude de la personne de l'heritier ou du legataire, suivant le *§. incertis 25, inftit. de leg.* il n'étoit pas permis par le Droit ancien de faire des dispositions en faveur des personnes incertaines, quoiqu'elles pussent être connuës par quelque évenement; comme s'il étoit dit, *quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei heres meus illum fundum dato;* & cela avoit lieu même par rapport aux dispositions des Soldats; cependant si le legs, ou le fideicommis fait à des personnes incertaines, avoient été payez ou délivrez, ils ne pourroient pas être répetez. Il étoit néanmoins permis de disposer en faveur des personnes incertaines, parmi

30. Droit ancien sur l'incertitude des personnes.

De la personne incertaine parmi un nombre certain.

des personnes d'une certaine qualité, comme s'il étoit dit, *ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit ei heres meus illam rem dato.*

31. Droit nouveau touchant les liberalitez faites aux personnes incertaines.

Dans le §. *sed nec* 27, *instit. eod.* l'Empereur Justinien dit, qu'il a porté une Loi, par laquelle il a changé le Droit ancien, non-seulement par rapport aux dispositions à titre particulier, mais encore pour celles qui sont faites à titre universel, *non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis, & fideicommissis;* cependant une personne incertaine ne peut pas être donnée pour Tuteur testamentaire, *quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.*

Une personne incertaine ne peut pas être donnée pour Tuteur.

(a) La Loi dont parle Justinien dans ce §. 27 n'est pas dans son Code. Vinnius juste. sur ce §. en donne la raison ou plutôt le sens. Il prétend que l'original de cette constitution de Justinien fut en langue grecque, et que les éditeurs latins du Code ne l'y ont pas jugée.

32. La Loi dont l'Empereur Justinien parle n'est pas dans le Code. Sentimens des Interprétes touchant cette Loi qui manque.

La Loi dont l'Empereur Justinien parle dans ce §. (a) n'est point dans le Code compilé par son ordre, les Interprétes & notamment *Vinnius* croyent que cette Loi vouloit, que l'incertitude de la personne de l'heritier, ou du legataire n'empêchoit pas la validité de la disposition, si cette incertitude pouvoit être levée par quelque évenement present ou futur, au moyen duquel la personne pût être connuë d'une maniere certaine; comme dans les deux premiers exemples proposez dans le §. 25 *du même titre;* sçavoir, quand le legs est fait à celui qui épousera la fille du Testateur, ou qui sera nommé Consul le premier après le décès du Testateur, ou autre cas semblable. De-là vient que par un Arrêt du Parlement de Paris du 25 Avril 1625, *au tom.* 1 *du Journal des Audiences*, un legs fait aux Ursulines, qui pourroient s'établir dans vingt ans dans la Ville de Troyes, fut confirmé; que si l'incertitude ne peut point être levée par quelque désignation, qui indique la personne d'une maniere certaine, ou par quelque évenement, qui opére le même effet, la disposition est nulle, comme s'il étoit dit, je legue à Jean demeurant dans une telle Ville, ou telle Paroisse.

Quand l'incertitude ne peut pas être levée la disposition est inutile.

33. Opinion de Claude de Ferriere.

Claude de Ferriere dans ses Instituts du Droit François sur le §. 25, instit. de legatis, qui convient de ce que nous venons de dire, croit néanmoins que si le legs n'étoit fondé sur aucune raison, & que le Testateur n'eût aucun motif d'exercer sa liberalité envers la personne incertaine, soit pour récompenser la vertu, comme au cas du legs fait à celui qui sera nommé Consul le premier, ou quelqu'autre prétexte raisonnable, il n'y auroit pas lieu de confirmer le legs, comme si le Testateur leguoit à celui qui passeroit le premier un tel jour sur le Pont-neuf, ou à celui qui entreroit le premier dans un tel lieu; une telle disposition passeroit pour ridicule, & l'on ne devroit y avoir aucun égard.

Cette décision, que l'Auteur ne fonde sur aucun texte ni autorité, me paroît contraire aux regles; car dès qu'il demeure d'accord, que la disposition faite au profit d'une personne incertaine, qui peut néanmoins être connuë par quelque évenement marqué par le Testateur, est valable, suivant l'esprit de la constitution de Justinien dont il est fait mention dans le §. 27 *du même titre*, & que cette décision a été approuvée par le sentiment de tous les Interprétes, il ne faut point examiner la raison ni le motif, que le Testateur peut avoir eu pour faire sa disposition, parce que non-seulement les Loix ne l'exigent pas, mais encore elles le défendent, en permettant d'instituer des personnes absolument inconnuës au Testateur, *l.* 11, *cod. de hered. instit.* Il suffit que la volonté du Testateur paroisse pour qu'elle doive être exécutée, parce que c'est une Loi domestique, du motif de laquelle il n'est pas permis de s'enquerir, toutes les fois qu'elle ne vient pas contre la prohibition des Loix. Que si l'on admettoit une fois le principe sur lequel *Ferriere* fonde son avis, & qu'il fût permis d'examiner si le Testateur, en disposant, a eu, ou n'a pas eu un juste motif, on rendroit les dispositions incertaines & arbitraires, à quoi les Loix ont voulu obvier, en permettant d'instituer même des personnes entierement inconnuës au Testateur, sans examiner si sa disposition avoit un juste motif, ou non, & sans pénétrer dans sa pensée, qui doit toujours être présumée juste & raisonnable, quand il ne paroît pas clairement qu'elle porte sur des motifs injustes ou illicites.

34. Réfutation de l'opinion de Ferriere.

Il ne faut point examiner si le Testateur a eu un juste motif de faire une liberalité.

La volonté du Testateur bien marquée sert de motif suffisant.

La disposition faite en faveur d'une personne incertaine est bonne, soit que l'incertitude puisse être levée par quelque démonstration certaine, *l.* 9, §. 9, *ff. de hered. instit.* ou par quelqu'autre preuve, *l.* 62, §. 1, *ff. eod.* ou par des conjectures capables de lever le doute, sur quoi on peut voir *Menochius de præsumpt. lib.* 4, *præsumpt.* 25.

35. La disposition est bonne, quand l'incertitude peut être levée par quelque démonstration, ou autre preuve.

L'incertitude ne rend pas non plus les dispositions nulles, lorsqu'elles sont faites en faveur de l'Eglise, de l'Hôpital, des Pauvres, des Captifs, parce que les Loix ont pris le soin de faire l'application des liberalitez dans les cas auſquels le Testateur ne s'est pas expliqué d'une maniere précise & certaine; ainsi que nous l'avons détaillé ci-dessus dans la *section* 1.

36. L'incertitude ne vicie pas les dispositions en faveur de l'Eglise, de l'Hôpital, des Pauvres, des Captifs.

A l'égard du second cas, touchant celui *qui sibi adscripsit in testamento*, le Senatusconsulte Libonien veut, que celui qui a écrit lui-même la disposition faite en sa faveur, à titre d'institution, legs, & toute autre espece de liberalité & d'émolument,

37. De celui *qui sibi adscribit in testamento.*

Peine de faux & nullité.

soit nulle, & que de plus, celui qui a écrit la disposition soit puni de la peine de faux, *l. ult. ff. de his quæ pro non scriptis habentur, l.* 1, §. 7 *&* 8, *l.* 5, *l.* 6, *l.* 10, *l.* 11, *l.* 14 *in princip. &* §. 1, *l.* 15, *l.* 17, *l.* 18, *& l.* 22, §. 1, *ff. ad l. Cornel. de falsis, & toto tit. cod. de his qui sibi adscribunt in testamento, lib.* 9, *tit.* 23.

38. Renvoi pour le crime de faux.

Comme la peine de faux n'est pas de notre matiere, nous nous contenterons d'expliquer les cas où la nullité de la disposition a lieu, ou n'a pas lieu.

39. De la nullité des dispositions en faveur de celui qui écrit le testament.

Des dispositions du Soldat.

Elle a lieu, premierement, pour les dispositions faites par le Soldat, quoiqu'elles ayent été écrites par un autre Soldat son camarade, soit que les dispositions le regardent directement ou indirectement, comme si elles sont faites au profit de son Esclave, *l.* 5, *cod. de his qui sibi adscribunt in testamento, l. ult. ff. de his quæ pro non scriptis habentur, l.* 1, §. 7, *ff. de leg. Cornel. de falsi.* v. *l.* 14, *ff. eod.*

40. Du testament de la femme écrit par le mari.

En second lieu, dans le Testament de la femme qui a été écrit par le mari, quand il y a des dispositions en faveur du mari, *l.* 4, *cod. de his qui sibi adscribunt in Testamento;* selon plusieurs Auteurs, & notamment *Perezius sur le même titre, n.* 7, & *Corvin sur le Code*, la nullité a lieu, lorsque le mari a écrit le Testament de sa femme, quoiqu'il soit reciproque entre mariez, & il ne vaut que pour la disposition faite en faveur de la femme; mais au Parlement de Toulouse, on excepte le cas du Testament réciproque, dont les dispositions ne valent pas moins en faveur du mari, quoiqu'il les ait écrites, qu'en faveur de la femme, suivant *M. de Catellan, liv.* 2, *ch.* 33.

Quid du testament reciproque entre mariez.

41. De l'heritier qui écrit lui-même l'exheredation des autres personnes.

En troisiéme lieu, la nullité a lieu, lorsque l'heritier institué écrit lui-même l'exhéredation d'un enfant, ou des autres personnes, *l.* 6, §. 1, *ff. de leg. Cornel. de falsi.* Il en est de même de celui qui a écrit la clause de la disposition par laquelle la liberté laissée à un Esclave est révoquée; parce que la disposition tourne à son utilité comme heritier, *d. l.* 6, §. 2. Quand il écrit la disposition qui retranche quelque legs, *leg.* 22, §. 7, *ff. eod.* ou quand le legataire dans un Testament précedent écrit un Codicile, par lequel le Testament est confirmé, *d. l.* 22, §. 6.

De celui qui écrit un codicile confirmatif d'un testament qui contient des dispositions en sa faveur.

42. Du fils de famille qui écrit la disposition en faveur de son pere, ou de ses freres.

En quatriéme lieu, lorsque le fils de famille écrit la disposition faite en faveur de son pere, ou de ses freres, qui sont, comme lui, en la puissance de leur pere commun, *l.* 10, *ff. de leg. Cornel. de falsi.*

43. Du fils émancipé qui écrit le tes-

En cinquiéme lieu, lorsque le fils émancipé écrit une disposition qui tourne à son utilité directement ou indirectement, quoiqu'elle

quoiqu'elle ſoit faite par ſon pere, *l.* 14, *ff. de lege Cornel. de falſ.* comme ſi le legs eſt fait à l'Eſclave du fils; car il n'eſt pas néceſſaire que la diſpoſition ſoit faite directement en faveur de celui qui l'écrit, il ſuffit qu'elle tourne à ſon utilité, ſi l'acquiſition devoit en être faite à l'Ecrivain, en cas que le Teſtateur vînt à déceder d'abord après ſon Teſtament, non ſi elle arrive *ex poſt facto*, par quelqu'évenement qui ſurvient, *l.* 10, §. 1, & *l.* 22, §. 3, 4 & 5, *ff. eod.* comme ſi le pere ou le Maître écrivent la diſpoſition au profit du fils ou de l'Eſclave qui ſont en ſa puiſſance, auquel cas, le legs leur eſt acquis par le décès du Teſtateur, *l. Divus Claudius* 15, *ff. eod.* quand même le fils ſeroit priſonnier chez les ennemis, *l.* 22, §. 1, *ff. eod.*

tament de ſon pere, où il y a des diſpoſitions en ſa faveur directement ou indirectement.

Quid ſi la diſpoſition tourne à ſon utilité par quelqu'évenement.

Mais ſi la diſpoſition eſt faite, ou tourne directement ou indirectement, partie en faveur de celui qui l'a écrite, & partie en faveur d'une autre perſonne, l'entier legs n'appartient pas par droit d'accroiſſement à la tierce perſonne; mais la portion de celui qui a écrit le Teſtament, & qui eſt regardée comme non écrite, demeure à l'heritier, *l.* 14, §. 1, *ff. de lege Cornel. de falſis. M. Cujas*, ſur cette Loi, *lib.* 22, *quæſt. Pauli.*

44. De la diſpoſition faite en faveur de l'Ecrivain & d'un autre conjoint.

Si la portion ôtée à l'Ecrivain accroit au conjoint.

En ſixiéme lieu, la nullité a lieu, même pour ce qui eſt laiſſé *conditionis implendæ cauſa*, en faveur de l'Ecrivain, *l.* 22, §. 11, *ff. de l. Cornel. de falſis.*

45. De ce qui eſt laiſſé à l'Ecrivain *conditionis implendæ cauſa.*

En ſeptiéme lieu, quoiqu'il paroiſſe que le Teſtateur a dicté lui-même la diſpoſition écrite, & qu'il a ordonné de l'écrire, *l.* 14, *l.* 15, *ff. de leg. Cornel. de falſis*, *l.* 2 *& l.* 3, *cod. de his quæ ſibi adſcribunt in Teſtamento.*

46. *Quid s'*il paroît que le Teſtateur a dicté lui même la diſpoſition écrite.

Enfin, la nullité a lieu, ſoit que les diſpoſitions ayent été faites par Teſtament ou par codicile écrits de la main de celui, en faveur duquel la diſpoſition doit tourner directement ou indirectement, *l.* 15, *in princip.* §. 1, *&* §. 2, *ff. de leg. Cornel. de falſis.*

47. Il y a nullité, ſoit que la diſpoſition ſe trouve dans un Teſtament ou dans un codicile.

Les Auteurs ne ſont pas d'accord ſur la queſtion de ſçavoir ſi la nullité de l'inſtitution ou du legs fait à celui qui a écrit le Teſtament, a lieu à l'égard du Teſtament nuncupatif, dont le mémoire a été pris par écrit de la main de l'heritier ou du Légataire; les uns tiennent l'affirmative, les autres la négative; mais c'eſt tout-à-fait mal-à-propos que les Auteurs ont voulu étendre la prohibition du Senatus-Conſulte Libonien, au cas que nous venons de propoſer; encore plus, lorſqu'ils ont prétendu que la diſpoſition étoit nulle, quand la minute ou le mémoire ſe trouve écrit de la main de l'heritier, ou du Légataire, quoique l'original ſoit écrit d'autre main; car aux termes de la Loi 6, *ff. de leg. Cornel. de*

48. Des diſpoſitions en faveur de l'Ecrivain dans un Teſtament nuncupatif.

Quid ſi la minute ou le mémoire ſe trouve écrit de la main de l'heritier ou du Légataire.

On ne tombe dans la peine du Libonien que quand le Testament est revêtu de toutes les formalitez.

falſ. on ne tombe dans la prohibition du Libonien, que quand il s'agit d'un Teſtament écrit revêtu de toutes les formalitez de Droit, *hoc tamen tunc verum eſt cum Teſtamentum perfectum erit; cæterum ſi non ſignatum fuerit, magis eſt ut Senatus-Conſulto locus non ſit.* C'eſt donc contre le droit que l'on veut étendre le Libonien au cas où le Teſtament n'eſt pas parfait, & que le mémoire, ou la minute en ont été écrits par le Légataire ou par l'heritier; car alors le Teſtament ne vaut pas en vertu de ce mémoire ou de la minute; mais en vertu de la réſomption des Témoins, ou en vertu de la rédaction qui a été faite par le Notaire ſur la minute dreſſée auparavant; c'eſt ainſi que l'a décidé Bartole ſur la Loi 1, *§. ex illa quoque, ff. de leg. Cornel. de falſis*, & que le Parlement de Toulouſe l'a jugé par un Arrêt rapporté par *Albert, verb. Teſtament art.* 16 *de l'ancienne édition, & lettre T. chapitre* 31 *de la nouvelle.*

49. Si la peine du Libonien a lieu pour le Teſtament nuncupatif écrit.

Cependant, quoique la prohibition du Libonien ſoit faite préciſément pour les Teſtamens & codiciles, écrits ou ſecrets, elle doit avoir lieu au Teſtament nuncupatif écrit qui a été introduit par notre uſage, parce que la même raiſon milite à cet égard, & que la même ſuſpicion de faux a lieu, comme le remarque *Perezius dans ſes Préleçons*, ſur le titre du code *de his qui ſibi adſcribunt in Teſtam. num.* 8, pourvû qu'il ſoit revêtu de toutes les formalitez de Droit, peu importeroit néanmoins qu'il fût nul par la prétérition d'un enfant, ou qu'il eût été rompu par la naiſſance d'un poſthume; car dans ce cas, la nullité & la peine du faux devroit être infligée à l'Ecrivain qui auroit écrit une diſpoſition en ſa faveur, ſuivant la déciſion textuelle de la Loi 6, *ff. de leg. Cornel. de falſ.* & cela eſt encore plus indubitable, ſuivant les regles du Droit nouveau, en la *Novelle* 115, *chapitre* 3, qui veut que dans le cas de prétérition, le Teſtament ſoit nul, les legs & les autres diſpoſitions particulieres demeurant en leur force.

Quid ſi le Teſtament eſt nul par prétérition ou qu'il ſoit rompu par la naiſſance d'un enfant.

50. Des cas où la nullité ceſſe.

Il y a pluſieurs exceptions à la regle expliquée, & dans pluſieurs cas la nullité ceſſe. La premiere exception eſt, lorſque le Teſtateur, dans le Teſtament ou dans le codicile où la diſpoſition eſt contenuë, en fait lui-même la reconnoiſſance; mais à cet égard, on diſtingue les enfans, & les eſclaves qui ſont en la puiſſance du Teſtateur, d'avec les étrangers: Au 1er. cas, une reconnoiſſance generale ſuffit, & que le Teſtateur diſe en general, qu'il a dicté, approuvé, ou reconnu les diſpoſitions, *dictavi & recognovi, l.* 15, *§.* 3, *ff. de leg. Cornel. de falſ.* ſans qu'il ſoit beſoin de rappeller la diſpoſition particuliere faite en faveur de celui qui a écrit le Teſtament, ou le codicile, ni la perſonne à laquelle le Teſtateur a dic-

Lorſque le Teſtateur fait la reconnoiſſance de la diſpoſition en faveur de l'Ecrivain.

Si une reconnoiſſance generale ſuffit, ou s'il en faut une ſpéciale.

té sa volonté ; c'est ce qui est appellé dans la Loi premiere, §. 8, *ff. de leg. Cornel. de falsi. generalis subscriptio.* Le fils de famille & l'Esclave sont excusez, à cause de l'obéïssance qu'ils doivent à leur pere ou à leur Maître, & qu'ils peuvent profiter de la disposition faite en leur faveur, quoiqu'ils l'ayent écrite, comme l'explique M. Cujas sur la Loi 14, *ff. eod. lib.* 22, *quæst. Pauli ;* cependant la Loi derniere, *cod. de his qui sibi adscrib.* veut que quand l'Esclave a écrit le Testament, par lequel la liberté lui est leguée, le Testateur reconnoisse, & approuve spécialement le legs de la liberté, autrement il est nul, & la peine est seulement remise à l'Esclave légataire.

Que si une personne étrangere a écrit le Testament ou le codicile qui contient la disposition en sa faveur, il est nécessaire que le Testateur approuve spécialement la disposition, en la rappellant par sa propre écriture, ou bien qu'il écrive lui même de sa main la clause par laquelle il veut gratifier celui du ministere duquel il se sert pour écrire le Testament ou le codicile, ou bien qu'il dise qu'il reconnoît ce qu'il a dicté à un tel, *quod illi dictavi & recognovi, l.* 1, §. 8, *ff. de leg. Cornel. de falsis,* ce que la Loi appelle *subscriptio specialis ;* car il ne suffiroit pas qu'il dit dans un codicile postérieur, qu'il avoit dicté les dispositions contenuës dans un Testament antérieur, *leg.* 2, *cod. de his qui sibi adscribunt in Testamento, l.* 15, §. 1, *ff. de leg. Cornel. de falsi.* & *M. Cujas*, au lieu cité. C'est ainsi que l'on doit concilier ces deux Loix avec la Loi 1, §. 8, *ff. de leg. Cornel. de falsi.*

57. Quelle doit être la reconnoissance du Testateur, quand le Testament est écrit par autre que l'enfant ou l'Esclave.

La seconde est, lorsque celui qui écrit la disposition n'en doit pas profiter, & qu'elle ne lui seroit pas acquise, si le Testateur décedoit d'abord après son Testament, comme lorsque la disposition écrite par le pere est faite en faveur de son fils émancipé, ou qu'il a donné en adoption, *l.* 22, §. 2, *ff. de leg. Cornel. de falsi.* & dans les autres cas expliquez aux §§. 3, 4 & 5 de la même Loi, & dans la Loi 22, §. 9 & 10, *ff. eod.* lorsque le pere écrit le Testament d'un Soldat qui contient des dispositions en faveur du fils de l'Ecrivain, quoiqu'il soit en sa puissance, parce que l'acquisition n'en est pas faite par le pere, mais au fils Soldat ; la liberalité devant lui appartenir en propre titre de pécule castrense, *leg.* 11, *ff. eod.* lorsque le fils écrit le Testament qui contient des dispositions en faveur de sa mere, *d. l.* 11, §. 1, lorsque la disposition est faite en faveur d'un tiers étranger, quoique pendant la vie du Testateur il tombe en la puissance de celui qui a écrit le Testament, attendu que si le Testateur étoit mort au moment qu'il

58. La nullité cesse quand l'Ecrivain n'en doit pas profiter d'abord, après la mort du Testateur.

Quid si le pere écrit des dispositions en faveur de son fils émancipé.

Ou quand la liberalité doit appartenir en pleine propriété au fils.

fit ſon Teſtament, l'Ecrivain n'en auroit pas profité, *leg.* 10, *§.* 1, *ff. eod.* lorſque le mari écrit le Teſtament d'un étranger qui contient des diſpoſitions en faveur de ſa femme, *l.* 18, *ff. eod.*

Du mari qui écrit des diſpoſitions en faveur de ſa femme.

53. De la diſpoſition qui eſt contre les interêts de celui qui l'écrit.

La troiſiéme eſt lorſque la diſpoſition eſt contre les interêts de celui qui écrit le Teſtament, comme s'il y eſt exherédé, ou ſi le Teſtateur lui ôte un legs qu'il lui avoit fait précedemment, *l.* 22, *§. ult. ff. de leg. Cornel. de falſ.* parce que la raiſon de la ſuſpicion du faux ceſſe.

54. De la diſpoſition faite en faveur de l'Ecrivain, ſous condition.

La quatriéme eſt marquée dans la Loi 15, *§.* dernier, *ff. de leg. Cornel. de falſ.* lorſque la diſpoſition en faveur de l'Ecrivain eſt faite ſous condition. L'eſpece de cette Loi eſt telle : le Teſtateur inſtituë deux heritiers, & en cas que l'un ou l'autre vienne à déceder ſans enfans, il ſubſtituë l'Ecrivain. Dans ce cas, non-ſeulement la peine du faux eſt remiſe ; mais encore celui qui a écrit le Teſtament devra recueillir la ſubſtitution fideicommiſſaire faite en ſa faveur, le cas arrivant.

55. Du Fils unique inſtitué qui écrit le Teſtament.

La cinquiéme, lorſque le fils unique, quoiqu'émancipé, a écrit lui-même le Teſtament, par lequel ſon pere l'inſtitue heritier, parce qu'indépendamment de l'inſtitution teſtamentaire, le fils auroit ſuccedé à ſon pere, *l.* 1, *cod. de his qui ſibi adſcribunt in Teſtamento* ; mais il en ſeroit autrement, par la raiſon de cette Loi, ſi le fils qui a écrit le Teſtament avoit des freres ou ſœurs qui duſſent ſucceder avec lui, s'il ſe trouvoit avantagé par la diſpoſition qu'il auroit écrite, auquel cas, elle devroit être regardée comme nulle, & la ſucceſſion déferée *ab inteſtat.*

Quid s'il a des freres.

56. De la diſpoſition écrite par un impubere.

La ſixiéme, ſi le Teſtament a été écrit par un impubere incapable de dol, & par conſéquent la diſpoſition faite en ſa faveur ſeroit valable, *l. impuberem* 22, *ff. de leg. Cornel. de falſ.* la ſuſpicion du faux ne pouvant pas tomber ſur une perſonne de cet âge.

57. De celui qui eſt appellé pour dreſſer & dicter le Teſtament.

Enfin, comme la nullité & la peine du faux ne ſont prononcées, que contre celui qui a écrit la diſpoſition, on ne doit pas l'étendre à celui qui à la priere du Teſtateur, a été appellé pour dreſſer & dicter le Teſtament, auquel on peut valablement faire des legs, *l. dictantibus* 22, *cod. de Teſtam.*

58. Des cas où la peine du Libonien ceſſe, & néanmoins la nullité a lieu.

Il y a des cas où la peine du faux eſt ſeulement remiſe, demeurant la nullité des diſpoſitions faites en faveur de celui qui les a écrites, comme lorſque l'Eſclave a écrit le Teſtament de ſon Maître qui lui a laiſſé la liberté, ſans qu'il y ait une approbation de cette diſpoſition, *l.* 15, *§.* 3, *ff. de leg. Cornel. de falſ.*

& leg. ult. cod. de his qui ſibi adſcribunt in Teſtam. lorſque c'eſt un Soldat qui a écrit le Teſtament qui contient des diſpoſitions en ſa faveur, parce qu'il eſt préſumé l'avoir fait par erreur, *l. 5, cod. eod.* & quand le Teſtateur a approuvé en termes generaux la diſpoſition faite en faveur d'un étranger, *l. 2, cod. eod.*

59. De la mere qui écrit le Teſtament de ſon fils.

Mais il y a du doute, ſi dans l'eſpece de la Loi 15, §. 4 & 5, *ff. de leg. Cornel. de falſis*; c'eſt-à-dire, quand la mere a écrit le Teſtament de ſon fils, dans lequel il y a un legs fait en faveur de l'Eſclave de la mere, & lorſque la fille a écrit le Teſtament ou codicile de ſa mere, qui contient une diſpoſition en faveur de la fille; la gloſe écrit que la diſpoſition eſt bonne. *Corvinus, dans ſes Enarrations* ſur le code, titre *de his qui ſibi adſcribunt in Teſtamento*, eſt d'avis au contraire, que la diſpoſition eſt nulle, & que la mere & la fille ſont ſeulement excuſées & affranchies de la peine du faux, comme étant tombées dans ce cas par erreur ou ignorance du Droit. Cette derniere opinion paroît la mieux fondée, parce que les textes citez diſent ſeulement que la mere & la fille doivent être excuſées: *veniam tribuendam Legis Corneliæ*; ce qui ne comprend pas la validité de la diſpoſition, & ne porte qu'une remiſe de la peine du faux, & que ces deux paragraphes doivent être entendus rélativement au §. 1 de la même Loi, dans laquelle il eſt dit, *veniam dari*, que la peine eſt remiſe *ſcilicet eo quod relictum eſt, abſtinentibus*. Les Soldats qui ont le même privilege que les femmes, & auſquels on pardonne l'erreur, & l'ignorance du Droit, ſont bien mis à couvert de la peine du faux; mais les diſpoſitions qu'ils ont écrites eux-mêmes, ſont regardées comme non écrites, *l. 5, cod. de his qui ſibi adſcribunt in Teſtam.* il en doit donc être de même des femmes *quæ ſibi adſcribunt.*

De la fille qui écrit le Teſtament de ſa mere.

Réſolution pour la nullité.

60. Dans les cas où la nullité a lieu, les diſpoſitions ſont conſiderées comme non écrites, & les liberalitez ne ſont pas déferées au fiſc.

Dans tous les cas expliquez ci-deſſus où la nullité a lieu, les diſpoſitions ſont regardées comme non écrites, elles ne ſont pas déferées au fiſc; mais elles doivent demeurer dans l'herédité, *leg. 1, & leg. ult. ff. de his quæ pro non ſcript. habentur, leg. 14, §. 1, ff. de leg. Cornel. de falſ. & leg. 4, cod. de his qui ſibi adſcribunt in Teſtamento*, à moins qu'elles ne fuſſent chargées de ſubſtitution, ou de fideicommis, en faveur d'une autre perſonne, & le cas de la ſubſtitution ou du fideicommis arrivant, la tierce perſonne devra les recueillir, *l. ult. ff. de his quæ pro non ſcriptis habentur.*

La ſubſtitution en faveur d'un tiers eſt valable.

61. L'Ordonnance de 1735 n'a rien changé au Droit Romain.

L'Ordonnance de 1735, n'a rien changé à cet égard, à la diſpoſition du Droit Romain, & comme elle permet par l'article 9, au Teſtateur de faire écrire ſa volonté conſignée dans un Teſta-

ment solemnel & mystique, tout ce qui est ordonné par les Loix Romaines au sujet des personnes qui écrivent les dispositions testamentaires, devra être observé dans les Pays du Droit écrit, comme avant cette Ordonnance.

62. Le Notaire doit écrire le Testament nuncupatif.

Mais comme elle veut par l'article 5, que le Notaire écrive lui-même les Testamens nuncupatifs; dans cette espece de Testament, la disposition du Senatus-Consulte Libonien ne peut avoir lieu qu'à l'égard du Notaire qui auroit écrit en sa faveur des legs, ou d'autres liberalitez, & non pour les autres personnes qui auroient écrit ces Testamens, ou bien des Testamens olographes, parce que dans ce cas, si tout autre que le Notaire ou le Testateur avoient écrit le Testament, il seroit nul & imparfait, & l'on se trouveroit dans l'exception de la Loi 6, *ff. de leg. Cornel. de falsi.* qui fait cesser la disposition du Libonien.

63. Si la peine du Libonien peut avoir lieu en Pays Coutumier.

Par la même raison, nous croyons que dans les Pays Coutumiers, où les Testamens doivent nécessairement être écrits, ou par l'un des Notaires, suivant l'*article* 23 *de l'Ordonnance de* 1735, ou par le Testateur, quand il fait une disposition olographe selon l'article 20, la peine du Libonien ne peut point y avoir lieu, excepté si le Notaire couchoit dans le Testament qu'il a écrit, des dispositions en sa faveur, parce qu'hors de ce cas, le Testament seroit nul & imparfait pour la forme.

64. De la veuve qui se remarie dans l'an du deuil.

Par le Droit Romain, dans la Loi 1, *cod. de secund. nuptiis*, la veuve qui se remarie dans l'an du deuil, est notée d'infamie, & elle est déclarée incapable de toutes sortes de liberalitez testamentaires, & à cause de mort, à titre universel ou particulier, *ex jure quidem notissimo sit infamis. Omnium præterea hereditatum, legatorum fideicommissorum suprema voluntate relictorum mortis causa donationum sit expers.* L'application des liberalitez laissées à une telle femme n'en est point faite au fisc; mais les heritiers ou coheritiers testamentaires ou *ab intestat*, doivent en profiter; *hæc namque omnia ab heredibus vel coheredibus, aut ab intestato succedentibus vindicari jubemus, ne in his in quibus correctionem morum induximus fieri videantur habere rationem*, ce qui est encore ordonné par la *Novelle* 22, *chapitre* 22. La même veuve est encore incapable de toutes sortes de successions *ab intestat* de ses parens au-delà du troisiéme dégré, *eandem quoque mulierem infamem redditam hereditates ab intestato, vel legitimas honorarias, non ultra tertium gradum sinimus vindicare*, *l.* 1, *cod. de secundis nuptiis.*

65. De celle qui se

La *Novelle* 22, *chapitre* 40, assujettit à la même peine, la femme qui après avoir accepté la tutelle de ses enfans, prêté le ser-

ment & renoncé aux ſecondes nôces, ſe remarie après l'année du deuil, ſans avoir fait pourvoir de tuteur à ſes enfans encore pupilles, rendu compte de ſon adminiſtration, & payé le reliqua.

remarie *non petitis tutoribus.*

La même peine a encore lieu contre les femmes qui malverſent durant l'année du deuil, & contre celles qui accouchent dans l'onziéme mois depuis la mort de leur mari, parce que l'enfant qu'elles mettent au monde, ne peut pas être le fruit des œuvres du mari; mais l'effet de leur incontinence. *Ne amplius habeat caſtitate luxuria, Novell. 39, cap. 2.*

66. De celle qui malverſe dans l'an du deuil.

Le chapitre 4 & le chapitre dernier, *extra de ſecundis nuptiis*, ſe conformant à la déciſion de l'Apôtre Saint Paul, qui déclare la veuve, au moment du décès de ſon mari, libre & capable de paſſer à des ſecondes nôces, ont permis le ſecond mariage, même dans l'année du deuil, en déclarant qu'une telle femme n'encouroit aucune note d'infamie. *Reſpondemus quod cum Apoſtolus dicat, mulier viro ſuo mortuo ſoluta eſt à lege viri ſui, nubat in domino cui voluerit, per licentiam & autoritatem Apoſtoli ejus infamia abeatur.*

67. Correction du Droit civil par le Droit Canonique au ſujet du ſecond mariage dans l'an du deuil, quant à l'infamie.

De ces textes du Droit Canonique, pluſieurs Auteurs ont induit que toutes les peines infligées par le Droit civil à la femme qui ſe remarie dans l'an du deuil, avoient été remiſes & abrogées; ils ſont rapportez par *Sanchés, de matrimonio, lib. 7, di put. 87, num. 23*; cependant, ces textes ne portent autre choſe qu'une permiſſion de paſſer à de ſecondes nôces dans l'an du deuil, ſans encourir l'infamie, comme pluſieurs autres Auteurs l'ont fort bien penſé, & entr'autres *Gaſpard-Antoine Theſaurus, lib. 1, quæſt. Forenſium, queſt. 28.*

68. Si le Droit Canon ôte les autres peines du Droit civil.

Dans preſque toute la France on ſuit la déciſion des Canoniſtes qui ont crû que toutes les peines infligées à la femme qui ſe remarie dans l'an du deuil, autres néanmoins que celles des ſecondes nôces en general, étoient abolies, & remiſes, comme le remarquent *Dumoulin ſur la Coutume de Paris §. 43, nombre 143, & Bugnon, des Loix abrogées, livre 1, chapitre 120, & livre 2, chapitre 194*, Voyez *Ferriere ſur la Coutume de Paris, article 279, gloſe 1, nombre 15, & ſuivans*; toutefois, le même *Dumoulin*, obſerve que celles qui ſont infligées à la femme qui malverſe dans l'an du deuil ſont en vigueur, parce que ce n'eſt qu'en faveur d'un mariage légitime, & permis par le Droit Divin, & par les Conſtitutions Canoniques, que l'on s'eſt relâché ſur la rigueur du Droit civil, & que ces peines n'ont pas été corrigées par le

69. Uſage de la France ſur les peines du convol dans l'an du deuil.

Si les peines de celle qui malverſe dans l'an du deuil ſont abrogées.

Droit Canonique, ſuivant *Sanchés au lieu cité, nombre* 1, *& diſpute* 90, *nombre* 11.

70. Uſage du Parlement de Toulouſe.

Au Parlement de Toulouſe, on y obſerve à la rigueur, les peines du Droit civil, contre les femmes qui ſe remarient dans l'an du deuil, on les a même aggravées; car quoique la femme puiſſe recueillir *ab inteſtat* les ſucceſſions qui lui adviennent du chef de ſes parens, juſqu'au troiſiéme dégré, dans lequel ſont compris les enfans du premier lit, ce Parlement prive néanmoins la femme remariée dans l'an du deuil, de la ſucceſſion de ſes enfans du premier lit, ſoit qu'il y en ait d'autres ſurvivans ou non, ſuivant *M. Maynard, livre* 3, *chapitre* 86, *M. de la Rocheflavin*, verb. *mariage, article* 1 *&* 2, *& M. de Cambolas, au Traité des ſecondes Nôces, nombre* 9, *& livre* 3, *chapitre* 4 *de ſes Arrêts.*

71. Si la femme remariée dans l'an du deuil eſt incapable des liberalitez teſtamentaires.

A la verité, les Auteurs du Parlement de Toulouſe ne rapportent point d'Arrêt qui ait jugé préciſément que la femme remariée dans l'an du deüil étoit incapable des liberalitez teſtamentaires; mais ils n'en rapportent pas nonplus, qui ait jugé que cette incapacité fondée ſur la diſpoſition expreſſe de la Loi, ait été abrogée par une Juriſprudence contraire; & quoique j'aye vû agiter, & que j'aye traité moi-même, en inſtruiſant des Procès, ou en conſultant, preſque toutes les queſtions qui peuvent ſe preſenter ſur les peines des ſecondes nôces dans l'an du deuil, je n'ai jamais vû agiter celle qui regarde l'incapacité de recueillir les diſpoſitions teſtamentaires, ce qui ſemble devoir faire croire que cette peine n'eſt pas en uſage même à Toulouſe; mais comme les Loix ne peuvent être abrogées que par un uſage contraire, & non pour n'avoir pas été pratiquées, à cauſe que le cas ne s'eſt pas preſenté, je penſe qu'il y auroit de la témerité à dire que le Parlement de Toulouſe, qui ſe conforme au Droit Romain, touchant les peines des ſecondes nôces, dans l'an du deuil, & qui les a même étenduës, voulût s'écarter de la déciſion de la Loi, ſur l'incapacité qu'elle prononce contre les femmes remariées, ou qui malverſent dans l'an du deuil, de recueillir des diſpoſitions teſtamentaires, ou par donation à cauſe de mort; d'autant mieux que *M. de Cambolas, livre* 3, *chapitre* 6, *livre* 6, *chapitre* 11, *& au Traité des ſecondes Nôces, nombre* 4, *& M. d'Olive, livre* 3, *chapitre* 12, parlent de cette peine comme étant en vigueur, & que la déciſion des textes du Droit donna lieu à un partage d'opinions, pour ſçavoir ſi une telle femme étoit capable de recueillir une donation entre-vifs; qu'elle donna lieu encore à un autre partage, pour ſçavoir ſi la mere remariée dans l'an du deuil

Les Loix ne peuvent être abrogées que par un uſage contraire.

Si la femme remariée dans l'an du deuil eſt incapable des donations entre-vifs.

deuil, pouvoit être instituée heritiere par son fils, ce qui ne laisse point de doute que cette incapacité ne soit en vigueur, de même que les autres peines infligées à la femme qui se remarie dans l'an du deuil, dans le ressort du Parlement de Toulouse.

72. Comment doit s'entendre l'incapacité de la femme remariée dans l'an du deuil de recueillir les liberalitez testamentaires. S'étend-t'elle à toutes sortes de personnes?

Thesaurus, au lieu cité, *nombre* 11, & quelques autres Auteurs ont pensé que l'exclusion de toutes dispositions testamentaires, & à cause de mort, prononcée contre les femmes remariées dans l'an du deuil par la Loi 1, *cod. de secundis nuptiis*, doit être bornée aux dispositions des enfans du premier lit, & des ascendans ou parens du côté du mari; mais cette restriction qui est contraire à l'opinion commune des Docteurs, notamment de *Sanchés*, *de matrimonio*, *lib.* 7, *disput.* 87, *num.* 7, & à la *Novelle* 22, *chapitre* 22, qui parle nommément des dispositions des étangers, choque visiblement les termes de la Loi 1, *cod. de secundis nuptiis*, qui porte une exclusion generale de toutes les dispositions testamentaires, ou par donation à cause de mort, & qui embrasse generalement toutes sortes de personnes indistinctement, ce qui résulte clairement des dernieres paroles de la Loi, qui permet à la femme remariée dans l'an, de recueillir les successions *ab intestat* jusqu'au troisiéme dégré; & cette faculté de succeder *ab intestat*, la rendant aussi capable de succeder par Testament, selon l'opinion de quelques Auteurs rapportez par *Sanchés*, au lieu cité, *nombre* 9, & *M. de Cambolas*, *livre* 3, *chapitre* 6, du moins à la portion qu'elle auroit recueillie *ab intestat* de ses parens jusqu'au troisiéme dégré, prouve que la défense de recueillir tombe plus naturellement sur toutes les personnes ausquelles la femme remariée ne doit pas succeder *ab intestat*. *Sanchés* croit même que la femme est incapable de recueillir les *dispositions* testamentaires de la part de ceux ausquels la Loi lui permet de succeder *ab intestat*, ce qui nous paroît trop dur, & contraire à la regle qui veut que celui qui est capable de succeder *ab intestat*, soit à plus forte raison capable de succeder par Testament; regle qui est observée au Parlement de Toulouse, à l'égard de la mere remariée dans l'an du deuil, suivant *M. de Cambolas*, *livre* 3, *chapitre* 6.

joann. de gotman lib. de sec. nupt. parisiis de l'an de sanday pag. 61. 62.

73. Si la femme remariée *non petitis tutoribus* est incapable des liberalitez testamentaires ou à cause de mort.

A l'égard des peines que la Loi Romaine inflige à la femme qui se remarie sans avoir fait pourvoir de tuteur à ses enfans pupilles, rendu son compte & payé le reliqua, j'ai de la peine à croire que même au Parlement de Toulouse, on déclarât une telle femme incapable des dispositions testamentaires, ou par donation à cause de mort, parce que ce Parlement ne s'est pas at-

taché à la rigueur du Droit à cet égard, & que dans plusieurs cas, il a adouci les peines infligées par la Loi, vû qu'une telle femme, qui ne viole plus la religion du ferment, parce qu'elle n'est pas obligée de renoncer aux secondes nôces, suivant *la Novelle* 94, & qui ne commet qu'une faute d'omission, ne doit pas paroître si odieuse, que celle qui se remarie dans l'an du deuil, laquelle blesse en quelque façon la pudeur & l'honnêteté par un nouveau mariage si précipité, qui est une preuve de son incontinence; au lieu que l'omission ou la négligence de faire donner un tuteur, ne peut blesser que l'interêt de ses enfans, auquel il est même assez pourvû, en déclarant les biens du second mari affectez & hypotequez pour le reliqua dû par la femme remariée, *l. si mater 6, cod. in quib. causis pignus tacitè contrahitur.*

74. Dans le Pays Coutumier la femme qui se remarie *non petitis tutoribus* ne souffre aucune peine.

Selon la remarque de Ferriere sur la *Novelle* 22, *chapitre* 40, *nombre* 7, dans la France Coutumiere, où il est suffisamment pourvû à l'interêt des enfans dont la mere se remarie, par l'hypoteque qu'ils ont sur les biens de leur beau-pere, cette peine n'est point en usage, & les meres qui se remarient ne perdent rien pour n'avoir pas fait nommer un tuteur à leurs enfans. C'est l'usage du Parlement de Paris, & le sentiment de *Papon dans ses Notaires, & d'Imbert dans son Enchiridion.*

75. De la femme qui malverse après l'an du deuil, si elle est privée de la succession de ses enfans, & des liberalitez de son mari.

Selon quelques Auteurs, la femme qui malverse après l'an du deuil, est privée des liberalitez qui lui ont été faites par son défunt mari; *Benedicti*, sur le chapitre *Raynutius*, *verb. qui cum alia matrimonium contrahens*, *num.* 200. *M. la Roche*, verb. *mariage*, *livre* 2, *article* 25, elle est encore privée de la succession de ses enfans auxquels elle a fait injure par sa malversation, *M. Maynard*, *livre* 3, *chapitre* 99; *M. la Roche*, verb. *mariage*, *articles* 24 & 25, *M. de Cambolas*, *livre* 3, *chapitre* 45. On a d'abord excepté de cette rigueur la femme qui se remarioit avec la personne avec laquelle elle avoit malversé, par la raison du chapitre *tanta est vis*, *extra*, *qui filii sint legitimi. M. de Catellan*, *liv.* 4, *chapitre* 72. Ce qui a été jugé par plusieurs Arrêts du Parlement de Toulouse, postérieurs à ceux qui sont rapportez par *M. de Catellan*; mais comme ces peines n'ont aucun fondement dans le Droit, que même la femme qui se remarie dans l'an du deuil, non-plus que celle qui malverse aussi dans l'an du deuil, n'est pas incapable de succeder à ses enfans, le Parlement de Toulouse s'est départi de cette rigueur, & il a jugé par plusieurs Arrêts rendus à la troisiéme Chambre des Enquêtes, que nonobstant la malversation après l'an du deuil, la femme devoit

ſucceder à ſes enfans, quand même elle n'épouſeroit pas celui avec lequel elle avoit malverſé. On l'a encore jugé de même par un Arrêt de la ſeconde Chambre des Enquêtes le 2 Septembre 1740, après partage au rapport de M. d'Arbou, Compartiteur M. Monſarrat, en faveur de Marie Paillas, veuve de Jean Calvet, contre Antoine, Anne, Marie & Catherine Calvet. Cette veuve avoit malverſé après l'an du deuil, avec le nommé Etienne Durond, pendant la vie d'un fils pupille du premier lit, dont elle étoit tutrice; elle acoucha le 20 Février 1734, & elle fut fiancée avec l'Auteur de ſa malverſation le 5 Mars de la même année. La mort du fiancé empêcha la célebration du mariage. Le fils du premier lit de cette veuve étant décedé après la malverſation, les parens collateraux demanderent la maintenuë en ſa ſucceſſion, à cauſe de l'indignité de ſa mere; mais ils en furent déboutez par cet Arrêt. Il avoit été jugé auparavant par un Arrêt rendu en la troiſiéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Celez le 10 May 1723, en faveur de la Demoiſelle d'Alaret, que cette femme qui avoit malverſé après l'an du deuil, ne devoit pas être privée des liberalitez à elle faites par ſon mari dans ſon Teſtament; il eſt vrai que cette veuve avoit épouſé l'Auteur de la malverſation; mais cette circonſtance ne change rien à la theſe, parce que l'indignité, lorſqu'il y en a, eſt encouruë par le ſeul fait, & elle ne peut pas être effacée par un évenement poſtérieur, ni empêcher que le crime ne ſoit commis, & la peine encouruë, *l. qui ea mente 65, ff. de furtis*, & que le mariage ſubſéquent peut bien rendre légitime l'enfant né auparavant, ſuivant le chap. *tanta eſt vis, extra, qui filii ſint legitimi*; mais il ne peut pas faire que l'injure, ſuppoſé qu'il y en eût eu, n'eût été ſoufferte par le mari, & que ſi elle avoit été capable dans ſon origine de produire l'indignité de la veuve, elle n'eût été encouruë par le ſeul fait.

Arrêt du Parlement de Toulouſe qui juge que la veuve qui malverſe après l'an du deuil, n'eſt pas privée de la ſucceſſion teſtamentaire de ſon mari.

Je viens de faire rendre un Arrêt au Parlement de Toulouſe, après une diſcuſſion très-exacte, & avec grande connoiſſance de Cauſe, qui a confirmé cette Juriſprudence, & jugé qu'une femme inſtituée par ſon mari, ne devoit pas être privée de ſon herédité pour avoir malverſé après l'an du deuil, quoique la perſonne avec laquelle elle avoit malverſé, fût d'un caractere à ne pouvoir pas réparer l'honneur de la veuve par un mariage. Il a encore jugé une autre queſtion fort remarquable, parce qu'elle ne ſe trouve pas décidée expreſſément par la Loi, ni par les Auteurs; ſçavoir, que quand la condition ajoutée à l'inſtitution, a

Et que quand la condition ajou-

tée à l'inſtitution à un objet particulier, la contravention n'opere aucun effet dès que l'objet de la condition eſt évacué.

un objet particulier, la contravention n'opere aucun effet, dès que l'objet de la condition eſt évacué.

Louis Jourdain, Apoticaire d'Annonay, par ſon Teſtament du 8 Janvier 1731, diſpoſa de ſes biens en cette forme: *J'inſtituë & nomme pour mon heritiere univerſelle, Demoiſelle Iſabeau B.... ma chere & bien aimée épouſe, par laquelle je veux mes dettes & legats être payez & ſatisfaits, à la charge par elle de vivre en viduité, voulant qu'au cas qu'elle vînt à convoler en ſecondes nôces, mes biens viennent & appartiennent incontinent à ſieur Louis Jourdain mon filleul & neveu, fils à ſieur Joſeph Jourdain mon frere, lequel je ſubſtituë audit cas ſeulement, & non autrement, bien entendu qu'il ne pourra prétendre au moyen de ladite ſubſtitution, & le cas du convol arrivant, que ce qui reſtera en capital exiſtant de mon heritage, lors dudit convol, ſans qu'il puiſſe demander aucun compte des fruits perçus par mon heritiere juſqu'alors, ni prendre aucun remplacement des capitaux conſommez, m'en rapportant, à cet effet, à la ſeule bonne foi de mon heritiere, ſans qu'il ſoit beſoin de faire aucun inventaire, ſous quelque prétexte que ce puiſſe être, ni que mon neveu, le cas de la ſubſtitution arrivant, puiſſe inquieter ni rechercher madite heritiere, au prétexte de fauſſe déclaration, ou expoliation, à lui réſervé ſeulement la preuve par écrit de ce qui ſe trouvera exiſtant, & en nature de ladite ſucceſſion, autrement, & à faute par lui de l'exécuter, à cet égard, je révoque ladite ſubſtitution, que je déclare dès-à-preſent anéantie.*

Louis Jourdain, neveu & ſubſtitué, mourut le 19 Décembre 1733, par où la ſubſtitution devint caduque. Le Teſtateur eut connoiſſance de cette mort, & il déceda le 10 Novembre 1734, ſans avoir rien changé à ſa diſpoſition, & ſans laiſſer des enfans.

La veuve heritiere jouit paiſiblement de l'herédité juſqu'au 12 Novembre 1740, que Me. Chomel & autres ſes conſorts, ſucceſſeurs *ab inteſtat* de Louis Jourdain, ayant expoſé que la veuve avoit accouché d'une fille le 30 Octobre de la même année, demanderent devant le Juge d'Annonay qu'elle fût déclarée privée de la ſucceſſion de Louis Jourdain, & qu'elle leur fût adjugée en qualité de plus proches parens, avec reſtitution des fruits depuis le décès du ſieur Jourdain, Teſtateur, auquel effet qu'il fût ordonné que l'heritiere ſeroit tenuë de remettre un état de conſiſtance des biens exiſtans lors du décès du Teſtateur; ils demanderent encore qu'en cas d'expoliation, ils fuſſent reçûs au ſerment *in litem*, ſuivant la commune renommée,

pour la valeur des effets de l'herédité qui pourroient avoir été détournez.

Au contraire la veuve demanda ſon relaxe par fins de non-valoir & de non-recevoir, des concluſions contr'elle priſes, & qu'elle fût maintenuë définitivement en tous les biens ayant appartenus au ſieur Louis Jourdain, en qualité de ſon heritiere teſtamentaire.

Par Sentence du 18 Avril 1741, le Juge d'Annonay déclara la veuve déchûë de l'herédité de ſon mari, elle fut condamnée au délaiſſement en faveur des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, avec reſtitution des fruits depuis le 30 Janvier 1740, neuf mois avant l'accouchement de l'heritiere, ſuivant l'eſtimation d'Experts, ſur l'état & conſiſtance des biens délaiſſez par le ſieur Louis Jourdain lors de ſon décès, que la veuve ſeroit tenuë de donner dans huitaine, autrement il fut permis aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, de donner cet état, ſauf à prouver les latitations, & la veuve eſt condamnée aux dépens.

Sur l'appel interjetté par la veuve devant le Sénéchal de Niſmes, il fut rendu Sentence le 20 Mars 1742, qui confirme celle du premier Juge, avec dépens.

Toutes les Parties appellerent de cette Sentence au Parlement de Toulouſe; les ſucceſſeurs *ab inteſtat* pour la faire réformer en ce qu'elle n'avoit pas condamné la veuve à la reſtitution des fruits depuis le décès de Louis Jourdain, Teſtateur, & la veuve pour ſe faire maintenir en la ſucceſſion de ſon défunt mari.

Les ſucceſſeurs *ab inteſtat* diſoient que la veuve n'avoit aucun ſujet légitime de ſe plaindre de ce qu'elle avoit été déclarée privée de la ſucceſſion de ſon mari, vû que cette diſpoſition étoit juſte & juridique par pluſieurs raiſons: La premiere, parce que les liberalitez qu'un mari fait à ſa femme renferment la condition tacite de mener une vie honnête & chaſte, *neque enim credendum eſt quemquam tam in ſana mente reperiri, qui uxori impudicæ de ſuo quidquam dare velit*, dit *Mantica*, *de conjecturis ult. volunt. lib.* 10, *tit.* 6, *num.* 21, à laquelle condition la veuve avoit contrevenu par une malverſation d'autant plus odieuſe, qu'elle avoit été commiſe avec une perſonne, qui par ſon état & ſon caractere, ne pouvoit pas réparer, par le mariage, l'honneur de cette veuve. Raiſons des Succeſſeurs *ab inteſtat.*

La deuxiéme, parce que le Teſtateur avoit impoſé la condition expreſſe de viduité, par ces paroles: *A la charge, par elle, de vivre en viduité*; que cette condition vague s'appliquoit à l'inf-

titution ; & ſi le Teſtateur ajoute, *voulant qu'au cas qu'elle vînt à convoler en ſecondes nôces, mes biens viennent & appartiennent à Louis Jourdain, mon filleul & neveu.* Cette répétition de la condition pour l'attacher à la ſubſtitution, n'empêchoit pas que la premiere clauſe vague & generale ne s'appliquât à l'inſtitution ; qu'ainſi la contravention à cette condition a dû faire déclarer la veuve déchûë de l'herédité de ſon mari, pour la déferer aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, en défaut du fideicommiſſaire, parce que c'eſt l'effet naturel de la condition de détruire & renverſer la diſpoſition, comme ſi elle n'avoit jamais été faite, *tamquam ſi ab initio neque datum fuiſſe videretur*, ſuivant les expreſſions de la *Novelle* 22, *chapitre* 44, *§. 6* ; ce qui avoit été ainſi jugé dans une eſpece toute ſemblable, par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 13 Août 1632, rapporté par *M d'Olive, livre* 3, *chapitre* 17, par lequel, une femme inſtituée heritiere pour les deux tiers, par ſon mari, avec charge de ſubſtitution, en cas qu'elle convoleroit en ſecondes nôces, fut déclarée déchûe de cette ſucceſſion, par le convol en ſecondes nôces, quoique le ſubſtitué y eût donné ſon conſentement moyennant une ſomme de 1500 liv. & comme ſi la veuve avoit convolé en ſecondes nôces, elle auroit perdu le fruit des liberalitez à elle faites par ſon mari, ſuivant la Novelle citée, elle devoit en être privée à cauſe de ſa malverſation, *ne amplius habeat caſtitate luxuria, Novell.* 39, *cap.* 2 ; car la femme qui malverſe eſt beaucoup moins favorable, comme faiſant une choſe illicite, que celle qui contracte des nôces permiſes. Voilà pourquoi celle qui malverſe, doit pour le moins être miſe au niveau de celle qui ſe remarie, *l. his ſolis* 7, *cod. de revocand. donat.* & puiſque la condition de viduité interdit à la veuve tout commerce licite dans le mariage légitime, elle doit interdire, à plus forte raiſon, tout commerce illicite. La condition de viduité renferme donc celle de vivre dans la continence, qui eſt rompue par tout mauvais commerce, encore plus que par un mariage légitime. *Benedicti*, ſur le chapitre *Raynutius, verb. qui cum alia matrimonium contrahens, num.* 169 ; *Joannes de Garronibus, tractat. de ſecundis nuptiis, pœna* 28, *num.* 57 ; *l'Auteur des Notes ſur la Peyrere, Gratianus diſcept. forenſ. tom.* 1, *cap.* 5 ; *Sanchés de matrimonialib.* 7, *d ſput.* 91, *n.* 41, & pluſieurs autres.

La troiſiéme raiſon, eſt que la femme qui forfait à ſon honneur, même après l'année du deuil, doit être privée des liberalitez qui lui ont été faites par ſon mari, ſuivant la déciſion des Auteurs,

notamment de *Benedicti*, sur le chapitre *Raynutius*, *verb. qui cum aliâ matrimonium contrahens*, *num.* 200; *Tiraqueau*, *de nobilitate*, *cap.* 18, *num.* 14; *Surdus*, *de alimentis*, *tit.* 7, *quest.* 24; *Gratianus*, *discept. forens. tom.* 1, *cap.* 5; & *Bornier* sur *Ranchin*, *tit. vidua*, *art.* 7. Cette doctrine des Auteurs est autorisée par la Jurisprudence des Arrêts rapportez par *M. Maynard*, *livre* 3, *chapitre* 99, *M. la Roche*, *verb. mariage*, *articles* 24 *&* 25, *&* *M. de Cambolas*, *livre* 3, *chapitre* 45; & cela est fondé sur ce que l'incontinence de la veuve réflechit sur l'honneur du mari; que la veuve jouit des honneurs de son défunt mari, & retient son domicile, *l. fœminæ ff. de Senatoribus*, *l. filii §. vidua*, *ff. ad municipal.* que le mariage est censé durer pendant la viduité, *in priore matrim. permanet*, *l. ult. cod. de bonis maternis & Novell.* 22, *cap.* 20, *§. soluto*: Que la veuve qui malverse après l'an, perd tous les privileges qui lui avoient été communiquez par la condition de son mari. *Boërius*, *decis.* 338, *Tiraqueau*, *de nobilitate*, *cap.* 18, *num.* 13, *Julius Clarus*, *§. stuprum*, *num.* 7, & *Brodeau sur M. Loüet*, *letre J. sommaire* 4; qu'enfin l'intention de l'Empereur Justinien est de punir l'incontinence de la veuve, lorsqu'il dit dans la *Novelle* 2, *chapitre* 3, que la femme ne doit pas être punie pour avoir contracté un mariage légitime, pourvû qu'elle s'abstienne de toute luxure, & qu'elle vive honnêtement, *non est torquenda propter hoc*, *nec interdicendæ sunt ei communes leges*, *sed ad hoc viri alterius veniat nuptias*, *honestè*, *& omni luxuria abstineat*; que si quelques Arrêts rapportez par *M. de Catellan*, *livre* 4, *chapitre* 72, n'ont pas prononcé la peine de privation contre la veuve qui avoit malversé après l'an du deuil, ce n'est que dans le cas particulier que la veuve s'étoit remariée avec le complice de sa malversation, comme le remarque *M^e.* *Boutaric dans ses institutions au Droit François*, *page* 400, & par cette raison, que le mariage qui survient, purifie & affecte tout ce qui pourroit se rencontrer de mauvais dans le commerce illicite, suivant la glose du chapitre *tanta est vis*, *extra*, *qui filii sint legitimi.*

Pour ce qui est du moyen d'appel, pris de ce que le premier Juge & le Sénéchal n'avoient pas ordonné la restitution des fruits depuis le jour du décès de Louis Jourdain, Testateur, les successeurs *ab intestat* le fondoient sur la disposition de la *Novelle* 22, *chapitre* 44, qui veut que la femme à laquelle son mari a fait quelque liberalité, sous la condition de viduité, en soit privée, avec tous les fruits, depuis qu'elle les a perçus, tout

comme si la liberalité n'avoit jamais été faite, lorsqu'elle contrevient à la condition : *reddat quod datum est, tale quale percepit, restituens & quas percepit in medio fructus . . . tamquam si ab initio neque datum fuisse videretur*, sans que la veuve pût tirer avantage de la clause du Testament, par laquelle elle n'est chargée de rendre par voye de fideicommis, dans le cas du convol, que ce qui se trouveroit existant de l'herédité lors du convol en secondes nôces, parce que le Testateur n'avoit pas pû remettre une peine infligée par le Droit & la Jurisprudence des Arrêts, dans un cas qui intereſſe les bonnes mœurs & l'honnêteté.

Raisons de la veuve heritiere.

Au contraire, la veuve heritiere disoit, que la Sentence du premier Juge & celle du Sénéchal, devoient être réformées, pour toutes leurs dispositions, qu'elle devoit être relaxée des fins & conclusions contr'elle prises, & maintenue en l'herédité de son défunt mari.

Elle opposoit d'abord des fins de non-valoir prises de ce que les heritiers *ab intestat* n'avoient rien à avoir sur l'herédité de Louis Jourdain, parce qu'ils en avoient été exclus par son Testament. En effet, les successions sont déferées de deux manieres : La premiere, par Testament. La seconde, par la disposition de la Loi, en défaut de Testament, *l.* 1, *ff. de hered. petit. & §. hactenus* 6, *instit. per quas personas cuique acquiritur*, & c'est une maxime indubitable, que la succession légitime cesse toutes les fois que l'herédité est déferée par Testament, *quamdiu potest ex Testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur*, & comme le Testament étoit bon & valable, qu'il avoit été exécuté pendant plusieurs années, que même il n'étoit pas attaqué, il excluoit donc les successeurs *ab intestat*, de tout droit & de toute prétention sur l'herédité de Louis Jourdain.

A la premiere raison opposée par les successeurs *ab intestat*, & qu'ils prenoient de ce que la condition tacite de vivre dans la continence, devoit être sous-entendue dans toutes les dispositions faites par le mari en faveur de sa femme, l'heritiere répondoit, qu'il n'y avoit aucun texte pour établir cette prétendue condition tacite ; qu'ainsi, on ne pouvoit pas la suppléer ni la sous-entendre ; il est vrai que les paroles de *Mantica*, rapportées par les successeurs *ab intestat*, semblent supposer cette condition ; mais cet Auteur ne dit pas que la condition doive être sous-entendue, il décide seulement que quand le mari a fait plusieurs liberalitez à sa femme, & qu'il a apposé à quelques-unes

la

la condition de chaſteté, il faut répeter & ſous-entendre la même condition aux autres. Après tout, le ſentiment de cet Auteur n'a abſolument aucun fondement dans le Droit, & ſes expreſſions ne peuvent être que l'effet d'une imagination Italienne; auſſi y a-t'il une foule d'Auteurs qui ſeront rapportez ci-après, leſquels décident qu'on ne peut ſuppléer ni ſous-entendre aucune condition, & que la femme n'encourt aucune privation par ſa malverſation, après l'an du deüil, ſurtout, lorſque le mari n'a point laiſſé d'enfans ſurvivans, comme il étoit arrivé au cas preſent.

La veuve ſoutenoit que la deuxiéme raiſon des ſucceſſeurs *ab inteſtat* manquoit dans le fait & dans le droit; en effet, le Teſtateur n'avoit impoſé que la condition de viduité; qu'ainſi, elle ne pouvoit être enfreinte que par un ſecond mariage, & non par aucun équipolent: Cette condition avoit un ſeul & unique objet, qui étoit d'obliger l'heritiere à rendre l'herédité à Louis Jourdain, neveu du Teſtateur, en cas de convol en ſecondes nôces, & le Teſtateur avoit borné la condition à ce ſeul & unique objet, par ces paroles remarquables, *lequel je ſubſtituë, audit cas ſeulement, & non autrement*, & la ſubſtitution étant devenuë caduque par le prédécès du ſubſtitué, l'objet de la condition ſe trouvoit évacué.

La premiere regle que les Loix ont établie ſur la matiere des conditions, eſt qu'il faut conſulter la diſpoſition par laquelle le Teſtateur a marqué ſa volonté, pour connoître ſi la condition eſt accomplie, ou ſi l'on y a contrevenu, parce que c'eſt la Loi que le Teſtateur a impoſée, *in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones, leg.* 19, *ff. de condit. & demonſtrat.* Le tems, la forme, la maniere, les circonſtances dans leſquelles les conditions doivent être accomplies, leur étenduë, leur objet, tout cela dépend de la diſpoſition conditionnelle, par laquelle il faut ſe regler. L'accompliſſement ou l'infraction de la condition doivent arriver préciſément de la maniere & en la forme preſcrite par le Teſtateur, ou, comme diſent les Auteurs, *in forma ſpecifica*, ſans qu'on puiſſe y admettre des équipolens. Ce principe eſt renfermé dans une foule de Loix, notamment dans la Loi *commodiſſimè* 10, *ff. de liberis & poſthumis.* La Loi *fideicommiſſa* 11, *§. ſi cui* 11, *ff. de leg.* 3. La Loi *ſi cum dotem* 22, *ff. ſoluto matrim.* Et les Loix 44, 55 & 94, *ff. de condit. & demonſtrat.* & il a été adopté par tous les Auteurs.

De ce principe il s'enſuit que le Teſtateur n'ayant impoſé que

la condition de viduité, & n'ayant défendu à ſon heritiere, que de paſſer à de ſecondes nôces, la condition n'a pû être enfreinte que par un ſecond mariage, & non par une malverſation après l'an du deüil, d'autant mieux que le Teſtateur a borné & limité la condition au ſeul cas du convol à de ſecondes nôces, par des expreſſions très-claires, *lequel je ſuſtituë audit cas ſeulement, & non autrement*, ce qui fait que l'objection des ſucceſſeurs *ab inteſtat* manque du côté du fait.

Si le Teſtateur s'étoit expliqué moins diſertement, il y auroit peut-être lieu de douter que la condition de viduité, ſi elle avoit été appliquée à l'inſtitution, ne pût être étenduë au cas de la malverſation, parce que certains Auteurs ont crû que la femme qui malverſe après l'an du deüil, encourt les mêmes peines que celle qui ſe remarie après l'an. *Ne amplius habeat caſtitate luxuria*; ce que la *Novelle 39, chapitre 2*, ne dit néanmoins que par rapport à la femme qui malverſe dans l'an du deüil.

Mais ce doute s'évanouit par les expreſſions dont le Teſtateur s'eſt ſervi, qui excluent d'une maniere claire & énergique, tous les cas, autres que le convol en ſecondes nôces; car il n'eſt pas queſtion de chercher une volonté préſumée, lorſque l'on en découvre une qui eſt claire & certaine par les paroles du Teſtament, *cum in verbis nulla ambiguitas eſt, non debet admitti voluntatis quæſtio, leg. 25, §. 1, ff. de leg. 3*, vû qu'il ne faut jamais s'écarter de la ſignification des paroles, à moins qu'il ne paroiſſe manifeſtement que le Teſtateur a penſé autrement, *non aliter à ſignificatione verborum recedi oportet, quam cum manifeſtiſſimum eſt aliud cenſuiſſe Teſtatorem, l. 69, ff. eodem.*

Quand la condition auroit pû être enfreinte par un équipolent, contre les regles qui en diſpoſent autrement, c'eſt-à-dire, par la malverſation, la contravention ſeroit incapable de produire aucun effet, à cauſe que la condition n'aboutiſſoit qu'à obliger l'heritiere à rendre l'herédité à Louis Jourdain, ſubſtitué, lequel étant décedé avant le Teſtateur, & la ſubſtitution étant devenue caduque, *l. un. §. ſin autem 7, cod. de caduc. tol'endis, l. 81, ff. de acquir. vel amitt. hered. l. 1, §. 2, l. 59, ff. de condit. & demonſtr. l. 9, ff. de ſuis & legitimis, l. 25, & l. 78, §. 10, ff. ad Senatus-Conſult. Trebell.* l'herédité étoit demeurée ſur la tête de l'heritiere grevée, comme s'il n'y avoit jamais eu de condition ni de charge de fideicommis; car lorſque la ſubſtitution devient caduque par le prédécès du ſubſtitué, on ne s'enquiert point ſi la condition eſt arrivée ou ſi elle a manqué après

la mort du fideicommiſſaire, par où l'objection des ſucceſſeurs *ab inteſtat* manque encore du côté du Droit.

Vainement les ſucceſſeurs *ab inteſtat* ont-ils oppoſé que la contravention à la condition a dû donner lieu à l'ouverture de la ſucceſſion *ab inteſtat*, n'y ayant point de fideicommiſſaire qui pût leur faire obſtacle, parce que la condition de viduité eſt d'abord impoſée vaguement, & que la caducité de la ſubſtitution ne révoque pas les conditions qui ont été impoſées perſonnellement à l'heritier; car c'eſt raiſonner ſur une fauſſe hipoteſe, & contre la teneur du Teſtament, qui a borné l'objet de la condition, & qui l'a appliquée, non à l'inſtitution pour produire l'effet de la privation en general, & donner lieu à la ſucceſſion *ab inteſtat*; mais à la ſubſtitution, en faveur du ſeul & unique ſubſtitué.

Il y a des conditions abſolues, & qui n'ont point d'objet particulier; celles-ci doivent produire leur effet, & l'excluſion par la ſeule contravention, parce que *quod ſub una conditione datur ſub contraria conditione cenſetur ademptum.* Il y a encore des conditions qui ſont reſpectives, qui ont un objet particulier & limité, & qui ne peuvent produire leur effet que relativement au cas que le Teſtateur a reglé, à cauſe de cette maxime vulgaire, *quod ſub conditione adimitur perinde eſt ac ſi contraria conditione datum fuiſſet, l.* 10, *ff. de adim. leg. & l. quod purè* 6, *ff. quando dies leg. cedat.*

Le Teſtateur n'ayant donc pas impoſé la condition vague de viduité; mais l'ayant bornée au ſeul effet d'obliger l'heritiere à rendre l'herédité à Louis Jourdain, en cas qu'elle convoleroit en ſecondes nôces; on ne peut pas dire que quand il y auroit une contravention ſpécifique à la condition, elle eût donné lieu à l'ouverture de la ſucceſſion *ab inteſtat*, dès auſſitôt que la ſubſtitution eſt devenue caduque par le prédécès du ſubſtitué, parce que le Teſtateur en a diſpoſé tout autrement, en bornant l'effet de la contravention à la ſeule charge de rendre l'herédité au ſubſtitué, & en n'appellant pas, dans le même cas, les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, qui ſont toujours exclus, tandis que le Teſtament ſubſiſte, vû que *limitata diſpoſitio, limitatum producit effectum.*

C'eſt donner une fauſſe explication aux paroles du Teſtament qui renferment la condition de viduité, de prétendre qu'elles contiennent deux conditions; l'une vague & indéterminée, appliquée à l'inſtitution; & l'autre particuliere, & appliquée à la ſub-

ſtitution en faveur du fideicommiſſaire ; car ſi immédiatement après l'inſtitution, le Teſtateur a ajouté, *à la charge par elle de vivre en viduité*, il ajoute auſſi tout de ſuite, pour déterminer l'objet & le but de cette condition, & la borner au ſeul cas de la ſubſtitution, *voulant qu'en cas qu'elle vînt à convoler en ſecondes nôces, mes biens viennent . . . à Louis Jourdain . . . lequel je ſubſtituë audit cas ſeulement, & non autrement:* enſorte qu'il faut néceſſairement joindre les mots, *à la charge de vivre en viduité*, avec ceux qui ſuivent immédiatement, *voulant qu'au cas du convol, mes biens viennent, &c.* qui forment une démonſtration qu'il n'y a qu'une ſeule & unique condition appliquée uniquement & taxativement à la ſubſtitution, afin que la contravention profitât au ſubſtitué, & non afin que les ſucceſſeurs *ab inteſtat* puſſent profiter de l'herédité, même dans le cas du convol en ſecondes nôces. De-là vient qu'il ſeroit inutile que l'on pût appliquer la condition de viduité à l'inſtitution qui précede, parce que les paroles qui ſuivent, *voulant, &c.* déterminent d'une maniere claire, que la condition de viduité, à quoi qu'on la rapporte, ne pouvoit produire d'autre effet, que celui d'obliger l'heritiere à rendre l'herédité au ſubſtitué, s'il étoit exiſtant lors de la contravention à la condition.

Il faut donc en revenir à ce point, que le Teſtateur n'ayant impoſé qu'une condition de viduité, & l'ayant même bornée à ce ſeul cas, en faveur d'un ſubſtitué qui n'exiſtoit plus, il n'y avoit aucune raiſon de vouloir étendre cette condition au-delà des bornes dans leſquelles le Teſtateur l'a reſſerrée par des expreſſions claires & indubitables, ſelon la remarque de *Ricard, des Diſpoſitions conditionnelles, nombre 19*; il faut dans le doute, conſiderer la diſpoſition comme pure, plutôt que comme conditionnelle. Voilà pourquoi la multiplication des conditions ne doit pas être préſumée, & comme ſelon le ſommaire de la Loi *Avia* 77, *§.* dernier, *ff. de condit. & demonſtrat.* la condition peut être limitée par la volonté tacite du Teſtateur, *conditio limitatur ex præſumpta mente defuncti*; elle doit donc, à plus forte raiſon, être limitée, lorſque la volonté du Teſtateur paroît par des termes clairs & énergiques, comme au cas preſent.

Quand la condition conſiſte *in non faciendo*, comme de ne pas ſe remarier, elle n'a pas un effet ſuſpenſif; mais la liberalité laiſſée ſous une telle condition peut être demandée, en prêtant la caution Mucienne, *l. 7, ff. de condit. & demonſtrat. & Novell. 22, cap. 44*; cette caution doit être baillée aux Intereſ-

ſez, *l.* 18, *ff. de condit. & demonſtrat. & l.* 65, *§.* 1, *ff. ad Senat. Conſult. Trebell.* c'eſt-à-dire, à l'heritier teſtamentaire, lorſqu'il s'agit d'un legs ou d'une portion d'herédité, ou d'une donation à cauſe de mort, parce que tout cela doit lui revenir en cas de contravention, *Novell.* 22, *cap.* 44, *§.* 9; que s'il s'agit d'une ſubſtitution faite en cas que l'heritier ſe remarie, la caution doit être prêtée au ſubſtitué, à qui la choſe doit revenir; mais s'il n'y a point d'heritier teſtamentaire ni de ſubſtitué, ou s'il n'y a qu'un ſeul heritier inſtitué, ſous la condition de ne point ſe remarier, la caution *Mucienne* doit être baillée aux heritiers *ab inteſtat*, à cauſe qu'en cas de contravention, la liberalité doit leur faire retour ſuivant le *§.* 9 déja cité. *Præfatæ autem à nobis obſervationes dentur, ſi inſtitutionis ſit pars, aut legatum, heredibus, aut ſubſtitutis, aut illis à quibus hæc relicta ſunt; ſi quidem mortis cauſa donatio, omninò heredibus. Si verò ex aſſe, ſecundum talem conditionem conſcribatur quis heres, ſubſtitutis, ſi fuerint, aut omnino iis qui ab inteſtato vocantur ad hereditatem hujuſmodi obſervationes præſtentur.* Lors donc qu'un ſubſtitué eſt appellé pour recueillir l'herédité, en cas de contravention à la condition, il eſt ſeul intereſſé, & c'eſt par conſéquent à lui ſeul que la caution doit être prêtée, & nullement aux heritiers *ab inteſtat*, qui ne ſont pas l'objet de la condition: Ainſi lorſque le ſubſtitué eſt prédécedé, & que la ſubſtitution eſt devenuë caduque, n'y ayant plus d'intereſſé pour recevoir le cautionnement, la condition ſe trouve évacuée, elle eſt incapable d'operer aucun effet, & elle eſt cenſée accomplie, *quoniam non eſt cui caveat . . . jure ipſo videtur impleta conditio*, ſelon les expreſſions de la Loi 7, *§.* 1, *ff. de condit. & demonſtrat.* car lorſque la ſubſtitution tombe en caducité, les biens qui en faiſoient le ſujet demeurent à celui qui devoit en faire la reſtitution, ſans examiner ſi la condition eſt arrivée ou ſi elle a manqué, *l. un. §.* 7, *cod. de caduc. toll.* & les ſucceſſeurs *ab inteſtat* ne peuvent pas vendiquer les biens, ſous prétexte que l'évenement qui en devoit priver l'heritier, & l'obliger de rendre au ſubſtitué, eſt arrivé.

L'Arrêt rapporté par *M. d'Olive, livre* 3, *chapitre* 17, ne reçoit pas une juſte application au cas preſent, parce que les circonſtances ſont differentes. Dans le cas de cet Arrêt, il y avoit un ſubſtitué exiſtant lors du convol de la veuve heritiere pour les deux tiers, & par conſéquent, la condition n'étoit pas évacuée; ſon objet ſubſiſtant donc lorſque la femme convola en ſecondes nôces, elle encourut de plein droit la peine de la priva-

tion, par la contravention à la condition ; au lieu qu'au cas preſent, il n'y avoit plus de ſubſtitué, la ſubſtitution étoit devenuë caduque, & l'objet de la condition étoit évacué. Il ne reſtoit donc dans l'eſpece de cet Arrêt, que de ſçavoir ſi le ſubſtitué devoit être déclaré indigne du fruit de la ſubſtitution qui lui étoit déferée, pour avoir lui-même contrevenu à la condition & avoir conſenti au ſecond mariage de l'heritiere moyennant une gratification de 1500 liv. & cet Arrêt déclara le ſubſtitué indigne ; de plus, il jugea, ainſi que le même Auteur l'explique dans le *chapitre* 18, que l'indignité du ſubſtitué devoit profiter non aux heritiers *ab inteſtat*, mais au co-heritier teſtamentaire ; ce qui formoit un préjugé contraire aux prétentions des ſucceſſeurs *ab inteſtat* de Louis Jourdain.

Malverſation.

En répondant à la troiſiéme raiſon des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, priſe de l'indignité prétendue encourue par la malverſation, la veuve & heritiere diſoit, qu'à la verité la Juriſprudence des anciens Arrêts du Parlement de Toulouſe avoit prononcé cette indignité ; mais que cette Juriſprudence avoit été corrigée par les Arrêts nouveaux, & que cette correction étoit juridique, parce qu'il n'y a point de Loi ni de texte qui puiſſe ſervir de fondement à une telle peine ; elle obſervoit que pour ſe mettre à portée de décider avec connoiſſance cette queſtion, il falloit, 1°. Rechercher les veritables principes ſur leſquels elle doit être décidée. 2°. Examiner comment, par quels dégrez, & ſur quelles raiſons l'affirmative s'étoit introduite. 3°. Voir comment, & par quels dégrez on eſt revenu à l'opinion négative.

En premier lieu, s'il s'agiſſoit d'une faute commiſe par une veuve dans l'an du deüil, il ne pouvoit point y avoir du doute, parce que les Loix 1 & 2 *cod. de ſecund. nupt.* déclarent la femme qui ſe remarie dans l'an du deüil, privée de toutes les liberalitez qui lui ont été faites par ſon mari, & que la *Novelle* 39, *chapitre* 2, aſſujettit aux mêmes peines, celle qui malverſe dans l'an du deüil, *ne amplius habeat caſtitate luxuria* ; mais cette Novelle ni aucun autre texte, n'aſſujettit la femme qui malverſe après l'an, aux peines qui ſont infligées à celle qui ſe remarie dans l'an du deüil.

Il y a une grande difference entre le mariage ou la malverſation dans l'an du deüil, & le mariage ou la malverſation après l'an. Au premier cas, la veuve bleſſe l'honnêteté publique ; les droits du premier mariage, qui eſt cenſé durer pendant l'année du deüil, vû qu'elle doit être nourrie durant ce tems-là par les

heritiers du mari; elle contrevient à la défense préciſe de la Loi qui note d'infamie la veuve qui l'enfreint, *l. decreto* 15, *cod. ex quib. cauſis infamia irrogatur, & l.* 1, *cod. de ſecundis nuptiis*, & qui lui inflige encore une eſpece de mort civile, en la déclarant incapable de recueillir des liberalitez & des ſucceſſions de la part des perſonnes étrangeres, *Novel.* 22, *cap.* 22, & ſa précipitation fait préſumer qu'elle a vêcu dans l'adultere pendant la vie du mari, ſuivant la *Novelle* 39, *chapitre* 2, ainſi que le remarque *Dumoulin*, ſur la Coutume de Paris, §. 43, *gloſſ.* 1, *num.* 143, *propter vicinitatem temporis, & periculum turbationis ſanguinis eſt gravior injuria. Imo . . . & ſuſpicio adulterii invita, & ſic ſtuprum actuale eſt conjunctum cum adulterio præſumpto.*

Au lieu qu'au ſecond cas, la veuve qui ſe remarie ne bleſſe aucune regle, & les Loix ne l'aſſujettiſſent à aucune autre peine, qu'à celle de la privation de la proprieté des biens qui lui avienent du chef de ſon mari, pour la réſerver à ſes enfans, s'il y en a, & non autrement, l'uſufruit devant lui demeurer pendant ſa vie, ſuivant la Loi *fœminæ* 3, *cod. de ſecund. nupt.* & celle qui commet une faute après l'année du deüil, ne bleſſe que ſa conſcience, & n'encourt aucune ſorte de peine, parce que les Légiſlateurs qui ont connu la fragilité du ſexe, n'ont pas jugé convenable de leur en impoſer.

L'incapacité & l'indignité ſont des qualitez accidentelles, & au contraire la capacité pour recevoir & conſerver les liberalitez, eſt une qualité naturelle & intrinſeque. Il faut donc que celui qui ſe fonde ſur l'incapacité ou l'indignité d'une perſonne, prouve le fait ſuffiſant pour produire l'indignité, & qu'il y ait quelque Loi qui établiſſe peine, parce que *pœna non irrogatur niſi expreſſo jure caveatur*, comme parlent les Docteurs, *quia*, ſelon la remarque de la gloſe ſur le chapitre dernier, *extra de jure patronatus, pœna non debet imponi niſi exprimatur quod ſit imponenda*, & que ſelon les expreſſions de *Chaſſaneus, ſur la Coutume de Bourgogne, rubrique* 4, §. 16, *verb.* pour le prix qu'elle en trouve d'un autre, *numquam habet locum pœna privationis juris, niſi textus expreſſè dicat.* Cependant, il n'y a aucun texte, ni dans le Droit Civil, ni dans le Droit Canonique, ni dans les Ordonnances, qui aſſujettiſſe la femme commettant une faute, après l'an du deüil, à la peine de privation par indignité, ni autrement, des liberalitez qu'elle a reçues de ſon mari.

La Novelle 39, *chapitre* 2, n'aſſujettit à cette peine que la

femme qui malverſe dans l'an du deuil, & cette peine eſt fondée ſur des raiſons qui ne peuvent pas être appliquées à celle qui commet la même faute après l'an du deüil. Il n'y a donc point d'extenſion à faire d'un cas à l'autre, parce que les peines ne ſouffrent point d'extenſion, & qu'au contraire, il faut les reſſerrer dans leur cas précis, parce que *odia ſunt reſtringenda*, & que ſuivant la Loi 155, §. 2, *ff. de reg. jur.* & le chap. 49, *de reg. jur. in 6°. in pœnis benignior interpretatio facienda eſt*, encore plus lorſqu'il y a diſparité & diverſité de raiſon, comme il y en a, ſans contredit, entre celle qui malverſe dans l'an du deüil, & celle qui tombe en faute après l'an, à cauſe de la préſomption d'adultere pendant la vie du mari, que la *Novelle* 39, *chapitre* 2, éleve contre celle qui malverſe dans l'an du deüil, laquelle préſomption ne peut avoir lieu contre celle qui malverſe après l'an, & par les autres motifs qui ont été expliquez ci-deſſus.

Sur le fondement de ces principes, pluſieurs Auteurs ont décidé que la femme malverſant après l'an du deüil, ne devoit encourir aucune peine de privation. *Harmenopule*, dans ſon Promptuaire, *lib.* 4, *tit.* 7, *num.* 27, diſtingue, à cet égard, la femme qui malverſe dans l'an, de celle qui tombe en faute après l'an, *quæ intra annum lugubrem, admiſſo adulterio, etiam gravida facta eſt, privatur & ipſa donatione ante nuptias, quæ ad eos redeat, qui ejus viro genere proximi fuerint.* Voilà pour l'an du deüil. Voici pour le tems poſtérieur: *Lex dum ſecundo nubentes prohibet omni viri liberalitate frui, non item eas prohibet, quæ ſeſe ſtupris maculârent;* ſur quoi *Denis Godefroy* fait cette obſervation, *intelige poſt annum lugubrem, ne ſuperiori adverſetur.* La déciſion d'*Harmenopule* eſt d'un très-grand poids lorſqu'il s'agit de l'intelligence des Loix, parce qu'il en avoit une connoiſſance très-profonde, & *M. Cujas*, Juge très-competent ſur cette matiere, ſe ſert de ſon autorité, toutes les fois qu'il veut combattre quelqu'erreur des Interpretes.

Accurſe, ſur la Novelle 39, *chapitre* 2, après avoir expliqué les differentes difficultez qui peuvent ſe rencontrer pour l'intelligence de ce texte, & rapporté les differens tems de la naiſſance de l'enfant pour faire remonter ſa conception au cours de l'an du deüil, ajoute, *ſed ſi poſt* 19 *menſes ſit natus poteſt eſſe conceptus poſt annum luctus, & ſic ceſſat pœna ejus legis*: Il décide donc que la femme qui tombe en faute, après l'an du deüil, n'eſt aſſujettie à aucune des peines que la *Novelle* 39 inflige à celle qui malverſe dans l'an du deuil.

Joannes

Joannes de Garronibus, Auteur très-conſiderable dans cette matiere, qu'il a traitée fort au long, décide ſur l'*Auth. ex Teſtamento, cod. de ſecundis nuptiis, n.* 3, que la femme qui malverſe après l'an du deüil, ne doit pas être privée de la ſucceſſion de ſes enfans. Il décide auſſi ſur l'*Auth. eiſdem pœnis, n.* 17, que celle qui tombe en faute après l'an, ne ſouffre aucune des peines que la *Novelle* 39 inflige contre celle qui malverſe dans l'an du deüil : *Et iſtud puto veriſſimum, quia non eſt eadem ratio poſt annum luctus, ſicut infrà, & lege aliqua hoc non cavetur. Scipion Gentilis, tractatu de ſecundis nuptiis, cap.* 7, *pag.* 43, enſeigne la même doctrine en ces termes : *Ex quo colligendum eſt, ſi anno luctus exacto pariat, non debere eam puniri vel privari lucris nuptialibus . . . . quæ de donatione propter nuptias, eadem & de hereditatibus, & legatis, & mortis cauſa donationibus à viro uxori relictis. Peregrinus, de Jure Fiſci, lib.* 3, *tit.* 25, *n.* 7, eſt encore du même avis : *Notandum*, dit cet Auteur, *quod ſi vidua poſt annum luctus ſtuprum committat, non quidem incidit in pœnas l.* 1, *& l.* 2, *cod. de ſecundis nuptiis ; quia illa lex ultra annum ſe non extendit. M. Bretonnier ſur Henris, liv.* 4, *queſt.* 66, embraſſe la même opinion, & *M. d'Olive, liv.* 3, *chap.* 32, reconnoît que cet avis eſt conforme au Droit, & que la Juriſprudence ancienne du Parlement de Toulouſe, qui avoit déclaré l'indignité dans ce cas, eſt contraire aux principes de la Loi Romaine : *Par nos Arrêts*, dit cet Auteur, *les femmes qui malverſent durant leur veuvage, même après l'an du deüil, ſont privées de la ſucceſſion de leurs enfans, ce qui eſt certainement contre le droit ; car la nouvelle Conſtitution de Juſtinien* DE RESTITUTIONE, ET EA QUÆ PARIT UNDECIMO MENSE, *qui eſt la ſeule qui punit la malverſation des veuves, ne parle que de celle qui eſt commiſe dans l'an du deüil.*

Enfin *M. Maynard* & ſon *Abbreviateur, liv.* 4, *chap.* 2, obſervent, que ſi la femme forfait à ſon honneur après le décès de ſon mari, il faut diſtinguer. Si c'eſt dans l'an du deüil, elle encourt les mêmes peines, que ſi elle ſe remarie dans la même année du deüil. Si après l'an, elle n'encourt nulle peine de privation de ſes droits. *M. Maynard* obſerve en ſon particulier au chapitre cité, n. 1, *qu'il ne faut point recourir ailleurs, encore moins aux gloſes & interprétations des Docteurs du Droit. Ce qui s'entend toujours*, ajoute-t-il, IN VIDUA POST ANNUM LUCTUS STUPRUM COMMITTENTE ; QUIA SI INTRA ANNUM, *elle en eſt, & demeure privée d'ailleurs, l.* 1, *cod. de ſecundis nuptiis.* Ainſi

malgré l'Arrêt que cet Auteur rapporte au *liv.* 3, *chap.* 99, il penſe au *liv.* 4, *chap.* 2, que la veuve qui tombe en faute après l'an du deüil ne ſouffre aucune privation.

En ſecond lieu, ſi l'on examine les raiſons ſur leſquelles la Juriſprudence des anciens Arrêts du Parlement de Toulouſe étoit fondée, & qui ſont détaillées par *M. Maynard*, & par les Interprétes qu'il cite, on n'en trouvera aucune qui ne ſoit frivole, ſi l'on veut ſe déprévenir, & ne conſulter que la droite raiſon & les regles. Ces raiſons ſont au nombre de cinq. 1°. Que la veuve jouit pendant ſon veuvage des honneurs & des privileges que le mariage lui avoit communiquez, *l. fœminæ, ff. de Senatoribus.* 2°. Qu'elle retient le domicile de ſon défunt mari, *l. filii, §. vidua, ff. ad municipal.* 3°. Que le mariage eſt cenſé durer encore, *in priore matrimonio permanet, l. ult. cod. de bon. maternis.* 4°. Que l'incontinence de la veuve tombe ſur l'honneur du mari, & que ſa faute tient de la nature de l'adultere. 5°. *M. Maynard* ajoute, que la gloſe ſur la Loi *ſororem, cod. de his quib. ut indignis*, décide que l'heritier qui malverſe avec la veuve du Teſtateur, doit être déclaré indigne, & privé de l'heredité, ce qui fait conſéquence contre la veuve qui malverſe, laquelle doit être déclarée également indigne des liberalitez qu'elle a reçuës de ſon mari.

Si la veuve jouit des honneurs & des privileges de ſon mari, ce ſont des avantages que la Loi a voulu lui accorder, & qui n'ont rien de commun avec la privation des liberalitez, que la femme a reçuës de ſon mari; & il ne ſeroit pas juſte de retorquer contre la veuve, des avantages que la Loi a introduits en ſa faveur. La premiere raiſon eſt donc tout-à-fait étrangere, & n'a rien de concluant.

Que la veuve retienne le domicile de ſon mari, c'eſt un fait très-indifferent, & dont on ne peut tirer aucune conſéquence. Si la veuve transfere ſon habitation ailleurs, ſon domicile ſera dans le lieu de ſa reſidence, elle ne retiendra plus le domicile de ſon mari. Ainſi la ſeconde raiſon eſt frivole.

La Loi derniere, *cod. de bonis maternis, & la Novelle* 22, *chap.* 20, *§.* 1, ne diſent pas que le mariage ſoit cenſé durer pendant la viduité; le premier de ces deux textes dit, *ſive in priore matrimonio pater, ex quo filios habuit, permanere voluerit, ſive novercam filiis ſuperinduxerit*, le pere doit avoir l'uſufruit des biens maternels dévolus à ſes enfans. Le ſecond texte dit à la verité, *& ſi hoc egerit, & in prioribus ſteterit nuptiis;* mais cela

ne signifie pas que le mariage dure, ou soit censé durer; ce sont des expressions métaphoriques pour signifier, que le pere ou la mere veufs, ne passent pas à des secondes noces, ou qu'ils demeurent en viduité.

La mort de l'un ou de l'autre des conjoints rompt absolument les liens du mariage, & délivre le survivant des engagemens qu'il avoit contractez; car, suivant les expressions de l'Apôtre S. Paul, *mulier alligata est legi, quanto tempore vir ejus vivit. Quod si dormierit vir ejus, liberata est.* On ne peut donc pas dire, ni supposer, sans choquer les lumieres de la droite raison, que le mariage dure, ou soit censé durer après la mort naturelle de l'un des conjoints, & puisque le lien est absolument rompu; *liberata est, solutum est matrimonium*, suivant les expressions de l'Apôtre & des Loix; il ne reste ni trace ni vestige du premier engagement, parce que *mors omnia solvit*; cependant il ne peut y avoir d'adultere qu'avec une personne actuellement mariée, toutes les autres conjonctions illicites avec des filles ou des veuves sont de simples fornications ou des stupres: Les Loix sont claires & précises là-dessus aux titres du *Digeste* & du *Code ad l. Juliam de adulteriis & stupro*, & le Canon *lex illa 2, causa 36, quest. 1*, suffit pour démontrer l'illusion des Auteurs qui ont prétendu, que la faute d'une veuve devoit être considerée comme un adultere. C'est un renversement des idées les plus familieres, & des principes les plus indubitables.

D'ailleurs les Auteurs, entr'autres *Boërius, décis. 338, n. 12; & Arrius Pinellus* sur la Loi 4, *cod. de bonis maternis, n. 11*, remarquent que le mariage n'est censé durer pendant la viduité, que par rapport aux privileges qui sont communiquez à la veuve, & nullement quand il s'agit d'établir des peines contr'elle, *loquuntur enim in favorem conjugis, non in pœnalibus, quod fatentur Doctores.* Il est donc faux que l'incontinence de la veuve après l'an du deüil tienne de la nature de l'adultere, qu'elle en ait la griéveté, & qu'elle doive la faire déclarer indigne des avantages qu'elle a reçus de son mari.

Il est vrai que quelques Auteurs ont cru que l'incontinence de la veuve retomboit sur l'honneur du mari; mais outre que ce n'est qu'une idée frivole & chimerique, c'est qu'une personne morte ne peut pas souffrir réellement du deshonneur par la faute d'une tierce personne; parce que la mort est le dernier terme de l'honneur, comme du deshonneur: attendu qu'elle resout tout, *mors omnia solvit.*

D'ailleurs, ce prétendu deshonneur, en le ſuppoſant tel qu'on ſe l'imagine, n'a jamais été mis par aucune Loi, au rang des cauſes d'ingratitude & d'indignité. On ne peut donc pas en faire un cas de privation ; parce que *non eſt noſtrum legales pœnas extendere*, & que les peines doivent être reſſerrées. C'eſt un principe de juſtice & d'équité, qui eſt pour ainſi dire gravé dans la ſubſtance de l'ame.

Bien plus *Dumoulin* au lieu cité remarque après *Balde*, que quoique le Vaſſal doive perdre le Fief, lorſqu'il commet un adultere avec l'épouſe du Seigneur lui vivant, à cauſe de l'injure qu'il lui fait, il ne doit pas ſouffrir la même peine, quoiqu'il malverſe avec la veuve ; parce que le chap. 2, *de feudo ſine culpa non amittendo, lib.* 1, *tit.* 21, *in uſibus feudorum*, n'établit la peine que dans le cas de l'adultere pendant la vie du mari, & que *non debet fieri extenſio in pœnalibus.* On ne voit dans la faute que la veuve commet après l'an du deüil, ſi l'on ne conſulte que la droite raiſon & les regles, qu'une ſimple fornication, ou un ſtupre, qui eſt à la verité une infraction de la Loi de Dieu, mais que les Loix civiles ne puniſſent d'aucune peine, comme les Auteurs l'enſeignent.

La prétenduë injure, que l'on dit retomber ſur l'honneur du mari défunt, eſt de toutes les conſiderations la plus foible ; car ſi l'injure qui réflechit ſur le mari devoit faire priver la veuve de ſes liberalitez, il faudroit dire par la même raiſon, que celle qui réflechit ſur les parens pour le même fait, devroit pareillement produire une excluſion de ſucceder, ou une indignité : & par conſéquent exclure la fille ou la veuve de la ſucceſſion de ſon pere, de ſa mere, de ſes freres, & de ſes autres parens collateraux, ou l'en priver après qu'elle l'a recueillie, parce que l'injure ne tombe pas moins ſur les aſcendans, & ſur les collateraux de la veuve, & il y auroit même raiſon : Cependant les Loix n'admettent pas moins à la ſucceſſion les femmes & les filles qui ſont tombées en faute, que celles qui ont vêcu dans la continence. *Mornac* ſur la Loi *fratres* 27, *cod. de inoff. teſtam. & Brodeau ſur M. Louet, lett. I. ſomm.* 4, *n.* 4, rapportent un Arrêt du Parlement de Paris du 4 Mars 1602, qui caſſa le Teſtament d'une tante, qui avoit exheredé une niéce, pour la faire déclarer indigne de recueillir la portion des propres déferée par la Coutume, ſur ce que cette niéce avoit vêcu impudiquement dans la maiſon de cette tante : Par où cette cauſe d'indignité fut jugée frivole & inſuffiſante. La quatriéme raiſon eſt donc viſiblement fauſſe & inſoutenable.

A l'égard de la cinquiéme, prise de ce que, selon la glose, l'heritier qui malverse avec la veuve du Testateur, doit être déclaré indigne de sa succession; c'est une erreur sensible, que la glose condamne elle-même dans un autre endroit, en déclarant que la veuve qui malverse après l'an du deüil n'encourt aucune privation. Comment donc pourroit-elle communiquer à l'heritier par sa malversation une indignité qu'elle ne devroit pas encourir, si elle étoit heritiere de son mari?

En troisiéme lieu, on a prouvé dans l'examen que l'on vient de faire des raisons qui ont servi de fondement aux anciens Arrêts, qu'il n'y en a pas une seule qui ne soit fausse ou frivole: aussi cette Jurisprudence a-t-elle été changée, & l'on en est revenu aux véritables principes; ensorte que l'on juge aujourd'hui constamment, que la veuve qui tombe en faute après l'an du deüil, n'encourt aucune privation, ni de la succession de ses enfans, ni des liberalitez de son mari, ni aucune des peines qui sont établies contre celle qui se remarie, ou malverse dans l'an du deüil.

On trouve dans *M. de Catellan, liv. 4, chap. 72*, un premier Arrêt qui jugea que la malversation après l'an, ne privoit pas la veuve de l'augment, & de la succession des enfans du premier lit. Il en fut rendu un second le 13 Juillet 1712, après partage, Rapporteur M. de Bojat, Compartiteur M. de Burta, en faveur de Rose Gironne, contre Bertrand Biscaye, qui jugea pareillement que la malversation après l'an du deüil ne faisoit pas perdre à la veuve la succession d'une fille unique, qu'elle avoit de son premier mariage.

Il est vrai que dans l'espece de ces deux Arrêts, la veuve qui avoit malversé étoit fiancée, & avoit épousé le complice de sa faute; mais on peut dire, sans blesser le respect dû à M. de Catellan, qui croit que cette circonstance est décisive, qu'il tombe lui-même dans une contradiction, puisqu'il remarque dans le même chapitre, qu'un acte posterieur ne peut pas faire que le crime ne soit crime & la peine encouruë, *l. 65, ff. de furtis*, ce qui est exactement vrai; au lieu que les raisons qu'il rapporte pour prouver que la circonstance des fiançailles & d'un mariage survenu fournissent à la veuve une excuse, qui devoit la mettre à l'abri de la peine de privation, ne sont que des pures idées, qui n'ont rien de réel; car une veuve, quoique fiancée, n'en est pas moins veuve, & son action n'est ni plus ni moins criminelle; parce qu'il n'y a que la celébration du mariage qui rend

la conjonction licite. C'eſt une regle & un dogme qui ne peut être révoqué en doute, ſur quoi on peut voir *S. Thomas* 2ª, 2ª, *quæſt.* 154, *art.* 1, *le Cardinal Cajetan ſur la même queſtion de S. Thomas, art.* 4, *& in ſummula verb. ſponſalitia; Jacques de Graffiis in deciſ. aureis caſuum conſcientiæ, lib.* 2, *cap.* 81, *n.* 2, & les autres Théologiens. D'ailleurs les fiançailles ne ſont qu'une promeſſe de laquelle il eſt libre aux Parties de ſe dégager: auſſi c'eſt une maxime en France rapportée par Loyſel, *que tel fiance qui n'épouſe point.*

Si donc la femme fiancée qui malverſe eſt auſſi coupable que celle qui n'eſt pas fiancée; ſi la malverſation de l'une & de l'autre eſt égale, & la conjonction également illicite avec les fiançailles, tout comme ſans fiançailles, elle doit par conſéquent produire le même effet dans l'un & dans l'autre cas; parce que c'eſt le fait coupable & criminel qui produit l'indignité, laquelle étant une fois encouruë par le ſeul fait, ne peut pas être effacée par le mariage qui ſurvient; parce que, comme le remarque M. *de Catellan*, un acte poſterieur ne peut pas faire que le crime ne ſoit crime, & la peine encouruë: Ce qui eſt fondé ſur la déciſion de la Loi 65, *ff. de furtis*, qui déclare que celui qui a volé une choſe n'en eſt pas moins Voleur, & n'en doit pas moins être puni, quoique dans la ſuite il la reſtituë, parce que le crime eſt conſommé par le ſeul fait, & que le repentir n'en fait pas éviter la peine: Que d'ailleurs le mariage qui ſurvient peut bien legitimer les enfans nez de la conjonction illegitime; mais il n'a pas la vertu d'effacer l'indignité une fois qu'elle a été encouruë, en tombant dans le cas qui doit la produire, comme le décident les Auteurs, notamment *Brodeau ſur M. Louet, lett. I. ſomm.* 4, *n.* 4, *& Ferriere ſur la Coutume de Paris, art.* 279, *gloſe* 1, *n.* 29, dans le cas de la malverſation dans l'an du deüil, parce qu'elle produit une véritable indignité. Auſſi tandis que l'ancienne Juriſprudence étoit en vigueur, & que l'on jugeoit que la malverſation de la veuve après l'an du deüil, devoit la faire déclarer indigne de la ſucceſſion de ſes enfans, & des avantages qu'elle avoit reçus de ſon mari, on jugeoit qu'elle devoit ſubir la peine, quoiqu'elle eût ſuccombé ſous la foi d'une promeſſe de mariage, & qu'elle eût épouſé celui avec lequel elle avoit malverſé, les Arrêts de 1604, 1626, 1627 & 1664, rapportez par *M. de Cambolas, liv.* 3, *chap.* 45, & dans ſon *Traité des ſecondes Noces*, *n.* 31, & par *M. de Catellan, liv.* 4, *chap.* 72, le prouvent. Lors donc que les Arrêts poſterieurs ont jugé, que la veuve tombant

en faute après l'an du deüil, ne souffroit aucune privation, on a corrigé l'ancienne Jurisprudence, aussi-bien dans le cas où il n'y a point de fiançailles, ni de second mariage, que dans celui où il y en a; parce que, si l'on ne consulte que la droite raison, ces circonstances sont absolument indifferentes.

Il y a un troisiéme Arrêt du 22 Août 1720, rendu au rapport de M. de Lauriere, au Procès d'Antoine Bru, & Marie Martin, Un autre du 13 Août 1722, au rapport de M. de Pegueirolles, entre Barbe Puycoujoulet, Feit, & Domerg. Un cinquiéme du 11 Septembre 1725, au rapport de M. Caussade, en faveur de Gairal, contre Michel Bilhac; encore un autre dans le même mois de Septembre, au rapport de M. Caussade, en faveur de Combeville, contre Castanet: Encore un autre plus remarquable, parce qu'il est approprié à la contestation presente, en la troisiéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Celez, le 10 May 1723, par lequel on jugea que la Demoiselle Claret n'étoit pas déchuë des liberalitez de son mari pour avoir malversé après l'an du deüil. Enfin la même question s'étant présentée dans le cas où la faute de la veuve n'avoit pas été réparée par le mariage, elle fut jugée après une discussion très-exacte en la seconde Chambre des Enquêtes, par Arrêt du 2 Septembre 1740, après partage, au rapport de M. Darbou, Compartiteur M. de Monsarrat, en faveur de la veuve nommée Paillas, contre Antoine, Anne & Catherine Calvet; il y avoit même cette circonstance, qu'il se trouvoit quelque affinité entre la veuve & celui qui l'avoit renduë enceinte, & que la malversation étoit arrivée avant que la veuve Tutrice de son fils pupille du premier lit, lui eût fait donner un nouveau Tuteur, & que le fils étoit décedé en pupillarité: Malgré lesquelles circonstances la veuve fut maintenuë en la succession de son fils, & le partage fut vuidé tout d'une voix à la Troisiéme des Enquêtes.

La *Novelle 2, chap. 3*, de l'Empereur Justinien n'inflige aucune peine à la veuve qui malverse après l'an du deüil. Ce texte dit, que la femme ne doit pas être punie pour avoir passé à des secondes noces, qui sont un remede pour éviter l'incontinence. Il est vrai que l'Empereur exhorte les femmes à vivre honnêtement dans un mariage legitime, & à s'abstenir de toute luxure; mais ce conseil n'est accompagné d'aucune peine, en cas de contravention, il ne parle pas même des liberalitez du mari; il y est fait mention uniquement de la succession des enfans; car après les mots, *& omni luxuria abstineat*, il est ajouté, *& frua-*

sur succeſſione filiorum : & tous les Auteurs conviennent qu'il n'y a aucun texte dans le Droit qui prive la femme qui malverſe après l'an, de la ſucceſſion de ſes enfans.

L'Arrêt de la Cour des Aydes de Paris du 5 Décembre 1631, rapporté par *Brodeau ſur M. Louet, lett. I. ſomm.* 4, qui déclara qu'une veuve, qui avoit vêcu impudiquement pendant la viduité, étoit déchuë du privilege d'exemption des Tailles de ſon défunt mari, & la déciſion des Auteurs qui diſent, que la veuve qui malverſe doit être privée des privileges que le mariage lui avoit communiquez, n'ont aucun fondement dans le Droit; & d'ailleurs, quand cette peine ſeroit legitimément établie, on ne pourroit pas l'étendre à la privation de la ſucceſſion des enfans, & des liberalitez du mari; parce que, comme on l'a prouvé, les peines doivent être reſſerrées dans leur cas, & que l'on ne peut pas en faire extenſion d'un cas à l'autre, *in pœnalibus non fit extenſio.*

Sur ces raiſons & quelques autres, qui étoient oppoſées de part & d'autre, que j'ai omiſes comme ſuperfluës & peu concluantes, eſt intervenu l'Arrêt, qui porte : Notredite Cour, par ſon Arrêt prononcé le 23 Avril 1743, faiſant droit aux Parties, a rejetté & rejette les certificats remis ſous cotte R. S. FF. GG. Blary, & ſur la demande en rejection des pieces remiſes dans la continuation dudit Chomel du 7 Mars dernier, a mis & met les Parties hors de Cour & de Procès; a reçu & reçoit ledit Chomel à la correction par lui demandée, & faiſant droit ſur l'appel & requêtes de ladite B. . . . . ſans avoir égard à celles deſdits Chomel & conſors, & Juſtine Bechetocle, a mis & met l'appellation des Sentences dudit Sénéchal de Nimes, & des Officiers ordinaires du Marquiſat d'Annonay, & ce dont a été appellé au néant, & réformant a relaxé ladite B. . . . . des demandes, fins & concluſions contr'elle priſes. Ce faiſant, l'a maintenuë & maintient en la proprieté, poſſeſſion & jouiſſance de l'heredité dudit Jourdain ſon mari, conformément à ſon Teſtament du 8 Janvier 1731; faiſant notredite Cour inhibitions & défenſes audit Chomel & à ſes conſors de, à ce, lui donner aucun trouble, ni empêchement; & a notredite Cour déclaré & déclare n'y avoir lieu de prononcer ſur l'appel & lettres dudit Chomel & conſors, les condamne aux deux tiers des dépens de l'Inſtance envers ladite B. . . . . chacun comme les concerne, la taxe reſervée, l'autre tiers demeurant compenſé. Et ſera l'amende reſtituée. M. l'Abbé de Boyer Rapporteur.

Arrêt du 23 Avril 1743.

Meſſieurs

Meſſieurs les Juges ne s'arrêterent point à la circonſtance relevée par la veuve, que la contravention n'étoit pas ſpécifique, & que la condition ne pouvoit être enfreinte que par le convol en ſecondes noces, qui étoit le cas marqué litteralement & limitativement par le Teſtateur, & ils crurent que la malverſation après l'an du deüil devoit opérer le même effet que le ſecond mariage, par cette raiſon de la *Novelle* 39, *chap.* 2, *ne amplius habeat caſtitate luxuria;* mais ils jugerent que la condition ayant un objet particulier & limité pour obliger la veuve à rendre l'hérédité au ſubſtitué, cette condition ſe trouvant évacuée par le prédecès du ſubſtitué, & par la caducité de la ſubſtitution, il étoit indifferent que la condition eût manqué; ils jugerent encore que la malverſation de la veuve après l'an du deüil, ne devoit pas la priver de la ſucceſſion de ſon mari.

Questions jugées par cet Arrêt.

76. De l'incapacité reſpective & particuliere.

Venons à l'incapacité reſpective & particuliere. Quoique les diſpoſitions faites par les mineurs en faveur de leurs Tuteurs, Curateurs, Gardiens, Bailliſtres, & autres Adminiſtrateurs, juſques à ce qu'ils ayent rendu compte, ſoient prohibées & déclarées nulles par *l'article* 131 *de l'Ordonnance de* 1539, *& celle de* 1549, on ne doit pas mettre ces perſonnes au rang des incapables, parce que réellement il n'y a point en eux d'incapacité perſonnelle; mais la nullité dérive d'une autre cauſe, c'eſt-à-dire, de la puiſſance qu'ils ont ſur l'eſprit & les perſonnes de leurs mineurs, qui forme une préſomption de droit, qui n'a pas beſoin d'autre preuve, que les diſpoſitions ſont extorquées, & qu'elles ne procedent pas de la volonté pure du mineur. Ce n'eſt donc pas ici le lieu d'examiner les queſtions qui naiſſent de l'Ordonnance de 1539, non plus que celles qui naiſſent de l'extenſion qu'on lui a donnée, en l'appliquant aux Medecins, Chirurgiens & Apoticaires par rapport aux Malades qu'ils traitent; lorſque les diſpoſitions ſont faites aux Juges, Avocats, Procureurs, & Solliciteurs par rapport aux Parties qui ont des Procès actuellement pendans devant les Juges, & dont les Avocats, ou les Procureurs ont la conduite & la direction, aux Pédagogues & Précepteurs par rapport à leurs Ecoliers ou Penſionnaires, aux Maîtres de Métier par rapport aux Apprentifs, aux Confeſſeurs, ou aux Monaſteres où ils ſont établis, & les autres perſonnes ſemblables; d'ailleurs toutes ces queſtions ont été diſcutées, & examinées avec beaucoup d'exactitude par *Ricard, des Donations, tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 3, *ſect.* 9, *Claude de Ferriere, & les autres Commentateurs ſur l'article* 276 *de la Coutume de Paris; Baſnage ſur*

Tuteurs, Curateurs, & autres Adminiſtrateurs à l'égard de leurs mineurs.

Des Medecins, Apoticaires, & Chirurgiens à l'égard de leurs Malades.

Des Juges, Avocats & Procureurs à l'égard de leurs Parties.

Des Pédagogues, Précepteurs, Maîtres de Métier, & Maîtres de Penſion, Confeſſeurs & autres ſemblables.

l'article 434 de la Coutume de Normandie ; Lalande sur l'art. 296 de la Coutume d'Orleans, où il suffit de renvoyer. Nous observerons que nous avons traité la difficulté par rapport aux Avocats & aux Procureurs, dans les questions sur la matiere des donations, *quest.* 32. Nous rapporterons ici un Arrêt du Parlement de Toulouse du 10 Mars 1744, qui a confirmé une disposition testamentaire faite par une Malade en faveur de son Medecin, sur des circonstances qui faisoient présumer, que la qualité de Medecin n'avoit pas donné lieu à la disposition, & que la Testatrice pouvoit avoir été déterminée par d'autres motifs d'alliance & d'amitié.

Arrêt en faveur d'un Medecin.

Fait du Procès.

La Dame Elisabeth de Gaillard avoit été mariée avec le sieur Courtial, Professeur de Medecine en la Faculté de Toulouse, & de leur mariage nâquit Françoise Courtial, laquelle fut mariée avec Me. Bertrand Labroquere, Docteur en Medecine à Toulouse ; duquel mariage nâquit Raymond Labroquere.

Après le décès de la Dame Courtial, Me. Bertrand Labroquere passa à des secondes noces. Raymond Labroquere, après avoir pris ses grades en Medecine, s'en alla aux Isles de l'Amerique, où il mourut le 22 Août 1742. Dans le même mois d'Août la Dame de Gaillard tomba malade, elle étoit visitée & soignée par Me. Labroquere, comme son Medecin depuis long-tems. Elle fit son Testament le 30 du même mois d'Août 1742, par lequel elle institua heritier universel Raymond Labroquere son petit-fils ; & en cas qu'il décederoit sans être marié, elle substitua Me. Bertrand Labroquere pere de l'heritier, & gendre de la Testatrice, aux biens qu'elle possedoit dans la Jurisdiction de Montgiscard, & le chargea d'employer le reste de ses biens en œuvres pies & autres usages par elle marquez. La Testatrice mourut dans cette volonté.

Le décès de Raymond Labroquere ayant été connu, Messire Joseph de Gaillard, Avocat du Roi au Bureau des Finances, & Capitoul perpétuel de Toulouse, frere & successeur legitime de la Testatrice, impetra des lettres incidemment à une Instance portée en la Grand'Chambre du Parlement de Toulouse, le 18 Janvier 1744, pour demander la cassation du Testament du 30 Août 1742, & la maintenuë en héredité comme heritier.

Raisons du Demandeur en cassation du Testament.

La Cause ayant été plaidée à l'Audience de la Grand'Chambre, Me. Aimar, pour le sieur de Gaillard, dit, que le Testament en question étoit nul par trois moyens. Le premier, parce qu'il avoit été écrit hors la presence de la Testatrice, & dans une autre

chambre ; ce qui étoit une contravention aux articles 5 & 23 de l'Ordonnance de 1735 ; il offrit la preuve du fait en cas de conteſtation, & prétendit que la preuve étoit recevable, ſans avoir beſoin d'attaquer le Teſtament par la voie du faux ; parce que l'uſage du Parlement de Toulouſe eſt d'admettre la preuve par Témoins, ſans prendre la voie du faux, lorſqu'il s'agit de prouver que le Teſtateur n'étoit pas en ſon bon ſens lorſqu'il a diſpoſé, quoique le Teſtament énonce que le Teſtateur étoit en ſon bon ſens, ſuivant *M. d'Olive, liv. 5, chap. 9, M. de Catellan, liv. 2, chap. 34 & 68, & Albert verb. Teſtament, chap. 39 de la nouvelle édition ;* que de plus on eſt reçu en preuve, que le Teſtateur ne pouvoit pas parler, quoique le Teſtament diſe le contraire ; les Arrêts qui l'ont jugé ſont rapportez par *M. Maynard, liv. 5, chap. 6, M. de Cambolas, liv. 2, chap. 36, & Albert, verb. Preuve, chap. 73 ;* qu'enfin on admet la preuve que les Témoins ont ſigné ſéparément, *M. de Catellan, liv. 2, chap. 68,* ce qui devoit ſervir de préjugé pour faire admettre la preuve par voie d'Enquête, du fait que le Teſtament avoit été écrit hors la preſence de la Teſtatrice, quoique le Teſtament inſinuât le contraire.

Le ſecond moyen du ſieur de Gaillard étoit pris de l'incapacité perſonnelle du ſieur Labroquere ſubſtitué, à cauſe de ſa qualité de Medecin de la Teſtatrice, lors de la maladie durant laquelle elle fit ſa diſpoſition, & dont elle eſt décedée. On obſervoit d'abord, qu'il paroiſſoit que la Teſtatrice avoit témoigné par un Teſtament anterieur du premier Août 1736, qu'elle n'avoit aucune intention que le ſieur Labroquere pere profitât de ſes biens, puiſque la Dame de Gaillard avoit inſtitué Raymond Labroquere ſon petit-fils, non-ſeulement ſans faire aucune ſubſtitution, ni diſpoſition en faveur du pere, mais encore elle avoit expreſſément prohibé l'adminiſtration & l'uſufruit au ſieur Labroquere pere, ſur les biens qui devoient être déferez à Raymond Labroquere, en vertu de ce Teſtament ; & de-là on concluoit que la ſubſtitution contenuë dans le dernier Teſtament, en faveur de M^e. Labroquere pere, ne pouvoit être que l'effet de l'impreſſion cauſée par la qualité de Medecin. Ce qui devoit annuller la diſpoſition, comme n'étant pas purement volontaire, & comme extorquée, dans la crainte du péril de la mort, ſuivant la Loi *Archiatri 9, cod. de Profeſſor. & Medicis,* qui permet aux Medecins de recevoir ce qui leur eſt offert volontairement des perſonnes qui ſe portent bien, mais qui leur défend d'exiger

ce que leurs Malades leur promettent, *quos etiam patimur accipere, quæ ſani offerunt pro obſequiis, non ea quæ periclitantes pro ſalute promittunt.* Et la Loi 3, *ff. de extraordin. cognit.* déclare nulle une vente faite par un Malade à ſon Medecin.

D'ailleurs on a appliqué aux Medecins la diſpoſition de l'article 131 de l'Ordonnance de 1539, qui exclut les Tuteurs, Curateurs, & autres Adminiſtrateurs, de la faculté de recevoir des liberalitez de leurs mineurs, parce que la même raiſon milite : Cette défenſe étant fondée ſur le pouvoir, que les Tuteurs & Curateurs ont ſur l'eſprit de leurs mineurs, qui fait préſumer que les liberalitez qui leur ſont faites ne ſont pas volontaires : Or les Medecins ont encore plus d'empire ſur l'eſprit de leurs Malades, que les Tuteurs & Curateurs n'en ont ſur celui de leurs mineurs ; auſſi les Cours ſuperieures du Royaume, & notamment le Parlement de Toulouſe, ont-elles jugé que les diſpoſitions teſtamentaires faites par les Malades, en faveur de leurs Medecins, étoient nulles à cauſe de la préſomption d'impreſſion & de ſuggeſtion ; les Arrêts qui l'ont ainſi jugé ſont rapportez par *MM. Maynard, liv. 3, chap. 73, & liv. 9, chap. 12, Cambolas, liv. 2, chap. 3, & liv. 5, chap. 36, & d'Olive, liv. 5, chap. 19.*

Il eſt vrai que la Juriſprudence des Arrêts a excepté les Tuteurs & Curateurs, qui ſe trouvent les plus proches parens du mineur, *M. Maynard, liv. 2, chap. 95*, ou tout au plus ceux qui ſont du nombre des plus proches, & qui devront concourir avec d'autres en la ſucceſſion *ab inteſtat*, comme l'a jugé l'Arrêt du Parlement de Bordeaux, rapporté par *la Peyrere, lett. T, n.* 170 ; mais l'exception n'eſt pas allé plus loin, ſi-bien que quand le Tuteur, ou ſon fils, ſe ſont trouvez à un degré plus éloigné, que les autres parens du mineur, les diſpoſitions faites en leur faveur par le mineur ont été déclarées nulles, comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté par *M. Maynard, liv. 8, chap. 50.* Le ſieur Labroquere ne peut pas ſe placer dans cette exception, parce qu'il eſt étranger à la Teſtatrice, & qu'il n'a aucune qualité pour prétendre part à ſa ſucceſſion *ab inteſtat.* Il eſt vrai qu'il étoit ſon allié, comme ayant épouſé en premieres noces la fille de la Teſtatrice ; mais cette alliance étoit rompuë par la mort de la Dame Courtial ; il n'en reſtoit même aucune trace, lors du Teſtament du 30 Août 1742, puiſque Raymond Labroquere ſeul enfant procréé de cette alliance, étoit mort avant ce Teſtament, il ne peut donc pas faire valoir la ſubſtitution faite en ſa faveur en vertu de cette alliance. Le Parlement de Provence l'a jugé ainſi

par un Arrêt du 7 May 1657, rapporté par *Boniface, tom. 2, liv. 1, tit. 10, chap. 1*, qui caſſa une donation faite par une Malade en faveur de ſon Apoticaire, quoiqu'il fût mari de ſa ſœur, & qu'il eût des enfans, qui devoient profiter de la donation. La qualité de Tuteur, Curateur, Medecin, &c. fournit ſeule une préſomption de captation & de ſuggeſtion, ſuivant la remarque des Auteurs, & l'on ne peut détruire cette préſomption legale, que quand la qualité de plus proche parent eſt jointe à celle de Medecin, & ſoit qu'il s'agiſſe d'une inſtitution, d'une ſubſtitution, ou d'un legs, la nullité eſt toujours la même, ſuivant les Arrêts rapportez par *M. de Catellan, liv. 2, chap. 77*, & par les autres Auteurs.

Le troiſiéme moyen du ſieur de Gaillard étoit pris de ce que Raymond Labroquere, heritier inſtitué, étant décedé lorſque le Teſtament fut fait, l'inſtitution étoit inutile : Ce qui évacuoit toutes les diſpoſitions y contenuës ; parce que le Teſtament, en Païs du Droit écrit, prend ſa force de l'inſtitution d'heritier, qui en eſt la baſe & le fondement, *§. ante heredes 34, inſtit. de legatis, §. 2, inſtit. quib. modis Teſtam. infirmentur, & leg. un. §. 3, cod. de caduc. tollend. Inutile eſt Teſtamentum in quo nemo heres inſtituitur*, ou ſelon les expreſſions de la Loi 1, §. dernier, *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. ſine heredis inſtitutione nihil in Teſtamento ſcriptum valet :* Et comme l'heritier inſtitué étoit décedé, c'eſt tout de même que s'il n'y avoit pas eu d'inſtitution ; parce que ce qui eſt laiſſé à une perſonne décedée, eſt regardé comme non écrit, *l. 4, ff. de his quæ pro non ſcriptis habentur.* La ſubſtitution faite en faveur du ſieur Labroquere pere ne peut pas ſoutenir le Teſtament dont l'inſtitution eſt caduque, parce qu'elle n'eſt pas univerſelle, elle eſt bornée aux ſeuls biens poſſedez par la Teſtatrice dans la Juriſdiction de Montgiſcard ; voilà pourquoi cette ſubſtitution particuliere eſt nulle, bien-loin de pouvoir confirmer le Teſtament, parcequ'un Teſtateur ne peut pas déceder *partim teſtatus, partim inteſtatus, l. 7, ff. de Regul. Juris* ; & que la ſubſtitution particuliere ne peut valoir qu'autant qu'il y a un heritier inſtitué qui recueille l'entiere heredité, *ſi nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quæ teſtamento ſcripta ſunt, l. 9, ff. de Teſtam. tutel.*

Réponſe du Défenſeur, & moyens pour ſoutenir le Teſtament.

Me. Deſirat pour le ſieur Labroquere répondit, que le premier moyen du ſieur de Gaillard manquoit dans le fait, parce que le Teſtament porte que la Teſtatrice avoit dicté ſa diſpoſition en preſence du Notaire & des Témoins, & qu'elle avoit été écrite

à meſure qu'elle avoit été dictée. Voilà pourquoi la preuve offerte par le ſieur de Gaillard n'étoit pas recevable, parce que *contra ſcriptum teſtimonium, non ſcriptum teſtimonium non fertur, l.* 1, *cod. de teſtib.* & que pour détruire la preuve d'un fait qui reſulte d'un acte public, il n'y a d'autre voie que celle de l'inſcription en faux : toute preuve teſtimoniale étant excluë par l'article 2 du titre 20 de l'Ordonnance de 1667. Il importe peu que par la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe on reçoive la preuve de l'imbecilité du Teſtateur; qu'il n'étoit pas en état de parler, lorſque le Teſtament a été fait, & que les Témoins ont ſigné ſéparément, cela ne peut rien conclure pour le cas dont il s'agit. D'ailleurs l'Ordonnance de 1735, article 47, n'ayant permis la preuve que des faits de ſuggeſtion & captation, ſans recourir à la voie du faux; on ne peut plus faire fonds ſur la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, comme abrogée, du moins pour les faits qui dépendent de la connoiſſance du Notaire & des Témoins, & qui ſont certifiez dans le Teſtament, ſans s'inſcrire en faux; parce que le Teſtament qui eſt un acte public, *eſt probatio probata*, ſuivant le langage des Auteurs, contre la foi duquel la preuve teſtimoniale ne peut pas être admiſe.

A l'égard du ſecond moyen, il dit qu'à la verité la qualité de Medecin pouvoit faire préſumer, que la diſpoſition du Malade n'étoit pas volontaire, & qu'elle étoit l'effet de l'impreſſion, s'il n'y avoit aucune circonſtance, qui pût faire penſer que la diſpoſition avoit été faite par le pur mouvement & la volonté de la Teſtatrice; mais il n'en eſt pas de même, quand il y a des circonſtances qui peuvent avoir donné lieu à la liberalité; car, ſelon la remarque de M. l'Avocat General Talon, lors de l'Arrêt du 31 Août 1665, rapporté au ſecond tome du Journal des Audiences, liv. 4, chap. 30, *les Medecins, Chirurgiens & Apoticaires n'ont jamais été jugez, par les Arrêts, incapables d'accepter des legs, lorſqu'il s'eſt rencontré d'autres cauſes que leur art ſeul, qui les pouvoient avoir meritez :* Ainſi la Loi & la Juriſprudence qui ont déclaré nulles les diſpoſitions faites par les Malades à leurs Medecins, ne pouvoient pas recevoir une juſte application à cette eſpece particuliere; parce que le ſieur Labroquere vivoit dans une parfaite union depuis trente ans avec la Dame de Gaillard ſa belle-mere. Il étoit ſa reſſource dans les occaſions, il lui avoit ſouvent prêté de l'argent, il s'étoit chargé de ſes affaires, & par ſes ſoins il en avoit procuré un heureux ſuccès; ce qui lui avoit attiré la reconnoiſſance de la Dame de Gaillard :

& c'eſt par un effet de cette même reconnoiſſance qu'elle l'avoit ſubſtitué à l'heritier par elle nommé dans ſon Teſtament.

D'ailleurs, lorſque le Teſtament fut fait le 30 Août 1742, Raymond Labroquere étoit décedé à la verité huit jours auparavant, mais on ignoroit la mort dans la famille; car ſon décès étant arrivé dans l'Amerique, deux mille lieuës loin de Toulouſe, il y avoit une impoſſibilité phiſique, que la nouvelle de ſa mort fût parvenuë à Toulouſe dans un eſpace ſi court. Or il faut juger de la diſpoſition, eu égard à l'état où ſe trouvoit la Teſtatrice. Elle croyoit que ſon petit-fils étoit vivant, voilà pourquoi elle l'inſtitua heritier. En ſuppoſant donc ſa vie, la Teſtatrice ne fit que ſuivre l'ordre naturel de la ſucceſſion, en ſubſtituant le ſieur Labroquere, qui étoit le ſucceſſeur legitime de ſon fils, avec même cette difference, que ſi Raymond Labroquere avoit été vivant lors du décès de la Teſtatrice, comme on le penſoit, & qu'il fût décedé avant ſon pere, celui-ci auroit dû lui ſucceder en tous ſes biens; au lieu que le ſieur Labroquere ne profite, au moyen de la ſubſtitution faite en ſa faveur, que des biens que la Teſtatrice poſſedoit dans la Juriſdiction de Montgiſcard, puiſqu'elle le charge d'employer le ſurplus de ſes biens en œuvres pies, & autres cauſes exprimées dans le Teſtament : Ainſi une telle diſpoſition tendoit moins à favoriſer le ſieur Labroquere, ſelon l'intention de la Teſtatrice, qu'à lui ôter la partie la plus conſiderable de ſes biens, en cas que Raymond Labroquere décederoit avant ſon pere. Il n'eſt donc pas poſſible de penſer que la qualité de Medecin eût influé en rien ſur la diſpoſition de la Dame de Gaillard. Du reſte, on ne peut tirer aucune induction utile du Teſtament du premier Août 1736; car, ſi alors la Teſtatrice ne fit aucune diſpoſition en faveur de ſon gendre, on ne peut pas en conclure qu'elle ne l'eût pas ſubſtitué librement & volontairement dans le dernier Teſtament; parce qu'*ambulatoria eſt voluntas uſque ad extremum vitæ exitum, l. 4, ff. de adim. legatis*, & que du moins la Teſtatrice ne lui ôtoit pas dans le premier Teſtament, l'eſperance de la ſucceſſion legitime, qui auroit pû être plus favorable au ſieur Labroquere pere, que la ſubſtitution contenuë dans le dernier Teſtament.

S'il y a des Arrêts anciens qui ont jugé, qu'il ne ſuffiſoit pas d'être parent pour que les Medecins, les Tuteurs & Curateurs puſſent recueillir des liberalitez de leurs Malades, ou de leurs mineurs, à moins qu'ils ne fuſſent les plus proches, ou du nombre des plus proches; il y en a de plus recens, qui ont jugé qu'il

ſuffiſoit qu'il y eût une cauſe probable, qui eût pû déterminer la volonté du Teſtateur, autre que la qualité de Medecin. *Baſſet, tom.* 1, *liv.* 5, *tit.* 1, *chap.* 12, rapporte un Arrêt du Parlement de Grenoble du 15 Mars 1656, qui confirma une inſtitution faite par une femme en faveur de ſon Apoticaire, parce qu'elle avoit été ſa Nourrice. *Soëfve, tom.* 2, *centur.* 2, *chap.* 54, rapporte auſſi un Arrêt du 18 Janvier 1662, qui confirma un legs de 3000 liv. fait par un Malade en faveur de ſon Medecin, à cauſe qu'il étoit ſon parent; quoiqu'il ne fût pas du nombre des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, & *l'Ordonnance de la Marine du mois d'Août* 1681, *liv.* 3, *tit.* 11, *art.* 3, a adopté cette doctrine, & en a fait une exception à la Regle, lorſqu'elle dit, *ne pourront les mêmes diſpoſitions valoir au profit des Officiers du Vaiſſeau, s'ils ne ſont parens du Teſtateur.* Cet article s'explique en termes indéfinis, & pour rendre capable une perſonne qui eſt incapable des liberalitez à cauſe de ſa qualité, il ſuffit qu'il y ait une cauſe, qui ait pû déterminer la volonté du Teſtateur. Il n'exige pas qu'elle ſoit la plus proche, ni du nombre des plus proches, la parenté ſuffit à quelque degré qu'elle ſoit: Or dans l'eſpece de cette cauſe on trouve bien la qualité de Medecin d'une part, il n'auroit pas même convenu que le ſieur Labroquere eût refuſé ſes ſervices à ſa belle-mere; mais on trouve auſſi d'autre part l'alliance au premier degré, une amitié qui duroit depuis trente ans, des ſervices d'autre eſpece rendus à la Teſtatrice, & la qualité de pere & de ſeul ſucceſſeur legitime de l'heritier inſtitué. Dans le concours de ces qualitez differentes devra-t-on préſumer, que la liberalité eſt l'effet de l'impreſſion de crainte cauſée par la qualité de Medecin? Cela ne ſe peut ſans bleſſer les regles; car la Loi 12, *ff. de reb. dub.* veut que dans le doute on accueille l'interprétation, qui fait valoir la diſpoſition, plutôt que celle qui tend à la détruire, *commodiſſimum eſt id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat.* Dans le concours de deux qualitez, il eſt donc naturel de penſer, que celle qui peut faire valoir la diſpoſition a déterminé la Teſtatrice; parce que *maligna eſt interpretatio quæ actum vitiat*, ſuivant la remarque de *Denis Godefroy* ſur la Loi 126, §. 2, *ff. de verbor. obligat.* que *rapienda eſt occaſio, quæ præbet benignius reſponſum, leg.* 168, *ff. de Regul. Juris*, & que ſelon les expreſſions de *Brunemannus* ſur la Loi *merito* 51, *n.* 4, *ff. pro ſocio, convenit cum præcepto divino, quod omnia in æquiorem, & meliorem partem ſint interpretanda, niſi evidentiſſimè conſtet contrarium.*

La

La Loi 9, *ff. de Profeſſor. & Medicis*, ne parle point des liberalitez teſtamentaires faîtes par les Malades à leurs Medecins, elle défend aux Medecins d'exiger des promeſſes de ceux qui ſont en péril de mort, & qui leur confient leur guériſon : Et la Loi 3, *ff. de extraordin. cognit.* reprouve l'action d'un Medecin qui avoit obligé ſon Malade, qui étoit en danger de perdre les yeux, à lui vendre certains heritages, en le menaçant de lui donner des remedes contraires. Ce qui portoit pour ainſi dire le vice ſur le front, & l'on ne ſe trouve dans aucun de ces cas. Du reſte on ne doit pas appliquer aux Medecins l'Ordonnance de 1539, qui n'a été faite que contre les Tuteurs, Curateurs & autres Adminiſtrateurs; parce que les Loix pénales ne doivent pas être étenduës d'un cas à l'autre, *odia ſunt reſtringenda, favores verò ampliandi.*

On répondoit au troiſiéme moyen pris de la caducité de l'inſtitution, à cauſe que Raymond Labroquere heritier inſtitué étoit décedé lors du Teſtament, que la ſubſtitution qui étoit compendieuſe, puiſqu'elle étoit faite en cas que l'heritier décederoit avant de ſe marier, ce qui embraſſe tout le tems de ſa vie, devoit faire valoir le Teſtament en vertu de la vulgaire qui s'y trouve compriſe; vû que la compendieuſe comprend ſuivant la déciſion des Auteurs, toutes les differentes eſpeces de ſubſtitutions : Voilà pourquoi encore que le premier degré d'inſtitution fût caduc, le Teſtament devoit être ſoutenu par la ſubſtitution vulgaire qui formoit le ſecond degré, *l. un. §. 13, cod. de caduc. tollend. M. Maynard, liv. 7, chap. 10, Ranchin ſur la queſtion 531 de Guy Pape*, & les autres Auteurs. On ne peut pas dire que la ſubſtitution faite au profit du ſieur Labroquere ne ſoit que de certains biens particuliers, puiſqu'elle eſt de toute l'heredité; ſauf qu'il eſt chargé d'employer en œuvres pies ou autres uſages marquez par la Teſtatrice, les biens autres que ceux que la Teſtatrice poſſedoit dans la Juriſdiction de Montgiſcard. Il ſeroit même indifferent que la ſubſtitution ne fût que de certains biens, parce que la ſubſtitution vulgaire compriſe dans la compendieuſe étant une ſeconde inſtitution, elle devroit comprendre l'entiere heredité, *detracta rei mentione, l. 1, §. 4, leg. 9, §. 13, l. 35, ff. de hered. inſtit. & l. 13, cod. eodem*, & que ce qui eſt décidé à cet égard pour l'heritier inſtitué en premier rang, doit avoir lieu par rapport au ſubſtitué vulgaire, ſuivant la Loi *coheredi* 41, §. dernier, *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* parce que, comme diſent les Docteurs ſur la Loi *in ratione* 11, §. *ſi filio* 6, *ff. ad leg. falcid.*

ſicut ſe habet inſtitutio ad inſtitutum, ita ſe habet ſubſtitutio ad ſubſtitutum. D'ailleurs ne fut-il queſtion que d'un ſimple fideicommis, le prédecès de l'heritier, qui étoit ignoré par la Teſtatrice, n'empêcheroit pas que le fideicommis ne fût bon, ſuivant la Loi 13, §. dernier, & la Loi 14, *ff. de Teſtam. militis.*

M. Faget, Avocat General, ayant conclu pour la validité du Teſtament, la Cour rendit Arrêt le 10 Mars 1744, qui, ſans avoir égard aux moyens propoſez par le ſieur de Gaillard, confirma le Teſtament avec dépens.

77. Du retranchement ordonné par la Loi *hac edictali, cod. de ſecundis nuptiis.*

A l'égard du retranchement ordonné par la Loi *hac edictali, cod. de ſecundis nuptiis*, & par l'Edit *des ſecondes noces*, des liberalitez qui ſont faites par les ſeconds conjoints qui ont des enfans d'un premier mariage, à l'autre conjoint; ce n'eſt pas non plus une incapacité perſonnelle, c'eſt une peine des ſecondes noces. Ce ſeroit s'écarter de notre ſujet que d'examiner les queſtions qui peuvent naître de cette matiere, qui ſe trouve même traitée par pluſieurs Auteurs, principalement par *Ricard des Donations, tom. 1, part. 3, chap. 9*, & par *Claude de Ferriere ſur l'art. 279 de la Coutume de Paris;* ces deux Auteurs ont fait des Commentaires fort étendus ſur l'Edit des ſecondes noces, où ils examinent toutes les difficultez ſur les principes du Droit Romain, & du Droit François.

78. De l'incapacité produite par la prohibition des Coutumes, qui défendent de diſpoſer d'une portion des propres.

Le Droit Romain permet de diſpoſer de tous les biens par Teſtament.

Encore moins doit-on mettre au rang des incapacitez la prohibition des Coutumes qui ne veulent pas que l'on puiſſe diſpoſer par Teſtament d'une partie des propres, & qui la reſervent aux heritiers, & ſucceſſeurs du ſang. Cette prohibition n'a aucun fondement dans le Droit Romain, qui permet au-contraire de diſpoſer par Teſtament de tous les biens qui appartiennent au Teſtateur, ſans diſtinction des propres d'avec les acquêts, & qui ne reſerve rien pour les parens collateraux, ſauf lorſqu'une perſonne infâme, & du nombre de celles que la Loi 27, *cod. de inoff. Teſt.* déſigne, eſt inſtituée heritiere; auquel cas le Teſtateur doit laiſſer la legitime à ſes freres, ou ſœurs germains ou conſanguins; ainſi que nous l'avons expliqué dans ce chapitre, *ſect. 1, ſur la fin.* Les queſtions qui naiſſent des diſpoſitions reſultant des Coutumes, qui reſervent aux heritiers du ſang les quatre quints, ou autre portion de propres, ſont décidées par *Ricard, des Donations, tom. 1, part. 3, chap. 10, ſect. 2.*

De la legitime dûë aux freres, *turpi perſona inſtituta.*

79. De l'incapacité entre mariez de s'avantager.

On peut mettre au rang des incapacitez particulieres & reſpectives celle qui a été introduite par les Coutumes, qui défendent aux mariez, *conſtante matrimonio*, de ſe faire des liberalitez autre-

ment que par don mutuel, dont l'étenduë & les conditions ſont reglées par l'*article* 280 *de la Coutume de Paris*, & par les autres Coutumes qui ſont indiquées par *Claude de Ferriere dans ſa Conference ſur cet article.*

80. Diſpoſition de la Coutume de Paris ſur ce ſujet.

La même Coutume de Paris, *art.* 282, veut que les mariez durant leur mariage ne puiſſent s'avantager l'un l'autre, par donation entre-vifs, par Teſtament, ou Ordonnance de derniere volonté, ni autrement, directement ni indirectement, en quelque maniere que ce ſoit, ſinon par don mutuel, tel qu'il eſt expliqué dans l'*article* 280. Les conjoints ne peuvent non plus donner aux enfans l'un de l'autre d'un premier mariage, en cas qu'ils ayent des enfans communs, ou que l'un d'eux en ait, c'eſt-à-dire, en cas que le Donateur ou Teſtateur ait lui-même des enfans, ſuivant l'*article* 283.

Si l'incapacité s'étend aux enfans du premier lit des conjoints.

81. Autres Coutumes indiquées par Ferriere.

On trouve dans le Commentaire de Claude de Ferriere ſur ces articles une indication des Coutumes qui ſont conformes ou differentes, & des éclairciſſemens ſur les queſtions les plus ordinaires, qui peuvent ſe preſenter. *Ricard* en parle encore dans ſon Traité des Donations, *tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 3, *ſect.* 6. Je me bornerai à examiner deux queſtions aſſez impliquées & differemment décidées par les Auteurs. La premiere conſiſte à ſçavoir, ſi lorſque les conjoints domiciliez dans les Païs de Droit écrit, ou dans une Coutume qui permet de s'avantager, les diſpoſitions de l'un en faveur de l'autre doivent avoir leur effet pour les biens qui ſont ſituez dans la Coutume de Paris, ou dans quelqu'autre Coutume, qui défend aux conjoints de s'avantager durant leur mariage, dont néanmoins ces Coutumes permettent la diſpoſition par Teſtament. La ſeconde, les mariez diſpoſant en faveur l'un de l'autre dans une Coutume prohibitive de s'avantager; ſi cette Coutume empêche l'effet de la diſpoſition pour les biens qui ſont ſituez en Païs de Droit écrit, ou dans des Coutumes qui permettent de ſe faire des liberalitez teſtamentaires. Ces deux queſtions ſont ſuſceptibles de la même reſolution, ſi l'on ne s'attache qu'à la pureté des regles, parce qu'elles dépendent d'un même principe, ſçavoir ſi la Coutume prohibitive forme un Statut réel, ou un Statut perſonnel. Si le Statut eſt perſonnel, il ne peut établir qu'une incapacité perſonnelle attachée à la perſonne, & qui n'affecte pas les biens. Voilà pourquoi celui des conjoints qui diſpoſe en faveur de l'autre conjoint, peut lui laiſſer tous les biens dont il a une libre diſpoſition, quoique ces biens ſoient ſituez dans des Coutumes qui prohibent aux mariez

Si les diſpoſitions faites par les conjoints domiciliez en Païs de Droit écrit doivent valoir dans les Coutumes qui prohibent de s'avantager, & *vice verſa.*

de s'avantager; parce que *Statuta ſuo clauduntur territorio, nec ultra territorium diſponunt : Statuta enim municipalia numquam diſponunt ſuper capacitate aut habilitate eorum qui non ſunt in poteſtate ſtatuti*, ſuivant *Bartole*, *Paul de Caſtre*, & les autres Docteurs ſur la Loi *cunctos populos*, *cod. de ſumma Trinitate*, & que d'autre part celui qui eſt capable ou incapable dans un lieu doit être capable ou incapable partout; parce que la capacité, ou l'incapacité établie par la Loi du domicile doit ſuivre partout la perſonne. *Et vice verſa*, lorſque l'un des conjoints diſpoſe en faveur de l'autre étant domiciliez dans une Coutume qui défend aux mariez de s'avantager, la diſpoſition ſera inefficace, même pour les biens ſituez en Païs de Droit écrit, ou dans les Coutumes qui permettent aux conjoints de s'avantager. Mais il faudra dire tout le contraire, ſi le Statut, qui porte la prohibition, eſt réel; parce que dans ce cas il affecte les biens ſituez dans ſon territoire, leſquels doivent être reglez par la Coutume dans le diſtrict de laquelle ils ſont ſituez. Tout ceci eſt fondé ſur la diſtinction faite par *Jean Faber*, *Chopin ſur la Coutume de Paris*, *lib. 2*, *tit. 4*, *n. 6*, *Brodeau ſur M. Louet*, *lett. C. ſomm. 42*, *n. 6*, & pluſieurs autres; *aut Statutum reſpicit rem, aut perſonam; ſi rem, tunc inſpicitur conſuetudo loci ubi res poſitæ ſunt : ſi perſonam, conſuetudo loci ubi teſtatur.* La difficulté conſiſte donc à déterminer la nature du Statut, & s'il eſt perſonnel ou réel, ce qui ne peut ſe faire qu'en examinant les termes dont la Coutume eſt conçuë, & quels ſont les motifs de la prohibition. Si elle affecte les biens aux heritiers du ſang, & ſi la prohibition a été faite en leur faveur & à leur conſideration, enſorte qu'ils en ſoient l'objet principal, il faut conſiderer le Statut comme réel, & c'eſt dans ce cas qu'il me ſemble qu'on doit ſuivre l'avis de *M. d'Argentré ſur la Coutume de Bretagne*, *art. 218*, *gloſ. 6*, *n. 29*, *de Nicolas Burgundius ad conſuet. Flandriæ*, *tractat. 1*, *n. 40*, *& de Paul Voet*, *de Statutis, eorumque concurſu*, *ſect. 4*, *cap. 2*, *n. 5*, qui décident pour la réalité des Coutumes prohibitives aux mariez de s'avantager, mais non par la raiſon que Voet allegue, que s'agiſſant d'une prohibition particuliere, & d'une incapacité qui ne regarde pas l'état univerſel des perſonnes; car cette diſtinction a été condamnée par l'Arrêt du 26 Juillet 1679, rapporté au Journal du Palais. Que ſi la Coutume n'affecte pas les biens aux heritiers du ſang, ſi ce n'eſt pas principalement à leur conſideration, que la prohibition eſt faite, & ſi la Coutume a eu pour objet la volonté, l'honneur, & le profit des perſonnes mariées, pour ne pas les expoſer à des perſé-

cutions capables de troubler leur union, afin que leur affection ne fût pas vénale, & que le plus doux ou le plus facile ne fût pas en proye aux désirs déreglez du plus intereſſé : Pour leſquels motifs le Droit Romain avoit défendu les donations entre-vifs de la part des conjoints entr'eux pendant leur mariage, ſuivant les Loix 1, 2 & 3, *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Il faudroit décider pour la perſonnalité du Statut, comme l'a fort judicieuſement penſé *Coquille dans ſes Queſtions & Réponſes ſur les articles de ſa Coutume, queſt.* 131, 135 *&* 207, ſurtout ſi la même Coutume, qui prohibe les avantages entre mariez, ſans affecter les biens aux ſucceſſeurs legitimes, porte une affectation particuliere d'une certaine portion des propres, ou des acquêts au défaut des propres; auquel cas cette affectation ſpéciale & limitée doit faire comprendre, que ſon intention n'a pas été d'affecter de même aux heritiers du ſang, les biens dont elle prohibe la diſpoſition aux conjoints entr'eux; tandis qu'elle permet la diſpoſition des mêmes biens en faveur des perſonnes autres que les conjoints; ce qui prouve que la prohibition eſt perſonnelle, & qu'elle n'affecte en aucune façon les biens. Il y a à la verité pluſieurs Arrêts du Parlement de Paris, rapportez par *Brodeau ſur M. Loüet, lett. C. ſomm.* 42, *n.* 6 *&* 7, qui ont jugé, que ſi l'un des mariez domiciliez dans la Coutume de Paris, diſpoſe en faveur de l'autre, la diſpoſition n'eſt inefficace, que pour les biens ſituez dans le diſtrict de cette Coutume, & non pour ceux qui ſont ſituez dans le Païs du Droit écrit, ou dans d'autres Coutumes qui permettent aux mariez de s'avantager; mais ces Arrêts ne ſe ſont départis de la regle qui devoit faire déterminer le contraire, & qui eſt fondée ſur le ſentiment d'une foule d'Auteurs citez par *Brodeau* au lieu préallegué, *n.* 5, que par une conſideration particuliere priſe de la difference qu'il y a entre la capacité & l'incapacité. La capacité eſt un état naturel, & par conſéquent favorable; au lieu que l'incapacité forme un état accidentel & odieux. De-là vient que quand il s'agit de la capacité, il faut lui donner toute l'étenduë dont elle eſt capable, parce que *favores ſunt ampliandi;* mais quand il eſt queſtion de l'incapacité, il faut la reſſerrer autant qu'il eſt poſſible, parce qu'elle eſt odieuſe, & que *odia ſunt reſtringenda.* Ce qui eſt autoriſé par la déciſion de *Maſcardus de interpret. ſtatutor. concluſ.* 6, *n.* 120 *&* *ſuivans.*

Parmi les Romains le concubinage étant permis, ainſi qu'il eſt expliqué au Digeſte *de concubinis, lib.* 25, *tit.* 7, il n'y avoit aucune incapacité entre ceux qui vivoient enſemble, & qui

82. De l'incapacité de la concubine & du concubinaire.

étoient dans l'habitude du concubinage, *l.* 38, *ff. de donat. inter vir. & uxor. l.* 31, *ff. de donat. l.* 29, *l.* 41, *§.* 5, *& l.* 49, *ff. de leg.* 3. Il étoit encore permis de faire des liberalitez indéfinies aux personnes avec lesquelles on entretenoit un commerce illicite hors du concubinage, *l.* 5, *ff. de donat.*

Capacité indéfinie, suivant le Droit Romain.

83. Restriction de cette capacité par les Novelles.

Par la *Novelle* 89, *chap.* 12, *§.* 2, il est décidé que l'homme qui a des enfans legitimes ne peut laisser par Testament à sa concubine qu'une demie once, qui est la vingt-quatriéme partie de ses biens; & le *§.* 4 veut, que quand celui qui ne laisse que des parens collateraux, & qui n'a point d'épouse legitime, décede *ab intestat*, la concubine, & les enfans qu'elle a eus du défunt puissent demander deux onces, ou un sixiéme de ses biens; mais ce texte ne touche point à la capacité de la concubine pour recevoir des liberalitez de la part de celui avec lequel elle vivoit, quand il n'y a point d'enfans legitimes.

84. Des concubines des Soldats.

Il en étoit autrement des femmes avec lesquelles des Soldats étoient en mauvais commerce; elles étoient incapables de recevoir des liberalitez testamentaires de la part des Soldats, qui les entretenoient, *mulier in qua turpis suspicio cadere potest, nec in Testamento militis aliquid capere potest, l. Miles* 41, *§.* 1, *ff. de Testam. militis, l.* 14, *ff. de his quæ ut indign. aufer. & l.* 2, *cod. de donat. inter vir. & uxor.* le mauvais commerce avec le Soldat produit même une indignité qui, selon la Loi déja citée, fait appliquer au fisc les dispositions faites au profit de la femme.

85. Usage du Royaume sur la capacité des concubines, & des concubinaires.

Par l'usage du Royaume, on a non-seulement adopté les Loix Romaines, qui déclarent l'incapacité ou l'indignité des dispositions faites par le Soldat à sa concubine appellée *Focaria*; mais on y regarde la concubine comme incapable des dispositions de la part du concubinaire, quoiqu'il ne soit pas Soldat, *& vice versa*; il y a plusieurs Coutumes qui l'ont expressément ainsi décidé, & entr'autres *celle d'Anjou, art.* 342, *celle du Maine, art.* 354, *celle de Tours, art.* 296, *& celle de Loudun, chap.* 25, *art.* 10. L'article 132 de l'Ordonnance de 1629, déclare nulles toutes donations faites à des concubines, & c'est le sentiment de *Lalande sur l'art.* 292 *de la Coutume d'Orleans, n.* 30, *& de Ricard, des Donations, part.* 1, *n.* 408 *& suivans. Charondas, liv.* 7, *rép.* 198, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, qui casse une donation faite par un concubinaire à sa concubine, & il y en a une infinité d'autres dans les Auteurs: toutefois les dispositions sont resoluës quant à la proprieté, mais on les laisse subsister en simple usufruit pendant la vie du legataire, *Ricard & Lalande* aux endroits citez.

La raison pourquoi il n'est plus permis, comme il l'étoit par le Droit Romain, de faire des dispositions en faveur de la concubine, *& vice versa*, est, selon la remarque d'*Henris, liv. 5, chap. 2, quest. 12, & de Dupineau sur l'art. 342 de la Coutume d'Anjou*, parce que les Loix de notre Religion, & les Constitutions Canoniques défendent le concubinage, qui avoit aussi été défendu par la *Novelle 91 de l'Empereur Leon le Philosophe ;* que cette prohibition retranche le reste, & que la cause cessant, pour laquelle on pouvoit disposer en faveur d'une concubine, l'effet doit aussi cesser ; cependant les liberalitez faites dans ce cas pour alimens sont permises, *Ricard* au lieu cité, *n.* 406, 407 *&* 416. Il est encore permis à celui qui a rendu enceinte une fille, & qui depuis cette faute n'a pas eu avec elle un commerce criminel, de faire des dispositions par Testament pour lui tenir lieu de dédommagement, *Brodeau sur M. Louet, lett. D. somm.* 43, *n.* 5, comme aussi les liberalitez qui sont faites par le concubinaire, quoiqu'Ecclesiastique, à la fille legitime de sa concubine, sont bonnes, *Soefve, tom.* 1, *centur.* 1, *ch.* 73. V. *le Grand sur la Coutume de Troyes, art.* 138, *glos.* 2, *n.* 3, où il explique plusieurs cas dans lesquels les liberalitez faites à des concubines par le concubinaire ont été confirmées.

86. Raisons pourquoi il n'est pas permis de faire des liberalitez aux concubines.

Des liberalitez pour alimens faites en faveur de la concubine.

Des liberalitez faites à la fille qui a été rendue enceinte.

Si le concubinaire peut faire des liberalitez à la fille de sa concubine.

La Loi *Claudius Seleucus* 13, *ff. de his quæ ut indign. auser.* décide, que celui qui étant surpris & condamné pour adultere, épouse ensuite celle avec laquelle il a commis l'adultere, quoique non condamnée, ne peut pas l'instituer pour heritiere ; que la femme ne peut pas non plus instituer son mari avec lequel elle avoit eu un commerce adultere, & que l'heredité est appliquée au fisc à cause de l'indignité de l'adultere institué heritier ; cela est fondé à la verité sur ce que le mariage est illicite, & que selon les regles du Droit Romain, lorsque le mariage est illicite, les mariez sont indignes des liberalitez qu'ils peuvent se faire, *l.* 4, *cod. de incestis nupt.*

87. Adulteres, s'ils peuvent se faire des liberalitez, suivant le Droit Romain.

Cependant on a adopté en France la décision de cette Loi 13, quoique spéciale & particuliere, & on l'a appliquée aux cas où les adulteres se feroient des liberalitez ; ce qui s'observe non-seulement dans les Païs coutumiers, selon *Ricard, tom.* 2, *des Donations, part.* 1, *n.* 401 *& suivans, & Brodeau sur M. Louet, lett. D. somm.* 43, mais encore dans les Païs du Droit écrit, suivant *M. Maynard, liv.* 3, *chap.* 14, *& M. de la Roche, verb. confiscation, art.* 4, *& liv.* 6, *tit.* 40, *art.* 10. Ce dernier Auteur remarque que cette prohibition a lieu à l'égard des Prêtres & des

88. Usage de France sur le même sujet.

Des Prêtres & des Gens d'Eglise.

Gens d'Egliſe; *Brodeau ſur M. Louet* au lieu cité, *n.* 6, & *Lalande ſur la Coutume d'Orleans, art.* 292, *n.* 30, rapportent pluſieurs autoritez & Arrêts qui le décident de même, & quoique *M. Maynard* au lieu cité diſe, que ce qui eſt ôté à l'adultere eſt adjugé au fiſc, cela ne s'obſerve plus, & l'on adjuge aux heritiers ou aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ce qui eſt ôté à l'indigne, comme nous le montrerons dans la ſection 3, n. 4, du preſent chapitre.

Si ce qui eſt ôté aux adulteres eſt adjugé au fiſc.

89. Mariez dont le mariage eſt nul.

Lorſque le mariage eſt nul ou illicite, comme ayant été celébré contre les Loix ou les Ordonnances, ou au préjudice de quelqu'empêchement dirimant, les mariez ſont incapables de recueillir les liberalitez qu'ils ſe ſont faites entr'eux, parce qu'un tel mariage eſt conſideré comme une conjonction illicite; à moins que les mariez ne fuſſent dans la bonne foi, & qu'ils n'euſſent ignoré l'empêchement : auquel cas celui qui aura été dans la bonne foi, ſera capable de recevoir de la part de ſon conjoint, c'eſt la déciſion de la Loi 4, & la Loi 6, *cod. de inceſtis & inutil. nupt.* La Loi déja citée excuſe encore les conjoints, *qui ætatis lubrico lapſi ſunt*, pourvu que dès qu'ils auront découvert leur erreur, ou qu'ils ſeront parvenus à un âge legitime, qui doit être ſans doute la majorité, ils renoncent à la conjonction illicite: *Quos ita demum legis noſtræ laqueis eximi placuit, ſi aut errore comperto, aut ubi ad legitimos pervenerint annos, conjunctionem hujuſmodi ſine ulla procraſtinatione dirimerint.*

Si l'âge excuſe dans ce cas.

90. Des bâtards, & de leur incapacité.

Il nous reſte à parler de l'incapacité des bâtards, que nous diviſerons pour l'ordre en ſept chefs. Dans le premier nous examinerons la capacité des bâtards, eu égard à leur pere naturel. Dans le ſecond, eu égard à leur mere. Dans le troiſiéme, la capacité des enfans legitimes des bâtards, ou des bâtards des enfans legitimes ou bâtards, eu égard à leurs ayeux. Dans le quatriéme, la capacité des peres & meres naturels, eu égard aux liberalitez de leurs enfans bâtards. Dans le cinquiéme nous parlerons des enfans nez des mariages nuls, ou clandeſtins, ou contractez *in extremis*, qui, quoique legitimes quant au Sacrement, ſont néanmoins conſiderez comme illegitimes quant aux effets civils. Dans le ſixiéme nous expliquerons en quoi conſiſte la capacité des enfans legitimez *per ſubſequens matrimonium*. Enfin dans le ſeptiéme nous examinerons ce qui regarde les enfans legitimez par reſcrit du Prince; & dans tous ces cas après avoir expliqué les regles de la Juriſprudence Romaine, nous remarquerons quels ſont les uſages du Royaume.

Diviſion de la matiere en ſept chefs.

91. Trois claſſes des

Les Romains diſtinguoient les enfans illegitimes ou bâtards, &

& en faiſoient trois claſſes. La premiere étoit de ceux qui étoient nez d'une concubine que le pere gardoit dans ſa maiſon, & qui lui tenoit lieu d'épouſe, ainſi qu'il eſt expliqué dans les Loix du digeſte au titre *de concubinis*, par *M. Maynard, livre 5, chapitre 30*, & par les autres Auteurs. Ceux-ci étoient appellez enfans naturels; c'eſt de ceux-ci dont il parle dans le titre du code *de naturalib. liberis*, & dans la *Novelle 89*; mais l'Empereur Leon le Philoſophe, par ſa *Novelle 91*, ayant défendu le concubinage, & abrogé les Loix qui le permettoient, cela a donné occaſion à *M. Cujas* de dire dans ſes Obſervations, *lib. 7, cap. 6*, qu'on ne connoît plus aujourd'hui les enfans naturels tels que le Droit Romain les déſignoit, & que ceux qui naiſſent d'une concubine ſont mis au rang de ceux qui naiſſoient des femmes publiques, & qui étoient appellez *ſpurii. Hodiè concubinatus non legitimæ conjunctioni, ſed ſcortationi deputatur... & nulli hodiè ſunt filii naturales;* mais les Novelles de l'Empereur Leon n'ayant pas force de Loi, la réflexion de *M. Cujas* ne peut être ſoutenuë qu'autant que le concubinage ſe trouve défendu par la Loi divine, & par le Droit Canonique.

enfans illegitimes chez les Romains.

Enfans naturels nez d'une concubine qui tenoit lieu d'épouſe.

Concubinage aboli, ainſi on ne connoît plus ces enfans naturels.

La deuxiéme étoit de ceux qui étoient procréez du commerce avec les perſonnes appellées *meretrices, quæ corporis quæſtum faciebant*, ils étoient appellez *ſpurii* ou *vulgo concepti*, & qui n'avoient point de pere certain, *l. 23, ff. de ſtatu hominum.*

92. Des enfans illegitimes appellez *ſpurii.*

La troiſiéme étoit de ceux qui étoient procréez d'une conjonction réprouvée, *ex nefario, aut inceſto, aut damnato coitu, Novel. 89, cap. 15, aut adulterino.* Ceux qui étoient nez d'une perſonne conſacrée à Dieu, ou qui avoit été ravie, venoient *ex nefario coitu;* les inceſtueux étoient procréez de la conjonction entre parens; ceux-là provenoient *ex damnato coitu*, qui naiſſoient d'un Tuteur & d'une pupille, d'un affranchi & d'une patrone, & d'autre perſonnes que les Loix prohiboient de ſe marier enſemble; enfin, les adulterins étoient ceux qui naiſſoient du commerce avec une perſonne engagée par les liens du mariage. Les Canoniſtes mettent au rang des enfans adulterins, les enfans des Prêtres, & des autres perſonnes engagées dans les Ordres Sacrez.

93. De ceux qui étoient nez d'une conjonction reprouvée, *ex nefario, inceſto & damnato coitu aut adulterino.*

Les enfans nez des Prêtres ſont mis au rang des adulterins.

En France, où le concubinage n'eſt ni permis ni toleré, toutes les perſonnes qui naiſſent hors du mariage légitime, ou qui ne ſont pas légitimées par un mariage ſubſéquent, ſont miſes au rang des bâtards, ſuivant *Bacquet, du Droit de Bâtardiſe, chapitre 1, & M. Maynard, livre 5, chapitre 30*, ce qui eſt fondé ſur la

94. En France le concubinage n'eſt ni permis ni toleré, & tous les enfans qui naiſſent hors du mariage ſont bâtards.

Loi divine, & sur la disposition du Droit Canonique, ainsi que nous l'avons remarqué.

On n'y connoît que deux especes de bâtards.

On distingue donc les bâtards en deux especes seulement: Les premiers, sont ceux qui sont nez *ex soluto & soluta*. Les seconds sont ceux qui naissent d'une conjonction de deux personnes incapables de se marier ensemble; on met au rang des premiers, ceux qui naissent d'une concubine ou d'une femme de mauvaise vie indistinctement, pourvû qu'elle soit libre de contracter mariage avec celui avec lequel elle a un mauvais commerce; & au rang des seconds, on met les adulterins, les incestueux, & tous les autres. Ces deux especes de bâtards ne different pas même beaucoup entr'eux, par rapport à leur capacité de recevoir des liberalitez de la part de leurs peres. La difference ne consiste guere qu'aux effets de la légitimation par rescrit du Prince, & en ce que les bâtards de la seconde espece ne peuvent pas être légitimez *per subsequens matrimonium*, comme nous le verrons bientôt.

Ceux qui sont nez *ex soluto & soluta*.

Et ceux qui sont nez de toute autre conjonction reprouvée.

En quoi consiste la difference entre ces deux especes de bâtards.

95.

En quoi consiste l'incapacité des bâtards par rapport à leur pere naturel.

Cela posé, venons au premier chef concernant la capacité des bâtards par rapport à leurs peres. 1°. Par le Droit ancien du Digeste, il étoit permis au pere d'instituer heritier son fils naturel, *l. ult. ff. de jure deliberandi*; il pouvoit encore l'instituer co-heritier par portions égales avec un fils légitime, même le substituer à l'enfant légitime, *l. Lucius* 45, *ff. de vulg. & pupill.* mais cela fut changé par le Droit du Code. La Loi 2, *cod. de naturalibus, lib.* permet à celui qui en mourant, a des enfans ou autres descendans légitimes, ou laisse à lui survivant un ascendant, de laisser à ses enfans naturels, & à la concubine leur mere, une once seulement; c'est-à-dire, un douziéme de ses biens, & tout ce qui leur est laissé au-delà doit être retranché par les heritiers ou successeurs légitimes ascendans ou descendans; mais par la *Loi* 8 *du même titre*, il étoit permis au pere de leur donner jusqu'à la moitié de ses biens.

Droit ancien du Digeste.

Droit du Code.

96.

Droit des Novelles.

La *Novelle* 89. *chapitre* 12, a dérogé à la Loi 8, *cod. de naturalibus lib.* & a confirmé la *Loi* 2 *du même titre*, dans le cas que le défunt laisse des descendans légitimes; que s'il ne laisse que des ascendans ou des collateraux, il lui est permis, en donnant la légitime aux ascendans, de laisser le reste de ses biens à ses enfans naturels; mais s'il décede *ab intestat*, laissant des enfans légitimes, les enfans naturels n'ont aucune part à la succession, ils peuvent seulement demander les alimens aux heritiers de leur pere naturel; cependant, si le pere naturel ne laissoit que des parens

collateraux, les enfans naturels avoient droit de prendre deux onces, ou un ſixiéme de la ſucceſſion à partager avec leur mere qui devoit avoir autant que tous ſes enfans, ce qui avoit été ordonné de même par la *Novelle* 18, *chapitre* 5. La diſpoſition de ces Novelles eſt rapportée en abregé dans l'*Auth. nunc ſoli*, & dans l'*Authent. licet cod. de naturalib. liber.*

97. De ceux qui étoient appellez *ſpurii & vulgò concepti*.

A l'égard de ceux qui étoient appellez *ſpurii* ou *vulgò concepti*, ils étoient incapables de toutes ſortes de liberalitez en proprieté, de la part de leurs peres, qui ne pouvoient leur laiſſer que les alimens, ou quelque choſe tenant la place des alimens, *l.* 5, *§.* 1, *ff. de agnoſcend. & alend. liber.* Il en étoit de même de ceux qui étoient nez d'un mariage injuſte ou nul, & qui ſont appellez *ſpurii* dans le *§.* 12, *inſtit. de nuptiis*, leſquels ſont auſſi déclarez incapables de toutes diſpoſitions de la part de leurs peres, *l.* 1, *cod. de naturalib. liber.* aux alimens près.

De ceux qui étoient nez d'un mariage nul.

98. De ceux qui étoient nez *ex nefario & damnato coitu*.

Ne pouvoient pas recevoir même à titre d'alimens.

Pour ce qui eſt des enfans nez *ex nefario, inceſto, aut damnato, & adulterino coitu*, ils étoient incapables de toutes ſortes de liberalitez, même à titre d'alimens, de la part de leur pere, *Novell.* 89, *cap.* 15, *Auth. licet cod. de naturalib. liber.* & *Auth. ex complexu cod. de inceſtis, & inutil. nuptiis.*

99. Les enfans naturels & ceux qui étoient appellez *ſpurii* ſuccedoient à leur mere.

Que les enfans fuſſent naturels ou bien *ſpurii, & vulgo quæſiti*, de la maniere que nous venons de l'expliquer, ils ſuccedent *ab inteſtat*, ou par Teſtament, à leur mere, qui eſt toujours certaine, à l'excluſion de tous les autres parens, même en concours avec les enfans légitimes, à moins que la mere ne fût d'une naiſſance illuſtre; *leg. ſi qua illuſtris* 5, *cod. ad Senatus-Conſult. Orphitian. leg.* 1, *§.* 2, *leg.* 2, *§.* 1, *ff. ad Senatus-Conſult. Tertil. & l.* 2, *ff. unde cognati.* La Loi 29, *§.* 1, *ff. de inoff. Teſtam.* décide de même, que le fils qui eſt du nombre de ceux qui ſont appellez *ſpurii*, a droit de propoſer la plainte d'inofficioſité contre le Teſtament de ſa mere, *de inofficioſo Teſtamento matris, ſpurii quoque dicere poſſunt.* La *Novelle* 89, ne déroge point à cette Juriſprudence du digeſte & du code, par rapport à ces deux eſpeces de bâtards, on peut néanmoins conclure de cette *Novelle*, que les bâtards de la troiſiéme eſpece, & qui étoient nez *ex nefario, inceſto vel damnato coitu*, étoient incapables par le Droit Romain, de ſucceder à la mere par Teſtament ou *ab inteſtat*, & que ce qui eſt ordonné à cet égard pour le pere, devoit avoir lieu pour la mere, parce que l'incapacité ne ſe regle pas tant ſur l'incertitude du pere que ſur le vice de la naiſſance.

Ils pouvoient propoſer la plainte d'inofficioſité contre le Teſtament de leur mere.

Les enfans nez *ex nefario & damnato coitu* ne ſuccedoient pas à leur mere.

100. Suivant le Droit Canon les enfans adulterins peuvent demander les alimens.

La rigueur du Droit Civil, qui refuſe aux bâtards adulterins, ou inceſtueux, même les alimens, a été adoucie par l'équité du Droit Canonique, dans le chapitre *cum haberet 5, extra de eo qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium*, qui veut que le pere ou la mere puiſſent être obligez de fournir ce qui eſt néceſſaire, ſelon leurs facultez, pour la nourriture & l'entretien de leurs bâtards adulterins. Pluſieurs Auteurs, & particuliere-

L'uſage eſt conforme à l'équité du Droit Canon.

ment *Gudelinus, de jure noviſſimo, lib. 1, cap. 15*, eſtiment que la déciſion du Droit Canon doit être ſuivie, comme plus juſte & plus conforme à la nature, préferablement à celle du Droit Civil, comme trop rigoureuſe & trop éloignée des ſentimens d'humanité, n'y ayant pas lieu de traiter avec tant de rigueur, des enfans innocens, *qui nihil admiſerunt*, & qui ſelon les paroles de la Loi 7, *cod. de naturalibus liberis, qui alieno laborant vitio*, & qui ne ſont pas indignes de compaſſion & de commiſeration, *naſci ex adulterio non eſt ejus culpa qui naſcitur, ſed illius qui generat*, dit le Canon 4, diſtinction 56; c'eſt même l'uſage de preſque toutes les Nations, ſelon la remarque de *Chriſtin. ſur Bugnyon*, des Loix abrogées, *lib. 1, ſatyra 51, & hoc omnium ferè gentium mores præcipiunt.* Mais le texte des Décretales déja cité, ni aucun autre, ne fait aucun changement au Droit Civil, touchant la capacité des autres eſpeces de bâtards.

101. Quelles ſont les regles du Droit François touchant les bâtards.

Telle eſt la Juriſprudence du Droit Romain au ſujet de la capacité des bâtards, pour recueillir les liberalitez de leurs peres & meres, avec la modification du Droit Canonique. Voyons quelles ſont les regles du Droit François, & l'uſage du Royaume. Pour ne pas tomber dans la confuſion, & pour mettre cette matiere dans ſon véritable jour, & la tirer de l'obſcurité, où elle ſemble être plongée par la diverſité des avis des Auteurs, & par la varieté des déciſions des Arrêts qui ont été rendus dans les Cours ſupérieures du Royaume, il me ſemble que l'on doit faire une double diſtinction; ſçavoir, de la ſucceſſion teſtamentaire avec la ſucceſſion *ab inteſtat*; & des bâtards nez *ex ſoluto & ſolutâ* avec ceux qui ſont nez d'un adultere ou d'autre conjonction de deux perſonnes qui n'avoient pas la liberté de ſe marier enſemble.

Diſtinction entre la ſucceſſion *ab inteſtat* & les diſpoſitions teſtamentaires.

Et des bâtards nez *ex ſoluto & ſolutâ*, avec les autres eſpeces de bâtards.

102. Les bâtards adulterins & autres ſemblables ne ſuccedent point *ab inteſtat*, à leurs aſcendans ni à leurs collateraux.

On peut regarder comme une maxime generalement reçuë en France, que les bâtards adulterins, & autres ſemblables, ne ſuccedent point *ab inteſtat* à leurs pere ou mere, encore moins à leurs autres aſcendans ni aux collateraux, parce que *neque genus neque gentem habent*, & que le vice de leur naiſſance les exclut

de toute succeſſion, même à l'égard de leur mere, & il n'y a aucun Parlement en France qui ne le juge de même.

103. Des enfans nez *ex ſoluto & ſolutâ*, & qu'ils ne ſuccedent pas *ab inteſtat* à leur pere ni aux autres parens paternels.

A l'égard des enfans nez *ex ſoluto & ſolutâ*, on peut auſſi regarder comme une maxime generalement reçuë, que les bâtards ne ſuccedent pas à leur pere, ni à leurs autres aſcendans ou parens paternels; ils ne ſuccedent pas non-plus *ab inteſtat* à leur mere; ni aux aſcendans ou parens maternels, ſi l'on excepte le Parlement de Grenoble, où le ſimple bâtard ſuccede *ab inteſtat* à ſa mere & à ſon ayeule maternelle; il peut même demander une légitime, ou ſupplément quand la mere a diſpoſé par Teſtament. Les Arrêts de ce Parlement qui le jugent ainſi, ſont rapportez par *Guy Pape, queſtion* 280; *M. Expilly, plaidoyer* 17; *Chorier, dans la Juriſprudence de Guy Pape, page* 199, *& Baſſet, tome* 2, *liv.* 4, *titre* 12, *chap.* 3.

Au Parlement de Grenoble ils ſuccedent à leur mere & à l'ayeule maternelle.

104. Coutumes qui excluent les bâtards de la ſucceſſion *ab inteſtat*.

Il y a en effet, pluſieurs Coutumes qui excluent le bâtard de la ſucceſſion *ab inteſtat* de leur pere & mere. La Coutume de Paris, article 158, le ſuppoſe comme une maxime reçuë. Lorſqu'elle dit: *Qui n'eſt habile à ſucceder, comme le bâtard, ne peut venir au retrait.* L'article 3 du titre 8 de la Coutume de Bourgogne, porte: *Le bâtard ou bâtarde ne vient point* ab inteſtat *à la ſucceſſion de pere ne de mere.* Celle de Poitou, article 297, dit: *Les bâtards ne ſuccedent à pere ne à mere.* Celle de Bretagne article 450: *Le bâtard ne ſuccede à ſes pere ne mere.* Par celle de Bourbonnois, art. 185, *bâtards ne ſuccedent* ab inteſtat, *ni par Teſtament à leurs parens & lignagers, de quelqu'eſtoc qu'ils ſoient.* Pluſieurs autres Coutumes qui ſont indiquées par *Taiſand*, ſur celle de Bourgogne, & par *M. Auroux des Pommiers*, ſur celle de Bourbonnois, renferment une pareille excluſion de la ſucceſſion *ab inteſtat.*

105. Auteurs qui décident dans les Pays Coutumiers & de Droit écrit, que les bâtards ne ſuccedent pas *ab inteſtat.*

Tous les Auteurs du Droit Coutumier & du Droit écrit atteſtent cette Coutume generale, & aſſurent qu'elle s'obſerve dans tout le Royaume. *Argentré ſur l'article cité de la Coutume de Bretagne, gloſe* 2. *Chaſſanée ſur celle de Bourgogne, rubriq.* 8, §. 3. *Taiſand, ſur la même Coutume, titre* 8, *article* 1, *notes* 3 *&* 4. *Mazuer, au titre des Succeſſions, nombre* 36. *Rebuffe, ſur les Ordonnances* in proëmio, *gloſe* 5, *nombre* 68. *Bugnyon, des Loix abrogées, liv.* 1, *chapitre* 18. *Bacquet, du Droit de Bâtardiſe, chapitre* 2. *Benedicti, ſur le chapitre* Raynut. *Ranchin ſur la queſtion* 280 *de Guy Pape. M. Maynard, livre* 5, *chapitre* 30; *livre* 8, *chapitre* 49, *& liv.* 9, *chapitre* 34. *M. Duranty, queſtion* 19. *M. d'Olive, livre* 5, *chap.* 34. *Mornac ſur la Loi* 29, §. 1, ff. de inoff. Teſtam. *Henrys, liv.* 6, *queſt.* 9, & une foule d'autres citez par *Brodeau ſur M.*

Arrêt du Parlement de Toulouse qui exclut le bâtard de la succession de sa mere.

Louet, lettre D. sommaire 1, *nombre* 21; il est même remarquable que *M. d'Olive* rapporte un Arrêt qui déclare le fils naturel incapable de la succession *ab intestat* de sa mere.

106. De l'incapacité des bâtards de recevoir en France des liberalitez testamentaires.

Les bâtards adulterins & autres de même nature ne sont capables que des alimens.

Les liberalitez excessives sont réduites à la mesure des alimens.

Par rapport à la succession testamentaire & à la faculté de recevoir des liberalitez par testament, on tient pour maxime dans tout le Royaume, même au Parlement de Grenoble, que les enfans adulterins & les autres bâtards de même espece, & qui ne sont pas nez *ex soluto & soluta*, ne sont capables que des alimens ou de quelque liberalité qui tienne lieu d'alimens; on s'est éloigné à cet égard de la rigueur du Droit civil, pour se conformer à la douceur & à l'équité du Droit Canonique; mais les liberalitez excessives sont retranchées & réduites à la mesure des alimens. *Loysel, dans ses Institutes Coutumieres*, en a fait une regle *livre* 1, *titre* 1, *reg.* 41 *&* 43. *L'on juge*, dit cet Auteur, *que qui fait l'enfant doit le nourrir. M. Louet & Brodeau, lettre A. sommaire* 4, *lettre B. sommaire* 1, *lettre D. sommaire* 1, *Bacquet, du Droit de Bâtardise, chapitre* 3; *Lalande sur la Coutume d'Orleans, article* 292, *nombre* 34; *Basset*, au lieu cité; *Automne, sur l'article* 73 *de la Coutume de Bordeaux; M. Maynard, livre* 6, *chapitres* 13 *&* 14; *M. de Catellan, livre* 2, *chapitre* 95, *& livre* 4, *chapitre* 23, *& M. Raviot, dans ses Observations sur les Questions de Perrier, quest.* 342, *nomb.* 5.

107. De la capacité des bâtards nez *ex soluto & solutâ*.

Il y a une très-grande varieté dans la Jurisprudence des Arrêts, au sujet de la capacité des bâtards nez *ex soluto & solutâ* hors des Coutumes qui ne reglent pas cette capacité.

108. De la Coutume de Bourbonnois.

La Coutume de Bourbonnois, article 185, & quelques autres qui sont rapportées par *Me. Auroux des Pommiers* sur cet article, déclarent cette espece de bâtards incapables des successions testamentaires, tout comme de celles qui sont déferées *ab intestat*, & il y a plusieurs Auteurs qui ont soutenu que c'étoit une maxime dans tout le Royaume.

109. De la Coutume d'Auvergne.

L'article 47 *du chapitre* 14 *de la Coutume d'Auvergne*, porte: *En faveur & en contrat de mariage, on peut faire toutes donations & dispositions par convenance de succeder ou autrement au profit de son bâtard contractant mariage* dempta legitima.

110. De celle de Bretagne.

Celle de *Bretagne, article* 476, ne permet au pere de donner à son bâtard que par usufruit seulement, pour alimens, nourriture & entretien.

111. De celle de Tours.

Selon *l'article* 242 *de la Coutume de Tours*, on peut donner à son bâtard, tant entre-vifs que par Testament, la quatriéme partie de ses acquêts, à vie seulement, & tous ses meubles à perpétuité.

Celle *de Melun*, *article* 298, déclare le bâtard capable de recevoir des dons de la part de ſes pere ou mere & autres parens, comme une perſonne étrangere, pourvû que les dons ne ſoient pas exceſſifs & immenſes. 112. De celle de Melun.

L'article 116 *de celle de Sedan*, ne permet au pere de donner à ſon bâtard, que la ſixiéme partie de ſes meubles & conquêts immeubles, à la charge de retour au profit des heritiers du Donateur, en cas que l'heritier meurt ſans enfans. 113. De celle de Sedan.

Et l'article 297 *de la Coutume de Poitou*, après avoir dit que les bâtards ne ſuccedent à pere ni à mere, ajoute : *toutefois le pere & la mere, pour les alimenter, nourrir, & entretenir ſelon leur état, leur peuvent faire donation.* 114. De celle de Poitou.

La Coutume de Bourgogne, article 8, *titre* 3, qui exclut ſimplement les bâtards de la ſucceſſion *ab inteſtat* de leur pere & mere, ſemble les déclarer capables des ſucceſſions teſtamentaires, par l'argument des contraires, & la regle *incluſio unius eſt excluſio alterius ;* cependant on l'a expliquée avec diſtinction ; car ſi le défunt laiſſe des enfans légitimes, il ne peut pas inſtituer ſon bâtard, lorſque le fils légitime n'abſtient point de l'herédité paternelle ; que s'il en abſtient, ou ſi le pere naturel ne laiſſe point d'enfant légitime, il peut valablement inſtituer ſon bâtard, & il en eſt de même de la mere, ſuivant *Taiſand ſur cet article, note* 2, *& Me. Raviot ſur les Queſtions de Perrier, queſtion* 342, *nombre* 4, *tome* 2. 115. De celle de Bourgogne.

Brodeau ſur M. Louet, lettre D. ſommaire 1 ; *Ricard des Donations, tome* 1, *part.* 1, *nombres* 429 *& ſuivans ; Claude de Ferriere, ſur la Novelle* 89, *chapitre* 15 ; *Lalande, ſur l'article* 292 *de la Coutume d'Orleans, nombres* 36 *&* 37, qui ont rapporté les Arrêts du Parlement de Paris qu'ils ont vû rendre, ou rappellé ceux qu'ils ont trouvez dans les Arreſtographes, ont remarqué que la Juriſprudence avoit varié ; certains Arrêts ont jugé que les bâtards, autres que les adulterins ou inceſtueux, étoient capables de toutes ſortes de donations & de diſpoſitions, même à titre univerſel ; c'eſt-à-dire, de tous les biens dont le pere naturel avoit la liberté de diſpoſer, ſuivant les Coutumes, ce qui s'entend néanmoins, en défaut d'enfans légitimes ; car ſelon la remarque de *Lalande* au lieu cité, *nombre* 35, l'uſage de France eſt de permettre aux peres naturels qui ont des enfans légitimes, de faire à leurs ſimples bâtards quelque petit legs, à l'exemple du Droit Romain, qui permet au pere de teſter en leur faveur d'une douziéme partie de ſes biens. 116. Auteurs qui ont traité la queſtion de la capacité des bâtards nez *ex ſoluto & ſoluta*.

Varieté dans la Juriſprudence des Arrêts.

Arrêts qui ont accordé à ces bâtards une capacité indéfinie de la part de leurs peres qui n'ont pas des enfans légitimes.

117. Détail de ces Arrêts.

Le premier Arrêt qui a déclaré les bâtards capables des dispositions universelles de la part de leurs pere & mere, a été donné en la Coutume d'Auxerre le 27 Mars 1584, & fut prononcé en Robes rouges. Le second est du 5 Février 1614. Le troisiéme du 25 May 1618. Le quatriéme donné à l'Audience de la Grand'-Chambre, le 9 Mars 1648, au rôle de Paris, rapporté *au tome 1 du Journal des Audiences*. Le cinquiéme du 8 Mars 1652, rendu sur les conclusions de M. l'Avocat General Talon, qui dit que les bâtards étoient capables de toutes sortes de legs & de donations, sans que pour cet effet, il fût besoin de Lettres de légitimation. Le sixiéme fut prononcé à huis clos le Samedy 17 Juillet 1655, conformément aux conclusions de M. l'Avocat General Bignon.

118 Changement de Jurisprudence par les Arrêts postérieurs qui ont déclaré les simples bâtards incapables des dispositions universelles.

Les Arrêts postérieurs ont changé cette Jurisprudence, & ont jugé que les simples bâtards étoient incapables des dispositions universelles de la part de leurs pere & mere. Le premier a été rendu à l'Audience de la Grand'Chambre, au rôle de Paris, conformément aux conclusions de M. l'Avocat General Talon, qui dit qu'il y avoit lieu de remettre les choses dans les regles, en réduisant les legs universels faits aux bâtards.

119. Suite.

Le second a été rendu à l'Audience de relevée le 26 May 1656, par lequel le legs universel fait par la mere à sa fille naturelle de la somme de 18000 liv. tous ses biens ne montant pas à 12000 liv. fut réduit à 8000 liv.

120. Suite.

Le troisiéme est du 14 Juillet 1661, donné à l'Audience de la Grand'Chambre, par lequel un legs de 60000 liv. fait par une mere à sa fille naturelle, fut réduit à 12000 liv.

121. Si la disposition particuliere est réduite quand elle est trop considerable, eu égard aux facultez du Testateur.

Mais quoique le legs, lorsqu'il est particulier, soit considerable, il n'est pas néanmoins réduit, si les biens du défunt peuvent le supporter; comme il fut jugé par Arrêt du 19 May 1663, rapporté *au Journal des Audiences tome 2*, par lequel Arrêt un legs particulier de la somme de 600000 liv. fait par M. Hinselin, Contrôleur de la Chambre aux deniers, à son fils naturel, fut confirmé, conformément aux conclusions de M. l'Avocat General Bignon, qui representa que le Testateur avoit laissé beaucoup plus de biens, & qu'il s'agissoit d'un legs particulier dont les bâtards sont capables.

122. Raisons pourquoi les bâtards ne sont pas capables des dispositions universelles.

Ferriere au lieu cité observe que l'on tient au Palais que les bâtards ne sont point capables des dispositions universelles de la part de leurs pere ou mere, parce que c'est un titre d'honneur, dont ceux que la naissance couvre d'infamie, sont incapables,

ce

ce qui peut être fondé sur des raisons d'Etat & de politique, pour détourner les hommes du concubinage, & pour les engager à se borner à des conjonctions légitimes, *& ita ut potius legitimorum liberorum procreationi studeant*, le Public ayant interêt à la conservation des familles par le moyen des mariages légitimes. Le Parlement de Paris réduit même les legs particuliers d'une certaine somme, quand elle est excessive, eu égard aux biens que le Testateur a laissez; & par un Arrêt du 28 May 1709, rapporté par *Augeard, tome 2, chapitre 87*, une Sentence qui réduit à 10000 l. un legs de 20000 liv. fait par un pere qui n'avoit que 42000 liv. d'effets mobiliers, à son fils naturel, fut confirmée conformément aux conclusions de M. l'Avocat General Guillaume de Lamoignon.

Réduction des legs particuliers quand ils sont excessifs, eu égard aux biens du Testateur.

123. Cette derniere Jurisprudence est la plus conforme à nos mœurs.

Cette Jurisprudence, qui, à mon avis, est plus conforme aux mœurs des Chrétiens & à la Loi Divine, qui abhorrent toute conjonction illicite, doit faire regarder comme odieux, tous ceux qui en proviennent, peut même être autorisée par une autre raison tirée de la Déclaration du Roi du 26 Novembre 1639, articles 5 & 6, & de l'article 8 de l'Edit du mois de Mars 1697, qui veulent que les enfans nez des mariages que les mariez tiendront cachez pendant leur vie, & que les enfans nez d'un commerce illicite, quoique les personnes se marient ensemble à l'extrêmité de leur vie, soient incapables de toutes successions de leurs peres & meres. Or si le mariage, quand il est clandestin, ou quand il est contracté *in extremis*, quoique bon quant au Sacrement, n'empêche pas que les enfans ne soient incapables de toutes sortes de successions, c'est-à-dire, tant testamentaires qu'*ab intestat*; à plus forte raison les bâtards qui n'ont en leur faveur ni mariage, ni ombre de mariage pour couvrir le vice de leur naissance, doivent-ils être déclarez incapables des successions testamentaires, & des liberalitez à titre universel, & d'institution; car il ne seroit pas raisonnable de penser que le mariage contracté *in extremis* après une longue malversation, rende la condition des enfans plus odieuse; le vice est dans la malversation, & non dans le mariage, qui est toujours saint & sacré dans quelque circonstance qu'il soit légitimement célebré; le mariage n'opere pas à la verité, l'effet de la légitimation quant aux effets civils; mais il ne fait que laisser les enfans dans le même état d'incapacité où ils étoient auparavant: Ainsi, la vigueur de la Déclaration & de l'Edit n'est fondée que sur la maxime du Royaume, qui déclare les enfans nez d'une conjonction illé-

Est autorisée par l'Ordonnance de 1639, & par l'Edit de 1697.

Les vrais bâtards ne doivent pas être traitez plus favorablement que ceux qui ont en leur faveur l'ombre d'un mariage.

gitime, incapables de recueillir des institutions & des successions de la part de leurs peres & meres. A l'égard des enfans nez d'un mariage tenu caché, ce n'est pas en haine du mariage, ni de l'abus que les mariez font du Sacrement qu'ils cachent, que les enfans qui en proviennent sont déclarez incapables des effets civils; mais à cause du scandale que peut causer la fréquentation des mariez, qui ne passent pas pour tels dans le Public, & de la grossesse de la femme qu'on ignore être mariée, comme le remarque le Cardinal *Cajetan, in quæstion. quod liberalib. de matrimonio, quæst. 5: usus autem clandestini conjugii annexum habet scandalum vitæ socialis, dum scitur commisceri personas quæ nesciuntur conjuges, nec etiam sine scandalo appareret mulier gravida & proles fieret;* car du reste, le mariage caché & son usage n'ont rien d'illicite, *clandestinum conjugium cum ejus usu habet omnia requisita ad substantialia conjugii, & ejus actus, propter hoc dicitur quod neutrum est secundum se malum,* ainsi que s'explique le même Théologien au lieu cité.

114. La raison tirée de l'Ordonnance de 1699 & de l'Edit de 1697, est la plus solide qu'on puisse opposer à ceux qui prétendent que le Droit Romain n'est pas abrogé en France.

C'est à mon sens, la raison la plus solide que l'on puisse opposer à ceux qui prétendent que le Droit Romain n'a été abrogé par aucune Loi generale du Royaume, & que les maximes du Droit Coutumier ne peuvent pas avoir lieu dans les Pays du Droit écrit, pour abroger les Loix qui veulent que les bâtards puissent succeder à leurs meres, & recueillir les liberalitez qui leur sont faites par leur pere, selon la regle & la mesure prescrites dans les differentes hipotefes par le Droit Romain; car les mariages tenus cachez pendant la vie des mariez, ne laissent pas d'être bons, & de rendre légitimes les enfans qui en naissent. La Déclaration de 1639, ne touche point à la validité du Sacrement; mais elle met les enfans au niveau de ceux qui seroient nez *ex soluto & solutâ*, comme s'il n'y avoit point de mariage, qui est réputé invalide quant aux effets civils.

La Déclaration de 1639 met les enfans nez de tels mariages au niveau des bâtards nez *ex soluto & solutâ*.

115. Et met ces enfans au niveau de ceux qui naissent hors du mariage.

La Loi du Prince ne fait autre chose que mettre les enfans nez de tels mariages au niveau de ceux qui naissent hors du mariage. Si donc les enfans nez du mariage caché & clandestin, simplement mis au niveau des bâtards, sont déclarez incapables de toutes successions; c'est-à-dire, de la succession testamentaire comme de la succession *ab intestat* de leurs parens, n'est-il pas clair que son intention est de déclarer à plus forte raison, les enfans nez hors du mariage encore plus incapables des successions de leurs peres & meres; car il ne seroit pas raisonnable de dire que les enfans nez sous l'ombre d'un mariage, bon quant au Sacre-

ment, & d'une conjonction approuvée & non criminelle, doivent être traitez plus séverement que ceux qui sont nez hors du mariage, & d'une conjonction illicite & condamnée par les Loix de l'Eglise. Ainsi, il me semble qu'il ne peut y avoir aujourd'hui sur ce point, à suivre exactement les regles, qu'une seule façon de juger, même dans les Pays du Droit écrit, & que les simples bâtards doivent être déclarez incapables, non-seulement des successions *ab intestat*, mais encore des dispositions testamentaires à titre universel de la part de leurs peres & meres; c'est à quoi aucun Auteur, du moins de ceux que j'ai lûs, n'a jamais fait attention.

Conclusions que dans tout le Royaume les bâtards simples ont incapables des successions *ab intestat* & testamentaires de leurs ascendans.

Le Parlement de Toulouse a toujours suivi cette Jurisprudence, même avant la Déclaration de 1639. *M. d'Olive, livre 5, chapitre 34*, atteste cet usage rélatif à la Coutume generale de France, qui en réprouvant le concubinage, déclare toutes sortes de bâtards incapables des successions testamentaires & légitimes de leurs peres, sauf de pouvoir recueillir le fruit de quelque legs médiocre pour le soutien de leur vie. Cet usage est encore attesté par *M. de Catellan, livre 2, chapitre 95*: Ce Parlement juge encore, en se conformant à la Déclaration de 1639 & à l'Edit de 1697, que les enfans incapables des effets civils, quoique légitimez par un mariage subséquent contracté *in extremis*, sont néanmoins incapables d'un legs fait avec le titre honorable d'institution; nous rapporterons ci-après, *nombres 163* & suivans, un Arrêt d'Audience du 6 Septembre 1708, qui l'a ainsi jugé.

116. Usage conforme du Parlement de Toulouse.

Les enfans légitimez par un mariage contracté *in extremis* sont incapables d'une institution particuliere.

Boniface, tome 5, livre 1, titre 23, chapitre 1, rapporte un Arrêt du Parlement de Provence du 23 Février 1672, qui a déclaré une fille bâtarde incapable de la succession de sa mere, qui l'avoit instituée heritiere par son Testament, & lui adjugea une troisiéme partie des biens pour sa dotation.

117. Arrêt du Parlement de Provence.

La Loi derniere, *cod. de naturalibus liberis*, propose & décide les deux difficultez qui font le sujet du troisiéme chef que nous avons annoncé, & veut que l'ayeul puisse laisser tous ses biens au bâtard simple de son fils légitime, ou au fils légitime ou bâtard de son bâtard. En voici l'espece: *Titius* avoit un fils légitime nommé *Mœvius*; celui-ci a eu d'une concubine *domi retenta*, un enfant naturel nommé *Sempronius*, & est ensuite décedé laissant à lui survivant *Titius* son pere, *Sempronius* son fils naturel. On demande si *Titius* ayeul, peut laisser par Testament, tous ses biens, ou une portion de l'universalité à *Sempronius* son petit-fils *ex filio præmortuo*. C'est la premiere difficulté.

118. Du bâtard du fils légitime ou du fils légitime ou illégitime. Du bâtard par rapport à l'ayeul. Décision du Droit Romain sur ces difficultez.

129. Suite. On demande encore ſi *Titius* qui avoit un fils naturel d'une concubine *domi retenta*, & ce fils ayant un fils légitime, ou bien un fils naturel d'une concubine *domi retenta*, peut laiſſer par Teſtament tous ſes biens au petit-fils légitime ou naturel *ex filio naturali*. C'eſt la deuxiéme difficulté, qui comme l'on voit, embraſſe deux cas; ſçavoir, celui de l'état légitime du fils du ſimple bâtard, & celui du bâtard ſimple du ſimple bâtard.

130. Suite. L'Empereur Juſtinien dit qu'il n'y a aucune néceſſité à l'ayeul de rien laiſſer à ſon petit-fils naturel né de ſon fils légitime, ni au petit-fils naturel, ou légitime, né du fils naturel; mais que ſi l'ayeul n'a point d'enfant légitime, il lui eſt permis de laiſſer tous ſes biens au petit-fils bâtard ou légitime né du fils légitime ou bâtard du Teſtateur.

131. Suite. Il eſt remarquable que dans le tems que cette Loi fut portée, il n'étoit permis au pere naturel de laiſſer à ſon fils que deux onces ou un ſixiéme de ſes biens, *l.* 8, *cod. de naturalib. lib.* Mais comme la prohibition qui ſubſiſtoit alors, & qui fut enſuite corrigée par la *Novelle* 89, *chapitre* 12, n'étoit fondée que ſur une raiſon qui regardoit le pere & non le fils; c'eſt-à-dire, pour réprimer le vice du pere, *quia vitium paternum refrenandum eſſe exiſtimavimus*: L'Empereur déclare que cette prohibition ne s'étend point au petit fils, *in nepotibus autem non eadem obſervatio in præfatis ſpeciebus cuſtodienda eſt, ubi legitima ſoboles minimè facit impedimentum.*

La prohibition de donner au fils ne s'étend pas au petit-fils par le Droit Romain.

132. *Quid* ſi le Teſtateur laiſſe des enfans légitimes. Mais ſi le Teſtateur laiſſe un, ou pluſieurs enfans ou deſcendans légitimes, alors la défenſe portée par les Loix, de donner au fils naturel, doit avoir lieu à l'égard du petit-fils, dans les trois cas exprimez ci-deſſus, *ea enim ſubſiſtente (legitima ſobole) veterum conſtitutionum tenorem in naturalibus filiis ſtatutum, in nepotes extendimus.*

133. Obſervations ſur la déciſion de la Loi Romaine. Il faut encore prendre garde à deux choſes. La premiere, que la liberté de donner indéfiniment au petit-fils dans les trois cas mentionnez dans la Loi, ne doit avoir lieu qu'en faveur des petits-fils qui ſont vraiement naturels ou nez d'un pere vrayement enfant naturel, dans le ſens du Droit Romain, & que s'ils ſont nez d'une autre conjonction, adulterine, inceſtueuſe, ou ſeulement *ex meretrice*, enſorte que le fils ou le petit-fils puiſſent être mis au rang des enfans appellez *ſpurii*, cette liberté accordée à l'ayeul, de donner indéfiniment au petit-fils, ceſſe.

Premiere obſervation. La Loi ne parle que des enfans vrayement naturels dans le ſens du Droit Romain.

134. Deuxiéme obſervation. La Loi La ſeconde, quel'Empereur n'entend pas déclarer les petits-fils, dans le cas de cette Loi, capables de la ſucceſſion *ab inteſtat* de

leur ayeul, & des autres aſcendans, ni de celles des parens collateraux; il déclare ſeulement les petits-fils capables de recueillir toutes les liberalitez teſtamentaires, même à titre univerſel, dont l'ayeul voudra le gratifier, *ſed hoc in his tantummodo ſancimus, in quibus voluntate aliquid conſecuti ſunt. Jura etenim ab inteſtato in avi ſucceſſionem nemini eorum penitùs aperimus.*

ne déclare pas les petits fils capables de ſucceder *ab inteſtat* à leur ayeul ni aux collateraux.

Mais la permiſſion accordée à l'ayeul de donner indéfiniment à ſes petits-fils non-obſtant la ſimple bâtardiſe, doit avoir lieu par rapport au biſayeul & tout autre aſcendant par rapport aux parens collateraux, *& hæc non ſolum eis accedere cenſemus à ſubſtantia avi paterni naturalis, ſed etiam proavi, vel ejus cognationis.* Toutes les diſpoſitions de cette Loi ont été confirmées par la Novelle 89, chapitre 12 *in fine*, dans ces paroles, *de nepotibus enim naturalibus, quæ jam à nobis ſpecialiter, etiam de ipſis diſpoſita ſunt, obtineant.*

135. Si la même déciſion a lieu par rapport au biſayeul.

Confirmation de la Loi du code par la Novelle 89.

Le Parlement de Toulouſe a ſuivi quelquefois la diſpoſition de la Loi dont nous avons fait l'analiſe; en d'autres occaſions il s'en eſt écarté, en jugeant tantôt que l'ayeul peut inſtituer le fils légitime de ſon bâtard né *ex ſoluto & ſolutâ*, *M. la Roche & Graverol, livre 6, titre 40, article 8*, tantôt qu'il ne le peut pas, *la Roche & Graverol, verb. bâtards, article 4, livre 1, & livre 6, titre 21, article 2*; ainſi, ſa Juriſprudence n'eſt pas uniforme ſur ce point; mais il n'y a point de varieté dans la Juriſprudence de ce Parlement, par rapport à la capacité du bâtard du fils légitime: Il juge donc que l'ayeul peut inſtituer le bâtard de ſon fils légitime, *M. de Cambolas, livre 1, chapitre 1, & M. d'Olive, livre 5, chapitre 34*, pourvû que l'ayeul n'ait point d'enfans légitimes, *Graverol, & M. de Cambolas*, aux lieux citez. C'eſt auſſi le ſentiment de *Dumoulin ſur les Conſeils d'Alexandre, Conſeil 74, vol. 3.*

136. Varieté dans la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe ſur ces queſtions.

Si l'ayeul peut inſtituer le bâtard de ſon fils légitime.

Il juge encore que l'ayeul ne peut pas inſtituer le fils légitime de ſon bâtard adulterin, ou qui eſt né du commerce d'un homme engagé dans les Ordres Sacrez, *M. Maynard, livre 5, chapitres 29 & 30, & livre 6, chap. 13; M. la Roche, livre 6, titre 40, art. 16 & 18*, & *M. de Cambolas, livre 1, chapitre 1*; il ne peut pas même lui faire un legs modique. C'eſt ainſi que l'a préjugé un Arrêt rapporté par *M. de Catellan, livre 2, chapitre 95*, pour un legs d'une ſomme de 300 livres fait par un Prêtre en faveur d'un enfant légitime de ſa bâtarde. *Dumoulin*, au lieu cité, eſt du même avis, ſauf qu'il penſe que l'ayeul peut laiſſer quelque choſe à titre d'alimens au fils légitime de ſon bâtard adulterin, ou inceſtueux.

137. Si l'ayeul peut inſtituer le fils légitime de ſon bâtard adulterin, ou d'une autre conjonction réprouvée.

S'il peut lui faire un legs modique.

Avis de Dumoulin touchant les alimens.

138. Sentiment de Ricard, si l'incapacité du fils adulterin passe à son fils légitime.

Ricard, des Donations, tome 1, *part.* 1, *nombre* 419, estime que l'incapacité du fils adulterin ou incestueux, de recevoir de la part de son pere, s'étend au petit fils, quoique né *ex legitimo matrimonio.* Cette décision est même la plus conforme à l'esprit du Droit Romain & aux regles du Droit François; cependant *Henrys, livre 6, quest.* 10, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris du 21 Avril 1637, qui confirme une donation faite par l'ayeul aux enfans légitimes d'une fille adulterine, qui avoit été mariée & dotée par son pere d'une somme de 15000 liv. Il est vrai que cette fille avoit été légitimée par rescrit du Prince, & que c'est par cette circonstance que *Ricard* croit que cet Arrêt ne doit pas être tiré à conséquence; mais la légitimation par rescrit ne pouvant rien operer pour rendre les bâtards adulterins capables de succession ni de plus grandes liberalitez, comme nous l'expliquerons bientôt, la circonstance de la légitimation ne change rien à la décision en these, comme le reconnoît *Henrys*, qui avoit vû prononcer cet Arrêt, & qui en faisant mention de cette légitimation, observe qu'elle ne peut operer d'effet que *ad honores*, & pour exclure le fisc de ses droits, ou pour rendre capable de tenir des Offices ou Benefices.

Si la légitimation par rescrit d'un bâtard adulterin peut operer quelqu'effet.

139. Arrêt du Parlement de Provence.

Boniface, tome 2, *livre* 3, *titre* 5, *chapitre* 1, rapporte un Arrêt du Parlement de Provence, qui a déclaré une fille adulterine, & ses descendans légitimes, capables des legs, de la part de leur pere ou ayeul, lorsque le Testateur n'a point d'enfans légitimes.

140. Résolution de la question contre les enfans légitimes du bâtard.

Selon les raisonnemens que nous avons fondez ci-dessus, nombres 123 & suivans, sur la Déclaration de 1639, & sur l'Edit de 1697, il nous semble que les Arrêts du Parlement de Toulouse, qui déclare incapables des successions testamentaires, les enfans légitimes des bâtards, ne sont pas si exacts que ceux qui ont autorisé l'opinion contraire, & qui sont rapportez par *M. Maynard, livre* 5, *chapitre* 30; *M. le Président Duranty, quest.* 20; *M. la Roche & Graverol*, verb. *bâtard, article* 4. Nous croyons donc que l'ayeul peut instituer le bâtard de son fils légitime, parce que la raison qui rend le bâtard incapable de la succession testamentaire de son pere, cesse à l'égard de l'ayeul, & ne doit pas avoir lieu pour le petit-fils, comme le décide nettement la Loi derniere, *cod. de naturalibus liberis*, vû que nous n'avons aucune Loi generale dans le Royaume qui abroge à cet égard la décision du Droit Romain; & la Jurisprudence du Parlement de Toulouse y est conforme dans ce cas.

Avis de l'Auteur que l'ayeul peut instituer le bâtard de son fils légitime.

Mais à l'égard du fils légitime du bâtard, il y a lieu de croire que la déciſion du Droit Romain eſt abrogée, non-ſeulement par l'uſage du Royaume, qui a proſcrit le concubinage, & où les enfans naturels ſont conſiderez comme les bâtards, *vulgò concepti*, ainſi que le remarquent *Bacquet*, *M. Maynard*, *M. Duranty*, & les autres Auteurs; leſquels bâtards ne ſont capables que des alimens, & que la capacité du fils ſe meſure par celle du pere; mais encore par la Déclaration de 1639, & par l'Edit de 1697, qui déclarent les enfans nez d'un mariage que l'on a tenu caché, & ceux qui ſont légitimez par un mariage ſubſéquent contracté *in extremis*, incapables de toutes les ſucceſſions de la part de leurs peres & meres, & qui étendent cette incapacité ſur la poſterité de ces enfans conſiderez comme illégitimes, quant aux effets civils, enſorte que l'incapacité des enfans illégitimes étant communiquée à leurs deſcendans par ces paroles de la Déclaration de 1639, & de l'Edit de 1697, *auſſi bien que leur poſtérité*, il n'eſt plus permis à l'ayeul d'inſtituer les enfans légitimes de ſon fils bâtard, tout comme il ne lui eſt pas permis d'inſtituer ſon propre bâtard, & qu'il ne lui eſt pas nonplus permis d'inſtituer les enfans légitimes de ſon fils, né d'un mariage déclaré légitime pour le for interieur, mais incapable des effets civils; & même à plus forte raiſon, parce que dans le cas de la vraie illégitimité du fils au premier dégré, la ſource eſt beaucoup plus vicieuſe, on ne peut pas dire que les peines ſont de rigueur, qu'elles doivent être reſſerrées dans leur cas, & qu'il ne faut pas les étendre d'un cas à l'autre; car ce n'eſt pas une extenſion, c'eſt l'application d'une regle ou d'un principe du Droit François, fait pour un cas plus digne de faveur, à un autre beaucoup plus odieux, & quoique les Loix pénales ne reçoivent point d'extenſion par la ſeule identité de raiſon, ſuivant la gloſe ſur le chapitre *conſtitutionem 3, verb. prorogamus, de regularibus in 6°.* parce que *odia ſunt reſtringenda*, elles en ſont néanmoins ſuſceptibles, *quando eſt in omnibus æquiparatio*, comme diſent les Interpretes; & encore plus lorſque le cas où la Loi inflige la peine, eſt moins défavorable que celui auquel on veut en faire l'application. Or, il y auroit une eſpece d'indécence que les enfans des vrais bâtards fuſſent traitez avec plus de faveur que les enfans de ceux qui ſont légitimes, & qui ſont mis par fiction au niveau des bâtards par rapport aux effets civils; car la verité & la réalité ne doit pas produire un moindre effet que la ſimple fiction. C'eſt ainſi que le Parlement de Toulouſe a jugé cette

141. L'ayeul ne peut pas inſtituer le fils légitime de ſon bâtard.

Si les Loix pénales peuvent être appliquées d'un cas à l'autre.

Arrêt du Parlement de Tou-

Jouse qui l'a jugé ainsi dans le cas d'une donation universelle.

queſtion par un Arrêt du 6 Juillet 1741, en la premiere Chambre des Enquêtes au rapport de M. de Laſces, en faveur de Dame Marie de Malian, contre Silveſtre Dubois : Meſſieurs les Juges s'étant déterminez uniquement ſur la diſpoſition de l'Ordonnance de 1639, & de l'Edit de 1697, ainſi que me l'a aſſuré un des Conſeillers qui aſſiſterent au Jugement du Procès. Noble Marc-Antoine de Malian de Vignac avoit une bâtarde nommée Françoiſe, qu'il maria avec Guillaume Dubois, & qu'il dota en la mariant. De ce mariage fut procréé Silveſtre Dubois auquel le ſieur de Malian ſon ayeul naturel, fit une donation univerſelle le 28 Mars 1726, en récompenſe des ſervices, comme ledit Silveſtre Dubois ayant paſſé ſa jeuneſſe au ſervice du Donateur, en qualité de Valet. Ce Donataire pourſuivit devant le Sénéchal de Rodès une Sentence qui condamna la Dame Marie de Malian en la ſomme de 13000 livres pour les droits paternels & maternels de Marc-Antoine de Malian. Sur l'appel de cette Sentence relevé par la Dame de Malian, elle demanda, en qualité d'heritiere *ab inteſtat* du ſieur Marc-Antoine de Malian, la caſſation de la donation univerſelle faite en faveur de Silveſtre Dubois; & par l'Arrêt que je rapporte, cette donation fut caſſée à cauſe que le Donataire étoit né d'une bâtarde du Donateur.

141. Le Droit Romain qui permettoit à l'ayeul d'inſtituer le fils légitime de ſon bâtard eſt abrogé en France.

Quoique la Loi derniere, *cod. de naturalibus liberis*, permet à l'ayeul d'inſtituer le ſimple bâtard de ſon fils naturel; cette déciſion ne peut pas avoir lieu en France, parce qu'elle a été abrogée par rapport au fils bâtard, ainſi que nous l'avons dit, & que ſi aux termes de la Déclaration de 1639, & de l'Edit de 1697, il n'eſt pas permis à l'ayeul d'inſtituer les enfans légitimes du fils qui eſt né dans un mariage tenu caché, ou qui eſt légitimé par un mariage contracté *in extremis*, quoique l'un & l'autre ſoient légitimez quant au for interieur, à plus forte raiſon ne doit-il pas lui être permis d'inſtituer le bâtard de ſon bâtard, qui eſt beaucoup plus odieux, & moins digne de faveur.

143. Si le pere & la mere du bâtard peuvent recueillir des liberalitez à eux faites par leur fils naturel.

Réſolution pour la négative quand le bâtard eſt adulterin ou d'une autre conjonction pareille.

Voyons preſentement ce qui fait le ſujet du quatriéme chef. Le pere & la mere ſont-ils capables de recueillir la ſucceſſion teſtamentaire de leurs enfans bâtards? S'il s'agit d'un enfant adulterin ou inceſtueux, ou d'une autre conjonction plus étroitement réprouvée que celle des perſonnes qui ſont capables de ſe marier enſemble, il me ſemble que le pere & la mere doivent être regardez comme incapables, non-ſeulement des inſtitutions univerſelles; mais encore des autres liberalitez particulieres,

autres

autres que celles qui ſont faites à titre d'alimens, ou de quelque choſe qui tient lieu d'alimens, tout comme les enfans adulterins ou inceſtueux en ſont incapables, par rapport à leurs peres & meres; la réciprocité devant être gardée à cet égard, à cauſe du vice de la naiſſance, & que les pere & mere doivent même être conſiderez comme plus odieux que les enfans, attendu que ceux-ci ſont innocens, au lieu que ceux-là ſont coupables, & que ce ſeroit tirer un profit de leur crime.

144. *Quid* des ſimples bâtards nez *ex ſoluto & ſoluta.*

Mais il y a plus de difficulté lorſqu'il s'agit de la ſucceſſion d'un ſimple bâtard, qui a inſtitué ſon pere & ſa mere; car le Droit François a bien déclaré les enfans bâtards incapables des ſucceſſions teſtamentaires de leurs peres & meres; mais il n'y a ni Loi ni Coutume qui ait déclaré les peres & meres incapables des ſucceſſions teſtamentaires de leurs bâtards; ils doivent donc être regardez comme capables, parce que ce qui n'eſt pas défendu eſt cenſé permis, & que toute perſonne non prohibée de recevoir par la Loi ou Coutume expreſſe, eſt capable de recueillir les liberalitez qui lui ſont faites, ce qui paroît encore plus certain par rapport à la mere à laquelle le Droit Romain défere la ſucceſſion *ab inteſtat* de ſes enfans bâtards, *§. 7, inſtit. de Senat. Conſult. Tertullian. & l. 2, §. 1, ff. eod.* ſans que l'on puiſſe appliquer à ce cas, la raiſon de la réciprocité, parce qu'elle ne peut avoir lieu en matiere teſtamentaire, que quand il y a une prohibition & une incapacité expreſſément déclarée par quelque Loi.

Raiſon pour l'affirmative.

145. Juriſprudence du Parlement de Toulouſe pour la négative.

Cependant le Parlement de Toulouſe a jugé que le bâtard ne peut point inſtituer ſon pere naturel, ſelon *M. Maynard, livre 5, chapitre 31, & M. la Roche Flavin, livre 6, titre 11, Arrêt 2,* ce qui doit avoir lieu même à l'égard de la mere, qui ſelon la Coutume generale du Royaume, eſt auſſi incapable que le pere de la ſucceſſion *ab inteſtat* de ſes enfans bâtards. C'eſt ainſi que le décide *Taiſand ſur la Coutume de Bourgogne, titre 8, article 1, nombre 3*; cela eſt fondé ſur cette raiſon particuliere que nous avons déja touchée, que le pere & la mere ſe rendent coupables en mettant des enfans naturels au monde; il y a plus de raiſon de les exclure de la ſucceſſion teſtamentaire de leurs enfans naturels, qu'il n'y en a d'exclure les enfans naturels des ſucceſſions teſtamentaires de leurs peres & meres, parce qu'ils ſont innocens; & comme dit Saint Jerôme, dont les paroles ſont rapportées au Canon 4, diſtinction 56, *non eſt culpa ejus qui naſcitur, ſed illius qui generat.*

Raiſon de cette Juriſprudence.

146. Des enfans nez d'un mariage nul ou clandeſtin, ou contracté *in extremis* après un mauvais commerce.

Touchant le cinquiéme chef, au ſujet de la capacité des enfans nez d'un mariage nul ou clandeſtin, ou contracté *in extremis*; il faut d'abord diſtinguer la cauſe d'où procede la nullité, ſi elle vient d'une contravention aux Loix ou aux Ordonnances, ou pour n'avoir pas ſuivi les formalitez qu'elles preſcrivent, les enfans qui en naiſſent ſont réputez bâtards, & ils contractent une incapacité ſemblable à celle des enfans nez d'une conjonction hors du mariage, §. *ſi adverſus* 12, *inſtit. de nuptiis, ſi adverſus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur; itaque ii, qui ex eo coitu naſcuntur in poteſtate patris non ſunt, ſed tales ſunt, quantum ad patriam poteſtatem pertinet, quales ſunt ii, quos mater vulgò concepit, unde ſolent ſpurii appellari, quaſi ſine patre filii.*

147. La Juriſprudence Françoiſe eſt conforme au Droit Romain.

Des mariages injuſtes & illicites.

Selon la remarque de *Ferriere* ſur le texte cité, notre Juriſprudence eſt en ce point conforme au Droit Romain, & nous tenons que les mariages injuſtes & illicites ne donnent point lieu aux effets civils; que ceux qui les ont contractez ne peuvent point prendre le nom de conjoints par mariage, de mari & de femme, & les enfans ne ſont point légitimes, & ne peuvent point prendre le nom de leur pere, ni les armes de la famille, comme il a été jugé par un Arrêt du 11 Août 1657, rapporté par *du Freſne, ſur l'article* 251 *de la Coutume d'Amiens, nombre* 7, que la femme ne peut point demander ſes conventions matrimoniales; il n'y a ni dot, ni augment, ni communauté, ni préciput, ni douaire, & les enfans ſont incapables des ſucceſſions de leurs peres & meres, parce que les conventions matrimoniales ſont les effets du mariage, & il ne peut point y avoir des effets, ſans une cauſe qui les produiſe.

Il ne peut point y avoir de conventions matrimoniales, ni dot ni augment, douaire ni préciput, & les enfans ſont incapables.

148. *Quid* ſi la nullité procede d'un empêchement dirimant.

Que ſi la nullité procede de quelqu'empêchement dirimant; ſi les mariez en ont connu la cauſe, le mariage eſt également nul, & les enfans ſont réputez bâtards, *cap. cum inhibitio, §. ſi quis verò, extr. de clandeſt. deſponſat.* Par conſéquent, ils ſont incapables de recueillir les ſucceſſions teſtamentaires, & *ab inteſtat* de leurs peres & meres, comme les autres bâtards nez ſans ombre ni figure de mariage, ſauf néanmoins les qualifications qui réſultent de la nature de l'empêchement, comme s'il vient de la parenté ou d'un mariage précédent, les enfans ſeront inceſtueux ou adulterins, & ainſi des autres cauſes qui produiſent l'empêchement. Il en eſt de même, ſi les conjoints ont ignoré la cauſe de l'empêchement, lorſqu'ils n'ont pas obſervé les formalitez preſcrites ſuivant le texte Canonique déja cité.

149. Du mariage contracté au préjudice d'un empêchement ignoré par l'un des mariez.

Mais si les mariez, ou l'un d'eux étoit dans la bonne foi, & ignoroit la cause de l'empêchement; dans ce cas, les enfans nez durant le mariage jusqu'à la Sentence qui le déclare nul, sont légitimez par la bonne foi de l'un des conjoints, ils sont capables de tous les effets civils, & de recueillir toutes les dispositions testamentaires de leurs peres & meres, pourvû que le mariage ait été contracté publiquement selon les formes prescrites par les Canons & les Ordonnances, sans opposition ni contradiction; car l'opposition qui auroit fait connoître l'empêchement, feroit obstacle à la bonne foi, *cap. cum inter 2, cap. ex tenore 14, extr. qui filii sint legitimi.* *Mornac*, sur la Loi derniere, *§. 1, ff. de condict. sine causa*, & sur la Loi 57, *§. 1, ff. de ritu nupt.* *M. Maynard*, livre 4, chapitre 6; *M. de Cambolas*, livre 6, chapitre 1; *Peregrinus de fideicommiss.* article 24, nombres 52 & 66; *M. Louet & Brodeau*, lettre L. sommaire 14; *Journal des Audiences*, tome 2, livre 5, chapitre 14 de la nouvelle édition. *Silvester*, dans sa somme *verb. filii*, nombre 11; *Sanchés, de matrimonio*, & plusieurs autres; ce qui a lieu, quelque soit l'empêchement qui produit la nullité. *Le Grand*, sur la *Coutume de Troyes*, art. 83, glos. 1, n. 8 & 9.

L'opposition formée feroit obstacle à la bonne foi.

150. De celui des conjoints qui n'est pas dans la bonne foi.

Il faut pourtant observer qu'à l'égard de celui des conjoints qui a été dans la mauvaise foi, & qui a connu la cause de l'empêchement, tout comme il est incapable de succeder *ab intestat* à ses enfans quoique légitimez par la bonne foi de l'autre conjoint, comme l'a décidé *Jacques de Ferriere, tractat. var.* sur le chapitre *Raynut.* page 348; il est également incapable de recueillir leur succession par testament, parce que sa mauvaise foi doit faire considerer à son égard, & contre son utilité, les enfans comme s'ils n'étoient pas légitimes, attendu qu'il ne doit point tirer de profit de son crime.

Il est incapable de succeder à ses enfans par Testament ou *ab intestat.*

151. Des enfans nez d'un mariage incestueux.

L'Empereur Justinien déclare expressément dans la Loi 6, *cod. de incestis & inutil. nuptiis*, les enfans nez d'un mariage incestueux, incapables de toutes liberalitez de la part de leurs peres & meres, directement ou par des personnes interposées, *nihil prorsus prædictis, neque per interpositam quidem personam, vel donet superstes, vel moriturus relinquat*, ce qui doit être entendu selon la restriction portée par *la Loi 4 du même titre*, que nous avons expliquée ci-dessus, nombre 149, en parlant de l'incapacité de ceux qui contractent des mariages illicites.

Personnes interposées.

152. Des enfans nez des mariages

Nous avons parlé, en passant & par occasion, des enfans nez des mariages clandestins & tenus cachez pendant la vie des

clandestins, & tenus cachez pendant la vie des mariez.

mariez. C'est ici le lieu d'expliquer plus particulierement en quoi consiste l'incapacité de ces enfans, pour recevoir des liberalitez de la part de leurs peres & meres, & dans quels cas elle a lieu pour les autres mariages qui ne produisent pas les effets civils.

153. Les mariages clandestins sont défendus.

Des mariages celébrez sans publication des bans.

Le chapitre *cum inhibitio 3, extr. de clandest. desponsat.* tiré du Concile de Latran tenu sous Innocent III. défend les mariages clandestins, *prædecessorum nostrorum vestigiis inhærendo clandestina conjugia penitùs inhibemus.* Ce même texte ordonne que les mariages à celébrer soient publiez aux Prônes des Eglises par les Prêtres, & fait entendre par-là que les mariages contractez sans cette publication, & sans proclamation des bans, ainsi que l'a reglé depuis le Concile de Trente, doivent être regardez comme clandestins.

154. En quel cas le mariage est clandestin selon la glose canonique.

La *Glose sur ce chapitre* dit, qu'un mariage est clandestin, 1°. s'il est celébré sans Témoins, 2°. quand on n'y observe pas les formalitez prescrites, 3°. quand il est celébré sans proclamation précedente.

155. Les mariages sont déclarez clandestins en six cas selon certains Auteurs.

Opinion de Sanchés sur ce qui caracterise le mariage clandestin.

D'autres Auteurs, dont le sentiment est rapporté par *Sanchés, de matrimonio, lib. 3, disput. 1*, ont cru, que le mariage devoit être regardé comme clandestin en six cas differens. Mais rejettant avec raison l'opinion de ces Auteurs, & celui de la glose, *Sanchés* estime, que la clandestinité ne consiste qu'en deux points. Le premier est, quand le mariage est celébré en cachette & sans Témoins, quoique le Curé ait donné la benédiction nuptiale. Le second, lorsque la proclamation des bans n'a pas précedé. Dans tous les autres cas le mariage peut être nul par défaut de solemnité, mais il n'est pas clandestin. On peut voir sur cette matiere l'ample Traité des Mariages clandestins composé par M. *le Prestre.*

Traité des mariages clandestins par M. le Prestre.

156. Publication des bans ordonnée par l'Ordonnance de Blois.

On ne peut en obtenir la dispense qu'après la premiere publication.

Quatre Témoins doivent assister aux mariages.

Les articles 40 & 41 de l'Ordonnance de Blois veulent, que nul ne puisse valablement contracter mariage, sans trois publications des bans, dont on ne pourra obtenir dispense qu'après la premiere; ordonnent qu'il assistera aux mariages quatre personnes dignes de foi au moins, & renouvellent la défense portée par l'Edit de 1556, sur les mariages des enfans de famille sans le consentement de leurs peres & meres, ou sans qu'il paroisse que les mâles qui sont majeurs de trente ans, ou les filles qui ont vingt-cinq ans accomplis se sont mis en devoir de requerir le consentement de leurs peres & meres.

157. Disposition de l'Ordonnance de 1639.

L'Ordonnance du 26 Novembre 1639 confirme toutes ces dispositions, & ajoutant à ce qui est porté par les précedentes

Ordonnances, déclare *les veuves, fils & filles moindres de vingt-cinq ans, qui auront contracté mariage contre la teneur desdites Ordonnances, privez & déchus par le seul fait, ensemble les enfans qui en naîtront, & leurs hoirs, indignes & incapables à jamais des successions de leurs peres, meres & ayeux, & de toutes autres directes & collaterales : comme aussi des droits & avantages qui pourroient leur être acquis par Contrats de mariage & Testamens, ou par les Coutumes & Loix de notre Royaume, même du droit de legitime, & les dispositions qui seront faites au préjudice de notre Ordonnance, soit en faveur des personnes mariées, ou par elles au profit des enfans nez de ce mariage, nulles & de nul effet & valeur. Voulons que les choses ainsi données ou transportées, sous quelque prétexte que ce soit, demeurent en ce cas* ACQUISES IRREVOCABLEMENT *A NOTRE FISC, sans que nous en puissions disposer qu'en faveur des Hôpitaux, ou autres œuvres pies.*

158. Du mariage du Ravisseur avec la personne ravie.

La même Ordonnance déclare de plus les mariages faits avec ceux qui ont ravi, & enlevé des veuves, fils & filles, de quelque âge & condition qu'ils soient, non-valablement contractez, & leurs enfans incapables & indignes de toutes successions directes & collaterales, même du droit de legitime.

159. Les mariages doivent être contractez publiquement, & en face de l'Eglise.

Ordonne encore que les majeurs contractent leurs mariages publiquement en face de l'Eglise avec les formalitez prescrites par l'Ordonnance de Blois, & déclare les enfans nez du mariage que les Parties tiendront cachez pendant leur vie, incapables de toute succession aussi-bien que leur posterité.

Des mariages tenus cachez.

160. Des mariages contractez *in extremis* après une malversation.

De ceux qui se marient après avoir été condamnez à mort.

Veut que la même peine ait lieu contre les enfans nez des femmes, que les peres ont entretenuës, & qu'ils épousent, lorsqu'ils sont à l'extrêmité de la vie ; comme aussi contre les enfans procréez par ceux qui se marient après avoir été condamnez à mort, même par Sentences de contumace (ce qu'il faut entendre, s'il y a exécution figurative, conformément à l'Ordonnance de 1670, comme nous l'avons expliqué ci-devant) si avant leur décès ils n'ont été remis au premier état, suivant les Loix prescrites par les Ordonnances. Tout cela a été confirmé par l'Edit du mois de Mars 1697.

161. Quels sont les mariages incapables de produire les effets civils.

Les enfans nez de tels mariages ; sçavoir, 1°. De ceux qui ont été contractez sans proclamation des bans, qui sont proprement clandestins. 2°. De ceux qui n'ont pas été celébrez publiquement en face de l'Eglise avec quatre Témoins. 3°. De ceux qui ont été tenus cachez pendant la vie des mariez. 4°. Des enfans de famille sans le consentement de leurs peres & meres. 5°. Des

personnes ravies & enlevées. 6°. De ceux qui les ont celébrez *in extremis*, tandis qu'ils étoient en mauvais commerce. 7°. De ceux qui sont condamnez à mort: sont donc mis au rang des illegitimes, & sont incapables, comme les bâtards, des successions testamentaires & *ab intestat* de leurs peres & meres.

162. Ils sont incapables même des institutions particulieres ajoutées aux legs.

Ils sont incapables, non-seulement des successions testamentaires à titre universel, mais encore du titre d'institution ajouté à un legs même d'une certaine somme; c'est ainsi que le Parlement de Toulouse l'a jugé par un Arrêt d'Audience rendu en la Grand'Chambre le 6 Septembre 1708, dans le cas d'un mariage contracté *in extremis*.

163. Arrêt du Parlement de Toulouse du 6 Septembre 1708.

Fait du Procès.

David d'Ichy ayant entretenu pendant quelques années Françoise Guery, veuve du sieur Delpech: De leur commerce nâquirent deux garçons. D'Ichy étant tombé malade, il passa un contrat de mariage avec Françoise Guery sans constitution de dot, stipulation d'augment, ni autre avantage réciproque, le 22 Mars 1708.

164. Suite.

Le 24 du même mois de Mars il fit son Testament, par lequel il institua pour son heritiere la Demoiselle Maubert, épouse du sieur David Bonay de la Grasete, legua une pension à sa fiancée, & laissa à titre d'institution à ses deux enfans qu'il avoit eu auparavant de sa fiancée la somme de 2000 liv. à chacun payable en fonds de terre. Il ne fit point mention d'un posthume dont Françoise Guery étoit enceinte des œuvres du Testateur.

165. Suite.

Après la publication d'un ban, sur la dispense des deux autres, David d'Ichy épousa Françoise Guery le 26 du même mois de Mars à cinq heures du soir dans son lit, & mourut le 30 du même mois de Mars, laissant à lui survivant ses deux fils, & sa femme enceinte.

166. Appel comme d'abus de la celébration du mariage.

Moyens de l'Appelante.

Il y eut Procès au sujet de la succession de David d'Ichy; l'heritiere instituée par le Testament interjetta appel comme d'abus de la celébration du mariage d'entre le défunt & Françoise Guery, & de la dispense des bans, & soutenoit qu'il étoit nul & abusif, comme fait contre la prohibition des Loix & des Canons, & principalement contre la Déclaration du 26 Novembre 1639, article 6, & de l'Edit du mois de Mars 1697. Elle demanda la cassation de ce mariage, & que les enfans nez & à naître fussent déclarez bâtards, que les legs de 2000 liv. faits à chacun des enfans nez fussent déclarez nuls, & qu'elle fût maintenuë en l'entiere heredité du défunt.

167. Raisons de la

Au-contraire la Demoiselle Guery, tant de son chef que com-

me Adminiſtrereſſe de ſes enfans nez, & du poſthume dont elle étoit enceinte, demanda que ſans avoir égard à l'appel comme d'abus, ſon mariage fût déclaré avoir été valablement contracté, & ſes enfans déclarez legitimes, que le Teſtament fût caſſé comme nul par la préterition du poſthume, & la maintenuë en l'héredité de David d'Ichy; & que néanmoins ſa penſion lui fût adjugée conformément au Teſtament de ſon mari, à cauſe que ce legs devoit être ſoutenu par l'Authentique, *ex causâ cod. de lib. præter.* veuve, tant pour elle que pour ſes enfans.

La Cauſe plaidée pendant pluſieurs Audiences par Me. Cauſſade pour la Demoiſelle Maubert, Me. Montaudier pour la Demoiſelle Guery veuve, & par M. l'Avocat General d'Adviſard, qui requit de ſon chef la caſſation des legs à titre d'inſtitution faits par le défunt à ſes deux enfans: La Cour par Arrêt du 6 Septembre 1708, déclare au mariage dont eſt queſtion, & aux diſpenſes accordées par l'Archevêque de Toulouſe, n'y avoir point d'abus; condamne l'Appelante en l'amende de 75 liv. envers le Roi, & moitié moins envers la Partie pour ſes dommages & interêts; ce faiſant, ſans avoir égard à la demande faite par Françoiſe Guery, en caſſation du Teſtament de ſon mari, dont elle eſt démiſe, ſur les requiſitions verbalement faites par le Procureur General, caſſe la clauſe dudit Teſtament contenant legs en faveur des enfans à titre d'inſtitution héréditaire, & néanmoins ordonne que ſon précedent Arrêt de proviſion ſera exécuté pour la preſente année, après laquelle Françoiſe Guery ſera payée de la penſion à elle accordée par ledit Teſtament; ordonne pareillement que ladite Maubert ſera tenuë de payer aux deux enfans de ladite Guery, & au poſthume, lorſqu'il viendroit à naître, la ſomme de 2000 liv. à chacun d'eux en fonds héréditaires, ſuivant l'eſtimation d'Experts; condamne ladite Maubert en la moitié des dépens, l'autre moitié compenſée.

168. Requiſition de M. l'Avocat General d'Adviſard.

Teneur de l'Arrêt.

169. Queſtions jugées par cet Arrêt.

1. Qu'il n'y avoit point d'abus, ni de nullité au mariage contracté *in extremis*.

Mais qu'il ne produit pas les effets civils, & ne peut pas legitimer les enfans nez ou conçus.

Cet Arrêt juge donc deux ou trois queſtions importantes; la premiere, que le mariage n'eſt pas nul pour avoir été contracté *in extremis* avec les autres formalitez preſcrites, & qu'il eſt bon au-contraire quant au Sacrement, & quant au for interieur; mais qu'il eſt incapable de produire les effets civils, & qu'il ne peut pas legitimer par rapport aux effets civils les enfans nez ou conçus.

170. 2. Que les enfans nez de ce mariage étoient incapables même du titre honorable d'une inſtitution particuliere.

La ſeconde, que ces enfans, quoique legitimez, quant au for interieur, étant néanmoins mis au niveau des bâtards, étoient incapables, non-ſeulement des inſtitutions univerſelles, mais encore des inſtitutions particulieres.

171. 3. Que ces enfans, quoiqu'illegitimes, pouvoient recevoir une liberalité à titre particulier.

La troiſiéme, que ces mêmes enfans, quoique regardez comme illegitimes, ſont capables de recevoir, de la part de leur pere, une liberalité particuliere, pourvu qu'elle ne ſoit pas conçuë aux termes honorables d'une inſtitution; puiſque l'Arrêt adjuge la même ſomme de 2000 liv. payable en fonds héréditaires, de la même façon que le Teſtateur l'avoit ordonné, en retranchant néanmoins le titre honorable d'inſtitution. Que de plus il adjugea une pareille ſomme de 2000 liv. payable en la même forme au poſthume, lorſqu'il viendroit à naître.

172. Des enfans legitimez *per ſubſequens matrimonium.* Sont mis au niveau des enfans nez d'un mariage legitime.

A l'égard du ſixiéme chef, les enfans nez hors du mariage ſont legitimez ſi parfaitement par le mariage ſubſéquent celébré entre leurs pere & mere, qu'ils ſont mis au même degré de faveur, que ceux qui ſont nez *ex legitimo matrimonio.* C'eſt la diſpoſition expreſſe du chap. 1 & du chap. *tanta eſt vis 6, extr. qui filii ſint legitimi.*

173. Diſpoſition du Droit Romain ſur ce point. Ils ſont capables de toutes ſucceſſions, quoiqu'il naiſſe des enfans legitimes.

Cette déciſion a été tirée des Loix 10 & 11, *cod. de naturalib. liber.* & du §. 13, *inſtit. de nupt.* Les enfans legitimez par le mariage ſubſéquent ſont capables de toutes ſucceſſions de leurs peres & meres, ſoit qu'il naiſſe des enfans legitimes du même mariage ou non, *l.* 10 *& l.* 11, *cod. de naturalib. liber.* & quoique les conjoints euſſent des enfans legitimes d'un précedent mariage, *Novell.* 12, *cap.* 12, *Novell.* 78, *cap.* 3, *Novell.* 89, *cap.* 8, *Authent. quod jus locum habet, & Authent. nova alia conſtitutio, cod. de naturalib. liber.*

174. Ils jouiſſent de tous les avantages attribuez aux enfans vraiment legitimes.

Ils jouiſſent de tous les avantages attribuez aux enfans nez *ex legitimo matrimonio. Reſp. conſequi omnia jura tam ſpiritualia & Eccleſiaſtica, tam civilia & profana; ita ut in omnibus habeantur & ſint legitimi, perindè ac ſi ab initio ex legitimo matrimonio concepti fuiſſent,* dit Pirhing ſur les Décretales, *lib.* 4, *tit.* 17, §. 5, *n.* 35. *Molina de Juſtitiâ & Jure, tractat.* 2, *diſput.* 172, *n.* 6, eſt du même avis. Le mariage ſubſéquent a un effet retroactif au jour de la conception des enfans nez hors du mariage, quant à la legitimité; mais non au préjudice du droit acquis à l'enfant né d'un legitime mariage par convention ou Teſtament, ou par ſucceſſion échuë avant le mariage qui a operé la legitimation. *Berault ſur l'art.* 275 *de la Coutume de Normandie,* rapporte un Arrêt du 10 Juillet 1614, qui le juge ainſi ſur la ſucceſſion. Ils prennent les droits & avantages accordez aux aînez par les Coutumes, au préjudice de ceux qui ſont nez dans le mariage ſubſéquent, ou dans un autre mariage intermediaire; ils ſont reçus aux Ordres, aux Honneurs, aux Benefices, aux Offices, & aux Dignitez Eccleſiaſtiques

Le mariage ſubſéquent a un effet retroactif.

Quid au préjudice du droit acquis à un enfant né d'un mariage legitime.

cleſiaſtiques & Civiles, ſans qu'il ſoit beſoin de diſpenſe, comme le remarque *Claude Ferriere dans ſes Inſtitutes du Droit François, ſur le §. 13, inſtit. de nuptiis, Gudelinus de Jure noviſſimo, lib. 1, cap. 15, Jacques de Ferriere ſur la queſtion 482 de Guy Pape, & Pirhing* au lieu cité. Et ils recueillent les fideicommis tout de même que les enfans nez *ex legitimo matrimonio;* pourvu qu'ils ſe trouvent legitimez par le mariage ſubſéquent, lors de l'évenement de la condition, & non autrement; parce que la legitimation ſurvenuë n'auroit pas un effet rétroactif au préjudice du droit acquis à une tierce perſonne. *Dumoulin ſur la Coutume de Paris, §. 13, gloſ. 1, n. 35, & Jacques de Ferriere ſur la queſtion 482 de Guy Pape.*

Recueillent les fideicommis, s'ils ſont legitimez lors de l'échéance.

175. Le mariage ſubſéquent legitime les petits-fils & autres deſcendans.

Le mariage ſubſéquent ne legitime pas ſeulement les enfans au premier degré, il legitime encore les petits-fils nez d'un mariage legitime *ex filio præmortuo*, enſorte que ces petits-fils entrent à la place de leur défunt pere, quoique décedé avant ſa legitimation par le mariage ſubſéquent, & ils deviennent ſucceſſeurs de leurs ayeul & ayeule, qui ſe marient enſemble, de la même maniere que leur pere auroit été legitimé, s'il avoit vêcu, *§. 2, inſtit. de hered. quæ ab inteſtat. defer. Charondas, liv. 12, rép. 16, Fachineus, lib. 3, cap. 56, Perezius dans ſes Préleçons ſur le titre du cod. de naturalib. liber. n. 17, le Brun des Succeſſions, liv. 1, chap. 2, ſect. 1, diſtinct. 1, n. 21*, touchant la legitimation *per ſubſequens matrimonium*, & ſes effets. On peut voir *Peregrinus de fideicomm. art. 24*, où la matiere eſt amplement diſcutée.

176. Si pour produire la legitimation par le mariage ſubſéquent il eſt néceſſaire qu'il y ait de contrat de mariage.

Certains Auteurs fondez ſur la diſpoſition des Loix, & des Novelles de l'Empereur Juſtinien déja citées, prétendent que le mariage ſubſéquent ne peut produire la legitimation, que quand il y a un contrat de mariage qui précede la celébration, les textes du Droit civil en parlent même expreſſément; mais ces Auteurs n'ont pas pris garde, que les Loix civiles ne parlent du contrat de mariage *tabularum nuptialium*, que parce qu'il produiſoit ſans autre cerémonie, ni benédiction, la legitimation, & que c'étoit par ce contrat même que les enfans devenoient legitimes; auſſi il n'eſt pas merveilleux qu'elles en parlent comme d'une condition eſſentielle, puiſqu'il n'y avoit point d'autre moyen pour produire la legitimation par le mariage ſubſéquent: toute la ſolemnité du mariage conſiſtant alors au contrat, & à ce que nous appellons aujourd'hui *pactes de mariage.*

Le contrat étoit ce qui faiſoit le mariage ſans autre formalité.

177. Changemens arrivez par les Con-

Mais tout cela a été changé par les Conſtitutions Canoniques, & par les Ordonnances de nos Rois, qui les approuvent & con-

ſtitutions Canoniques & les Ordonnances.

firment, leſquelles ont reglé la forme des mariages, & en font conſiſter l'eſſence, non au contrat civil ou aux pactes, mais au conſentement mutuel donné & reçu en préſence du propre Curé, ou de quelqu'autre Prêtre par lui délegué; enſorte qu'aujourd'hui ce qu'on appelle contrat, ou pactes de mariage, eſt inutile & ſuperflu, le mariage étant bon & valable, dès que la celébration en a été faite en la forme preſcrite par les Canons & Ordonnances, entre perſonnes capables de ſe marier enſemble. C'eſt ce que remarquent fort bien *l'Abbé de Palerme* ſur le chapitre *tanta eſt vis, n. 2, extr. qui filii ſint legitimi. Peregrinus de fideicomm. art. 24, n. 55, Fachin. lib. 3, cap. 51, Gudelinus* au lieu cité, & *Perezius dans ſes Préleçons ſur le titre du Code de naturalib. liber. n. 9.* La legitimation *per ſubſequens matrimonium* produit même ſon effet, quoique les enfans nez auparavant n'ayent pas donné leur conſentement, & encore quand ils s'y ſeroient oppoſez. *Perezius* au lieu préallegué, *n.* 10. V. *Bardet, tom.* 1, *liv.* 1, *chap.* 82.

L'eſſence du mariage conſiſte, non au contrat civil, mais au conſentement donné en préſence du propre Curé.

Le mariage ſubſéquent produit la legitimation, quoique les enfans n'y ayent pas conſenti.

178. Deux conditions requiſes afin que le mariage ſubſéquent produiſe la legitimation.

Mais afin que les enfans nez hors du mariage puiſſent être legitimez *per ſubſequens matrimonium*, deux conditions eſſentielles ſont requiſes; la premiere, qu'ils ſoient nez de deux perſonnes qui avoient la liberté de ſe marier enſemble, *ex ſoluto & ſolutâ.* Cette condition eſt clairement marquée dans le §. 13, *inſtit. de nupt.* dans la Loi 7 & la Loi 11, *cod. de naturalibus liberis*, qui excluent expreſſément de cette legitimation les enfans nez *ex nefariâ vel inceſtâ conjunctione.* Le mariage ſubſéquent ne peut donc pas legitimer les enfans nez d'une conjonction adulterine ou inceſtueuſe, *cap. tanta eſt vis, extr. qui filii ſint legitimi.* C'eſt le ſentiment de *Perezius* au lieu cité, *n.* 11, *de Brodeau ſur Louet, lett. D. ſomm.* 52, *n.* 13, & *de Charondas, liv.* 12, *rép.* 16, même nonobſtant des tranſactions, qui ſont nulles à cet égard, ſuivant les Arrêts rapportez par *M. de Catellan, liv.* 4, *ch.* 23.

1. Que les enfans ſoient nez *ex ſoluto & ſolutâ.*

Le mariage ſubſéquent ne peut pas legitimer les enfans nez *ex nefariâ vel adulterinâ conjunctione.*

Tranſactions nulles.

179. Le mariage ſubſéquent legitime les enfans procréez par des parens, quand il y a diſpenſe.

Il ne faut pourtant pas penſer, que ſi, par exemple, des parens en degré prohibé procréoient des enfans d'un mauvais commerce, qu'enſuite ils obtinſſent une diſpenſe, en conſéquence de laquelle ils contractaſſent un mariage ſelon les formalitez preſcrites, ce mariage fût incapable de produire la legitimation, ſous prétexte qu'il faudroit faire concourir deux privileges, deux choſes ſpéciales, & deux fictions, en faiſant remonter en même-tems la diſpenſe, & la celébration du mariage au tems de la conception des enfans, quoiqu'en ayent penſé certains Auteurs; & il eſt plus raiſonnable & plus conforme à l'équité de faire

opérer la legitimation à un tel mariage; parce que la dispense met les Parties en état de celébrer le mariage, tout comme si elles n'étoient pas en degré prohibé; cette opinion que nous embrassons est autorisée par des Arrêts du Parlement de Toulouse, rapportez par *Albert, verb. mariage, art. 6 de l'ancienne édition, & lett. A. chap. 3, & lett. B. chap. 10, de la nouvelle;* lesquels Arrêts ont jugé que la dispense obtenuë par l'un des mariez, quoique fulminée après sa mort, rendoit legitimes les enfans de ce mariage, nonobstant l'empêchement dirimant de parenté, & que cette fulmination devoit avoir un effet rétroactif. C'est encore le sentiment de *Denis le Brun, des Successions, liv. 1, ch. 2, sect. 1, distinct. 1, n. 12 & 13*, & de l'*Auteur des Loix Civiles, part. 3, chap. 5, du Mariage, art. 24, n. 76 & suivans.* Cependant le Parlement de Paris, par un Arrêt du 11 Décembre *1664*, jugea que le mariage subséquent contracté en conséquence d'une dispense du Pape, n'avoit pas pû legitimer des enfans procréez de la conjonction d'un oncle & parein avec sa niéce & filleule, & que ce mariage n'avoit pû servir qu'à rendre legitimes les enfans nez après la celébration. Cet Arrêt est rapporté *au Journal des Audiences, tom. 2, liv. 3, chap. 58, & par Soëfve.* Il déclare y avoir abus dans l'impétration & exécution de la dispense, en ce qu'elle porte legitimation, & cela sans doute à cause que le Concile de Trente porte, que le Pape ne peut dispenser au second degré de consanguinité, *nisi inter magnos Principes, & ob publicam causam.* V. *les Conferences de Paris sur le Mariage, tom 4, liv. 2, confer. 2, §. 2, p. 101.*

Arrêts du Parlement de Toulouse.

Arrêt du Parlement de Paris qui semble contraire.

180. Doit-on considerer le tems de la conception, ou celui de la naissance pour sçavoir, si les enfans peuvent être legitimez par le mariage subséquent?

Mais doit-on considerer le tems de la conception, ou celui de la naissance des enfans pour connoître, si ceux qui se sont mariez depuis étoient libres ou non, afin que le mariage subséquent produise la legitimation? *Fachineus, lib. 3, cap. 50, Charondas, liv. 12, rép. 16, Molina de Justitiâ & Jure, tractat. 2, disput. 172, n. 4, Sanchés de matrimonio, & Merlinus, de legitimâ,* sont d'avis qu'il suffit, que les conjoints fussent libres de se marier ensemble lors de la naissance, quoiqu'ils ne le fussent pas lors de la conception; *& vice versâ,* qu'ils fussent libres lors de la naissance, quoiqu'ils ne le fussent pas lors de la conception, selon qu'il est plus avantageux à l'enfant: attendu qu'on le regarde comme né au moment de la conception, quand il s'agit de son avantage; au lieu que l'on n'a égard qu'au tems de sa naissance, quand son utilité l'exige, *l. 26, ff. de Statu hominum, l. 5, §. 3, & l. 7, ff. eod.* A quoi l'on peut ajouter que la Loi 11, *cod. de natu-*

Loix & autorités qui décident qu'il faut pren-

dre le tems le plus avantageux aux enfans.

ralib. liber. décide que toutes les fois qu'il s'agit de la legitimité des enfans *per ſubſequens matrimonium*, il faut conſiderer le tems de leur naiſſance, & non celui de la conception ; à moins que leur utilité n'exige que l'on conſidere celui de la conception. Ce qui eſt rappellé dans la *Novelle* 89, *chap.* 8, *§.* 1.

181. Réſolution qu'il faut toujours conſiderer le tems de la conception.

Raiſons de cette reſolution.

Perezius au lieu cité, *n.* 12, *Silveſter dans ſa Somme, verb. filii, n.* 10, *& Pirhing ſur les Décretales, lib.* 4, *tit.* 17, *§.* 5, *n.* 34, ſoutiennent l'opinion contraire, quoique plus rigoureuſe, & moins favorable à l'enfant, comme plus vraie & plus conforme aux regles. Les raiſons ſont, que par une fiction de Droit introduite en faveur des enfans, on regarde le pere & la mere comme s'ils étoient mariez enſemble, lorſque les enfans ont été conçus, laquelle préſomption ne peut pas avoir lieu, quand l'un d'eux eſt marié à un autre. Que la tache eſt contractée par la conception, & non par la naiſſance. Que cette tache eſt imprimée à l'enfant au moment qu'il eſt conçu, & qu'elle ne peut point être effacée par la naiſſance ; parce qu'elle ne diminuë point la faute, & ne fait point que la conjonction ne ſoit également reprouvée, & que le mariage ſubſequent ne peut point la laver, ni la purifier ; qu'ainſi la femme ayant conçu d'un adultere, ſon fruit demeure toujours adulterin, quoique l'adultere devienne libre dans l'intervalle de la conception & de la naiſſance : c'eſt auſſi l'opinion ſuivie dans l'uſage, & autoriſée par les Arrêts du Parlement de Paris & de Bordeaux. *Claude de Ferriere ſur la Novelle* 74, *ch.* 1, *n.* 5 *&* 6, *& ſur la Coutume de Paris, art.* 318, *gloſ.* 3, *ſect.* 2, *§.* 3, *de la legitimation, n.* 4, 5, 6 *&* 7, *tom.* 4, *pag.* 722, *l'Auteur des Loix Eccleſiaſtiques, part.* 3, *ch.* 5, *du Mariage, max.* 38, *& la Peyrere, verb. Bâtard*, comme fondée ſur la diſpoſition du chapitre, *tanta eſt vis, extrà, qui filii ſint legitimi*, qui doit prévaloir en cette matiere ſur la déciſion du Droit civil. *Si quis autem vir*, dit ce texte canonique, *vivente uxore aliam cognoverit, & ex eâ prolem ſuſceperit, licet poſt mortem uxoris eandem duxerit, nihilominùs ſpurius erit filius, & ab hereditate repellendus* ; ces mots, *vivente uxore aliam cognoverit*, font voir clairement, qu'il faut conſiderer le tems du commerce illicite, & de la conception de l'enfant.

182. Les enfans nez d'une perſonne engagée dans les Ordres ſacrez, ne ſont pas legitimez par le mariage ſubſéquent

Selon l'Abbé de Palerme ſur le chapitre *per venerabilem, extrà, qui filii ſint legitimi*, les enfans nez des perſonnes engagées dans les Ordres ſacrez ſont regardez comme adulterins, voilà pourquoi encore qu'ils ſe marient par diſpenſe avec les perſonnes, dont ils ont eu des enfans, le mariage ſubſéquent ne les legitime

pas ; car on ne pourroit pas faire remonter la dispense au tems de la conception, à cause que l'adultere y fait obstacle ; celui qui est dispensé de l'Ordre sacré devient bien capable de se marier ; mais la dispense n'efface pas le vice de la conception, tout comme la mort de l'épouse survenuë après la conception de l'enfant, qui met le pere en état d'épouser sa concubine, n'effaçant pas le vice d'adultere, n'empêche pas que l'enfant né d'une telle conjonction ne demeure bâtard, nonobstant le mariage subséquent, suivant le chapitre, *tanta est vis 6, extrà, qui filii sint legitimi.* Mais un Beneficier à simple tonsure, & non engagé dans les Ordres sacrez, ne laisse pas d'être regardé comme personne libre ; voilà pourquoi le mariage subséquent legitimera les enfans nez auparavant. Il y a un Arrêt du Parlement de Paris du 5 Septembre 1675, qui l'a jugé ainsi : & c'est l'opinion de *Perezius* au lieu cité, *n.* 13, où cet Auteur remarque, qu'on doit dire la même chose de l'enfant né d'une femme qui étoit fiancée à un autre, & qui est épousée par celui qui a procréé l'enfant ; car les fiançailles n'empêchent pas qu'on ne doive être consideré comme libre, parce qu'elles ne font pas le mariage, & qu'on a la liberté de les dissoudre, & de se marier ailleurs.

contracté avec dispense.

Quid des enfans nez d'un Beneficier à simple tonsure.

De l'enfant né d'une femme qui étoit fiancée à un autre.

Le mariage intermediaire n'est pas un obstacle à la legitimation *per subsequens matrimonium.* Berault sur l'art. 275 de la Coutume de Normandie, rapporte un Arrêt du 23 Novembre 1582, qui l'a ainsi jugé. Si, par exemple, *Mœvius*, qui est une personne libre, a un commerce avec *Sempronia* aussi personne libre, & qu'il en naisse un enfant, quoique posterieurement l'un ou l'autre, & même tous les deux se marient ailleurs, devenant libres, & se mariant ensemble, l'enfant qu'ils auront eu avant leur premier mariage sera legitimé *per subsequens matrimonium*, quoiqu'il y ait des enfans du mariage intermediaire, parce qu'il suffit que les conjoints ayent été libres au tems de la conception des enfans, quoique depuis ils ayent cessé de l'être ; car on ne considere point le tems intermediaire, *Perezius* au lieu cité, *n.* 16 ; même les enfans legitimez *per subsequens matrimonium*, devroient profiter du droit d'aînesse au préjudice d'un enfant mâle né du mariage intermediaire, quoiqu'en ayent pensé *Dumoulin sur la Coutume de Paris, §.* 13, *glos.* 1, *n.* 34, *& Brodeau sur M. Loüet, lett. D. somm.* 52, *n.* 9 *&* 10, parce que le mariage subséquent n'a pas seulement un effet dévolutif, il a un effet rétroactif, comme le prouve fort bien *le Brun, des Successions, liv.* 1, *chap.* 2, *sect.* 1, *distinct.* 1, *n.* 22 *&* 23, & que le droit d'aînesse n'est

183.

Si le mariage intermediaire fait obstacle à la legitimation par le mariage subséquent.

Quid s'il y a des enfans legitimes du mariage intermediaire.

Si l'enfant legitimé profite du droit d'aînesse au préjudice de ceux qui sont nez du mariage intermediaire.

Le droit d'aînesse n'est qu'une esperance tandis que le pere vit.

Aliud des successions & fideicommis échus.

qu'une esperance, tandis que le pere vit. Il en seroit autrement des successions, ou fideicommis échus & acquis, parce qu'alors *media non sunt habilia*, & que le droit acquis empêche la conjonction des deux extrêmes, & est un obstacle à l'effet rétroactif, comme nous l'avons dit au nombre 171.

184. Deuxiéme condition afin que les enfans soient legitimez par le mariage subséquent.

Que le mariage soit legitime, bon & valablement contracté & celebré.

La seconde condition essentiellement requise, afin que le mariage subséquent opére la legitimation des enfans nez auparavant *ex soluto & solutâ*, est que le mariage soit legitime, bon & valablement contracté, & celébré en face de l'Eglise, *Claude de Ferriere sur la Novelle* 74, *chap.* 6, *Coquille sur la Coutume de Nivernois, chap. des Fiefs, art.* 20; car s'il étoit nul par quelqu'empêchement dirimant, ou pour n'y avoir pas observé les formalitez prescrites par les Canons, ou s'il étoit simplement putatif à cause de la bonne foi des contractans, ou de l'un d'eux, cette bonne foi pourroit être bien suffisante pour rendre legitimes les enfans nez sous la foi d'un tel mariage, comme nous l'avons dit ci-dessus; mais elle ne pourroit être d'aucune utilité pour legitimer les enfans nez auparavant hors du mariage, *Molina de Justitiâ & Jure, tractat.* 2, *disput.* 172, *n.* 11 *&* 12, *Peregrinus de fideicomm. art.* 24, *n.* 73, *& l'Auteur des Loix Ecclesiastiques, part.* 3, *chap.* 5, *du Mariage, art.* 40. La raison est, parce que le mariage nul ne peut produire aucun effet, il ne peut pas même sauver l'état des enfans nez sous ombre d'un tel mariage, *quod nullum est, nullum producit effectum;* à plus forte raison peut-il moins legitimer des enfans nez auparavant, & que le mariage putatif, qui ne legitime les enfans qu'à cause de la bonne foi de l'un des conjoints, ne peut pas avoir un effet retroactif; attendu que les conjoints n'ont pas pû être dans la bonne foi au tems de la conjonction illicite, on ne peut pas donc y appliquer la raison qui legitime les enfans nez d'un mariage putatif. *Le Brun des Successions, liv.* 1, *chap.* 2, *sect.* 1, *distinct.* 1, *n.* 14, *Fachineus, lib.* 3, *controvers. cap.* 55; ainsi on ne doit pas s'arrêter au sentiment de *Pirhing* au lieu cité, *n.* 36, qui a cru le contraire au sujet du mariage putatif. *V. cap. cum inhibitio* 3, *§. si quis verò, extr. de clandest. desponsat.*

Le mariage nul ou putatif n'opere pas la legitimation.

185. Le mariage subséquent n'opére pas la legitimation, s'il est clandestin ou s'il est contracté *in extremis.*

Sanchés de Matrimonio, lib. 3, *disput.* 44, *Pirhing* au lieu cité, *n.* 36, *Molina de Justitiâ & Jure, tractat.* 2, *disput.* 172, *n.* 13, *& Perezius* sur le titre du Code, *de naturalib. lib. n.* 14, croyent que le mariage subséquent, quoique clandestin ou contracté *in extremis*, legitime les enfans nez auparavant; mais le chapitre 3, *§. si quis verò, extr. de clandestin. desponsat.* semble contraire à

cette déciſion par rapport au mariage clandeſtin, puiſqu'il déclare illegitimes les enfans nez d'une telle conjonction : D'ailleurs, en France les enfans nez d'un mariage tenu caché par les mariez pendant leur vie, ou contracté *in extremis*, ſont regardez comme illegitimes par rapport aux effets civils, comme nous l'avons expliqué; ainſi la déciſion de ces Auteurs ne peut pas avoir lieu en France pour la capacité des enfans nez de ces mariages, ou legitimez *per ſubſequens tale matrimonium*, *Claude de Ferriere ſur l'art.* 318 *de la Coutume de Paris*, *gloſ.* 3, *ſect.* 2, §. 3, *de la legitimation*, *n.* 12, *pag.* 725.

186. Si l'état des enfans qui ont été regardez comme legitimez par un mariage ſubſéquent, peut être attaqué après la mort de leurs pere ou mere.

Mais l'état de ces enfans, que l'on a regardez pendant long-tems comme legitimez par de tels mariages ſubſéquens, quoique nuls, ou inefficaces quant aux effets civils, peut-il être attaqué après la mort de leur pere ou mere? *L'Auteur du Journal du Palais*, *tom.* 1, *pag.* 180, rapporte pluſieurs textes du Droit civil pour ſoutenir la négative; mais ces textes ne parlent que de l'état de liberté, & non de celui de legitimité. Le chapitre 8, *extrà de conſanguin. & affinit.* décide, que la longueur du tems ne peut pas ſervir pour rendre valide un mariage nul, *ſi quis contra prohibitionem hujuſmodi præſumpſerit copulari*, *nullâ longinquitate defendatur annorum.* La gloſe fait cette remarque ſur ce texte, *& ita nulla præſcriptio currit contrà matrimonium ſicut olim currebat.* Selon *Peregrinus*, & pluſieurs Auteurs qu'il cite, *de fideicomm. art.* 23, *n.* 89 *& ſuivans*, l'état de legitimité ne peut point être acquis par la preſcription, quelque longue qu'elle ſoit, & l'on peut attaquer en tout tems l'état des enfans qui n'ont pas été legitimez dans les regles, *quia præſcriptio non operatur ubi veritas conſiſtere nequit.* Cette déciſion doit ſans difficulté avoir lieu en France, puiſque les Ordonnances, Edits & Déclarations de nos Rois font réflechir l'incapacité des enfans nez de tels mariages, même ſur leur poſterité indéfiniment; ce qui prouve que l'état de legitimité ne peut être acquis par aucun tems; l'Arrêt de Thibaud du 6 Juillet 1666, rapporté *au Journal des Audiences*, *tom.* 2, ne décide rien de contraire, à cauſe que dans cette eſpece la poſſeſſion de la legitimité durant trente-cinq ans étoit jointe à la reconnoiſſance de celui *de cujus ſucceſſione agebatur*, & à la bonne foi des conjoints. V. *l'Arrêt de Maillard du* 15 *Mars* 1674, *au Journal du Palais*; *& Pocquet de Livoniere dans ſes Obſervations ſur Dupineau ſur l'art.* 222 *de la Coutume d'Anjou*, *pag.* 564, v. *Mornac ad leg.* 57, *ff. de ritu nupt. le Grand ſur la Coutume de Troyes*, *art.* 83, *gloſ.* 1, *n.* 14 *&* 15, *& Mᵉ. Raviot ſur les Arrêts du Parlement de Dijon*, *tom.* 2, *queſt.* 286.

Autoritez & raiſons pour la négative.

Aucune preſcription ne court contre le mariage.

Si l'état de legitimité peut être acquis par preſcription.

Réſolution pour l'affirmative.

Quid ſi la legitimité a été reconnuë pendant plus de trente ans.

187. Le fils quoiqu'illegitime peut preſcrire par la poſſeſſion de trente ans les biens de ſon pere.

Cependant ſi l'enfant, quoique illegitime, avoit paiſiblement joui des biens de ſon pere pendant trente ans, il ne pourroit pas en être dépouillé, parce qu'il les auroit acquis *ut quilibet extraneus* par le ſecours de la preſcription, comme le remarque le même *Peregrinus*, *n.* 94. La raiſon de la difference eſt que les biens ſont preſcriptibles, au lieu que l'état de legitimité ne l'eſt pas, il faut l'acquerir ou par un mariage ſubſéquent valable, ou par reſcrit du Prince.

Les biens ſont preſcriptibles, mais l'état de legitimité ne peut être acquis par preſcription.

188. Si l'état des enfans peut être troublé après la mort des mariez pour empêchement dirimant.

Texte pour la négative.

Le chapitre *pervenit* 11, *extrà*, *qui filii ſint legitimi*, ſelon la lecture de la *gloſe*, de l'Abbé *de Palerme*, & *de Gonzales*, décide, que quand un mariage a été contracté publiquement en face de l'Egliſe avec les formalitez preſcrites, & que ce mariage n'a point été troublé pendant la vie des mariez, l'état des enfans qui en ſont provenus ne peut être recherché ſous prétexte de quelque empêchement dirimant, *mandamus itaque quatenùs ſi eſt, ita dictam viduam legitimam nuntietis.*

189. Autre texte canonique pour l'affirmative.

Le chapitre *cauſam* 7 du même titre décide tout le contraire, c'eſt-à-dire, que l'état des enfans peut être recherché, & le mariage déclaré nul, même après la mort des conjoints, quoiqu'ils euſſent vêcu tranquilement, & ſans trouble dans leur mariage, *licet in congruum videatur ut matrimonium genitricis præfati. R. impetatur, quod ea vivente non fuit impetitum;* mais cette contrarieté ne vient que de ce que dans le chapitre 11 on a mis le mot *legitimam*, au lieu qu'il falloit lire *illegitimam*, comme on le trouve dans l'édition du cours du Droit Canon donnée au Public par M^e. *Charles Dumoulin* à Lyon en 1558. Ainſi l'état des enfans pourra être attaqué, même après la mort des mariez, dans la poſſeſſion de leur mariage, ſi celui qui impugne l'état des enfans prouve que les mariez connoiſſoient la cauſe de l'empêchement, & étoient dans la mauvaiſe foi, *Pirhing ſur les Décretales, lib.* 4, *tit.* 17, §. 8, *n.* 52; car la bonne foi de l'un des mariez ſuffiroit pour rendre les enfans legitimes, ſuivant la gloſe ſur le chapitre 11, *extr. qui filii ſint legitimi*, *M. Louet & Brodeau*, *lett. L. ſomm.* 14, *& Journal des Audiences*, *tom.* 2, *liv.* 5, *ch.* 14, *de la nouvelle édition*, comme nous l'avons dit ci-deſſus, *n.* 149.

Conciliation de ces deux textes.

Réſolution pour l'affirmative, pourvu que la connoiſſance de l'empêchement par les deux mariez ſoit prouvée.

Les raiſons pourquoi celui qui attaque l'état des enfans eſt tenu de prouver la mauvaiſe foi des conjoints.

Les raiſons pourquoi celui qui attaque l'état des enfans eſt tenu de prouver que les conjoints connoiſſoient l'empêchement, & étoient dans la mauvaiſe foi, ſont, parce que c'eſt le fondement de leur intention, ſans quoi le mariage ne peut pas être attaqué, que l'ignorance eſt préſumée, ſi la connoiſſance n'eſt prouvée ſuivant pluſieurs textes du Droit, notamment la Loi 21, *ff. de probat.*

probat. & que dans le doute il faut se déterminer pour la legitimité, lorsque les enfans sont dans la possession d'être considerez comme legitimes, *Peregrinus de fideicomm. art. 24, n. 65, & Pirhing* au lieu cité, *n. 52;* on peut voir les Arrêts rapportez par M^e. *Raviot* au lieu cité, *n. 17, 18 & suivans.*

190. S'il faut mettre les enfans sous le poile, afin que le mariage les legitime.

Il y a des Païs où l'on pratique de mettre sous le poile, les enfans déja nez lors de la celébration du mariage de leurs pere & mere: mais cette formalité n'est pas nécessaire pour opérer la legitimation; puisqu'elle est produite, quand même les enfans s'opposeroient au mariage de leurs pere & mere, comme nous l'avons dit ci-dessus, *n.* 174. Elle est pourtant utile, en ce qu'elle assure l'état des enfans par reconnoissance comme ils sont nez des mariez. Cette reconnoissance peut être faite de plusieurs autres manieres, c'est-à-dire, en faisant mention des enfans déja nez dans le contrat de mariage, ou dans l'acte de celébration, ou dans un acte séparé du contrat de mariage, ou de la celébration dans les Registres du Notaire, ou dans celui de la Paroisse; mais si les enfans déja nez étoient adulterins, une telle reconnoissance n'opéreroit rien pour leur legitimation, parce que leur naissance y fait obstacle, ainsi que nous l'avons observé ci-dessus.

Comment peut-on constater la legitimation des enfans déja nez.

191. Des enfans legitimez par rescrit du Prince.

Passons au septiéme chef, & voyons quelle est la capacité que produit la legitimation par rescrit du Prince. On trouve dans le Droit Romain trois especes de legitimation par rescrit du Prince. La premiere est marquée dans la Loi 57, §. 1, *ff. de ritu nuptiarum;* une femme s'étoit mariée avec son oncle contre la prohibition des Loix, §. 3, *instit. de nupt.* De ce mariage plusieurs enfans étoient nez, il avoit duré pendant quarante ans, & l'ayeule de la femme l'avoit fait contracter. En faveur de ces circonstances les Empereurs Marcus & Lucius confirmerent ce mariage, & l'état des enfans, tout comme s'ils avoient été conçus dans un mariage legitime: *Movemur & temporis diuturnitate, quo ignora juris in matrimonio avunculi tui fuisti, & quod ab avia tua collocata es, & numero liberorum vestrorum: idcircòque cum hæc omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quæsitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perindè atque si legitimè concepti fuissent.* Comme dans le tems auquel cette Loi fut faite, on n'observoit d'autre regle que celle du Droit Civil, touchant les mariages entre parens, le Prince avoit le droit d'en dispenser, comme il trouvoit à propos, parce qu'il est au-dessus des Loix civiles; mais aujourd'hui que l'Eglise

Trois especes de legitimation suivant le Droit Romain.

Premiere espece de legitimation par rescrit.

Le Prince a droit de dispenser des Loix civiles sur le mariage.

a reglé les empêchemens pour parenté, une confirmation du Prince ne rendroit pas, ſelon nos uſages, le mariage bon, & ne legitimeroit pas les enfans nez d'un mariage inceſtueux; il faudroit une diſpenſe du Pape (qui eſt en poſſeſſion d'accorder ces ſortes de diſpenſes) & il ſeroit néceſſaire qu'elle fût fulminée dans les regles.

Diſpenſe du Pape fulminée ſelon les regles.

191. Seconde eſpece de legitimation par reſcrit.

La ſeconde eſpece de legitimation par reſcrit eſt expliquée dans la *Novelle* 74, *chapitre premier*, & dans la *Novelle* 89, *chap.* 9.

193. Troiſiéme eſpece de legitimation par reſcrit.

La forme de la troiſiéme ſe trouve pareillement dans la *Novelle* 74, *chap.* 2, dans la *Novelle* 89, *chap.* 10, & dans l'*Auth. item ſine, cod. de naturalib. liber.* Celui qui n'avoit pas des enfans legitimes pouvoit par ſon Teſtament déclarer, qu'il vouloit que ſes enfans naturels nez d'une concubine fuſſent legitimez, & lui ſuccedaſſent. Les enfans naturels ainſi legitimez, & inſtituez heritiers par leur pere, obtenoient du Prince la confirmation du Teſtament de leur pere, au moyen de quoi ils acqueroient l'état de legitimité, & la capacité pour retenir l'heredité de leur pere; mais cela ne devoit avoir lieu, qu'à l'égard des enfans qui acceptoient la volonté de leur pere, & non à l'égard de ceux qui ne vouloient pas y conſentir.

194. La premiere eſpece de legitimation par reſcrit n'eſt pas pratiquée en France.

Nous venons de voir que la premiere eſpece de legitimation par reſcrit ne peut point être pratiquée ſelon nos uſages. La troiſiéme eſpece n'eſt pas non plus pratiquée, & ſelon la remarque de *Ferriere ſur la Novelle* 74, *chap.* 2, on ne trouve point que cette maniere de legitimer ait été autrefois uſitée en France. Il ſuffit donc d'expliquer la legitimation de la ſeconde eſpece, que l'on voit pratiquer tous les jours.

Non plus que la legitimation de la troiſiéme eſpece.

195. Trois conditions afin que la legitimation par reſcrit fût bonne.

La *Novelle* 89, *chap.* 9, d'où a été tirée l'*Auth. præterea, cod. de naturalib. liber.* exigeoit trois conditions eſſentielles, afin que la legitimation par reſcrit pût opérer ſon effet pour rendre les enfans legitimes.

196. Premiere condition que les enfans fuſſent ſimplement naturels.

La premiere, que les enfans fuſſent ſimplement naturels, c'eſt-à-dire, qu'ils fuſſent nez d'une concubine, dont le commerce étoit permis par le Droit Romain, comme nous l'avons expliqué ci-deſſus; ainſi les enfans nez *ex nefario, inceſto vel damnato coitu*, ne pouvoient pas être legitimez, comme le déclare expreſſément la *Novelle* 89, *chap.* 15.

197. Deuxiéme condition, que le pere n'eût point d'enfans legitimes.

La ſeconde, que le pere n'eût point d'enfans legitimes, par la raiſon que la faveur des mariages legitimes, & des enfans qui en ſont nez, ne permet pas que ceux qui ſont nez dans le concubinage ſoient rendus legitimes à leur préjudice.

La troiſiéme, que le mariage ne pût pas être contracté avec la mere des enfans, ſoit parce qu'elle eſt morte, ou parce qu'elle a depuis leur naiſſance commis quelque crime, ou à cauſe de quelque accuſation, ou que le mariage ne puiſſe point être contracté entre les pere & mere, par quelqu'empêchement que ce ſoit, ſurvenu depuis la naiſſance des enfans par l'engagement dans les Ordres ſacrez, dans la Religion, ou autrement, parce que le reſcrit du Prince eſt un remede extraordinaire, auquel il ne faut avoir recours qu'au défaut de tous les autres moyens ordinaires par l'argument de la Loi 16, *ff. de minorib.*

198. Troiſiéme condition, que ceux qui avoient eu des enfans naturels ne puſſent pas ſe marier enſemble.

Le reſcrit du Prince étoit un remede extraordinaire.

Ferriere ſur la queſtion 280 *de Guy Pape*, dit que les bâtards adulterins, & les autres de même eſpece peuvent être legitimez par reſcrit du Prince, lorſqu'il eſt fait mention de leur état. *Fachineus, lib.* 3, *cap.* 57, ajoute qu'une telle legitimation opére le même effet, que celle des ſimples bâtards; parce que le Prince qui eſt au-deſſus des Loix, peut y déroger & en diſpenſer, & cela eſt vrai, en prenant la choſe à toute rigueur: cependant en France la legitimation des bâtards adulterins par reſcrit du Prince n'a d'effet que pour les honneurs, & non pour rendre capable l'enfant adulterin des ſucceſſions & des liberalitez indéfiniment de la part de ſes pere ou mere, *Bacquet du Droit de Bâtardiſe, chap.* 12, *Charondas, liv.* 12, *rép.* 17, *M. la Roche & Graverol, verb. legitimations, Brodeau ſur M. Louet, lett. D. ſomm.* 52, *n.* 14 *&* 15. Par un Arrêt de la Chambre des Comptes de Provence du 6 Juin 1676, rapporté *au Journal du Palais*, ſur l'oppoſition des heritiers préſomptifs collateraux, l'enfant adulterin legitimé par reſcrit fut déclaré incapable de ſucceder *ab inteſtat*, & par Teſtament, au préjudice des heritiers legitimes, ce qui eſt fondé en raiſon; car l'on ne doit pas donner plus de force à la legitimation du Prince, qu'à celle qui ſe fait par le mariage ſubſéquent, lequel ne legitime pas les enfans adulterins, quant à la capacité de recueillir les ſucceſſions, ou les diſpoſitions teſtamentaires de leurs pere ou mere, comme nous l'avons expliqué. On obſerve donc à cet égard la diſpoſition du Droit Romain, touchant la premiere condition: ſauf que les bâtards nez d'une femme appellée *meretrix* peuvent être legitimez par reſcrit.

199. Comment, & pour quels effets les bâtards adulterins peuvent être legitimez par reſcrit.

Le mariage ſubſequent ne legitime pas les bâtards adulterins.

La premiere condition eſt obſervée en France.

A l'égard de la ſeconde, *Mornac ſur la Loi* 10, *cod. de tranſact.* dit, qu'un bâtard ne peut pas être legitimé par reſcrit, au préjudice des enfans legitimes nez avant la legitimation. Au contraire *Ferriere ſur la queſtion* 482 *de Guy Pape*, ſoutient que le Prince ſouverain peut legitimer les bâtards, même au préju-

200. Si les bâtards peuvent être legitimez par reſcrit au préjudice des enfans legitimes.

Diverſité d'opinions des Auteurs.

Sentiment de Mornac pour la négative.

Opinion de Ferriere pour l'affirmative.

dice des enfans légitimes, pourvû qu'il en ſoit fait mention dans le reſcrit du Prince, & les légitimez par reſcrit, ſuccederont *ab inteſtat* avec les légitimes, ſauf que le pere naturel ne peut laiſſer par Teſtament à ſon fils légitimé, qu'autant qu'il laiſſe à un de ſes enfans nez *ex legitimo matrimonio cui minùs reliquit*; que ſi le reſcrit ne parle point des enfans légitimes, ceux qui ſont légitimez ne deviennent pas capables de ſucceſſion, ni de recueillir les liberalitez de la part de leur pere, & la légitimation n'a d'effet que pour les honneurs & dignitez.

201. Réſolution pour la négative, à moins que les enfans légitimes n'euſſent conſenti à la légitimation.

Le ſentiment de *Ferriere*, quant à l'effet qu'il attribue aux Lettres de légitimation obtenuës par un pere qui avoit des enfans légitimes, de rendre le bâtard légitimé capable des ſucceſſions *ab inteſtat*, & des liberalitez de la part de ſon pere, n'étant appuyé ſur la déciſion d'aucun Arrêt, & ſe trouvant contraire au Droit Romain, & à l'avis de preſque tous les Auteurs du Parlement de Paris, on ne doit y avoir aucune attention; mais il faut tenir qu'en France celui qui eſt légitimé par reſcrit du Prince, obtenu par un pere qui a des enfans légitimes, demeure dans la même incapacité, touchant la ſucceſſion, & les liberalitez teſtamentaires où il étoit avant le reſcrit de légitimation, à moins que les enfans légitimes n'y euſſent conſenti, & qu'ils fuſſent d'un âge à pouvoir donner un conſentement valable. Cette exception eſt marquée par *le Brun, des Succeſſions, liv. 1, chap. 2, ſect. 1, diſt. 2, n. 16.*

202. Les enfans peuvent être légitimez par reſcrit, quoique leur pere & mere puiſſent ſe marier enſemble.

Pour ce qui eſt de la troiſiéme condition requiſe par le Droit Romain, on ne l'obſerve point en France, & l'on tient que la légitimation par reſcrit du Prince, opere ſon effet, ſoit que la mere des enfans naturels ſoit morte ou vivante, & que le pere puiſſe ou ne puiſſe pas contracter mariage avec elle, par quelqu'évenement ou empêchement ſurvenu, *le Brun, des ſucceſſions, livre 1, chapitre 2, ſection 1, diſtinction 2, nombre 3, & Bacquet du Droit de Bâtardiſe, chapitre 12, nombre 11.* C'eſt un des points jugez par l'Arrêt du Parlement de Toulouſe du 6 Septembre 1736, en faveur de Marguerite Dupuy, qui ſera rapporté ci-après.

203. De la légitimation *per oblationem curiæ*.

Si le conſentement des bâtards eſt néceſſaire pour la légitimation par reſcrit.

Lorſque les enfans étoient légitimez ſelon le Droit Romain, *per oblationem curiæ*, leur conſentement étoit néceſſaire, *Novell. 89, cap. 3*; mais le *chapitre 5* de cette *Novelle* n'exige point le conſentement des enfans pour la légitimation par reſcrit du Prince; auſſi cette formalité ne doit-elle pas être regardée comme néceſſaire, quoiqu'en ayent pû penſer certains Auteurs, qui

ont confondu les differentes eſpeces de légitimation. On voit tous les jours en France, obtenir des Lettres de légitimation qui ont leur effet, quoique les enfans n'y ayent pas conſenti. Si ce conſentement étoit néceſſaire, il ne ſeroit pas permis de légitimer des impuberes, parce qu'ils ſeroient incapables d'y conſentir, cependant on voit tous les jours obſerver le contraire.

204. Conditions requiſes par le Droit François, pour la légitimation par reſcrit.

Outre les conditions que nous venons de voir être requiſes par le Droit Romain, pour la légitimation par reſcrit, le Droit François en exige quelques autres.

205. Premiere condition. Que la qualité du bâtard ſoit exprimée. Ou ſi le pere a des enfans légitimes.

La premiere, qu'on explique dans les Lettres de légitimation la qualité du bâtard, s'il eſt né de perſonnes libres *ex ſoluto & ſolutâ*, ou d'une conjonction adulterine ou inceſtueuſe, il faut encore exprimer ſi le pere impétrant a des enfans légitimes, *Brodeau ſur M. Louet, lettre L. ſommaire 7 nombre 10; Coquille ſur la Coutume de Nivernois, chapitre des Fiefs, article 20.* Voyez *Fachin. lib. 3, cap. 61.*

206. Deuxiéme condition. Que les Lettres de légitimation ſoient obtenuës ou du moins enterinées du conſentement de ceux au nom deſquels elles ont été obtenuës. De la mort de celui qui a obtenu les Lettres, arrivée avant l'enterinement.

La deuxiéme, que les Lettres de légitimation ſoient obtenuës, ou du moins enterinées & vérifiées du conſentement exprès de ceux au nom deſquels elles auront été obtenuës; car le conſentement donné après coup ſeroit inutile, même ſi celui qui les a obtenuës vient à déceder avant l'enterinement & la vérification à la Chambre des Comptes, les Lettres ne pouvant pas rendre les bâtards capables des ſucceſſions & des liberalitez, de la part de ceux qui les auroient obtenuës, *Brodeau*, au lieu cité, *nombre 9, & le Brun, des ſucceſſions, livre 1, chapitre 2, ſection 1, diſtinct. 2, nombres 8 & 9.*

207. Troiſiéme condition. Que la capacité de ſucceder ſoit exprimée dans les Lettres.

La troiſiéme, que les Lettres de légitimation contiennent la clauſe expreſſe qui les déclare capables de ſucceder, autrement elles n'auroient que l'effet d'une ſimple diſpenſe pour tenir les dignitez & honneurs, *le Brun*, au lieu cité, *nombre 5*; mais cela peut être requis, afin que les bâtards puiſſent recueillir les ſucceſſions *ab inteſtat*, & non pour les rendre capables des ſucceſſions teſtamentaires; car la légitimation obtenuë par le pere ou la mere, purgeant en quelque façon, le vice de la naiſſance, le bâtard devient capable par-là des diſpoſitions teſtamentaires de la part de celui qui l'a fait légitimer, & je ne penſe pas que dans les Pays du Droit écrit, cela puiſſe faire quelque difficulté.

Diſtinction entre la ſucceſſion teſtamentaire & celle qui eſt déférée *ab inteſtat.*

+89. La quatriéme, que tous ceux qui ont interêt à la légitimation, c'eſt-à-dire, les heritiers préſomptifs y conſentent, *le Brun*, au lieu cité, *nomb. 13* & ſuivans. Cette condition eſt requiſe dans les

208. Quatriéme condition. Que ceux qui ont interêt conſentent à la légitimation.

Les successeurs *ab intestat* doivent consentir dans les Pays Coutumiers. Pourquoi ?

Pays Coutumiers, parce que les Coutumes destinent aux parens collateraux une partie des propres de celui qui décede sans enfans légitimes, sans qu'il en puisse disposer par Testament; ensorte que pour rendre le bâtard capable de succeder au préjudice de ceux qui sont appellez à cette partie des propres par les Coutumes, leur consentement doit intervenir lors de la légitimation.

209. Dans les Pays du Droit écrit ce consentement n'est pas nécessaire.

Mais dans les Pays du Droit écrit, cette formalité n'est point requise quand même les Lettres de légitimation le porteroient expressément, suivant *Bacquet, du Droit de Bâtardise, chapitre* 12, *nombre* 6; *& Papon, livre* 21, *titre* 3, *Arrêt* 14, parce que dans ces Pays on ne connoît point la distinction des propres avec les acquêts; que les deux natures des biens ne font qu'un seul & même patrimoine dont le possesseur a la liberté de disposer par Testament tout comme par contrat entre-vifs, quoique les Lettres de légitimation portent cette condition, que les parens collateraux consentiront à la légitimation; cette condition ne devant être remplie que dans les Pays, où par les Coutumes, les collateraux ont une espece de droit formé sur les propres de leurs parens collateraux. C'est un des points qui ont été jugez par l'Arrêt du Parlement de Toulouse du 6 Septembre 1736, que nous rapporterons bientôt; le consentement des parens, n'est requis, qu'afin que le bâtard légitimé puisse leur succeder; mais il n'est pas nécessaire, afin que les enfans légitimez puissent succeder à ceux qui les font légitimer, ou qu'ils puissent recueillir les liberalitez que ceux-ci leur font, *Coquille, sur la Coutume de Nivernois, chapitre des Fiefs, article* 24; *Benedicti, sur le chapitre* Raynutius, verb. & uxorem, de succeſſ. ab intestato, *nombre* 186; *le Bret, de la Souveraineté, livre* 2, *chapitre* 9; *Papon, dans ses Arrêts, livre* 5, *titre* 5, *Arrêt* 2, *& livre* 21, *titre* 3, *Arrêts* 12 *&* 14; *Bacquet, du Droit de Bâtardise, chapitre* 12, *nombre* 6; *Argentré, sur la Coutume de Bretagne, article* 456, de legitimatione, cap. 5, num. 1; *Mornac*, sur la Loi 7, *ff. de adoptionibus*; & c'est le sentiment unanime de tous les Auteurs du Droit écrit.

Arrêt du Parlement de Toulouse.

Pourquoi est requis le consentement des parens.

210. Cinquiéme condition. Enterinement des Lettres de légitimation.

Où doit être fait l'enregistrement.

La cinquiéme condition est, que les Lettres de légitimation soient enterinées à la Chambre des Comptes, & encore, il y a une grande varieté parmi les Auteurs sur ce point; les uns pensent que l'enregistrement doit se faire au Parlement du ressort de la résidence de l'impetrant, *Duval, dans ses Institutions du Droit François, livre* 1, *chapitre* 5; la Chambre des Comptes

n'ayant pas droit de connoître de l'état des personnes ni des biens, & interêts des familles, *Brodeau sur M. Louet, lettre L. sommaire 9*, & *le Brun*, au lieu cité, *nombre 20*; *Argentré sur la Coutume de Bretagne*, article *456*, *de legitimatione*, *cap. 4*, *num. 2 & 3*, prétend que l'enregistrement n'est nécessaire ni à la Chambre des Comptes, ni au Parlement, & qu'il suffit que les Lettres soient enterinées & enregistrées au Bailliage ou Sénéchaussée du ressort, *sed apud rationales probari & in curiis Parlamentorum nihil necesse, nisi quod probatis ab inferioribus rescriptis, interjecta quandoque appellatione periclitari impetrantes contingeret.* Enfin *Bacquet*, *du Droit de Bâtardise*, *chapitre 9*, *nombre 5*, enseigne que les Lettres de légitimation doivent être enregistrées en la Chambre des Comptes, & n'exige aucun autre enregistrement.

211. S'il suffit de le faire en la Chambre du Trésor ou au Parlement.

Brodeau à l'endroit préallegué, dit que les Lettres de légitimation peuvent être enregistrées au Parlement ou en la Chambre du Trésor, & le Brun parle de la Jurisdiction ordinaire. Pour l'interêt des successions dans ce conflit d'opinions, je conseillerois de faire l'enregistrement à la Chambre des Comptes & au Parlement; mais je pense qu'il suffit que l'enregistrement soit fait dans les Tribunaux ausquels les Lettres de légitimation sont addressées. On pratique encore, mais surabondamment, de faire enregistrer les Lettres de légitimation au Bureau des Trésoriers, qui dans les Provinces, tient lieu de la Chambre du Trésor établie à Paris.

Si l'enregistrement doit être fait au Bureau des Finances.

212. Si la légitimation par rescrit rend les enfans capables des successions universelles.

Brodeau sur M. Louet, lettre L. sommaire 7, nombre 9; Ricard des Donations, tome 1, partie 1, nombres 438 & suivans, & plusieurs autres Auteurs du Pays Coutumier, sont d'avis que les Lettres de légitimation ne rendent pas les bâtards capables des successions, quand même il y auroit clause expresse, ni des liberalitez à titre universel de la part de ceux qui ont obtenu le rescrit; *Denis le Brun, des Successions, livre 1, chapitre 2, distinction 2, nombres 4 & 16*, soutient le contraire, & prétend que le sentiment de ceux qui tiennent que les Lettres de légitimation ne levent pas l'incapacité du bâtard, n'est fondé que sur des Arrêts mal entendus.

213. Usage du Parlement de Toulouse.

Le Parlement de Toulouse a toujours été, & est encore aujourd'hui, dans l'usage de déclarer les enfans légitimez par rescrit, capables des successions, & des institutions universelles, de la part de ceux qui les ont fait légitimer; il se fonde sur ce que par le Droit écrit qui est la Loi de cette Province, les peres

qui n'ont que des enfans naturels, peuvent les inſtituer heritiers univerſels, & ne ſont tenus que de laiſſer la légitime aux aſcendans, s'ils en ont; & ſi par la Coutume generale de France, les bâtards ſont déclarez incapables de ſucceder lorſque le Roi les légitime, il emporte l'effet de cette Coutume, & rétablit celui du Droit Romain qui reprend ſa vigueur, quant à la capacité de recueillir les diſpoſitions teſtamentaires, ne trouvant plus d'obſtacle, de la part de la Coutume generale du Royaume, de laquelle le Roi a, ſans difficulté, la puiſſance de diſpenſer.

La légitimation par reſcrit emporte l'effet de l'incapacité.

214. La légitimation par reſcrit met l'enfant au niveau de celui qui eſt originairement légitime.

En effet, les Lettres de légitimation font paſſer l'enfant légitime ſous la puiſſance de ſon pere, qui l'a fait légitimer; il ne differe en rien de celui qui eſt né d'un mariage légitime, *nihil à legitimis filiis differentes.* Voilà pourquoi *Dumoulin ſur la Coutume de Paris, §. 13, gloſe 1, nombre 41*, dit que l'enfant légitimé par reſcrit *patri agnaſcitur ſuus heres. Benedicti*, ſur le chap. *Raynutius*, verb. *& uxorem nomine Adelaſiam, de ſucceſſione ab inteſtato, num. 186*, atteſte que c'eſt l'uſage du Droit écrit. *M. la Roche*, verb. *bâtard, article 3*, & *M. de Catellan, livre 2, chapitre 95*, rapportent pluſieurs Arrêts qui l'ont ainſi jugé, & j'en ai fait rendre un autre conforme le 6 Septembre 1736, après partage, Rapporteur M. de Vie, Compartiteur M. de Comere, dans une eſpece où il y avoit pluſieurs circonſtances au déſavantage de l'enfant légitimé, qui avoit à combattre la faveur de la cauſe pie, & à faire renverſer un Teſtament ſoutenu par la clauſe codicillaire, ce qui formoit deux obſtacles très-difficiles à ſurmonter, à cauſe des préjugez du Parlement de Toulouſe, avant l'enregiſtrement de l'Ordonnance du mois d'Août 1735, qui a rétabli ſur les deux points, les choſes dans l'état du Droit commun.

Arrêt du Parlement de Toulouſe du 6 Septembre 1736.

215. Eſpece de cet Arrêt, & fait du Procès.

M. Dominique Dupuy, Avocat de Saint-Girons, & Demoiſelle Marguerite Tiſſanier, *ſolutus & ſoluta*, eurent une fille nommée Marguerite Dupuy, hors du mariage. Le pere, du conſentement de la mere, obtint des Lettres de légitimation de la perſonne de Marguerite Dupuy ſa fille naturelle, alors impubere, avec la clauſe de ſucceſſion, à la charge néanmoins, que les parens donneroient leur conſentement à l'enterinement des Lettres, leſquelles furent vérifiées & enregiſtrées en la Chambre des Comptes de Montpellier, au Parlement & au Bureau des Tréſoriers de Toulouſe. Tout cela ſe paſſa en 1699.

En

En l'année 1704, M. Dupuy fit son Testament, par lequel, sans faire mention de Marguerite Dupuy sa fille légitimée, il institua les Pauvres de Saint Girons. En conséquence de ce Testament, les Administrateurs de l'Hôpital de Saint Girons se mirent en possession de l'herédité. 216. Suite.

Marguerite Dupuy demanda par des Lettres Royaux, & par Requête, la cassation du Testament de son pere, comme nul par préterition, & la maintenuë en tous les biens de son herédité. 217. Suite.

Le Syndic de l'Hôpital demanda au contraire, que sans s'arrêter aux Lettres de légitimation, il fût relaxé tant par fins de non-valoir, que de non-recevoir, & autres moyens de droit, de toutes les fins & conclusions par elle prises, & subsidiairement il offroit un tiers des biens qui restoient pour la légitime de Marguerite Dupuy. 218. Suite.

Il se fondoit sur ce que les Lettres de légitimation portant par clause expresse, que les parens devoient consentir à l'enterinement qui devoit être fait, & cette condition n'ayant pas été remplie, elles ne pouvoient produire aucun effet, ni rendre capable Marguerite Dupuy de la succession *ab intestat* de son pere. 219. Raisons de l'heritier testamentaire.

Il opposoit encore que suivant la Jurisprudence des nouveaux Arrêts du Parlement de Paris, rapportez par *Brodeau sur M. Louet*, *Ricard*, & les autres Auteurs, le bâtard légitimé ne laissoit pas de demeurer incapable de l'entiere succession de son pere naturel; qu'ainsi, Marguerite Dupuy étoit irrecevable à attaquer le Testament de son pere, puisque s'il étoit mort *ab intestat*, elle n'auroit pas pû lui succeder. 220. Suite.

D'autant mieux qu'il n'y a que les enfans qui sont appellez dans le Droit *sui & legitimi heredes* qui puissent se plaindre d'avoir été preterits dans le Testament de leurs ascendans, *l.* 7, *ff. de liber. & posth. hered. instit.* & autres textes semblables. 221. Suite.

Enfin il disoit que quand Margueritte Dupuy auroit été de la qualité requise pour faire valoir la prétérition, le Testament devoit être soutenu par la clause codicillaire qui y étoit renfermée, laquelle clause fait valoir le Testament comme codicile, nonobstant le vice de préterition, suivant la Loi derniere, *cod. de codicillis*; M. Maynard, *livre* 5, *chapitre* 13; M. la Roche & Graverol, *livre* 4, *titre* 5, verb. Testam. *article* 3; M. de Cambolas, *livre* 3, *chapitre* 31, & plusieurs autres Auteurs, ce qui devoit être indubitable dans ce cas, où la cause pie qui va de 222. Suite.

pair avec les enfans nez *ex legitimo matrimonio*, ſe trouvoit inſtituée ; qu'ainſi Marguerite Dupuy ne pouvoit eſperer qu'une légitime qui lui étoit offerte ſubſidiairement.

223. Raiſons de la fille légitimée par reſcrit.

Réponſe à la premiere raiſon de l'heritier teſtamentaire.

Marguerite Dupuy répondoit à la premiere raiſon, que la charge du conſentement des parens, inſerée dans les Lettres, étoit une clauſe de ſtile ; que ce conſentement pouvoit être néceſſaire dans les Pays Coutumiers, où les Coutumes deſtinent aux parens collateraux une portion des propres, dont le Poſſeſſeur ne peut pas les priver par Teſtament ou autre diſpoſition de derniere volonté. Voilà pourquoi le conſentement des collateraux eſt requis pour rendre l'enfant légitimé, capable de ſucceder, attendu que les collateraux ne peuvent directement, ni indirectement être privez de cette portion par des diſpoſitions à cauſe de mort, & qu'il n'y a que leur conſentement qui puiſſe les en exclure ; mais qu'il en eſt tout autrement du Droit écrit, où le Teſtateur peut diſpoſer de tout ſon patrimoine, ſans diſtinction des propres d'avec les acquêts.

224. Suite. Réponſe à la deuxiéme raiſon.

Elle diſoit que la ſeconde raiſon priſe de ce que le bâtard, quoique légitimé, n'étoit pas capable de ſucceder *ab inteſtat*, n'étoit d'aucune conſideration, parce que ſelon *le Brun*, au lieu cité ci-devant, les Auteurs qui ont ſoutenu cette propoſition, ne ſe fondoient que ſur des Arrêts mal entendus ; que d'ailleurs, la Juriſprudence du Parlement de Paris, ſuppoſé qu'elle fût telle que le prétendent *Brodeau*, *Ricard*, & les autres Auteurs, ne pouvoit pas ſervir de préjugé, attendu que la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe avoit déclaré dans tous les tems, les enfans légitimez par reſcrit, capables de l'entiere ſucceſſion *ab inteſtat* de leur pere naturel qui les avoit fait légitimer, ſuivant *M. la Roche & M. de Catellan*, & que ſi celui qui a rédigé les Arrêts de M. de Catellan a parlé d'une nouvelle Juriſprudence contraire, il n'a eu en vûë que celle du Parlement de Paris, & non celle du Parlement de Toulouſe, qui n'a jamais varié.

225. Suite. Réponſe à la troiſiéme raiſon.

A l'égard de la troiſiéme raiſon, Marguerite Dupuy diſoit qu'elle ſe retorquoit contre le Syndic, attendu que la *Novelle* 89, *chapitre* 9, §. 1, ne fait aucune difference entre l'enfant légitimé par reſcrit, & celui qui eſt né *ex legitimo matrimonio* ; qu'il eſt en la puiſſance de ſon pere, tout comme l'enfant légitime ; qu'il eſt reſtitué & rétabli *juri legitimo* ; qu'enfin, ſelon les expreſſions de *Dumoulin*, *patri agnaſcitur ſuus heres*, il eſt donc du nombre de ceux qui ſont appellez dans le Droit, *ſui & legitimi heredes*.

Pour réfuter la quatriéme raiſon priſe de la clauſe codicillaire, Marguerite Dupuy diſoit qu'il étoit vrai que ſuivant le véritable eſprit du Droit Romain, elle peut faire valoir comme codicille le Teſtament qui ne contient que des nullitez extérieures, & de pure forme ; mais que la clauſe codicillaire ne peut pas faire valoir un Teſtament nul par la préterition d'un enfant, dont il falloit néceſſairement faire mention, & l'honorer du titre d'inſtitution, parce que le vice eſt interieur & radical, & attaque la ſubſtance de la volonté, & même la capacité du Teſtateur ; attendu que la Loi préſume qu'un pere qui manque à ce devoir, n'a pas eu ſon bon ſens, lorſqu'il a teſté : *tanquam non fuerit ſanæ mentis, l. 2, l. 5, l. 13, ff. de inoff. Teſtam. l. 36, ff. de leg. 3, & inſtit. de inoff. Teſtam. in princip.* à quoi la clauſe codicillaire ne peut point porter de remede, ſi bien que le Teſtament eſt nul dans ce cas même pour le legs & pour toutes les autres diſpoſitions particulieres, *l. 36, ff. de leg. 3.*

216. Réponſe à la quatriéme raiſon.

Quelles nullitez la clauſe codicillaire peut couvrir.

Elle ne couvre pas le vice de préterition.

Ce qui peut d'autant moins ſouffrir de difficulté ſelon les véritables principes du Droit Romain, que la Loi 1, *cod. de codicillis*, décide que la préterition d'un poſthume rend nul non-ſeulement le Teſtament, mais encore le codicile fait poſterieurement, par cette raiſon qu'il eſt *pars & ſequela Teſtamenti ;* cependant le codicile poſterieur eſt bien moins intimement lié avec le teſtament antérieur, que ne l'eſt la clauſe codicillaire avec le Teſtament où elle ſeroit compriſe ; & ſi un codicile poſterieur eſt annullé lorſque le Teſtament précedent eſt emporté par la préterition, la clauſe codicillaire peut encore moins ſoutenir la diſpoſition comme codicile ; car comme la nullité du codicile ſéparé ne vient que de ce que le Teſtament & le codicile ne ſont conſiderez par une fiction de Droit, que comme un ſeul & même acte, à cauſe que le codicile *eſt pars & ſequela Teſtamenti*, il n'eſt pas poſſible de raiſonner d'une maniere differente, par rapport au Teſtament, & à la clauſe codicillaire qu'il renferme. Si donc le codicile poſtérieur eſt emporté par le vice de prétérition, tout comme le Teſtament, dont il eſt une ſuite, il faut néceſſairement, même à plus forte raiſon, que dès que le Teſtament eſt emporté par la préterition, la clauſe codicillaire qu'il renferme, & qui n'eſt autre choſe qu'un codicile, tombe par voye de conſéquence, parce que la nullité du Teſtament entraîne néceſſairement la nullité du codicile qui s'y rapporte, & il eſt impoſſible que le Teſtament ſoit nul, ſans que le codicile & la clauſe codicillaire le ſoient pareillement.

228. Le privilege de la cauſe pie ne peut pas balancer celui des enfans.

A l'égard de la faveur de la cauſe pie, elle ne peut pas être miſe en balance avec celle des enfans, quoiqu'en ayent penſé quelques Auteurs; les Canons ont décidé que les enfans ſont infiniment plus favorables lorſqu'il s'agit des biens & de la ſucceſſion de leur pere, *Can. quicumque, cauſa* 17, *queſt.* 4, puiſque la Loi leur deſtine la ſucceſſion par un vœu commun de la nature & des parens, *naturæ ſimul & parentum commune votum, l.* 7, *ff. ſi tabul. Teſtam. nullæ extab. l.* 7, *ff. de bonis damnator.* n'y ayant aucune difference à faire entre un enfant légitimé par reſcrit, & celui qui eſt né *ex legitimo matrimonio.* La *Novelle* 89, *chapitre* 9, *§.* 1, les mettant au même dégré de faveur, *nihil à legitimis filiis differentes.*

229. Effet de la clauſe codicillaire. Le pere qui a préterit ſon fils ne peut pas le charger de fideicommis, quoiqu'il devienne ſon heritier *ab inteſtat.*

Enfin, l'effet de la clauſe codicillaire eſt de convertir le Teſtament en codicile, & de faire que les heritiers *ab inteſtat* ſoient chargez de fideicommis en faveur des heritiers inſtituez, ce qui n'eſt pas poſſible dans le cas de la préterition, parce que le pere qui fait cette injure à ſes enfans, ne peut pas les charger de fideicommis, quoiqu'ils deviennent ſes heritiers *ab inteſtat: ex filio præterito licet ſuus heres erit, fidéicommiſſum relinqui non poteſt, l.* 2, *ff. de leg.* 3, & cela en haîne de l'injure de la préterition, *l.* 31, *cod. de fideicommiſſ.* Il eſt donc impoſſible dans ce cas, que l'inſtitution ſoit convertie en fideicommis, puiſque les Loix privent le pere de la faculté de charger ſes enfans préterits, d'aucun fideicommis; & ſi quelques Auteurs ont penſé le contraire, leur opinion ne peut être d'aucune conſideration, parce qu'elle eſt contraire à la diſpoſition des Loix, d'autant mieux que la *Novelle* 115, *chapitre* 3, veut que dans le cas de la préterition l'inſtitution ſoit nulle, & que la ſucceſſion ſoit recueillie *ab inteſtat* par tous les enfans, par égales portions, *quantum ad inſtitutionem heredum pertinet, Teſtamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab inteſtato, ex æquâ parte pervenire*, ils doivent donc la recueillir efficacement, & la poſſeder irrévocablement & ſans aucune charge de fideicommis tout de même que ſi leur pere n'avoit fait aucune diſpoſition *tanquam ab inteſtato.*

230. Diſpoſitions de l'Arrêt du 6 Septembre 1716.

Le Procès porté ſur le Bureau en la Grand'Chambre, il intervint partage, lequel fut vuidé à la premiere Chambre des Enquêtes, conformément à l'avis de M. de Vie, Rapporteur. L'Arrêt porte, *diſant droit ſur les Lettres & Requêtes de ladite Dupuy, & ſur les incidens joints, ſans avoir égard à la Requête dudit Syndic de l'Hôpital de Saint Girons, dont l'a démis & démet, a caſſé &*

taſſe le Teſtament dudit Dupuy, du 5 Janvier 1704; ce faiſant, a maintenu & maintient ladite Marguerite Dupuy en l'entiere herédité dudit Dupuy, auquel effet, ordonne que tant le Syndic dudit Hôpital de Saint Girons, qu'autres poſſeſſeurs des biens lui en feront le délaiſſement, avec reſtitution des fruits depuis le 10 Mars 1712, jour du décès dudit Dupuy, à quoi faire ils ſeront contraints par toutes voyes dûes & raiſonnables: Ordonne, notredite Cour, que ſur ladite reſtitution des fruits, ladite Dupuy tiendra en compte audit Syndic les proviſions reçûes en conſéquence deſdits Arrêts, dépens compenſez.

231. Sept points jugez par cet Arrêt.

Cet Arrêt juge ſept points, dont quelques-uns ſont extrêmement remarquables. Le premier, que les Lettres de légitimation rendent l'enfant légitimé capable de l'entiere ſucceſſion de ſon pere.

1. Quel enfant légitimé eſt capable de l'entiere ſucceſſion.

232. 2. Que dans les Pays du Droit écrit le conſentement des collateraux n'eſt pas néceſſaire.

Le ſecond, que dans les Pays du Droit écrit, le conſentement des parens collateraux à l'enterinement des Lettres de légitimation, n'eſt pas néceſſaire, quoique les Lettres de légitimation portent cette condition.

233. 3. Que la préterition de l'enfant légitimé annulle le Teſtament du pere.

Le troiſiéme, que la préterition d'un enfant légitimé annulle le Teſtament de ſon pere, tout comme la préterition de l'enfant né *ex legitimo matrimonio*.

234. 4. Que la clauſe codicillaire n'opere rien.

La quatriéme, que la clauſe codicillaire ne peut pas faire valoir comme codicile, le Teſtament nul par préterition, quoique la cauſe pie ſe trouve inſtituée.

235. 5. Que le conſentement du fils légitimé n'eſt pas néceſſaire.

Le cinquiéme, que les Lettres de légitimation operent leur effet, quoique l'enfant légitimé n'ait pas donné ſon conſentement à la légitimation; car Marguerite Dupuy n'avoit pas conſenti à celle qui avoit été faite de ſa perſonne; elle n'étoit pas même dans un âge à pouvoir donner un conſentement valable.

236. 6. Que la légitimation opere ſon effet, quoique le pere & la mere ſoient en état de ſe marier enſemble.

Le ſixiéme, que la légitimation opere ſon effet, quoique les pere & mere du bâtard ſoient en état de ſe marier enſemble; car Me. Dupuy & la Demoiſelle Tiſſanier étoient perſonnes libres, lorſque les Lettres de légitimation furent obtenues & enterinées; qu'ainſi, on n'obſerve point, comme je l'ai dit ci-deſſus, *l'Auth. prætereà, cod. de naturalibus liberis*, en ce qu'elle exige que les pere & mere ſoient dans un état à ne pouvoir pas ſe marier enſemble, afin que les bâtards puiſſent être légitimez par reſcrit.

237. 7. Que les fruits doivent être reſtituez depuis la mort du pere.

Le ſeptiéme, que la reſtitution des fruits eſt dûë à l'enfant légitimé qui vendique l'herédité de ſon pere, du jour qu'il eſt décedé.

238. Les ayeuls peuvent faire légitimer par rescrit leurs petits-fils bâtards.

Nous finirons cette section par quelques observations. La premiere, que les ayeuls peuvent faire légitimer leurs petits-fils bâtards, & que les Lettres de légitimation opereront leur effet à l'égard des ayeux comme à l'égard des pere ou mere du bâtard, selon *Charondas, livre* 12, *rép.* 16. Molina, *de justitia & jure tractat.* 2, *disput.* 172, *n.* 10, & plusieurs autres.

239. Les bâtards & leur postérité étoient odieux.

La seconde; à la verité, les bâtards, c'est-à-dire, ceux qui étoient nez *ex scorto* étoient regardez comme étrangers chez les Hebreux, & eux & leurs descendans ne participoient aux privileges de la Nation qu'après la dixiéme generation, comme il est expliqué au Deuteronome, chapitre 23, verset 2, *non ingredietur Mamzer, hoc est de scorto natus, in Ecclesiam Domini usque ad decimam generationem*, & que les Romains considererent aussi les bâtards comme étrangers jusqu'au tems de l'Empereur Constantin le Grand, comme le rapporte *Justinien*, dans la préface de la Novelle 89, *naturalium nomen Romanæ Legislationis dudum non erat in studium, nec quælibet hoc fuerat humanitas sed tanquam alienigenum aliquid & omninò alienum à republicâ putabatur; à Constantini verò piæ memoriæ temporibus in constitutionem scriptum est libris;* mais dans la suite tous ceux qui étoient nez dans l'Empire ayant été déclarez Citoyens Romains, les bâtards, quoiqu'adulterins ou incestueux, & quoique non légitimez par rescrit ni autrement, sont devenus capables de recevoir toutes sortes de liberalitez testamentaires, même à titre universel, de la part des personnes étrangeres, même de la part de leurs parens collateraux, oncles, tantes & autres, & encore par leurs freres, quoique bâtards, & c'est ainsi qu'on l'observe, parce qu'il n'y a plus aucune prohibition, ni incapacité à leur égard; *M. Duranty, question* 19; *M. Maynard, livre* 5, *chapitre* 29, *& livre* 9, *chapitre* 34; *Bacquet, du droit de Bâtardise, ch.* 4; *Journal du Palais, tome* 1, *page* 818; *& Ricard, des Donations, tome* 1, *part.* 1, *nombre* 426; même l'heritier institué sans fraude par le pere naturel du bâtard, peut ensuite instituer le bâtard aux mêmes biens, & l'on ne présume point de fideicommis tacite; mais il faut en rapporter des preuves, *l.* 3, *§.* 3, *ff. de jure fisci*, M. Maynard, *livre* 5, *chapitres* 29 *&* 30; il semble néanmoins que dans ce dernier cas, il faudroit penser le contraire; si l'heritier institué par le pere naturel délaissoit pendant sa vie les biens ayant appartenus au pere du bâtard, parce que le délaissement des biens fait pendant la vie, forme une présomption, qui ne sçauroit être plus violente, puisqu'elle ré-

Le Droit ancien des Romains les consideroit comme des étrangers.

Dans la suite ils furent faits Citoyens Romains.

Sont capables de toutes sortes de dispositions contractuelles ou testamentaires, même à titre universel, de la part des personnes étrangeres & des collateraux.

S'ils peuvent être instituez par celui qui a été institué par leur pere.

ſulte du fait même que l'heritier n'avoit été inſtitué que ſous la charge d'un fideicommis tacite; *l'Auteur des Additions ſur la Peyrere, lettre B. nombre* 20, eſt de cet avis; néanmoins, *Peleus, queſtion* 133, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, du 23 May 1597, qui juge que nonobſtant un tel délaiſſement fait par donation entre-vifs, celui qui ſoutient le fideicommis tacite, devoit être chargé d'en faire la preuve; mais il lui fut permis de la faire par témoins, nonobſtant l'Ordonnance de Moulins, qui ne doit pas avoir lieu dans ce cas, comme s'agiſſant d'une fraude commiſe contre la prohibition de la Loi, enſorte que n'ayant pas fait cette preuve, il fut débouté de ſa prétention par un Arrêt définitif du 7 Septembre 1604.

Doit on préſumer un fideicommis tacite en fraude de la Loi.

Preuve par témoins du fideicommis tacite.

La troiſiéme, que quoique ſuivant la mauvaiſe explication que quelques Auteurs donnent à la Loi *ex facto* 17, §. 4, *ff. ad Senat. Conſult. Trebel.* les enfans naturels faſſent défaillir la condition de la ſubſtitution faite *ſi ſine liberis*, cela ne s'obſerve point en France, où la condition ne manque que par la naiſſance des enfans nez *ex legitimo matrimonio*, ou par ceux qui ſont légitimez par un mariage ſubſequent, & non par la naiſſance des bâtards, quand même ils auroient été légitimez par reſcrit du Prince, *Bacquet, du Droit de Bâtardiſe, chapitre* 3, *nombre* 12; *M. Maynard, livre* 5, *chapitre* 79; *M. la Roche & Graverol, livre* 6, *titre* 11, *article* 1; *M. de Catellan, livre* 2, *chapitre* 95, *& Ferriere, ſur la queſtion* 482 *de Guy Pape.* Nous examinerons plus particuliérement cette difficulté dans le chapitre 7, ſection 6, nombres 152 & ſuivans.

2°. Si les enfans naturels font défaillir la condition *ſi ſine liberis*.

La quatriéme, que ce qui eſt retranché aux bâtards adulterins ou inceſtueux, des liberalitez à eux faites par leur pere ou mere, n'eſt pas appliqué au fiſc; mais doit demeurer dans l'herédité ou aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ſoit que les liberalitez ayent été faites *palàm*, & ſans détour, ſoit que l'on ſe ſerve du miniſtere d'une perſonne interpoſée, & de la voye du fideicommis tacite; il eſt vrai que pluſieurs Auteurs ont penſé le contraire dans ce dernier cas; c'eſt-à-dire, que tout ce qui ſeroit ôté au bâtard devroit être adjugé au fiſc. *M. Maynard, livre* 5, *chapitre* 29; *Coquille, queſtion* 29; *& Charondas, livre* 7, *rép.* 168, à cauſe de la fraude commiſe pour tromper la prévoyance de la Loi, & que cela eſt même fondé ſur la Loi 3, *in princip. & §.* 4, *ff. de jure fiſci*, & ſur la Loi *in fraudem* 10, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* mais l'uſage du Royaume eſt contraire, ainſi que nous l'expliquerons dans la ſection ſuivante, & ainſi qu'il a été jugé par l'Arrêt du Parle-

24°. Si ce qui eſt retranché aux bâtards eſt appliqué au fiſc.

Quid dans le cas d'un fideicommis tacite.

ment de Paris du 23 May 1597, cité ci-dessus, rapporté par *Peleus, quest.* 133, dans le cas du fideicommis tacite en fraude de la Loi, en recevant les heritiers *ab intestat* à faire la preuve par témoins du fideicommis tacite par eux allegué. *Ricard, des Donat. part.* 3, *n.* 191; *l'Auteur des Loix Civiles, liv.* 5, *des Substitutions, titre* 3, *section* 3, *nombre* 7; *M. Maynard, livre* 8, *chapitre* 50; *M. de Cambolas, livre* 5, *chapitre* 36; *Graverol sur M. la Roche, verb. Testam. article* 14; *le Brun, des Successions, livre* 3, *chapitre* 9, *nombre* 24, & plusieurs autres, attestent cet usage, auquel le Parlement de Toulouse s'est conformé dans le cas particulier de l'indignité opposée à un heritier qu'on soutenoit être le confidentiaire d'une concubine & des enfans bâtards du Testateur, en recevant, par un Arrêt interlocutoire du 8 Août 1738, rendu en la premiere Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Viguerie, Noble Pierre de Sabran, Capitaine d'Infanterie, à la preuve des faits pat lui coartez, & ceux qu'il pourroit de nouveau coarter, par Requête, tendant à établir que le sieur Perrier qui avoit été institué heritier par le sieur de Sabran, Conseiller en la Cour des Aydes de Montpellier, frere du Demandeur, dans la vûë de faire passer les biens à une concubine, & à des enfans bâtards; & par un autre Arrêt posterieur, qui cassa le Testament, & adjugea les biens au sieur de Sabran, Capitaine, comme heritier légitime de son frere, avec restitution des fruits.

242. Suite.

Ainsi, dans le cas du fideicommis tacite, accepté en fraude de la Loi, & dans tout autre cas, ce qui est laissé à une personne incapable n'est pas appliqué au fisc, la liberalité doit demeurer dans l'herédité ou aux successeurs *ab intestat*, comme nous l'expliquerons dans la section suivante.

243. L'incapable ne peut pas recevoir directement ni par personnes interposées.

La cinquiéme, que celui qui est incapable ne peut pas recevoir non-seulement ce qui lui est laissé directement; mais encore ce qui lui est laissé par le moyen des personnes interposées, *l.* 10, *cod. de hered. instit.* & Ordonnance de 1549. J'ai expliqué amplement cette difficulté dans mes questions sur les Donations, où il suffit de renvoyer.

SECTION III.

SECTION III.

De l'Indignité.

SOMMAIRE.

1. *Matiere de l'indignité importante.*
2. *Indignité. Ce que c'eſt.*
3. *L'indignité ne doit pas être confonduë avec l'incapacité.*

Sentiment de Ricard *& de* M. de Catellan.

4. *En quoi l'indignité & l'incapacité ſont miſes de niveau.*

Ce qui eſt ôté à l'indigne n'eſt pas adjugé au fiſc.

5. *L'indignité & l'incapacité ne ſont pas diſtinguées par rapport à la maniere de les oppoſer.*
6. *Hors les deux cas précedens, l'indignité & l'incapacité doivent être diſtinguées.*

L'indigne eſt ſaiſi de plein droit, mais non l'incapable.

7. *Raiſons qui doivent faire préferer l'avis de le Brun à celui des autres Auteurs.*

L'indigne adeundo heres efficitur.

L'indigne, en acceptant, confond irrévocablement ce qui lui étoit dû par le défunt.

La diſpoſition faite en faveur de l'indigne, n'eſt pas nulle, ni conſiderée comme non écrite.

Voyez infr. *n.* 221, 273, 283, 284, 286.

Si dans le cas de l'indignité, on doit prononcer la caſſation de la diſpoſition, ou déclarer la privation.

Il n'y a ni Loi ni Ordonnance ni Coutume qui abroge la capacité mero jure *de l'indigne.*

Si l'utilité du fiſc a fait introduire l'indignité.

En quoi le Droit François a dérogé au Droit Romain touchant l'indignité.

8. *Raiſons de l'opinion contraire ſoutenuë par* Ricard.
9. *Réfutation de ces raiſons.*

Dans quels cas l'indigne doit rendre les fruits.

Des actions éteintes par la confuſion.

10. *Raiſon pourquoi l'indigne eſt privé des fruits & des actions éteintes par la confuſion.*
11. *Les liberalitez ne ſont faites que ſous cette condition légale, qu'on ne s'en rendra pas indigne.*

Reſoluto jure dantis, reſolvitur jus accipientis.

12. *Si l'indignité a été introduite pour l'interêt du fiſc.*
13. *Comment faut-il entendre la Loi Romaine, en ce qu'elle veut*

que ce qui eſt ôté à l'indigne, ſoit adjugé au fiſc.

Dans le doute, il faut juger contre le fiſc.

On ne doit adjuger au fiſc que ce que les Loix déclaroient devoir lui être adjugé.

14. *Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, dans le cas de la Loi* 12, ff. de his quæ ut indig. aufer.

Arrêt du Conſeil qui juge que la révocation des précedens Teſtamens contenuë dans un poſtérieur, quoique nul quant à l'inſtitution par préterition, rompt les précedens Teſtamens.

15. *Si la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe eſt conforme aux regles.*

16. *Premier Teſtament parfait eſt révoqué de plein droit par un ſecond.*

Teſtament parfait où un indigne eſt inſtitué.

16. Bis. *Le premier Teſtament n'eſt pas rompu par un ſecond où un incapable eſt inſtitué, mais ſon effet eſt évacué.*

17. *Un premier Teſtament n'eſt pas révoqué par un ſecond imparfait & l'heritier qui y eſt inſtitué n'eſt pas indigne.*

18. *Ces trois déciſions ſont des véritez conſtantes.*

19. *Le ſecond Teſtament parfait rompt de plein droit le premier, quoiqu'il n'y ait point efficacement d'heritier.*

20. *Cas où le premier Teſtament eſt rompu par un ſecond, quoiqu'il ne puiſſe pas y avoir un heritier.*

21. *Conſéquence tirée de la Loi* 9, ff. de liberis & poſthumis.

22. *S'il eſt néceſſaire que le ſecond Teſtament contienne la clauſe de révocation.*

23. *Un ſecond Teſtament où un incapable eſt inſtitué, ne révoque pas le premier.*

Mais l'heritier inſtitué au premier eſt indigne, parce qu'il n'a pas pour lui la derniere volonté.

24. *Explication de la Loi* 12, ff. de his quæ ut indign. aufer.

25. *Suite.*

26. *Suite.*

27. *Suite.*

28. *Concluſion.*

29. *Juriſprudence des Parlemens de Paris, de Grenoble, & Aix.*

30. *Auteurs qui ont crû que la Loi* cum quidam *n'étoit pas reçûë à cauſe de ſon obſcurité.*

31. *Sentiment de Cujas ſur la Loi* cum quidam.

L'explication de Cujas eſt une dépravation de la Loi cum quidam.

32. *Raiſons des Auteurs qui s'éloignent du ſens de la Loi* cum quidam.

33. *Conciliation de la Loi* cum quidam *avec la Loi* 36, §. 3, ff. de Teſtam. milit.

De la déclaration que le Teſtateur veut mourir ab inteſtat.

34. *Suite.*

Comment la Loi cum quidam *opere ſon effet.*

35. *Explication de la Loi* 18, ff. de leg. 3.

36. *Explication du §.* 7, inſtit. quib. mod. Teſtam. infirm.

Toute volonté ne ſuffit pas pour révoquer un premier Teſtament, ni pour faire déclarer indignes les premiers heritiers.

37. *Arrêt du Parlement de Toulouſe contraire à la Loi* cum quidam.

Deux raiſons de cet Arrêt.

38. *La premiere raiſon eſt mal appliquée.*

39. *La ſeconde raiſon manque dans le fait.*

40. *Réfutation de la raiſon rapportée par* M. de Cambolas.

41. *Troiſiéme point, ou troiſiéme déciſion, qu'une volonté conſtatée par un acte imparfait ne ſuffit pas pour établir l'indignité.*

Le dernier Teſtament nul par prétérition, & qui contient la clauſe révocatoire, révoque les précedens Teſtamens.

42. *L'indignité, ni l'incapacité ne ſont pas des qualitez naturelles, il faut les prouver.*

Il n'y a d'indignité que dans les cas où la Loi l'a établie diſertement.

43. *Trois ſources de l'indignité. Du fait de l'indigne; de ſa négligence; de la volonté du Teſtateur.*

Condition légale dans le cas de l'indignité.

44. *Indignité de celui qui procure la mort au Teſtateur.*

45. *Et de la ſucceſſion* ab inteſtat.

46. *Explication de la Loi* 9, ff. de jure fiſci, *par* Cujas.

47. *Opinion des Auteurs.*

48. *L'indignité eſt encouruë par le meurtre, ſoit des aſcendans, des deſcendans, des collateraux, ou des étrangers.*

49. *Si l'indignité eſt encouruë par l'homicide permis ou toleré.*

50. *Raiſons pour la négative.*

51. *Réſolution pour l'affirmative.*

52. *En France il n'eſt pas permis de tuer les bannis.*

53. *Des donations faites par le criminel d'Etat.*

54. *Du meurtre cauſé pour adultere.*

55. *Quand, & à qui eſt-il permis de tuer la femme adultere.*

56. *Raiſon pourquoi le pere peut tuer ſa fille ſurpriſe en adultere, & non au mari.*

57. *En France, l'homicide pour adultere n'eſt point licite.*

58. *De l'homicide dans les bornes d'une défenſe légitime.*

59. *Arrêt du Parlement de Toulouſe trop indulgent.*

60. *De la permiſſion accordée au mari, après trois ſommations, de tuer celui qui fréquente ſa femme.*

61. *Si l'indignité encouruë pour le meurtre commis en la perſonne du défunt, réflechit ſur les enfans, ou aſcendans, ou collateraux du meurtrier.*

Raiſons pour la négative & pour l'affirmative.

62. *Réſolution de la queſtion par trois diſtinctions.*

63. *Premiere diſtinction. De ceux qui viennent de leur propre chef.*

64. *Preuve de cette diſtinction.* Factum fratris non nocet fratri.

65. *Seconde diſtinction. De ceux qui ne peuvent venir que par repreſentation de la perſonne du meurtrier.*

66. *Troiſiéme diſtinction. Le fait des deſcendans ne peut pas nuire aux aſcendans.*

67. *Des diſpoſitions teſtamentaires.*

68. *On ne doit pas être puni pour le délit d'autrui.*

69. *Explication de la Loi 7, §. 4,* ff. de bonis damnator.

70. *Celui qui eſt déclaré indigne doit être conſideré tout de même que s'il n'avoit jamais recueilli. Les amendes ne doivent pas être priſes ſur les biens qui ſont ôtez par indignité.*

71. *D'où procede l'indignité des enfans du meurtrier.*

72. *Concluſion. Que l'indignité du pere ne fait pas perdre à ſes enfans les liberalitez teſtamentaires.*

73. *Les donations faites aux enfans du meurtrier ſont-elles révoquées?*

74. *Si les enfans du meurtrier qui ſe trouvent les plus proches de leur propre chef, ſont exclus par l'indignité de leur pere, de la ſucceſſion* ab inteſtat. *Raiſons pour la négative. Edit ſucceſſoire.*

75. *Raiſons pour l'affirmative.*

76. *Réſolution pour l'affirmative.*

77. *Sur quoi cette réſolution peut être appuyée.*

78. *Indignité de la femme qui a malverſé ou qui s'eſt remariée ſans avoir fait donner un Tuteur à ſes enfans pupilles, ſi elle fait obſtacle à ſes parens.*

79. *La Juriſprudence du Parlement de Toulouſe n'eſt pas exacte dans tous les cas où elle fait réflechir l'indignité aux parens. A qui doivent revenir les liberalitez dont la femme eſt privée.*

80. *Indignité des heritiers préſomptifs du pupille, qui négligent de lui donner un Tuteur. Edit des meres, & ſes diſpoſitions. Cet Edit a été révoqué par un autre de 1729.*

81. *L'indignité de la mere ne doit pas faire obſtacle aux parens maternels du défunt.*

82. *L'injure que la femme fait à ſon mari & à ſon fils ne doit pas nuire à ſes parens.*

83. *La femme qui ſe remarie avec l'ennemi capital de ſon mari, n'eſt pas indigne.*

84. *Si le meurtrier peut ſucceder au meurtri par le moyen d'un tiers. Autorité pour la négative.*

85. *Autorité pour l'affirmative.*

86. *Opinion de Cujas. Arrêts.*

87. *Résolution de la question par une distinction.*

Les Loix qui admettent l'indigne à la succession médiate ne sont pas dans le cas d'un crime atroce.

Lorsqu'il s'agit d'un meurtre l'indigne ne peut pas succeder médiatement au meurtri.

88. *Celui qui veut succeder médiatement doit avoir été réhabilité, lorsqu'il a été condamné.*

89. *La prescription du crime ne suffiroit pas pour le rendre capable.*

90. *Les enfans du Meurtrier peuvent succeder médiatement au meurtri.*

Distinction de Bretonnier rejettée.

Explication des Arrêts alleguez par Bretonnier.

91. *L'indignité est un effet du crime, & ne se communique pas d'une personne à une autre.*

L'indignité du mari ne nuit pas à sa femme.

92. *Il n'y a aucun cas, selon le Droit, où l'indignité d'une personne se communique à une autre.*

93. *L'indignité par meurtre s'encourt, quand on est complice, & quand on a connu le dessein, sans l'avoir revelé.*

Le complice est puni de la même peine que le coupable.

94. *Comment est puni le frere qui ne revele pas le complot de la mort de son frere.*

Cas où l'on peut être regardé comme complice.

95. *L'indignité peut être encouruë par la faute, ou par la negligence.*

Arrêt du Parlement de Paris.

96. *Si celui qui tuë la femme, ou le fils, ou le frere d'un Bienfaiteur, est indigne.*

Si le Fideicommissaire qui procure la mort à l'heritier grevé est indigne du fideicommis.

97. *Indignité pour inimitié survenuë.*

Pour avoir mal parlé du Testateur.

Pour lui avoir fait injure.

Pour avoir intenté une question d'Etat.

Du substitué pupillaire qui attaque l'état du pupille.

Quid si la disposition du Testateur est posterieure à l'injure.

98. *Indignité pour avoir dénoncé le Testateur.*

Indignité pour ingratitude.

99. *Indignité pour avoir contraint ou empêché de tester.*

100. *Nullité du Testament qui a été extorqué par violence.*

Indignité de celui qui force de tester.

Raison de cette indignité.

On n'encourt pas l'indignité par les flateries.

101. *Testament extorqué par violence est nul, quoique la violence soit commise par un tiers.*

Mais il n'y a point d'indignité à l'égard des heritiers.

102. *Dans le cas de la violence*

toutes les dispositions sont nulles.

Si la nullité de l'institution influë sur le legs.

103. *L'heredité doit être déferée aux heritiers* ab intestat, *non au fisc dans le cas de la violence.*

A moins qu'il n'y ait un Testament valable anterieur.

104. *De l'empêchement de tester qui produit l'indignité.*

Soit par violence ou dol.

105. *Qu'il s'agisse d'un premier ou second Testament.*

106. *Le Juge doit déterminer par sa prudence si le Testateur a été empêché de tester.*

Circonstances qui caracterisent l'empêchement de tester.

Comment doit être ordonnée la preuve de l'empêchement.

Quel nombre de Témoins faut-il pour cette preuve?

Testament doit être exécuté par provision.

107. *Preuve testimoniale admise dans ce cas nonobstant les Ordonnances.*

108. *Le fait d'un des heritiers qui empêche de tester, ne nuit pas aux autres.*

Ceux qui ont part à l'attentat sont indignes.

La liaison & l'affinité ne fait pas que le fait de l'un nuise à l'autre.

Le fait du pere ne nuit pas aux enfans, & vice versâ.

Textes contraires expliquez.

A qui sont déferez les biens ôtez à l'indigne pour avoir empêché de tester.

109. *Si le premier Testament est anéanti, lorsque le défunt a été empêché d'en faire un second.*

110. *Raisons pour conserver le legs.*

Le fisc entroit dans les engagemens de l'heritier indigne.

Par notre usage les Successeurs ab intestat *prennent la place de l'heritier indigne.*

111. *Le projet de faire un autre Testament, & le repentir ne révoquent pas un précedent Testament.*

112. *Raisons pour la destruction du précedent Testament.*

113. *Opinion de* Cujas.

114. *Confirmation par d'autres Loix.*

115. *Les Auteurs n'ont pas remarqué l'antinomie des Loix dans ce cas.*

116. *Conciliation des textes opposez.*

Exception du cas de la Loi 19, ff. de his quæ ut indign. aufer.

117. *Suite.*

118. *Reflexions sur la Loi* 1, ff. si quis aliquem testari prohib.

119. *Arrêt qui a privé le pere de la succession de son fils pour avoir empêché sa femme de tester, dans la vûe de recueillir la succession du fils qui étoit valetudinaire.*

120. *Si l'empêchement de tester produit l'indignité pour la suc-*

ceſſion ab inteſtat, *ſelon le Droit François.*

Difference entre les Païs Coutumiers & ceux du Droit écrit.

121. *Si l'on doit payer aux legataires ce que le défunt avoit intention de leur laiſſer.*

122. *Reſolution pour la négative.*

123. *Comment doit-on pourvoir aux interêts des legataires, que le Teſtateur empêché de teſter, vouloit gratifier?*

Quelle action leur accorde-t-on?

124. *Contre qui cette action compete.*

Indication pour les difficultez.

125. *Indignité pour avoir attaqué le Teſtament.*

Teſtament peut être attaqué de quatre manieres.

126. *Si celui qui attaque de nullité le Teſtament eſt indigne.*

Si la reception du legs empêche de propoſer la nullité ou du faux, ou d'inofficioſité.

127. *Diſpoſition des Coutumes ſur la reception du legs.*

128. *Déciſion des Arrêts du Parlement de Paris.*

129. *Doctrine de Cujas.*

130. *Réfutation de la diſtinction de Cujas.*

131. *Explication de la Loi 43,* ff. de hered. petit.

132. *Suite.*

133. *Suite.*

134. *Suite.*

135. *Explication de la Loi 5,* §. 1, ff. de his quæ ut indign. auſer.

136. *Suite.*

137. *Suite.*

138. *Suite.*

139. *Suite.*

140. *Suite.*

La reception du legs ne doit pas exclure de la nullité du Teſtament, & de la demande de l'heredité.

141. *Confirmation.*

142. *Autres raiſons pour appuyer cette opinion.*

Il faut un tranſport du droit des ſucceſſeurs ab inteſtat.

143. *La reception du legs n'eſt pas une répudiation.*

Explication de la Loi 97, ff. de acquir. hered.

Si celui qui accepte l'heredité, en vertu d'un Teſtament nul, eſt cenſé renoncer à l'utilité d'un Teſtament valable anterieur.

144. *Explication de la Loi 16,* §. 1, cod. de Teſtam.

Fondemens de la déciſion de cette Loi.

145. *La reception du legs n'empêche pas de propoſer la nullité du Teſtament, quand même les heritiers* ab inteſtat *ſeroient collateraux.*

La demande en Juſtice du legs n'exclut pas la nullité.

Ni lorſque le legs a été payé enſuite d'une condamnation.

146. *Arrêt contre les créanciers d'Eliſabeth Salvetat.*

Suite.

147. *Suite.*

148. *Suite.*

149. *Indignité pour avoir impu-*

gné de faux le Teſtament, de quoi prive-t elle ?

Deux limitations de la Regle.

150. *La ſeule accuſation de faux ne rend pas indigne, s'il y a Sentence.*

151. *Extenſion de la Regle qui déclare l'indignité.*

Du Témoin qui dépoſe contre le Teſtament argué de faux.

De l'Avocat ou Procureur qui ont prêté leur miniſtere.

Du Juge.

Quid *du Tuteur.*

Quid *de l'Avocat du fiſc.*

152. *On ne doit pas diſtinguer ſi l'Accuſateur en faux eſt collateral, ou deſcendant, ou étranger.*

153. *Celui qui impugne de faux le Teſtament doit être privé des ſubſtitutions, & de ce qui eſt laiſſé par codicile.*

Celui qui argue de faux les ſubſtitutions n'eſt pas privé du ſurplus.

Le Donataire à cauſe de mort conſerve ſa donation.

Le Fideicommiſſaire eſt privé du fideicommis.

154. *Les heritiers qui impugnent le codicile ne ſont pas privez de la ſucceſſion, mais ils perdent ce qui leur reviendroit par le codicile.*

Perte de ce qui étoit laiſſé par le codicile impugné de faux.

Quid *de la ſucceſſion* ab inteſtat *partagée par le codicile impugné de faux.*

Il perd la falcidie.

155. *Explication de la Loi* 15, ff. de his quæ ut indign. auſer.

156. *Si le fait de l'un nuit à l'autre.*

157. *Suite.*

158. *Celui qui eſt indigne pour accuſation de faux peut ſucceder médiatement.*

Si cette indignité a lieu dans les Païs Coutumiers.

159. *Indignité de celui qui fabrique un faux Teſtament.*

160. *Indignité pour avoir intenté la plainte d'inofficioſité.*

Ce qui eſt ôté à l'indigne dans ce cas n'eſt pas adjugé au fiſc.

161. *Pour faire déclarer l'indignité, il faut que la plainte d'inofficioſité ſoit ſuivie d'une Sentence contradictoire.*

162. *La plainte ne nuit qu'à celui qui l'intente.*

163. *Fait perdre l'émolument du Teſtament & des codiciles.*

Mais non les donations entre-vifs à cauſe de mort.

164. *Particularitez de l'indignité pour plainte d'inofficioſité.*

165. *La reception du legs exclut la plainte d'inofficioſité.*

Approbation indirecte du Teſtament produit le même effet.

166. *Cas où la fin de non-recevoir ne peut pas être oppoſée à celui qui a reçu le legs.*

La plainte d'inofficioſité fait perdre tout ce qui étoit laiſſé par le Teſtament ou Codicile.

167. *Le legataire heritier du fils du Teſtateur, qui continuë la pourſuite commencée par le fils,*

ne

ne perd pas ſon legs.

Quid *du Tuteur.*

168. *Dans quels cas la plainte d'inofficioſité pouvoit être intentée, ſuivant le droit du Digeſte & du Code.*

Préterition des enfans en la perſonne du pere anéantiſſoit le Teſtament de plein droit.

169. *Par le Droit nouveau la préterition annulle le Teſtament.*

En quels cas la plainte d'inofficioſité eſt néceſſaire ſelon d'Olive.

170. *Suivant l'eſprit du Droit nouveau, il n'y a qu'un ſeul cas où la plainte d'inofficioſité ait lieu.*

Si l'indignité doit avoir lieu, lorſqu'on ne ſe trouve pas dans le cas de l'inofficioſité, ſi elle a été diſertement intentée.

171. *Plainte d'inofficioſité & l'indignité qu'elle produit hors d'uſage aux Païs Coutumiers.*

Plainte d'inofficioſité.

172. *Indignité pour avoir demandé la poſſeſſion* contrà tabulas *hors d'uſage.*

173. *Si celui qui a approuvé le Teſtament par la reception du legs peut oppoſer l'indignité à l'heritier inſtitué.*

174. *Indignité pour avoir ſupprimé un Teſtament.*

Le Teſtament eſt un Acte qui eſt Juris publici.

Interdit de tabulis exhibendis.

175. *Ceux qui enlevent, ſupprimment, ou recelent les Teſtamens, ſont punis comme Fauſſaires.*

176. *Déciſion de la Loi* 26, ff. de leg. Cornel. de falſ.

La mort n'efface pas l'indignité.

177. *A quelles perſonnes cette indignité s'étend.*

Fait perdre tout l'émolument.

Cas où ce qui étoit ôté à l'indigne n'étoit pas adjugé au fiſc.

178. *Arrêt du Parlement de Grenoble.*

179. *Obſervations ſur cet Arrêt.*

180. *Lorſqu'il y a un premier Teſtament qui paroît, peut-on demander l'exhibition d'un ſecond qui eſt ſupprimé, ſinon que l'heredité ſoit ouverte* ab inteſtat.

Celui qui refuſe d'exhiber le Teſtament eſt tenu des dommages & interêts.

181. *De celui qui ſupprime les codiciles.*

182. *Indignité pour avoir la totalité des effets hereditaires.*

Differentes peines par les Loix du Digeſte.

183. *Peine fixée par les Loix du Code.*

Avis des Auteurs.

184. *Suite.*

185. *Suite.*

186. *Suite.*

187. *Suite.*

188. *Partage formé au Parlement de Toulouſe.*

189. *Réſolution conformément à l'avis de* Bacquet.

190. *Si le legataire qui expile*

l'heredité doit être privé du legs.

191. *Heritier qui tâche de rendre inutile le fideicommis, eſt privé de la trebellianique, ou falcidie.*

192. *Indignité de celui* qui ſibi adſcribit in Teſtamento.

193. *Indignité pour concubinage ou adultere.*

194. *Preuve du concubinage ou de l'adultere pour établir l'indignité.*

195. *Si la preuve teſtimoniale eſt reçuë pour l'adultere.*

Raiſons pour la négative.

196. *Reſolution pour l'affirmative.*

197. *Indignité des femmes qui ſe remarient dans l'an du deuïl.*

Et des parens qui conſentent à ce mariage précipité.

Indignité du ſubſtitué qui conſent que la veuve contrevienne à la condition de viduité.

198. *Indignité des perſonnes qui ſe marient contre la prohibition des Loix.*

Du Tuteur qui ſe marie, ou qui marie ſon fils avec la pupille.

199. *Quand la défenſe de ſe marier ne regarde que l'homme, la femme n'eſt pas indigne des liberalitez de ſon mari.*

200. *Quand la prohibition regarde les deux époux, l'indignité eſt reciproque.*

Exception en cas d'erreur, ou de minorité.

Condition afin que les exceptions ayent lieu.

201. *Indignité provenant de l'Ordonnance de 1639, art. 2.*

Adjudication au profit du fiſc.

202. *De 1697.*

203. *Obſervations pour l'intelligence de l'Ordonnance de 1639, & de l'Edit de 1697.*

Premiere obſervation.

En matiere de peines on ne doit pas faire d'extenſion.

204. *Seconde obſervation.*

205. *Troiſiéme obſervation.*

206. *Quatriéme obſervation.*

207. *Indignité de celui qui donne les biens d'une perſonne vivante, dont il eſt heritier préſomptif.*

Conditions requiſes pour encourir l'indignité.

208. *Indignité de celui qui ſe prête pour un fideicommis tacite en fraude de la Loi, en faveur d'un incapable.*

209. *Qu'eſt-ce qui caracteriſe le fideicommis tacite?*

210. *L'indignité n'eſt pas encouruë, lorſque le fideicommis eſt exprimé dans le Teſtament ou Codicile, ſi le Fideicommiſſaire ou la choſe ne ſont pas connuës.*

211. *Déciſion contraire de la Loi* 40, ff. de jure fiſci.

212. *Déciſion de la Loi* 123, §. 1, ff. de leg. 1°.

213. *Antinomie des Loix ci-deſſus citées.*

214. *Conciliation de Bartole.*

215. *Conciliation de Bartole rejettée.*

216. *Conciliation de Cujas.*

217. *Cette conciliation eſt rejettée.*

218. *Réſolution de la queſtion.*

Quand le fideicommis eſt vaguement exprimé dans le Teſtament, il faut que le grevé ait engagé ſa foi de le rendre.

219. *Quand le fideicommis n'eſt pas exprimé, il y a une indignité, quoique le grevé n'ait pas promis de le rendre.*

220. *Raiſons pour la négative.*

Suite.

221. *Suite. La charge du fideicommis tacite en fraude de la Loi ne produit pas une nullité.*

V. ſup. n. 7, & inf. n. 273, 283, 284.

222. *Suite.*

Opinion de Cujas.

223. *Raiſons de l'opinion contraire.*

224. *Réſolution qu'il y a indignité, quoique le Fideicommiſſaire n'eût pas engagé ſa foi.*

Arrêts qui confirment cette opinion.

225. *Y a-t-il indignité, lorſqu'il n'y a ni priere verbale du Teſtateur, ni promeſſe de la part de l'heritier, mais un ſimple ſoupçon dans l'eſprit de l'heritier, que la perſonne incapable eſt l'objet de la liberalité.*

226. Quid *ſi l'heritier pénetrant les vues du Teſtateur a rendu à l'incapable.*

227. *Opinion de Bartole, & de Garſias.*

228. Quid *ſi l'heritier étranger & inconnu forme le deſſein de rendre à un incapable, ſur les conjectures de la volonté préſumée du Teſtateur.*

229. *Arrêt du Parlement de Paris qui juge cette queſtion.*

230. *Suite.*

231. *Suite.*

232. *Suite.*

233. *Suite.*

234. *Suite.*

235. *Moyens de l'Appelante.*

236. *Suite.*

237. *Concluſions de M. l'Avocat General.*

238. *Diſpoſition de l'Arrêt.*

239. *De ce qui eſt néceſſaire pour caracteriſer un fideicommis tacite.*

Premiere circonſtance.

240. *Seconde circonſtance.*

241. *Troiſiéme circonſtance.*

242. *Quatriéme circonſtance.*

243. *Arrêt du Parlement de Toulouſe.*

244.

245.

246. *Suite.*

247. *Seconde circonſtance.*

248. *Troiſiéme circonſtance.*

249. *Diſpoſition de l'Arrêt ſur partage.*

250. *L'Arrêt eſt juridique.*

Inſuffiſance des circonſtances.

251. *Examen de la ſeconde circonſtance.*

252. *Préjugé de l'Arrêt pour la forme de la preuve qui reſtoit à faire.*

Preuve des faits en tout, ou en

partie.

253. Par quelle preuve le fideicommis tacite peut être établi.

Si la parenté de l'heritier avec l'incapable peut faire présumer le fideicommis tacite.

254. Regles sur cette matiere.

Par écrit & par toute autre preuve manifeste.

255. Réfutation de l'opinion de Domat.

Auteurs qui ont parlé du fideicommis tacite.

256. Preuve par l'écrit du grevé.

Autres preuves manifestes.

257. La confession du grevé.

258. Cas où la confession du grevé ne suffit pas.

259. Premier cas.

260. Second cas.

261. Troisiéme cas.

262. Comment peut-on avoir la confession du grevé.

Serment purgatif.

N'exclut pas la preuve par témoins.

263. Serment décisoire.

264. Si la preuve testimoniale est détruite.

265. Il n'y a point d'indignité à cause du fideicommis tacite, si le Fideicommissaire qui est incapable lors de la disposition, se trouve capable lors de l'échéance du fideicommis.

266. Quid si le Fideicommissaire qui étoit capable lors de la disposition, devient incapable dans la suite.

267. Afin que l'indignité ait lieu, il faut que la forme se conjoigne avec l'évenement.

De celui qui vient à déceder avant l'échéance.

Dans le doute on doit exclure l'indignité.

268. Si celui qui prête son ministere pour un fideicommis tacite, doit être privé de ce qu'il a reçu au-de-là des biens du fideicommis tacite.

269. Opinion de Balde pour l'affirmative.

270. Résolution que le grevé ne perd que ce qu'il s'est engagé de rendre par fideicommis tacite.

271. Suite.

Explication de la Loi 29, §. dernier, ff. de donat.

272. Suite.

Portio portioni accrescit.

273. Si lorsqu'il y a fideicommis tacite de l'heredité, les autres dispositions du Testament doivent être exécutées.

V. sup. n. 7 & 221, & inf. n. 283, 284, 286.

274. Si les successeurs ab intestat, qui recueillent à cause de l'indignité de l'heritier, peuvent retenir la falcidie ou la trebellianique.

Les décisions du Droit Romain, en faveur du fisc, doivent s'appliquer parmi nous aux successions ab intestat.

Les heritiers grevez de rendre la falcidie à un incapable perdent cet émolument.

275. Indignité fait perdre les fruits.

Quid des interêts des fruits.

276. *L'heritier privé de l'heredité par indignité n'eſt plus tenu des dettes hereditaires.*

Si la perte des actions eſt pratiquée en France.

Depuis quel tems l'heritier qui n'a pas vangé la mort du défunt par ignorance doit les fruits.

277. *Le fils qui ſe charge d'un fideicommis tacite par l'ordre de ſon pere, eſt excuſé de l'indignité.*

Quid *du fils majeur.*

278. *Si le mineur, le ruſtique, la femme, le Soldat, ſont excuſez.*

279. *Suite.*

Si le Soldat eſt excuſé, quand il néglige de vanger la mort du défunt.

280. *Si lorſqu'un heritier s'eſt chargé d'un fideicommis tacite de ce qu'il devoit recueillir, en vertu du premier Teſtament, l'indignité ſubſiſte, quoiqu'il y ait un ſecond Teſtament.*

281. *Des cas où l'indignité a lieu par la négligence de l'heritier.*

Manifeſtiſſimè comprobatus.

282. *De celui qui a laiſſé mourir par ſa faute le défunt.*

Du frere inſtruit du complot ſur la mort de ſon frere, qui ne l'a pas revelé.

Quid *de l'Etranger qui n'a pas revelé le complot.*

283. *Indignité de ceux qui négligent d'avoir ſoin de leur Bienfaiteur qui eſt dans la fureur, ou démence.*

Si cette indignité a lieu dans les Païs Coutumiers.

284. *De ceux qui négligent de racheter les Captifs.*

Application des biens qui ſont ôtez à l'indigne dans ce cas.

Toutes les diſpoſitions du Teſtament ſont exécutées.

Les mineurs de dix-huit ans ſont exceptez.

Conditions afin que cette indignité ait lieu.

De celui qui refuſe de tirer de priſon.

285. *De l'heritier qui n'exécute pas la volonté du défunt.*

Conditions afin que la privation puiſſe être déclarée dans ce cas.

Cas où l'indignité n'eſt pas encouruë, quoique la volonté du défunt ne ſoit pas exécutée.

286. *Comment doit-on entendre que la privation ne doit être déclarée qu'après l'an.*

Dans le cas de la privation, le ſurplus du Teſtament étant exécuté.

Quid *s'il s'agit du refus d'exécuter les legs pieux.*

287. *De l'Exécuteur-Teſtamentaire qui collude avec les heritiers, s'il eſt déchu du legs.*

Quid *s'il refuſe la charge d'Exécuteur-Teſtamentaire.*

288. *Si le Tuteur qui refuſe la tutelle perd le legs que le Teſtateur lui fait.*

Legs adjugez au pupille.

Du Tuteur qui refuſe d'adminiſtrer.

Du Tuteur exclus comme ſuſpect.

Quid *ſi le Tuteur eſt du nombre des amis, ou des parens du Teſtateur.*

Ancien Droit, lorſque le legs étoit fait dans le même Teſtament où la tutelle étoit déferée, ou dans un codicile ſéparé.

Legs eſt toujours préſumé fait en conſideration de la tutelle.

289. *Conditions afin que l'indignité ait lieu.*

290. *Si le Tuteur qui s'excuſe perd la ſubſtitution pupillaire.*

Les enfans du Teſtateur nommez Tuteurs ne perdent pas les liberalitez, quoiqu'ils s'excuſent de la tutelle.

Idem *de la mere du pupille, ſi le legs ne lui a été fait ſous la charge expreſſe d'accepter la tutelle.*

Idem *du Soldat.*

291. *De celui qui eſt chargé de l'éducation, & qui refuſe la charge.*

Il faut raiſonner ſur l'éducation tout comme ſur la tutelle.

292. *Du grevé de fideicommis qui refuſe d'accepter l'heredité, ou qui eſt forcé par le Fideicommiſſaire, de quoi eſt-il privé?*

293. *De l'indignité cauſée par l'ouverture du Teſtament avant d'avoir mis à la queſtion, & fait punir les Eſclaves qui avoient tué le défunt.*

294. *Le Senatuſconſulte Silanien ne peut pas être pratiqué parmi nous.*

Dans quels cas la queſtion eſt ordonnée en France.

295. *De ceux qui negligent de pourſuivre la vangeance de la mort du défunt.*

Raiſons de l'injonction faite par la Loi Romaine.

296. *De quoi les heritiers ſont déclarez indignes.*

Le fiſc ne profite pas des biens.

297. *Quelles perſonnes regarde la néceſſité de vanger la mort du défunt.*

298. *Si la néceſſité de vanger la mort empêche l'adition d'heredité.*

Si la femme accuſée d'avoir tué ſon mari peut accepter l'heredité du mari.

299. *Quels ſont les biens dont on eſt privé par cette indignité.*

Des fruits.

300. *Si lorſque les heritiers au ſecond degré ont vangé la mort ſur la negligence des premiers, ils doivent profiter de l'heredité.*

Si la diligence des heritiers au ſecond degré ſert aux heritiers du premier degré pour empêcher l'indignité.

301. *Les heritiers au ſecond, troiſiéme, & autres degrez, ſont indignes, lorſqu'ils ont negligé comme ceux du premier dégré.*

Cas où les biens doivent être déferez au fiſc.

302 *De quels biens l'indignité de cette eſpece fait priver.*

Le mari eſt privé de la dot & autres gains nuptiaux.

Idem *de la femme.*

303. *Lorſque l'heritier eſt privé de l'heredité par indignité, les actions éteintes par confuſion ne ſont pas rétablies.*

Exception.

304. *Si l'indignité pour n'avoir pas vangé la mort du défunt eſt reçuë en France.*

305. *Quelles ſont les circonſtances néceſſaires, afin que l'indignité ſoit encouruë pour n'avoir pas vangé la mort du défunt.*

Heritier, qui déclare ne vouloir ſe rendre Partie, doit être declaré indigne.

306. *Quatre queſtions à éclaircir.*

307. *Premiere queſtion.*

308. *Seconde queſtion.*

309. *Troiſiéme queſtion.*

310. *Quatriéme queſtion.*

311. *Réſolution de la premiere queſtion.*

L'heritier ne devient pas indigne pour avoir été prévenu par un autre.

La diligence & les pourſuites n'empêchent pas que l'heritier qui neglige ne ſoit indigne.

312. *Explication de la Loi* 10, cod. de his quib. ut indign.

313. *Suite.*

314. *La réſolution des Interpretes eſt juridique ſous les modifications ſuivantes.*

315. *Réſolution de la ſeconde queſtion.*

Opinion de la gloſe.

Après quel tems l'heritier eſt-il à l'abri de recherche pour n'avoir pas vangé la mort du défunt.

316. *Réfutation de l'opinion de la gloſe.*

L'heritier doit intenter l'accuſation avant de s'être immiſcé en l'heredité.

Explication de la Loi 6, cod. de his quib. ut indign.

Réfutation de l'opinion de Cujas.

Explication de la Loi 18, ff. de his quæ ut indign. aufer. *& de la Loi* 29, *§. dernier*, ff. de jure fiſci.

317. *Quand le crime eſt caché, il ſuffit qu'il ſe ſoit paſſé un intervale ſuffiſant pour intenter l'accuſation, afin d'encourir l'indignité.*

318. *Quand le délai n'eſt point fixé, la choſe doit être faite dès qu'on le peut.*

319. *Réſolution de la troiſiéme queſtion.*

320. *Réſolution de la quatriéme queſtion.*

321. *Explication de la Loi* 7, cod. de his quib. ut indign.

322. *L'heritier qui ne fait aucune diligence ne peut pas être excuſé, ſous prétexte que les coupables ne ſont pas découverts.*

323. *Si l'heritier qui a porté ſa plainte, & fait une procedure, doit pourſuivre une Sentence.*

324. *Si après la Sentence de relaxe du prévenu, l'heritier eſt obligé d'en appeller.*

Il ne ſuffit pas à l'heritier de faire des pourſuites par maniere d'acquit.

325. *L'heritier qui a obtenu une Sentence de condamnation du*

prévenu doit faire juger l'appel.

Comment se jugent les appels de condamnation à une peine capitale.

326. *Il ne suffit pas que l'heritier fasse une dénonciation des coupables aux Gens du Roi.*

327. *Si celui qui transige avec les coupables encourt l'indignité.*

328. *Avis de* Duperier *pour la négative.*

Résolution pour l'affirmative, quand il y a des preuves contre le prévenu.

Aliud *s'il n'y a point de preuves.*

Quid *si l'homicide a été commis par accident.*

329. *Raisons de la distinction.*

Premiere raison.

330. *Seconde raison.*

331. *Réfutation des raisons de* Duperier.

Contre la premiere raison.

332. *Contre la seconde raison.*

Contre la troisiéme raison.

333. *Contre la quatriéme raison.*

334. *Contre la cinquiéme raison.*

335. *Contre la sixiéme raison.*

336. *Cas où l'indignité n'est pas encouruë.*

Premier cas des mineurs.

Si les mineurs peuvent être obligez de fournir aux frais de la poursuite.

Le Roi & les Seigneurs doivent la Justice à leurs Sujets & Justiciables.

337. *Si les rustiques, les femmes, & les Soldats sont excusez.*

338. *Second cas, lorsque les Meurtriers ne sont pas connus.*

339. *Troisiéme cas des ascendans, ou freres du Meurtrier.*

340. *Si le frere est obligé de vanger la mort de son frere contre un autre frere.*

Si le mari est obligé de vanger la mort du défunt contre sa propre femme.

341. Quid *des autres parens en degré plus éloigné.*

342. *Quatriéme cas, lorsque le Meurtri a pardonné au Meurtrier, & a défendu de faire la poursuite.*

Si la pauvreté des heritiers les excuse.

343. *Si la reception du fideicommis empêche l'heritier de faire la poursuite de l'indignité.*

344. *De l'indignité causée par la volonté du défunt.*

Si l'indignité doit être déclarée, quoique le Testateur n'ait pas exprimé les causes.

Distinction des Docteurs.

345. *Résolution de la difficulté.*

L'indignité n'annulle pas les dispositions.

346. *Les dispositions par lettres missives sont nulles, & les lettres missives ne peuvent pas servir à prouver l'indignité par le changement de volonté.*

347. *Indignité causée par la volonté du Testateur, constatée par le fait.*

Premier cas renfermé dans la Loi 12, ff. de his quæ ut indign.

348. *Second cas, lorsque le Testateur a effacé le nom de l'heritier ou du legataire.*

A qui eſt-ce à prouver que l'éfaçure a été faite inconſulto ?

349. *Troiſiéme cas, lorſque le Teſtateur déclare qu'il ne veut pas que ſon Teſtament vaille, les legataires n'ont pas d'action.*

350. *Quatriéme cas, de celui qui eſt inſtitué comme fils du Teſtateur, & qui ſe trouve avoir été ſuppoſé.*

351. *Eclairciſſemens de pluſieurs autres difficultez.*

La mort du coupable éteint le crime.

Si l'indignité peut être pourſuivie après la mort de l'indigne.

352. *Quoique l'indigne ait preſcrit le crime, il ne peut pas ſe mettre à couvert de l'indignité.*

Si l'indigne peut acquerir les biens par preſcription.

Si l'indignité peut être pourſuivie après cinq ans.

353. *Si l'indignité fait perdre la legitime.*

354. *Réſolution pour la négative, lorſque l'indignité ne dérive pas de l'une des cauſes d'ingratitude marquées dans la* Novelle 115.

Diſtinction.

355. *Raiſons de la diſtinction.*

356. *Autres cauſes pour leſquelles l'indigne peut être privé de la legitime, ſuivant le Droit François.*

357. *Arrêt du Parlement de Grenoble qui a conſervé la legitime à un fils déclaré indigne, pour avoir brûlé le Teſtament de ſon pere.*

358. *Réponſes à l'argument tiré de la Loi* 21, ff. de his quæ ut indign. *& de la Loi* 26, ff. *ad leg.* Cornel. de falſ.

Difference de la legitime du Patron, avec celle des deſcendans, aſcendans, ou collateraux.

La Novelle 115 *abroge, & corrige toutes les autres Loix.*

359. *Concluſion.*

360. *La legitime eſt dûe aux deſcendans, aſcendans, & aux collateraux, de droit naturel.*

361. *De l'indignité de ſucceder entre mariez.*

Le mari & la femme ſuccedent l'un à l'autre faute d'autres heritiers.

362. *Du mari qui tue ſa femme,* & vice versâ.

Le conjoint ne peut pas ſucceder à l'autre dans les autres cas d'indignité expliquez ci-deſſus.

363. *Des mariez dont le mariage eſt nul.*

364. *Des mariez qui ſe ſont ſéparez par une eſpece de divorce.*

LA matiere de l'indignité eſt très-importante, & a beaucoup d'étenduë; & quoique pluſieurs Auteurs l'ayent examinée dans leurs écrits, ils ne l'ont pourtant pas diſcutée avec toute l'exactitude qu'elle mérite.

I. Matiere de l'indignité importante.

2. Indignité, ce que c'eſt.

L'indignité eſt proprement un moyen de privation, en quoi elle differe entr'autres choſes de l'incapacité, qui eſt un moyen d'excluſion, ainſi que nous l'avons remarqué au commencement de la ſection précedente, où nous avons expliqué pluſieurs differences entre l'un & l'autre de ces deux moyens.

3. L'indignité ne doit pas être confonduë avec l'incapacité.

Certains Interpretes du Droit Romain, & entr'autres la gloſe ſur la Loi *cum quidam* 12, *ff. de his quæ ut indignis auſer.* ont confondu l'indignité avec l'incapacité; mais c'eſt tout-à-fait mal-à-propos, ainſi que l'a fort bien remarqué *M. Cujas* ſur la même Loi, *lib.* 16, *quæſt. Papiniani.*

Sentimens de Ricard & de M. de Catellan.

Ricard, des Donations, tom. 1, *part.* 3, *n.* 190, 194 *& ſuiv.* a cru qu'en France on confondoit l'indignité avec l'incapacité, & *M. de Catellan, liv.* 2, *chap.* 83, dit la même choſe, en rapportant un Arrêt du Parlement de Toulouſe, dont il ne marque point la datte, ni le nom des Parties; mais cela n'eſt pas exactement vrai dans tous les cas.

4. En quoi l'indignité & l'incapacité ſont miſes de niveau.

A la verité on confond l'indigne avec l'incapable par rapport à l'interêt du fiſc, auquel on n'adjuge pas ce qui eſt ôté à l'indigne, comme nous l'avons remarqué au chap. 5, ſect. 1, n. 16;

Ce qui eſt ôté à l'indigne n'eſt pas adjugé au fiſc.

& ce qui lui a été laiſſé par Teſtament demeure dans l'heredité, tout comme dans le cas de l'incapacité, *cum onere fideicommiſſi, l.* 3, §. *ult. ff. ad S. C. Trebell. l.* 12, *ff. de his quæ ut indignis auſer. & l.* 3, §. 4, *ff. de jure fiſci*, ou bien aux heritiers *ab inteſtat*, quand il n'y a point de diſpoſition qui y faſſe obſtacle; ainſi que nous l'avons dit par rapport à l'incapable dans la ſection précedente; & c'eſt le ſentiment commun des Auteurs François, notamment de *Dumoulin ſur la Coutume de Paris*, §. 13, *gloſ.* 3, *n.* 6, *le Brun des Succeſſions, liv.* 3, *chap.* 9, *n.* 14, qui en indique pluſieurs autres, & *Ricard* au lieu cité. Et cela s'obſerve même à Toulouſe, comme l'atteſte *Catellan* au lieu cité, quoiqu'en diſe *M. Maynard, liv.* 3, *chap.* 14, 15 *&* 16.

5. L'indignité & l'incapacité ne ſont pas diſtinguées par rapport à la maniere de les oppoſer.

On ne diſtingue pas non plus l'indigne de l'incapable par rapport à la faculté d'oppoſer l'indignité; & quoique, ſelon l'eſprit du Droit Romain, qui déferoit au fiſc en certains cas ce qui étoit ôté à l'indigne, il n'y eût que les Gens du Roi qui puſſent oppoſer l'indignité, comme ſeuls intereſſez, ainſi que le remarque *Peregrinus de jure fiſci, lib.* 3, *tit.* 1, *n.* 1: Néanmoins on permet en France à ceux qui ont droit de demander ce qui eſt ôté à l'indigne, d'oppoſer, & de faire valoir l'indignité; parce que la raiſon, qui, ſuivant le Droit Romain, excluoit les Particuliers de l'action, ceſſe en France.

Mais dans tous les autres cas auſquels l'uſage du Royaume, ou des Tribunaux particuliers n'a pas fait de changement au Droit Romain, on ne doit pas confondre les indignes avec les incapables, comme l'a fort bien remarqué *le Brun, des Succeſſions, liv. 3, chap. 9, n. 9.* Voilà pourquoi, ſelon le même Auteur, l'indigne eſt ſaiſi de plein droit : mais il en eſt autrement de l'incapable ; parce que, comme l'obſerve *M. Cujas* ſur la Loi *cum quidam* 12, *ff. de his quæ ut indignis auſer. lib.* 16, *quæſt. Papiniani*, la Loi porte un obſtacle invincible, qui empêche que l'incapable ne puiſſe acquerir. Et cela eſt encore fondé ſur la diſpoſition de pluſieurs Coutumes, qui exigent que l'heritier ſoit habile afin de pouvoir être ſaiſi de plein droit, notamment de celle de Paris, *art.* 318, *l'art.* 105 *de celle de Sens, l'art.* 90 *de celle de Troyes, & l'art.* 40 *de celle de Meaux.*

6.
Hors les deux cas précedens, l'indignité & l'incapacité doivent être diſtinguées.

L'indigne eſt ſaiſi de plein droit, mais non l'incapable.

Les raiſons qui doivent faire préferer l'avis de *le Brun* à celui de *Ricard*, & des autres Auteurs qui penſent comme lui, ſont : 1°. Que le Droit Romain établit, comme une regle ſûre, que l'indigne eſt capable de recueillir : *adeundo heres efficitur, l.* 43, *§. dernier, ff. de vulg. & pupill.* ou, comme dit la Loi 24, *ff. de legat.* 2°. *Marcellus putavit poſſe heredem & indignum præferre ;* il peut acquerir, mais non pas retenir, *l.* 2, *§.* 1, *ff. de his quæ ut indignis auſer.* Il peut accepter l'heredité, & par-là il confond irrévocablement les actions, *l.* 8, *ff. eod.* mais il peut être privé de la liberalité ou de l'émolument, à la pourſuite de ceux qui ont interêt à demander, ou vendiquer les biens recueillis par l'indigne. 3°. Que la diſpoſition qui eſt faite en faveur de l'indigne n'eſt pas nulle, ni conſiderée comme non écrite : Elle vaut au-contraire de plein droit, ſauf que l'indignité le fait déclarer déchu, ou privé de l'émolument, pour le faire tranſporter aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, avec les mêmes charges qui avoient été impoſées à l'indigne : enſorte que les heritiers *ab inteſtat* entrent, tout comme faiſoit le fiſc, ſuivant le Droit Romain, au droit de l'indigne, *l.* 3, *§. ult. ff. ad S. C. Trebell. l. cum quidam* 12, *ff. de his quæ ut indignis auſer. l.* 3, *§.* 4, *ff. de jure fiſci, l. in facto* 60, *§.* 1, *ff. de condit. & demonſtr. l.* 3, *cod. ad l. falcid. & l.* 43, *§.* 3, *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Il eſt vrai qu'il y a des Auteurs qui rapportent des Arrêts, qu'ils diſent avoir prononcé la caſſation des diſpoſitions faites en faveur de l'indigne, entr'autres l'Auteur du Journal des Audiences, *tom.* 5, *liv* 8, *chap.* 26 *&* 41 ; mais je ſoupçonne qu'il y a de l'équivoque dans la maniere de rapporter ces Arrêts, & que l'on a confondu la caſſation avec la

7.
Raiſons qui doivent faire préferer l'avis de le Brun à celui des autres Auteurs.

L'indigne *adeundo heres efficitur.*

L'indigne en acceptant confond irrévocablement ce qui lui étoit dû par le défunt.

La diſpoſition faite en faveur de l'indigne n'eſt pas nulle, ni conſiderée comme non écrite. *V. infrà n.* 121, 271, 283, 284, 286.

Si dans le cas de l'indignité on doit prononcer la caſſation de la diſpoſition, ou déclarer la privation.

privation. Ce qui me donne cette penſée, c'eſt que j'ai vû un Arrêt du Parlement de Paris du 11 Février 1716, que je rapporterai, en parlant de l'indignité cauſée par le fideïcommis tacite, qui ne prononce point par caſſation, mais qui déclare ſimplement la privation & la déchéance du droit. 4°. Qu'il n'y a ni Loi, ni Ordonnance, ni Coutume, ni Juriſprudence fixe, qui abroge la Regle, qui veut que l'indigne ſoit capable, *mero jure*, de recueillir: Laquelle Regle n'a rien de commun avec la déciſion qui déferoit au fiſc ce qui étoit ôté à l'indigne, laquelle ſeule eſt abrogée. 5°. Que la ſeule utilité du fiſc n'a pas fait introduire la difference entre l'indigne & l'incapable, & n'a pas ſervi de fondement à la Regle qui veut que l'indigne ſoit capable de recueillir, la capacité de l'indigne eſt un effet des regles du Droit au ſujet de la capacité; & l'indignité procede d'une autre ſource, & le plus communement du fait, ou de la négligence de l'indigne, ce qui n'a rien de commun avec la capacité, laquelle eſt inherente à la perſonne par le miniſtere de la Loi. Il n'y a donc aucune raiſon de confondre l'indignité avec l'incapacité, & puiſque le Droit François n'a dérogé au Droit Romain, que quant à la maniere de déferer ce qui eſt ôté à l'indigne, on ne doit point étendre cette abrogation à d'autres cas diſtincts, & qui n'ont aucune liaiſon avec la maniere de déferer ce qui eſt ôté à l'indigne. *V. infrà, n.* 273.

Il n'y a ni Loi, ni Ordonnance, ni Coutume qui abroge la capacité, *mero jure*, de l'indigne.

Si l'utilité du fiſc a fait introduire l'indignité.

En quoi le Droit François a dérogé au Droit Romain, touchant l'indignité.

8. Pour appuyer ſon opinion, *Ricard* employe l'argument de la Loi 17, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* & de la Loi 1, *cod. eod.* qui décident que la choſe doit être ôtée à l'indigne avec les fruits par lui perçus. Il dit encore que ſi le legs avoit appartenu un moment au legataire indigne, ſes créanciers auroient un droit acquis en la choſe, & pourroient la pourſuivre par hipoteque; qu'il n'y a que l'utilité du fiſc qui fait maintenir l'indigne dans une injuſte acquiſition, afin de s'en appliquer enſuite le profit: & que c'eſt même cet interêt qui lui a fait encore décider à ſon avantage, que les actions que l'indigne avoit ſur la ſucceſſion, dont il demeure privé, ſont tellement éteintes, qu'elles ne revivent plus, quoique la ſucceſſion lui ſoit ôtée, *l.* 8, *l.* 17, *&* *l.* 18, *§. bonis* 1, *ff. de his quæ ut indign. auſer.*

Raiſons de l'opinion contraire ſoutenuë par Ricard.

9. Ces objections ſont faciles à reſoudre. Lorſque le cas de l'indignité eſt arrivé, celui qui eſt poſſeſſeur des biens qui ſont deſtinez à l'indigne, peut lui oppoſer l'indignité, comme une exception qui exclut ſon droit & ſon action, *l.* 25, *cod. de leg. &* *l.* 9, *in princip. & §.* 1, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* & il eſt plus

Réfutation de ces raiſons.

convenable & plus naturel d'exclure l'action de l'indigne, quand l'exception eſt prête, que de lui délivrer la poſſeſſion de la choſe, ſauf à en pourſuivre la reſtitution, *melius eſt in tempus ſubvenire, quam poſt vulneratam cauſam remedium quærere*, & c'eſt le cas de dire, *dolo facit qui petit quod redditurus eſt*; mais quand l'indigne a pris poſſeſſion de la choſe, & en a perçu les fruits, il doit les rendre, s'il eſt tombé dans le cas de l'indignité ſciemment, & les actions qu'il avoit ſur l'heredité ſont confuſes & éteintes, de façon, qu'elles ne peuvent plus revivre, quoique l'heredité lui ſoit ôtée; cependant il en eſt tout autrement, s'il a été dans la bonne foi; car il ne doit rendre les fruits que depuis que ſa bonne foi a ceſſé, & les actions qui ont été éteintes par l'adition d'heredité faite dans l'état de bonne foi doivent être rétablies, lorſque l'heredité eſt ôtée à l'heritier pour une indignité ſurvenuë, c'eſt la déciſion de la Loi 17, *ff. de his quæ ut indign. auſer.*

Dans quels cas l'indigne doit rendre les fruits.

Des actions éteintes par la confuſion.

Mais la perte des fruits & des actions éteintes n'arrive pas par la raiſon, que l'heritier doit être conſideré comme incapable; les bonnes regles reſiſtent à une telle prétention; cela arrive, parce qu'il eſt juſte que celui qui ſe rend indigne d'une liberalité, ſoit pareillement indigne de profiter des fruits, & que celui qui ne peut pas profiter du principal ne profite pas des acceſſoires. Et quant à la perte des actions qui ne ſont pas rétablies, c'eſt une peine que la Loi ajoute à l'indignité.

10. Raiſon pourquoi l'indigne eſt privé des fruits & des actions éteintes par la confuſion.

Quoique le legs ou l'heredité ait appartenu au legataire ou à l'heritier, il ne s'enſuit pas que ſes créanciers ayent un droit acquis après la privation pour indignité. La liberalité n'eſt cenſée faite que ſous cette condition tacite & legale, que celui à qui elle eſt deſtinée ne s'en rendra pas indigne; enſorte que ſi cette condition manque, le droit de l'indigne étant reſolu par la force d'une condition inhérente, & qui affecte la liberalité, le droit de ſes créanciers ſe trouve reſolu par voie de conſéquence, & ils n'y ont pas plus d'hipoteque, que ſi elle n'avoit jamais appartenu à leur débiteur, ſuivant cette maxime, *reſoluto jure dantis, reſolvitur jus accipientis*, tirée de la Loi *lex vectigali* 31, *ff. de pignor.* & de la Loi 3, *ff. quib. mod. pign. ſolvitur.*

11. Les liberalités ne ſont faites que ſous cette condition legale qu'on ne s'en rendra pas indigne.

Reſoluto jure dantis, reſolvitur jus accipientis.

Quant à la troiſiéme raiſon ou objection de *Ricard*, nous avons montré qu'il n'étoit point vrai, que ce fût pour l'interêt du fiſc, c'eſt au-contraire pour la punition de l'indigne, & ce ne fut que par contre-coup qu'on attribua au fiſc ce qui étoit ôté à l'indigne; que la Loi Romaine avoit décidé que l'indigne étoit

12. Si l'indignité a été introduite pour l'interêt du fiſc.

capable de recevoir dans son origine ; & que la capacité & l'indignité avoient leurs regles à part ; nous ajoutons que ce n'est encore que pour punir l'indigne, que la Loi déclare les actions, qu'il avoit sur l'heredité éteintes irrévocablement par l'adition faite dans une mauvaise foi positive, & nullement pour favoriser le fisc ; ce qui est si vrai, que la Loi 17, *ff. de his quæ ut indignis auser.* décide, que si l'acceptation de l'heredité a été faite, tandis que l'heritier étoit dans une ignorance du fait, les actions éteintes par la confusion devroient être rétablies, *deceptum autem ignorantia facti . . . . . nec improbè confusam actionem reddi postulaturum.* Ainsi il est clair que l'interêt du fisc n'entre ici pour rien, que la punition de l'indigne est le seul motif de la décision, & l'adjudication au fisc une suite de cette punition, & que même aujourd'hui qu'on ne défere point au fisc ce qui est ôté à l'indigne, il faut le priver, & le déclarer déchu des actions éteintes par la confusion, à cause de l'adition de l'hérédité, dans un état de connoissance & de mauvaise foi.

13. Comment faut-il entendre la Loi Romaine, en ce qu'elle veut que ce qui est ôté à l'indigne soit adjugé au fisc.

Peregrinus de Jure Fisci, lib. 2, tit. 2, n. 1, après plusieurs Docteurs qu'il cite, donne pour Regle generale, que ce qui est ôté aux indignes, doit être adjugé au fisc, suivant le Droit Romain ; mais ces Docteurs n'avoient pas pris garde, que la Loi 1, *§. quæ autem* 12, *cod. de caduc. toll.* prouve tout le contraire, en insinuant que dans certains cas l'adjudication étoit faite au fisc, & que dans d'autres ce qui étoit ôté à l'indigne, étoit déferé aux Particuliers : *quæ autem antiquis legibus dicta sunt de his quæ ut indignis auferuntur, & nos simili modo intacta servamus sive in nostrum fiscum, sive in alias personas perveniant,* dit le texte cité, sur lequel Denis Godefroy fait cette observation, *indignis quæ eripiuntur certis casibus, fisco cedunt, aliis casibus privato seu privatis . . . . . hinc etiam observa non omne quod aufertur indigno, fisco cedere.* Et comme le fisc ne peut avoir de droit, qu'autant que les Loix lui en ont attribué expressément, & que d'ailleurs dans le doute, il faut se déterminer contre le fisc, suivant cette belle & judicieuse décision de la Loi 10, *ff. de jure fisci,* il faut, selon l'esprit de la Loi Romaine, adopter une maxime toute opposée à celle de *Peregrinus,* & dire que ce qui est ôté à l'indigne doit être déferé aux Particuliers interessez, dans tous les cas où la Loi n'en fait pas une adjudication expresse au profit du fisc.

Dans le doute il faut juger contre le fisc.

On ne doit adjuger au fisc que ce que les Loix déclaroient devoir lui être adjugé.

Quant à ce que dit *M. de Catellan, liv. 2, chap.* 83, que l'on jugea par l'Arrêt qu'il rapporte, qu'on ne devoit pas distinguer

l'indigne de l'incapable, il faut prendre garde que ce Parlement eſt dans une Juriſprudence toute particuliere diametralement contraire à la déciſion de la Loi *cum quidam* 12, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* & il juge qu'un ſecond Teſtament parfait où un incapable ſe trouve inſtitué heritier, non-ſeulement ne peut pas rompre un Teſtament anterieur parfait & valable, mais encore qu'il ne peut pas lui donner atteinte, ni faire priver par indignité l'heritier inſtitué dans le Teſtament précedent. Les Arrêts qui établiſſent cette Juriſprudence ſont rapportez par *M. Maynard, liv.* 8, *chap.* 50, *M. de Cambolas, liv.* 5, *chap.* 36, *M. la Roche & Graverol, liv.* 4, *verb. Teſtament, art.* 14, *& M. de Catellan, liv.* 2, *chap.* 83. J'en ai encore vû rendre un autre en la premiere Chambre des Enquêtes, au rapport de M. du Bourg le 11 Avril 1740, dans un Procès que j'avois inſtruit entre le ſieur Goutes aîné, & le ſieur Goutes cadet : Mais dans l'eſpece de cet Arrêt le dernier Teſtament qui étoit fait *inter liberos*, pouvoit bien établir la preuve d'une volonté contraire au précedent, puiſqu'il avoit été ſigné par le Teſtateur, qui avoit même écrit de ſa propre main le nom de ſon fils aîné qu'il inſtituoit ſon heritier, & la datte; mais il ne pouvoit pas valoir comme Teſtament, parce qu'ayant été fait après la publication de l'Ordonnance de 1735; il n'étoit pas entierement écrit de la main du Teſtateur, ainſi que l'exige l'article 16 de cette Ordonnance. Et peu de tems après il en fut rendu un autre en la troiſiéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Catellan, le 22 Août de la même année 1740, en faveur de la Dame de Madrieres, épouſe de M. de Balza de Firmie, Conſeiller au Parlement, contre les ſieurs de Madrieres ſes freres. Dans ce Procès ſur lequel j'avois été conſulté par le ſieur Madrieres d'Altairac, il y avoit un premier Teſtament revêtu de toutes les formalitez, fait en faveur de la Dame de Madrieres par le ſieur de Madrieres, Conſeiller au Senéchal de Villefranche de Rouergue, ſon pere, qui poſterieurement en fit un ſecond revêtu des formalitez exterieures, en faveur d'un de ſes enfans mâles; mais on obmit l'inſtitution particuliere, en ce qui étoit laiſſé à la Dame de Madrieres: Comme ce Teſtament étoit nul quant à l'inſtitution, ſuivant les articles 50, 53 & 54 de la nouvelle Ordonnance de 1735, l'heritier inſtitué faiſoit valoir l'indignité de l'heritiere inſtituée dans le précedent Teſtament, comme n'ayant pas pour elle la derniere volonté, ſuivant la Loi *cum quidam* 12, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* Mais par cet Arrêt, de même que par le précedent, en caſſant

14. Juriſprudence du Parlement de Toulouſe dans le cas de la Loi 12, *ff. de his quæ ut indign. aufer.*

le dernier Teſtament, on ordonna l'exécution du précedent, & l'on maintint l'heritier qui y étoit inſtitué. Il faut pourtant obſerver, que ce dernier Arrêt rendu en faveur de la Dame de Madrieres a été caſſé par Arrêt du Conſeil du .... Août 1743, en ce que le Parlement de Toulouſe avoit confirmé le Teſtament fait en faveur de la Dame de Madrieres de Firmie. Le motif de l'Arrêt du Conſeil fut pris de ce que le dernier Teſtament contenoit une révocation expreſſe des précedens Teſtamens, laquelle révocation ſe trouvant dans un Teſtament revêtu de toutes les formalitez exterieures, ſuffiſoit pour anéantir & rompre les Teſtamens anterieurs, nonobſtant la nullité du dernier; parce que cette nullité ne portoit que ſur l'inſtitution, ſuivant la Novelle 115 & l'Ordonnance de 1735, art. 53, & laiſſoit ſubſiſter toutes les autres diſpoſitions du même Teſtament: enſorte que la révocation des précedens Teſtamens étant du nombre des diſpoſitions valables, nonobſtant la nullité reſultant de la préterition, ſuivant le Droit Romain & l'Ordonnance, le Parlement de Toulouſe ne devoit pas confirmer un précedent Teſtament, qui ſe trouvoit révoqué par une diſpoſition valable contenuë dans un Teſtament poſterieur.

Arrêt du Conſeil qui juge, que la révocation des précedens Teſtamens contenuë dans un poſterieur, quoique nul quant à l'inſtitution par préterition, rompt les précedens Teſtamens.

15. Si la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe eſt conforme aux Regles.

J'ai toujours regardé cette Juriſprudence particuliere du Parlement de Toulouſe, hors du cas de l'Arrêt rendu entre les ſieurs Goutes freres dont il a été parlé, comme contraire à l'eſprit, & à la déciſion de la Loi Romaine, & que celle des Parlemens de Paris, de Grenoble, de Provence, & autres qui ſe ſont conformez à la déciſion de la Loi *cum quidam*, eſt la plus exacte.

16. Premier Teſtament parfait eſt révoqué de plein droit par un ſecond Teſtament parfait, où un indigne eſt inſtitué.

Pour donner du jour à la difficulté que j'examine, il eſt néceſſaire de former trois points, & les réſoudre. Je dis en premier lieu, que le premier Teſtament valable & parfait, eſt rompu & révoqué de plein droit par un Teſtament poſterieur également valable & parfait, où un indigne a été inſtitué heritier.

16 *bis*. Le premier Teſtament n'eſt pas rompu par un ſecond, où un incapable eſt inſtitué, mais ſon effet eſt évacué.

En ſecond lieu, qu'un premier Teſtament valable & parfait, où une perſonne capable eſt inſtituée heritiere, n'eſt pas rompu & révoqué de plein droit par un ſecond Teſtament également parfait, où un incapable eſt inſtitué heritier; mais que ſon effet eſt évacué, parce que l'heredité doit être ôtée à celui qui eſt inſtitué dans le premier Teſtament, comme en étant indigne, à cauſe qu'il n'a pas pour lui la derniere volonté du défunt.

17. Un premier Teſtament n'eſt pas

En troiſiéme lieu, qu'un premier Teſtament parfait n'eſt pas révoqué par un ſecond Teſtament, qui n'eſt pas revêtu de toutes

les

les formalitez exterieures de Droit, & que l'heredité ne doit point être ôtée à l'heritier nommé dans le premier Teſtament, quoique le ſecond ſoit ſuffiſant pour juſtifier d'une volonté contraire, ſi l'acte n'eſt revêtu des formalitez requiſes.

révoqué par un ſecond imparfait & l'heritier qui y eſt inſtitué n'eſt pas indigne

Ces trois déciſions paroîtront autant de veritez conſtantes par le détail des raiſons qui leur ſervent de fondement, & par l'examen & la diſcuſſion des objections, & des fondemens des opinions contraires.

18. Ces trois déciſions ſont des veritez conſtantes.

Le premier Teſtament parfait où une perſonne capable eſt inſtituée, eſt révoqué & rompu de plein droit par un Teſtament poſterieur auſſi parfait, quoiqu'une perſonne indigne ſoit inſtituée; cela eſt fondé ſur la déciſion textuelle de la Loi 2, *ff. de injuſto rupto & irrito facto teſtam. Tunc autem*, dit ce texte, *prius Teſtamentum rumpitur, cum poſterius ritè perfectum eſt*, ou, comme s'explique le §. *poſteriore* 2, *inſtit. quib. mod. Teſtam. infirmentur; poſteriore quoque Teſtamento, quod jure perfectum eſt, ſuperius rumpitur, nec intereſt extiterit aliquis heres ex eo, an non: hoc enim ſolum ſpectatur, an aliquo caſu exiſtere potuerit.* Or une perſonne indigne eſt capable d'accepter une heredité, elle peut en être ſaiſie & revêtuë, elle peut devenir heritiere, quoiqu'elle puiſſe être privée de l'heredité, *l.* 2, §. 1, *l.* 8. *ff. de his quæ ut indign. l.* 24, *ff. de leg.* 2°. *& l.* 43, §. 3, *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Il eſt donc clair que le Teſtament poſterieur parfait, qui contient l'inſtitution d'un indigne, révoque & rompt de plein droit un Teſtament anterieur parfait.

19. Le ſecond Teſtament parfait rompt de plein droit le premier, quoiqu'il n'y ait point efficacement d'heritier.

Il faut même prendre garde qu'il n'eſt pas toujours certain, que pour qu'un Teſtament poſterieur parfait révoque un Teſtament anterieur, il puiſſe y avoir un heritier en conſéquence du Teſtament poſterieur. La Loi 9, *ff. de lib. & poſthum. hered. inſtit.* en fournit une preuve. Elle décide que ſi un homme vieux ou infirme, de façon, qu'il ſoit incapable de mettre des enfans au monde, après avoir fait un premier Teſtament, en fait un ſecond, où il inſtituë les poſthumes qui naîtront de lui, ce ſecond Teſtament rompt & révoque le premier: *Si quis poſthumos quos per ætatem aut valetudinem habere fortè non poteſt, hæredes inſtituit, ſuperius Teſtamentum rumpitur.*

20. Cas où le premier Teſtament eſt rompu par un ſecond, quoiqu'il ne puiſſe pas y avoir un heritier.

Cependant il eſt impoſſible, qu'en conſéquence d'un tel Teſtament il y ait, & qu'il puiſſe y avoir des heritiers, puiſque le Teſtateur nomme, pour recueillir ſon heredité, des perſonnes qui n'exiſtent pas, & qui n'exiſteront même jamais.

21. Conſéquence tirée de la Loi 9, *ff. de liberis & poſthumis.*

22. S'il eſt néceſſaire que le ſecond Teſtament contienne la clauſe de révocation.

Il importe peu que le ſecond Teſtament, pour opérer la révocation de plein droit, renferme ou non la clauſe de révocation des précedens Teſtamens; cette clauſe eſt ſuperfluë, parce que le Teſtament poſterieur révoque & anéantit de plein droit le Teſtament anterieur, *l.* 1, *l.* 2, *ff. de injuſto rupto*, *l.* 27, *cod. de Teſtam. & §.* 2, *inſtit. quib. mod. Teſtam. infirm.* Ceci ſuffit pour l'éclairciſſement de la premiere déciſion.

23. Un ſecond Teſtament où un incapable eſt inſtitué ne révoque pas le premier.

A l'égard de la ſeconde, un Teſtament poſterieur parfait, où un incapable eſt inſtitué, ne rompt & ne révoque pas de plein droit un Teſtament anterieur parfait; mais l'heritier inſtitué dans le premier Teſtament n'ayant pas pour lui la derniere volonté du défunt, l'heredité peut lui être ôtée, comme étant indigne. C'eſt la déciſion textuelle nette & préciſe de la Loi *cum quidam* 12, *ff. de his quæ ut indign. aufer. Cum quidam ſcripſiſſet heredes quos inſtituere non potuerat: quamvis inſtitutio non valeret, neque ſuperius Teſtamentum ruptum eſſet, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt ſupremam voluntatem, abſtulit jam pridem Senatus hereditatem;* ce qui ſuit de la même Loi n'a rien de commun avec le cas décidé dans les paroles que nous avons tranſcrites. Le Juriſconſulte Papinien y décide deux autres cas differens.

Mais l'heritier inſtitué au premier eſt indigne, parce qu'il n'a pas pour lui la derniere volonté.

24. Explication de la Loi 12, *ff. de his quæ ut indign.*

Dans le cas de cette Loi, on voit d'abord un Teſtateur, qui a fait un premier & un ſecond Teſtament. Par le premier, il devoit avoir inſtitué des heritiers capables, autrement le Juriſconſulte auroit déclaré un tel Teſtament inutile. Par le ſecond, il avoit inſtitué des heritiers qui étoient incapables, *quos inſtituere non potuerat.*

25. Suite.

Le Juriſconſulte dit d'abord, que l'inſtitution des perſonnes incapables contenuë dans le ſecond Teſtament ne valoit pas, *quamvis inſtitutio non valeret*, & que par conſéquent le premier Teſtament n'étoit pas rompu & révoqué, *neque ſuperius Teſtamentum ruptum eſſet.* Ce qui s'accorde à merveille avec le principe renfermé dans les autres textes du Droit, notamment dans la Loi 2, *ff. de injuſto rupto*, & dans le *§.* 2, *inſtit. quib. mod. Teſtam. infirm.* qui décident qu'un Teſtament poſterieur ne peut pas rompre un Teſtament anterieur, à moins qu'il ne ſoit parfait & revêtu de toutes les formalitez, excepté que le ſecond Teſtament ne fût fait en faveur des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ou bien par un Soldat, *jure militari.*

26. Suite.

Cependant le Juriſconſulte Papinien rapporte un Décret du Senat, par lequel, dans ce cas, l'heredité fut ôtée à ceux qui

étoient instituez dans le premier Testament, comme en étant indignes à cause qu'ils n'avoient pas la derniere volonté du défunt, *heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit jam pridem Senatus hereditatem.*

27. Suite.

Tout ce que nous venons de rapporter est dans la Loi, il n'y a aucune autre circonstance, ni aucun autre motif: & c'est l'alterer, ou la corrompre, que de ne pas y reconnoître ce qui y est véritablement, & de vouloir y mettre, ou suppléer ce que le Legislateur n'a pas voulu y faire entrer.

28. Conclusion.

On peut donc tirer de cette Loi cette décision sûre & infaillible, que quoiqu'un second Testament ne soit pas valable, quant à l'institution, à cause de l'incapacité des heritiers, le changement de volonté du Testateur qu'il constate, & qu'il prouve, ne laisse pas de produire un moyen d'indignité, qui suffit pour faire priver l'heritier institué dans le premier Testament, du fruit & de l'émolument de l'heredité.

29. Jurisprudence des Parlemens de Paris, Grenoble & Aix.

C'est en conformité de ce texte, que plusieurs Parlemens du Royaume ont jugé, qu'un heritier institué dans un premier Testament ne devoit pas profiter de l'heredité à cause d'un Testament posterieur, quoique des personnes incapables y fussent instituées, & que l'heredité devoit être déferée aux successeurs *ab intestat.* L'Auteur *du Journal du Palais* rapporte un Arrêt du Parlement de Paris du 9 Avril 1669. Il en rapporte un autre du Parlement de Provence du 25 Février 1672, lequel on trouve encore dans *Boniface, tom. 5, liv. 1, tit. 23, chap. 1; & Basset, tom. 1, liv. 5, tit. 1, chap. 17*, en rapporte un autre du Parlement de Grenoble du 19 Janvier 1660.

30. Auteurs qui ont cru que la Loi *cum quidam* n'étoit pas reçuë à cause de son obscurité.

Il seroit difficile de trouver dans tout le corps du Droit un texte plus aisé à entendre, dès qu'on ne voudra y rien suppléer, ni en rien retrancher, plus clair, plus dégagé des circonstances embarrassantes, que la Loi *cum quidam 12, ff. de his quæ ut indign.* Cependant plusieurs Auteurs, & entr'autres *M. Maynard, liv. 8, chap. 50, ont cru qu'elle ne devoit pas être reçuë à cause* de la difficulté qu'il y a à l'entendre; ce qu'ils n'ont dit, sans doute, qu'à cause de l'embarras où ils se sont trouvez de la concilier avec d'autres Loix qui paroissent contraires, & qui ne le sont pas en effet, ou parce qu'ils n'ont pas voulu se donner la peine de chercher dans la Loi même la raison qui en fait la conciliation sans aucun embarras.

31. Sentiment de *Cujas* sur la Loi *cum quidam.*

Quoique la Loi *cum quidam 12, ff. de his quæ ut indign. auser.* dise, en termes diserts & clairs, que l'heritier institué dans le

premier Teſtament eſt indigne, parce qu'il n'a pas pour lui la derniere volonté du défunt, & que ce ſoit-là l'unique motif, & l'unique fondement ſur lequel eſt appuyée la déciſion du Juriſconſulte Papinien; néanmoins *M. Cujas* a cru que ce ne pouvoit pas être la raiſon déciſive, & qu'il falloit ſuppoſer dans le Décret du Senat qui avoit ôté l'heredité, des circonſtances & des conjectures qui avoient mû le Teſtateur à déclarer indignes les heritiers inſtituez dans le premier Teſtament, & qu'il falloit préſumer de cela ſeul, que le Teſtateur avoit préferé aux premiers heritiers d'autres heritiers incapables, qu'il avoit inſtituez dans le ſecond Teſtament, en haine des premiers heritiers, autrement le Décret du Senat rapporté par Papinien ſeroit injuſte.

L'explication de *Cujas* eſt une dépravation de la Loi *cum quidam.*

Et pluſieurs Auteurs, qui ont écrit depuis ce Docteur, entraînez par ſon autorité, ont donné tête baiſſée dans cette explication, qui eſt une véritable dépravation du texte, puiſque la Loi s'explique en termes ſi clairs, & qu'elle dit d'une maniere ſi nette, que l'indignité procede de cette unique ſource, que le premier heritier n'a pas pour lui la derniere volonté du défunt, *heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt ſupremam voluntatem*, qu'il y a lieu d'être ſurpris, que *M. Cujas*, cette grande lumiere du Droit, & les Auteurs qui l'ont ſuivi, d'ailleurs très-judicieux, ayent pû donner dans un ſiſtême ſi viſiblement contraire aux termes & à l'eſprit du texte.

Il faut preſentement examiner les textes & les raiſons que les Auteurs oppoſent pour s'éloigner de la déciſion de la Loi *cum quidam.*

32. Raiſons des Auteurs qui s'éloignent du ſens de la Loi *cum quidam.*

On dit d'abord qu'il n'eſt pas poſſible que l'indignité ſoit fondée ſur ce que les premiers heritiers n'ont pas la derniere volonté du défunt, puiſque la Loi *miles* 36, *§. veteranus* 3, *ff. de Teſtam. militis*, décide que ſi un veteran déclare en mourant, qu'il ne veut pas qu'un précedent Teſtament, qu'il avoit fait *jure communi*, vaille afin de mourir *ab inteſtat*, les inſtitutions & les ſubſtitutions contenuës dans ce Teſtament demeurent dans leur entier, & que les Legataires peuvent ſeulement être repouſſez par l'exception de dol, lorſqu'ils font la demande du legs; cependant dans le cas de cette Loi les heritiers & les ſubſtituez n'ont pas pour eux la derniere volonté du défunt, & néanmoins ils ne ſont pas déclarez indignes, & le Juriſconſulte Paul dit au-contraire, que les inſtitutions & les ſubſtitutions ſont valables, *heredum inſtitutiones ac ſubſtitutiones in eodem ſtatu manſiſſe placuit.*

Cette Loi qui a fait illuſion à *M. Cujas*, n'a rien de contraire à la déciſion de la Loi *cum quidam* 12, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* Il s'agit dans le texte oppoſé, non d'une volonté conſtatée par un Teſtament parfait; mais d'une ſimple déclaration, comme le Teſtateur ne veut pas que ſon premier Teſtament vaille, laquelle déclaration ne peut avoir aucune force ni effet, ſuivant le §. *ex eo* 7, *inſtit. quib. mod. Teſtam. infirm.* à moins qu'il n'y ait un intervale de dix ans entre la datte du Teſtament & celle de la déclaration, auquel cas elle opere ſon effet, non à cauſe de la déclaration de la volonté ſeulement, mais à cauſe qu'elle eſt jointe avec le laps du tems, ſuivant la Loi *ſancimus* 27, *cod. de Teſtam. tunc irritum eſt Teſtamentum, tam ex contrariâ voluntate, quam ex curſu temporali.*

53. Conciliation de la Loi *cum quidam* avec la Loi 36, §. 3, *ff. de Teſtam. milit.*

De la déclaration que le Teſtateur veut mourir *ab inteſtat.*

Il eſt facile de comprendre que le cas de la Loi *cum quidam* eſt bien different. La volonté contraire qui fait operer l'indignité, ne vient pas d'une ſimple déclaration, comme dans l'eſpece de la Loi 36, §. 3, *ff. de Teſtam. militis*, il s'agit d'un Teſtament parfait dans toutes ſes parties, & dont l'inſtitution eſt inefficace à cauſe de l'incapacité des heritiers; ſans cette incapacité le premier Teſtament ſeroit révoqué de plein droit, *ſi quidem perfectiſſima eſt ſecundi Teſtamenti confectio, ipſo jure prius tollitur Teſtamentum*, ſelon les expreſſions de la Loi; mais lorſque le Teſtament poſterieur parfait contient l'inſtitution des heritiers qui ſont incapables, le premier Teſtament n'eſt pas révoqué & rompu de plein droit, il n'opere qu'un effet indirect, en faiſant déclarer indignes les heritiers inſtituez dans le premier Teſtament, comme n'ayant pas pour eux la derniere volonté du défunt. Ce ſont donc des cas differens; mais non pas des cas contraires ou oppoſez.

54. Suite.

Comment la Loi *cum quidam* opere ſon effet.

La Loi 18, *ff. de leg.* 3, n'eſt pas plus contraire à la Loi *cum quidam*, que le ſeroit une Loi qui établit une regle generale, avec celle qui établit une exception à cette même regle. En effet, la Loi 18, *ff. de leg.* 3, dit même en termes pleins de doute, qu'on n'eſt cenſé s'être départi de la volonté & de la diſpoſition contenuë dans un premier Teſtament, qu'autant qu'une ſeconde diſpoſition eſt valable, *fortaſſis ideò, quod ita demum, à priore Teſtamento velim recedi ſi poſterius valiturum ſit*; & la Loi *cum quidam*, qui décide dans ſon cas particulier, que les heritiers inſtituez dans un premier Teſtament, doivent être privez comme indignes de l'heredité, lorſque dans un Teſtament poſtérieur parfait des heritiers incapables ont été inſtituez, renferme une exception à la regle generale.

55. Explication de la Loi 18, *ff. de leg.* 3.

36. Explication du §. 7, *inſtit. quib. mod. Teſtam. infirm.*

Encore moins peut-on regarder comme contraires à la Loi *cum quidam* les trois déciſions renfermées dans le §. *ex eo* 7, *inſtit. quib. mod. Teſtam. infirm.* car lorſque le Teſtateur déclare ſimplement qu'il ne veut pas que ſon Teſtament vaille, lorſqu'il ſe repent de ſa premiere diſpoſition, lorſqu'il a commencé un autre Teſtament, qu'il n'a pas pû achever, ayant été prévenu par la mort, ou parce qu'il n'a pas voulu l'achever, il n'en réſulte point une volonté telle que celle qui eſt conſtatée par un Teſtament parfait, & qui ne péche que parce que les heritiers inſtituez ſont incapables; tout ce qui réſulte de ce §. 7, eſt que toute volonté ne ſuffit pas, ni pour révoquer un précedent Teſtament, ni pour faire déclarer indignes les heritiers inſtituez dans un précedent Teſtament, de quoi nous demeurons d'accord. On peut voir l'explication de ce §. 7, dans le Commentaire de *M. Cujas*, ſur la Loi *cum quidam* 12, *ff. de his quæ ut indign. auſer.*

Toute volonté ne ſuffit pas pour révoquer un premier Teſtament, ni pour faire déclarer indignes les premiers heritiers.

37. Arrêt du Parlement de Toulouſe contraire à la Loi *cum quidam.*

M. la Roche, qui rapporte *au liv.* 4, verb. *Teſtament, article* 14, un Arrêt du Parlement de Toulouſe après partage, par lequel on s'écarta de la déciſion de la Loi *cum quidam*, dit que ce fut par deux raiſons. La premiere, qu'afin qu'un ſecond Teſtament puiſſe révoquer un premier, il faut que l'herédité puiſſe être acceptée en vertu du ſecond Teſtament, ce qui n'arrive pas quand les heritiers inſtituez ſont incapables. La ſeconde, que ce qui eſt rapporté par Papinien dans la Loi *cum quidam*, eſt ſuivant le Droit ancien, lequel a été depuis corrigé.

Deux raiſons de cet Arrêt.

38. La premiere raiſon eſt mal appliquée.

La premiere de ces deux raiſons eſt bonne, mais elle eſt mal appliquée; il ne s'agit pas dans l'eſpece de la Loi *cum quidam*, que le ſecond Teſtament révoque le premier; la Loi déclare nommément le contraire par ces paroles *neque prius Teſtamentum ruptum eſſet.* Il s'agit uniquement de l'indignité des heritiers qui n'ont pas pour eux la derniere volonté du défunt, conſtatée par un acte parfait & revêtu de toutes les formalitez exterieures, ce qui n'a rien de commun avec la révocation que produit de plein droit un ſecond Teſtament valable & efficace.

39. La ſeconde raiſon manque dans le fait.

La ſeconde raiſon manque dans le fait; car il n'y a aucune Loi poſterieure qui corrige la déclaration d'indignité portée par la Loi *cum quidam*, dans ſon eſpece particuliere. *M. Cujas*, ni aucun autre n'en ont pû indiquer aucune. Il eſt vrai que par l'uſage du Royaume on ne défere point au fiſc ce qui eſt ôté à l'indigne, & que par notre uſage il demeure dans l'herédité, ou eſt déferé aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, comme le remarque *Dumoulin*, & les autres Auteurs que nous avons indiquez ci-deſſus,

nombre 4 ; mais ce changement dans la maniere de déferer ce qui eſt ôté à l'indigne, n'ayant rien de commun avec la déclaration de l'indignité, ne peut pas avoir abrogé ou corrigé les Loix qui ont établi & déclaré les cas où l'indignité doit avoir lieu, autrement toute indignité ſeroit abrogée, parce qu'on ne défere plus au fiſc, ce qui eſt ôté à l'indigne : cependant, on voit juger tous les jours, conformément aux Loix qui établiſſent les cas de l'indignité, quoiqu'on ne défere plus au fiſc ce qui eſt ôté à l'indigne.

40. Réfutation de la raiſon rapportée par *M. de Cambolas.*

M. de Cambolas, livre 5, chapitre 36, expliquant plus clairement la penſée de *M. la Roche*, dit que ce qui eſt décidé par la Loi *cum quidam*, étoit *antè orationem divi Pertinacis*, rapporté dans le *§. ex eo 7, inſtit. quib. mod. Teſtam. infirm.* Mais cette ſolution n'eſt pas bonne, parce que la Loi *cum quidam* décide de même que la Loi de l'Empereur Pertinax, que le ſecond Teſtament où des incapables ſont inſtituez, ne révoque pas le premier, & la Loi de l'Empereur Pertinax ne portant que ſur la révocation du Teſtament, & non ſur la déclaration d'indignité, elle ne peut pas avoir corrigé ou abrogé, à cet égard, la déciſion de la Loi *cum quidam.* Si je me ſuis ſi fort étendu ſur ce ſecond point, c'eſt parce que la difficulté l'exigeoit, & qu'aucun Auteur ne s'eſt donné la peine de l'éclaircir comme il faut.

41. Troiſiéme point ou troiſiéme déciſion, qu'une volonté conſtatée par un acte imparfait ne ſuffit pas pour établir l'indignité.

A l'égard du troiſiéme point ou de la troiſiéme déciſion que nous avons formée ci-deſſus, il paroît de ce qui vient d'être dit, qu'une derniere volonté conſtatée par un acte imparfait & deſtituée des formalitez exterieures du Droit, ne ſuffit pas, non-ſeulement pour rompre & révoquer un Teſtament antérieur ; mais encore pour faire déclarer indigne, l'heritier inſtitué dans un premier Teſtament. On ne reconnoît en matiere de diſpoſition teſtamentaire, d'autre volonté que celle qui eſt conſtatée par un acte revêtu des formalitez que le Droit exige, ſoit par Teſtament, ou par codicile, parce que, comme nous l'avons obſervé ailleurs, les Teſtamens ſont de Droit public ; c'eſt la Loi qui en regle la forme & l'effet, & quoique la volonté ſoit la baſe & le fondement des diſpoſitions, on ne reconnoît point comme efficace celle qui n'eſt pas revêtuë de la forme, que la Loi exige pour la faire valoir. Un Teſtament qui manque de quelque formalité eſt nul, *§. ex eo 7, inſtit. quib. mod. Teſtam. infirm.* & par conſéquent, il eſt incapable de produire aucun effet, parce que *quod nullum eſt, nullum producit effectum.* Voilà pourquoi la déciſion de l'Arrêt du Parlement de Toulouſe, rendu en 1740,

au Procès des sieurs Goutes, dont nous avons parlé ci-dessus, est très-juridique, & n'a rien de contraire à la Loi *cum quidam*, dans l'espece de laquelle le second Testament étoit revêtu de toutes les formalitez de Droit, pour prouver que l'heritier institué dans le premier n'avoit pas pour lui la derniere volonté du Testateur: ainsi, cette Loi ne reçoit pas une juste application, aux cas où le second Testament est nul par défaut de formalité extérieure; il faut néanmoins prendre garde que si le dernier Testament n'étoit nul qu'à cause de la préterition, & qu'il renfermât la clause de révocation des précedens Testamens, cette clause romproit & rendroit inutile le Testament antérieur, comme l'a jugé l'Arrêt du Conseil, que nous avons rapporté ci-dessus, nombre 15, par la raison que nous y avons expliquée.

Le dernier Testament nul par la préterition, & qui contient la clause de révocation, révoque les précedens Testamens.

42. L'indignité ni l'incapacité ne sont pas des qualitez naturelles, il faut les prouver.

L'indignité, tout comme l'incapacité, n'est pas une qualité naturelle à l'homme, c'est une qualité accidentelle, que l'on ne doit pas, par conséquent, présumer; celui auquel une liberalité ou une herédité, ou une succession sont destinées, peut donc les acquerir, les retenir & les conserver, s'il n'y a une preuve claire de l'indignité, *manifestissimè*, comme s'explique la Loi 3, *ff. de his quæ ut indignis auser.* outre les textes ordinaires qui obligent tout Demandeur à prouver. Cela est ainsi décidé par rapport à l'indignité, par la Loi 1, *cod. ubi causæ fiscales vel divinæ domus agantur.* Il faut encore que l'indignité soit établie sur quelqu'un des cas dans lesquels la Loi déclare les personnes indignes; car c'est la Loi même qui doit établir l'indignité; c'est une matiere pénale, & par conséquent de rigueur, & où l'on ne doit pas faire des extensions d'un cas à l'autre, sous prétexte de l'identité de raison, il faut s'en tenir à la regle *odia sunt restringenda.* Ainsi, on ne doit point déclarer une personne indigne, si elle ne se trouve précisement dans quelques-uns des cas où la Loi prononce l'indignité, ou bien si le Testateur, à qui la Loi communique une espece de puissance Législative, suivant ces paroles de l'Empereur Justinien *disponat Testator & erit lex*, ne la déclare lui-même disertement.

Il n'y a d'indignité que dans le cas où la Loi l'a établie diserement.

Ou le Testateur qui tient ce pouvoir de la force de la Loi qui le lui permet.

43. Trois sources de l'indignité, du fait de l'indigne; de sa négligence; de la volonté du Testateur.

On peut comprendre par le détail des cas où la Loi déclare l'indignité, qu'elle procede de trois sources; sçavoir, du fait de la personne déclarée indigne, ou de sa négligence, ou de la volonté du Testateur, laquelle volonté peut résulter, ou des paroles qui la renferment disertement, ou des faits qui la contiennent implicitement; c'est-à-dire, qu'on peut devenir indigne, ou en faisant des choses ausquelles la Loi a attaché l'indignité,

ou en omettant ou négligeant des choſes que la Loi ordonne à ceux qui doivent recueillir, ou qui ont déja recueilli une libéralité; ce qui forme une eſpece de condition légale, qui réſout, quand elle n'eſt pas remplie, le droit de la perſonne; ou enfin, quand il plaît au Teſtateur de déclarer lui-même indigne *verbis vel facto*, la perſonne qu'il avoit gratifiée, ou à laquelle la Loi deſtine ſa ſucceſſion. Ce ſera rélativement à ces trois ſources & en rapportant à chacune les differens cas d'indignité qui lui conviennent, que nous en ferons le détail.

Condition légale dans le cas de l'indignité.

Celui qui a tué le Teſtateur, ou qui a été la cauſe de ſa mort par quelqu'évenement accompagné de ſa faute, eſt indigne de ſa ſucceſſion *ab inteſtat*, & de toutes les libéralitez que le Teſtateur lui avoit faites, ſoit par diſpoſition teſtamentaire ou à cauſe de mort, ſoit par contrat entre-vifs. La Loi *cum ratio* 7, *§. præterea* 4, *ff. de bonis damnat.* eſt expreſſe pour l'indignité des ſucceſſions. La Loi *ab hoſtibus* 10, *§.* 1, *ff. ſoluto matrim.* l'eſt pareillement pour les contrats entre-vifs. *Si vir uxorem ſuam occiderit, dotis actionem heredibus uxoris dandam eſſe, Proculus ait, & rectè: non enim æquum eſt, virum ob facinus ſuum dotem ſperare lucri facere; idemque & à contrario ſtatuendum eſt*, dit la Loi *ab hoſtibus* 10, *§.* 1, *ff. ſoluto matrimonio*, ou, comme s'explique la Loi 3, *ff. de his quæ ut indign. aufer. Indignum eſſe Divus Pius illum decrevit . . . qui manifeſtiſſimè comprobatus eſt id egiſſe, ut per negligentiam & culpam ſuam mulier à quâ heres inſtitutus erat moreretur.*

44. Indignité de celui qui procure la mort au Teſtateur.

La Loi *Lucius Titius* 9, *ff. de jure fiſci*, renferme la même déciſion d'une maniere indirecte à la verité; mais qui eſt encore plus énergique, elle veut qu'une femme qui a procuré par le poiſon, la mort de ſon mari, ſoit déclarée indigne, même après ſa mort, & par conſéquent, après l'extinction du crime, de la ſucceſſion de ſon fils pupille, qui avoit recueilli *ab inteſtat* l'héréditè de ſon pere, dont il avoit rompu le Teſtament par ſa naiſſance.

45. Et de la ſucceſſion *ab inteſtat*.

Il eſt vrai que *M. Cujas* ſur cette Loi, *lib.* 17, *reſp. Modeſtini*, & dans ſes *Obſervations*, *lib.* 26, *cap.* 24, corrige & explique cette Loi, de façon que la mere avoit procuré la mort, non de ſon mari, mais de ſon fils, ce qui n'eſt pas expliquer, mais alterer le texte; auſſi a-t'il été repris avec raiſon, par pluſieurs autres Auteurs, qui ont donné à la Loi l'explication que les paroles exigent. M. Cujas s'eſt même retracté dans un autre endroit de ſes ouvrages, ainſi que nous le remarquerons bientôt: Mais en

46. Explication de la Loi 9. *de jure fiſci* par *Cujas*.

ſuivant la correction de *M. Cujas*, cette Loi décideroit toujours que celui qui procure la mort d'une perſonne eſt indigne de ſa ſucceſſion.

47. Opinion des Auteurs.

Tous les Auteurs ſe ſont réunis pour former une pareille déciſion, qui a été adoptée par tous les Tribunaux du Royaume; les livres ſont pleins d'Arrêts qui ont déclaré l'indignité dans ce cas, on peut même dire, qu'il n'y a aucun autre cas, où l'on ait attaché l'indignité avec plus de raiſon & de juſtice qu'à celui-là.

48. L'indignité eſt encourue par le meurtre ſoit des aſcendans, des deſcendans, des collateraux ou des étrangers.

Cette indignité doit avoir lieu, ſoit que le mari procure la mort de ſa femme, *& vice versâ*, comme le décide la Loi 10, §. 1, *ff. ſoluto matrimonio*, ſoit que le fils tue ſon pere, *& vice versâ*, ſoit que l'homicide ait été commis en la perſonne d'un collateral ou d'un étranger, parce que la même raiſon milite dans tous ces cas; car c'eſt la mort même & l'action, & non la qualité de celui qui cauſe ou procure la mort, ou de celui qui la ſouffre, qui produiſent l'indignité.

49. Si l'indignité eſt encouruë par l'homicide permis ou toleré.

Les Auteurs ne ſont pas d'accord ſi l'indignité doit être déclarée, lorſqu'il s'agit d'un homicide licite ou toleré, comme s'il eſt commis en la perſonne d'un banni, d'un traître à la patrie, & qui a été déclaré ennemi de l'Etat, quand les Loix de l'Etat permettent de tuer ces ſortes de perſonnes; ou bien s'il eſt ſimplement toleré, comme, lorſque le pere ou le mari tuë ſa fille ou ſa femme qu'il ſurprend en adultere, ou quand il a été remis par des Lettres du Prince qui ont été enterinées. Les uns tiennent pour la négative, les autres pour l'affirmative; les autres diſtinguent.

50. Raiſons pour la négative.

Pour la négative, on peut dire, que les Loix qui ont déclaré l'indignité, ne l'ont fait que dans des cas où il y a du crime ou du moins de la négligence & de la faute, ce qui ne peut pas avoir ſon application au cas où l'homicide eſt permis ou toleré, & eſt exempt de crime, qui eſt le fondement & la raiſon déciſive de l'indignité. La Loi 53, §. 3, *ff. de leg.* 1, & la Loi 96, *ff. de verbor. oblig.* décident que celui qui tue un eſclave qu'il doit par legs fait par ſon auteur ou par ſtipulation, lequel eſclave il ſurprend en flagrant délit, & qu'il peut tuer impunément, ne peut point être recherché, ni pour être puni, ni pour être obligé d'en payer la valeur; ce qui renferme cette regle que quand l'homicide eſt permis ou toleré, on n'en doit ſouffrir aucune peine. C'eſt l'opinion qui a été embraſſée par *Bartole*, ſur la Loi *ſi ab hoſtibus* 10, §. *ſi vir*, *num.* 5, *ff. ſoluto matrimonio.*

51. Réſolution pour l'affirmative.

Malgré ces raiſons & le ſentiment de *Bartole*, nous croyons

avec *M. Denis le Brun, des Succeſſions, livre 3, chap. 29, nomb. 2*, que le ſentiment de ceux qui tiennent que l'indignité doit être déclarée dans ce cas, eſt mieux fondé; en effet, quelque tolerance que la Loi puiſſe avoir pour l'homicide, en certains cas, & quoiqu'elle n'inflige pas au meurtrier la peine ordinaire, que ſon action merite, c'eſt contre l'équité naturelle d'adjuger au meurtrier les biens ou la ſucceſſion de celui dans le ſang duquel il a trempé ſes mains, ou dont il a procuré la mort. On trouve dans la Loi 1, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* que l'indignité eſt encouruë pour un fait qui merite une récompenſe, ſi elle eſt injurieuſe au Teſtateur. La Loi 10, §. 1, *ff. ſolut. matrim.* décide en general & ſans exception, que le mari qui tuë ſa femme ne peut pas eſperer de profiter de ſa dot qu'il auroit gagnée par ſa ſurvivance, *non enim equum eſt, virum ob facinus ſuum, dotem ſperare lucri facere.* Cette Loi n'excepte point le cas où le mari aura tué ſa femme ſurpriſe en adultere, & il n'y a aucune autre Loi qui excepte de la regle generale, qui déclare indigne celui qui a procuré la mort à celui à qui il avoit droit de ſucceder par Teſtament ou *ab inteſtat*; il faut même prendre garde que le mot *facinus*, dont la Loi ſe ſert, peut être pris en bonne part, & ſignifie auſſibien une action exempte de crime, qu'une action criminelle & puniſſable; & que de plus, la même Loi déclarant la même indignité contre la femme qui tuë ſon mari, laquelle ne peut le faire en aucun cas licitement, & ſans encourir la peine ordinaire infligée par la Loi, ſemble exclure par-là toute reſſource au meurtrier, pour ſe mettre à l'abri de l'indignité, ſous prétexte que le meurtre eſt permis ou toleré, & non puniſſable. C'eſt ainſi que le Parlement de Paris l'a jugé par un Arrêt du 10 Avril 1603, rapporté par *Peleus au livre 6 de ſes actions Forenſes, chapitre 1*, & par *Charondas, livre 13, rép. 39*, dans le cas d'un mari qui avoit tué ſa femme ſurpriſe en adultere, lequel fut déclaré indigne de ſa ſucceſſion en vertu du titre *unde vir & uxor*, qu'il demandoit, à cauſe que la femme n'avoit point des parens capables de la recueillir; il fut encore déclaré indigne des conventions matrimoniales. *M. la Roche & Graverol, livre 1, titre 7, Arrêt 4, &* verb. *mariage, Arrêt 37*, rapportent pluſieurs Arrêts qui ont jugé la même choſe.

Le premier cas dont les Auteurs parlent, c'eſt-à-dire, de l'homicide du banni, traître à la patrie & déclaré ennemi de l'Etat, ne peut pas ſe vérifier parmi nous, où il n'eſt pas permis de tuer les bannis; & d'ailleurs, la confiſcation des biens de celui qui

Nota. En France il n'eſt pas permis de tuer les bannis.

a été condamné pour crime d'Etat & de leze-Majesté, empêche qu'on ne puisse lui succeder *ab intestat* ni par Testament, parce que la condamnation prononcée contre lui, le rend inutile & inefficace; ainsi la difficulté cesse à cet égard, & les raisons des Auteurs ne peuvent pas s'y appliquer.

53. Des donations faites par le criminel d'Etat.

Pour ce qui est des donations entre-vifs que le criminel d'Etat auroit faites à celui qui le tue, l'indignité en seroit encouruë; parce que selon les Loix du Royaume, l'homicide n'est pas permis dans ce cas, & il suffit, suivant la Loi 3, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* qu'il y ait de la faute de la part de celui qui a procuré ou occasionné la mort pour être déclaré indigne des liberalitez faites par le meurtri.

54. Du meurtre causé pour adultere.

Il est vrai que la Loi *nec in ea* 22, *§. jus occidendi* 2, & la Loi 23, *ff. ad l. Jul. de adult.* permettent au pere de tuer sa fille qu'il surprend en adultere dans la maison de lui pere, ou dans celle de son gendre, *si in ipsâ turpitudine filiam de adulterio deprehendat*, & non ailleurs, ni dans toute autre circonstance; mais il faut prendre garde que cette permission est plutôt une indulgence, dont la Loi donne à entendre que le pere ne doit pas user, qu'une permission libre, *l.* 22, *§.* 4, *ff. eod.* il faut encore prendregarde que la Loi n'accorde pas une pareille indulgence au mari, elle lui permet seulement de tuer l'homme adultere surpris dans la maison du mari, *in ipsâ turpitudine*, & non ailleurs, *l.* 4, *cod. ad l. Jul. de adult.* mais elle ne lui permet en aucun cas, de tuer sa femme, quoique surprise *in ipsâ turpitudine*; il est vrai que le mari meurtrier de sa femme, dans ces circonstances, ne doit pas être puni de la peine ordinaire du dernier supplice; mais il est puni d'une peine moins sévere, suivant la distinction portée dans la Loi 38, *§.* 8, *ff. ad l. Jul. de adult.*

55. Quand & à qui est-il permis de tuer la femme adultere.

56. Raison pourquoi le pere peut tuer sa fille surprise en adultere, & non au mari.

La raison de cette difference entre le pere & le mari de la femme adultere, est expliquée dans la Loi 22, *§.* 4, *ff. ad l. Jul. de adult. Ideò autem patri, non mariio mulierem & omnem adulterum remissum est occidere: quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit; cæterùm mariti calor & impetus facile decernentis, fuit refrenandus.*

57. En France l'homicide pour adultere n'est point licite.

Il faut même observer qu'en France l'homicide dans ces circonstances n'est point licite, il est consideré comme un crime punissable, pour la rémission & extinction, duquel il est nécessaire d'obtenir des Lettres du Prince qui, à la verité, s'accordent facilement, & qui sont enterinées sans contestation, lorsqu'il paroît que le pere ou le mari s'en sont tenus dans les bornes de la pu-

nition des coupables, & de la vengeance d'une juste douleur, pour l'outrage qu'ils reçoivent. Voilà pourquoi il y a toujours plus qu'une simple faute qui suffit pour faire encourir l'indignité, *l. 3, ff. de his quæ ut indign. auser.*

58. De l'homicide dans les bornes d'une défense légitime.

On doit dire la même chose de celui qui tue son bienfaiteur, quoiqu'il le fasse en se tenant exactement dans les bornes d'une défense légitime, & pour conserver sa vie, qu'il est exposé de perdre, s'il ne tue celui qui l'attaque; car dans ce cas, il faut prendre des Lettres de rémission, du moins aux petites Chancelleries, parce que dans ce cas, le meurtre est pour ainsi dire nécessaire, & par conséquent excusable; que si l'on s'écarte tant soit peu des regles de la défense nécessaire à la conservation de la vie de celui qui est attaqué, & qu'il tue son agresseur, il doit prendre des Lettres de rémission du Prince, sinon il seroit puni, non à la verité de la peine ordinaire de l'homicide; mais d'une peine moins rigoureuse; ainsi, il y a lieu, dans tous ces cas, de déclarer le meurtrier, indigne des liberalitez qui lui avoient été faites par le meurtri.

59. Arrêt du Parlement de Toulouse trop indulgent.

Après cela, il est facile de comprendre qu'il y a un peu trop d'indulgence dans l'Arrêt du Parlement de Toulouse du 15 Juillet 1669, rapporté par *Albert*, verb. *indignité*, *article* 1 de l'ancienne édition, & *lettre S. chapitre* 22 de la nouvelle, qui en enterinant les Lettres de rémission obtenues par un pere, lequel avoit tué son fils d'un coup de bâton qu'il lui jetta, pour quelque manque de respect envers lui, maintint le pere aux biens ayant appartenu à ce fils.

60. De la permission accordée au mari après trois sommations, de tuer celui qui fréquente sa femme.

La Novelle 117, *chapitre* 15, permet au mari, après trois differentes dénonciations faites en presence de trois témoins, à un homme de ne point fréquenter sa femme, de tuer cet homme, s'il le trouve avec sa femme, & qu'un tel homicide est absolument impuni selon le Droit Romain; mais comme cela ne s'observe point en France, où toutes les voyes de fait sont défenduës, & où il n'est pas permis de se faire justice à soi-même, ainsi que le remarque *M. la Roche*, *livre* 1, *titre* 7, *article* 4, verb. *adultere*, celui qui tueroit dans ces circonstances, & sous ce prétexte, la personne qui lui auroit fait des liberalitez par Testament ou entre-vifs, en devroit être déclaré indigne. C'est une suite des regles que nous avons posées ci-dessus.

61. Si l'indignité encourue pour le meurtre commis en la personne

La question de sçavoir si l'indignité encourue pour homicide commis en la personne du défunt, réflechit sur la personne des enfans, ou ascendans, ou collateraux du meurtrier, n'est pas fa-

du défunt, réflechit sur les enfans, ou ascendans, ou collateraux du meurtrier.

cile à résoudre sur les principes du Droit Romain, parce que ce qui étoit ôté à l'indigne, dans ce cas, devant être adjugé au fisc, une telle décision faisoit cesser cette difficulté, qui ne pouvoit pas être résolue, parce qu'elle ne pouvoit pas se presenter.

Raisons pour la négative & pour l'affirmative.

Les raisons que l'on peut alleguer pour la négative & pour l'affirmative, sont expliquées par *M. Louet, lettre S. sommaire* 20; & *M. la Roche*, verb. *succession*, *Arrêt* 2, a pris le soin de ramasser les differens textes du Droit qui peuvent former quelque argument pour & contre.

61. Résolution de la question par trois distinctions.

Pour dire notre avis sur cette question qui est très-difficile, nous croyons qu'il faut d'abord distinguer les collateraux d'avec les descendans de l'indigne; qu'il faut encore distinguer les ascendans ou descendans, qui peuvent succeder de leur chef au meurtri, d'avec ceux qui ne peuvent lui succeder que parce que l'indigne leur fait place comme étant le plus proche; qu'enfin il faut distinguer les dispositions testamentaires, des successions *ab intestat.*

62. Premiere distinction. De ceux qui viennent de leur propre chef.

Nous disons donc sur le premier membre de cette triple distinction, que si un frere cause la mort d'un sien frere, & devient par-là, ou par quelque autre fait, indigne de sa succession, l'indignité ne doit point réflechir sur un troisiéme frere, lequel doit profiter de la succession du meurtri, à l'exclusion des enfans du meurtrier, qui ne peuvent venir que par representation de la personne du meurtrier, laquelle ne peut pas avoir lieu si le meurtrier est encore en vie, parce qu'il n'y a point de representation d'une personne vivante; elle ne peut pas avoir lieu non-plus, quoique le meurtrier ait été condamné & exécuté à mort, parce que la succession ayant été ouverte au moment de la mort du meurtri, auquel tems le meurtrier étoit encore en vie, son indignité fait obstacle à ses enfans, & doit faire déferer la succession au troisiéme frere, seul capable de la recueillir lorsqu'elle a été ouverte par le décès du défunt.

63. Preuve de cette distinction.

La derniere partie de notre décision est évidente, parce qu'elle est fondée sur des regles indispensables; il ne reste qu'à prouver la premiere; c'est-à-dire, que l'indignité du frere meurtrier ne réflechit pas sur son autre frere vivant & capable, c'est ce qu'on trouve nettement dans la Loi 2, §. 1, *ff. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*, laquelle parlant de l'indignité encourue par celui qui empêche de tester, dit, *fratris autem factum fratri non nocet*, & comme cette indignité est de même nature &

Factum fratris non nocet fratri.

produit le même effet que celle qui dérive d'un homicide, on peut appliquer la décision de cette Loi au cas de l'homicide, & dire que le fait du frere meurtrier ne doit pas nuire à un autre frere, contre lequel la Loi ne prononce aucune indignité. La même décision se trouve dans la Loi *divi fratres* 17, *ff. de jure patronatûs*, & dans la Loi derniere, *ff. de Senatus-Consulto Silaniano. Si de pluribus heredibus quibusdam invitis aut ignorantibus apertum erit Testamentum, non amittunt portiones suas qui culpâ carent*, & par conséquent, on doit tenir pour certain, que l'indignité encouruë par l'un des heritiers, ne doit pas nuire aux autres, qui ont un droit de leur propre chef, & qui ne l'empruntent pas de la personne de l'indigne. Il y a dans *Albert*, verb. *indignité*, *article.* 1, un Arrêt du Parlement de Toulouse du 7 Décembre 1639, & un autre du Parlement de Paris du 18 Janvier 1652, rapporté par *Basnage sur l'article* 235 *de la Coutume de Normandie*, qui autorisent cette décision; il est même remarquable que dans le cas de l'Arrêt de Basnage, le pere & un frere avoient cooperé à la mort du défunt, & néanmoins un autre frere fut admis à la succession.

65. Seconde distinction. De ceux qui ne peuvent venir que par representation de la personne du meurtrier.

Nous disons en second lieu, que quand les enfans du meurtrier ne peuvent venir que par representation de leur pere, & qu'il y a des parens au même dégré que le meurtrier qui a survêcu au meurtri, l'indignité du meurtrier réflechit sur ses enfans, & doit les faire exclure par les raisons que nous venons de toucher, en expliquant le premier membre de notre distinction. C'est le cas jugé par l'Arrêt du 15 May 1665, rapporté par *le Brun, des Successions, livre* 3, *chapitre* 9, *nombre* 11; mais si les enfans du meurtrier peuvent venir de leur propre chef, l'indignité ne réflechit pas sur eux. Voilà pourquoi les enfans d'un mari qui a tué sa femme succedent à leur mere, nonobstant l'indignité de leur pere meurtrier, ainsi que l'a remarqué *le Brun, des Successions, livre* 3, *chapitre* 9, *nombre* 24; mais cet Auteur n'en a pas expliqué la veritable raison. Dans l'espece de l'Arrêt du 18 Janvier 1652, rapporté par *Basnage sur l'article* 235 *de la Coutume de Normandie*, & par *Soëfve, centurie* 1, *chapitre* 89, la succession fut adjugée à un frere du meurtri, quoiqu'il eût été tué par son pere, & par un autre frere, nonobstant le concours de cette double indignité que l'on jugea ne pouvoir pas nuire au frere qui étoit innocent; on peut voir ce qui a été écrit par *Vasquez, de Successionibus, tom.* 3, *de succeſſ. resol. lib.* 2, §. 20, *num.* 12.

66. Troiſiéme diſtinction. Le fait des deſcendans ne peut pas nuire aux aſcendans.

En troiſiéme lieu, le fait des deſcendans ne peut pas nuire aux aſcendans qui viennent de leur propre chef, & qui ſont capables de ſucceder, ou ſeuls, ou conjointement avec d'autres, parce qu'ils n'empruntent rien du meurtrier, lequel auſſi ne leur pourroit rien communiquer. Notre penſée peut ſe développer par cet exemple. Suppoſons donc qu'un neveu tue ſon oncle, l'indignité du meurtrier n'empêchera pas que le pere du meurtrier, qui n'eſt point complice du meurtre, ne puiſſe ſucceder à ſon frere, tout comme s'il étoit mort naturellement & ſans violence, ou s'il avoit été tué par un étranger, parce qu'il eſt certain que la peine doit ſuivre la perſonne du coupable, & que le pere ne doit pas être puni pour le crime de ſon fils. La même déciſion doit avoir lieu lorſqu'un frere tue ſon frere, auquel cas les pere & mere communs du meurtrier & du meurtri doivent ſucceder conjointement avec les autres freres non coupables, ainſi qu'il eſt reglé par la *Novelle* 118, ou par la diſpoſition des Coutumes; *Boniface, tome 5, livre 1, titre 22, chapitre 1*, rapporte un Arrêt du Parlement de Provence du 28 Janvier 1684, qui a jugé, non-ſeulement qu'une mere pouvoit ſucceder à ſon fils qui avoit été tué par ſon frere; mais encore qu'elle ne devoit pas être déclarée indigne pour n'avoir pas vengé la mort du meurtri, par la pourſuite du meurtrier qui étoit ſon frere.

67. Des diſpoſitions teſtamentaires.

Enfin, quoique dans la ſucceſſion *ab inteſtat*, l'indignité du meurtrier réflechiſſe ſur ſes enfans, & doive les exclure comme nous avons dit, il n'en doit pas être de même par rapport aux diſpoſitions teſtamentaires, parce que les raiſons qui font réflechir l'indignité ſur les enfans du meurtrier, ne reçoivent pas une juſte application au cas où il s'agit de diſpoſitions teſtamentaires, ainſi que le décide M. le Préſident *Boyer, déciſion 25, nombre 12*; car le meurtre commis par le pere ne doit pas faire perdre au fils le legs que le meurtri lui a fait, ni au contraire le meurtre commis par le fils ne doit pas faire perdre au pere les liberalitez que le meurtri lui a laiſſées dans ſon Teſtament.

68. On ne doit pas être puni pour le délit d'autrui.

On doit regarder comme indubitable, après les textes que nous avons rapportez ci-deſſus, & pluſieurs autres qui ſont indiquez par *le Brun, dans ſon Traité des Succeſſions, livre 3, chapitre 9, nombre 10*, que perſonne ne doit être puni pour le délit d'autrui, que la punition doit ſuivre le coupable, *peccata igitur ſuos teneant auctores, l. Sancimus 22, cod. de pœnis*, ou ſelon les expreſſions de la Loi 27, *ff. eod. Crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere poteſt, namque unuſquiſque ex*

ſuo

suo admisso sorti subjicitur, nec alieni criminis successor constituitur, & cela n'a pas lieu seulement pour la punition ordinaire que le crime merite, comme l'a pensé *le Brun;* mais encore a lieu pour tous les effets & toutes les suites du crime, qui ne peuvent jamais tomber sur les personnes innocentes, encore moins par rapport à l'indignité, puisqu'il y a plusieurs textes du Droit citez ci-dessus, qui le décident formellement, surtout la Loi *divi fratres 17, ff. de jure patronatus*, qui se trouve précisément dans le cas du fils de l'indigne.

69. Explication de la Loi 7, §. 4, *ff. de bonis damnator.*

La Loi *cum ratio 7, §. prætereà 4, ff. de bonis damnator.* sur laquelle *le Brun* se fonde pour dire que l'indignité du pere réflechit sur ses enfans, & les rend pareillement indignes, ne décide point cela : elle dit seulement que ce qui a été acquis par le crime du pere, comme s'il a accepté l'herédité d'une personne à laquelle il a procuré la mort, ne doit pas augmenter la portion qui doit être laissée aux enfans, lorsque les biens du pere sont confisquez; la raison est, non parce que les enfans participent à l'indignité de leur pere; mais parce que le pere étant indigne de la succession de celui qu'il a tué, les biens qui la composent doivent être considerez comme s'ils n'avoient jamais été acquis, & comme n'ayant jamais fait partie de son patrimoine, parce qu'ils doivent en être ôtez & retranchez à cause de l'indignité, par une espece de condition tacite & légale, qui a un effet rétroactif; & c'est en conformité de cette Loi, & suivant son veritable esprit, que les Arrêts du Parlement de Paris, rapportez par le même *le Brun*, au lieu cité, *nombre* 1, & *au Journal des Audiences, tome* 1, *livre* 10, *chap.* 28 de la nouvelle édition, ont jugé que les amendes ausquelles le meurtrier est condamné, ne peuvent pas être prises sur les biens dont il est déclaré indigne par le meurtre commis sur la personne du défunt, à cause qu'ils sont censez n'avoir jamais fait partie du patrimoine du meurtrier.

70. Celui qui est déclaré indigne doit être considéré tout de même que s'il n'avoit jamais recueilli.

Les amendes ne doivent pas être prises sur les biens qui sont ôtez par l'indignité.

Il ne faut pas s'imaginer que l'indignité des enfans, dans le cas de l'homicide, vienne de ce qu'elle se communique aux enfans & à toute la ligne, comme l'a pensé *le Brun*, au lieu cité *nombre* 24; elle dérive d'une autre cause, ou à parler plus exactement, les enfans ne sont pas exclus par indignité, ils le sont, parce qu'au moment que la succession est ouverte, leur pere qui est plus proche qu'eux, fait qu'ils ne sont pas personnes légitimes pour succeder, & que dès ce moment, les autres parens sont saisis de plein droit de la succession. Voilà pourquoi dans tous les

71. D'où procede l'indignité des enfans du meurtrier.

cas où cette raiſon d'excluſion ne peut pas être appliquée, les enfans du meurtrier ſont habiles pour ſucceder au meurtri, comme nous l'avons montré dans les exemples que nous avons propoſez.

71. Concluſion. Que l'indignité du pere ne fait pas perdre à ſes enfans les liberalitez teſtamentaires.

Ainſi, lorſqu'il s'agit d'une ſucceſſion ou d'une liberalité teſtamentaire, l'indignité du pere qui a tué le Teſtateur, ne fait pas obſtacle aux enfans, & n'eſt pas capable de les exclure des liberalitez qui leur ont été faites par le meurtri, avec cette reſtriction néanmoins, que le pere ne peut point profiter de l'uſufruit *jure patriæ poteſtatis*, à cauſe de ſon indignité, qui l'empêche de profiter des biens du meurtri, directement ou indirectement.

72. Les donations faites aux enfans du meurtrier ſont-elles révoquées?

S'il en étoit autrement, il faudroit dire que les donations entre-vifs faites par le meurtri aux enfans du meurtrier, dans un tems libre, devroient être révoquées, & les enfans privez des biens donnez par un évenement auquel les donataires n'auroient aucune part, ce qui ſeroit contraire aux regles, & notamment à cette maxime triviale, *quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt*; auſſi n'y a-t'il aucun texte duquel on puiſſe tirer une déciſion, ni aucun argument pour appuyer le ſentiment contraire à celui que nous ſoutenons.

74. Si les enfans du meurtrier qui ſe trouvent les plus proches de leur propre chef, ſont exclus par l'indignité de leur pere, de la ſucceſſion *ab inteſtat*.

Il reſte une autre difficulté qui conſiſte à ſçavoir ſi les enfans du meurtrier ſe trouvant les plus proches parens du meurtri après leur pere, qui doit être exclus par ſon indignité, la ſucceſſion *ab inteſtat* doit être déferée à des parens collateraux du meurtri plus éloignez que les enfans du meurtrier. La regle eſt en matiere de ſucceſſion, ſuivant les Loix du titre *de ſucceſſorio edicto*, *au Digeſte*, & la *Novelle* 118, que quand celui qui eſt le premier en dégré, eſt incapable, ou répudie, l'herédité doit appartenir à ceux qui tiennent le dégré plus proche & immédiat après lui, ce qui favoriſe la prétention des enfans du meurtrier à l'excluſion des autres parens collateraux d'une autre ligne qui ſont plus éloignez. De plus, l'indignité du pere ne devant point être communiquée aux enfans, ainſi que nous l'avons établi, il faut admettre les enfans au préjudice des parens plus éloignez, parce que pour pouvoir recueillir la ſucceſſion du meurtri, ils n'ont pas beſoin d'emprunter leur droit de la perſonne du meurtrier leur pere, puiſqu'ils viennent de leur propre chef, en vertu de l'Edit ſucceſſoire; qu'on ne peut pas dire qu'ils ne doivent pas être admis, à cauſe qu'ils ont beſoin de prendre la place de l'indigne; car ſi cette raiſon étoit bonne, elle devroit faire exclure les autres parens d'une autre ligne plus éloignée, puiſqu'ils ne

Raiſons pour la négative.

Edit ſucceſſoire.

peuvent ſucceder qu'en prenant la place de l'indigne, qui eſt le premier en dégré, & en ſe faiſant, pour ainſi dire, ſubroger à ſon droit, pour prendre la ſucceſſion en vertu de l'Edit ſucceſſoire; qu'enfin, en regardant l'indigne comme s'il n'exiſtoit pas, ou comme s'il étoit incapable, ou comme s'il avoit répudié, la ſucceſſion doit être déferée en la forme que la Loi le preſcrit; c'eſt-à-dire, à ceux qui ſe trouvent les plus proches après l'indigne. La Loi *divi fratres* 17, *ff. de jure patronatûs*, décide nettement cette queſtion en faveur des enfans de l'indigne. Le Juriſconſulte Ulpien y rapporte un reſcrit de deux Empereurs, où après avoir rapporté les ſentimens differens de pluſieurs Juriſconſultes, la difficulté eſt enfin réſolue en faveur des enfans, *magis viſum eſt nepotem, neque verbis, neque ſententiâ legis aut edicti Prætoris, ex perſonâ vel notâ patris ſui excludi à bonis aviti liberti.* Dans le cas de cette Loi, un petit-fils demandoit les biens de l'affranchi de ſon ayeul, auquel affranchi le pere du Demandeur avoit intenté une accuſation capitale, ce qui le rendoit inconteſtablement indigne de profiter des biens de cet affranchi; mais on jugea que l'indignité du pere lui étoit perſonnelle, qu'elle ne réflechiſſoit pas ſur ſon fils, auquel malgré l'indignité de ſon pere, les biens de l'affranchi furent adjugez après une diſcuſſion très-exacte, & après avoir balancé les raiſons & les opinions differentes; ce qui rend encore cette déciſion plus ſûre & plus reſpectable, & c'eſt auſſi ce qui a été jugé par un Arrêt du Parlement de Paris du 18 Janvier 1652, rapporté par *Soëfve, tome 1, centurie 3, chap. 89*, & par *Baſnage, ſur l'article 235 de la Coutume de Normandie.*

75. Raiſons pour l'affirmative.

D'autre part, on dit que l'union du pere avec le fils eſt telle, qu'elle les fait conſiderer tous deux comme une ſeule & même perſonne, *& naturâ pater & filius eadem eſſe perſona penè intelliguntur*, ſuivant les expreſſions de la Loi derniere, *cod. de impub. & aliis ſubſtitutionibus;* qu'il eſt impoſſible de s'imaginer que le crime du pere lui ſoit infructueux, tandis que ſes enfans en profiteront actuellement en recueillant la ſucceſſion du meurtri, qui n'a été ouverte que par le crime de leur pere; qu'il n'eſt pas juſte que le crime du pere profite à ſes enfans, & qu'il leur procure une ſucceſſion par le meurtre de celui dont il eſt heritier préſomptif, & dont l'herédité doit revenir à ſes enfans, qui ſe trouvent les plus proches en retranchant la perſonne du meurtrier; qu'il ſeroit d'une conſéquence très-dangereuſe d'admettre une telle Juriſprudence qui tendroit à faciliter le crime; qu'un pere

certain d'assurer à ses enfans une succession opulente, pourroit se porter dans la vûë de leur procurer un avantage réel, à tremper ses mains dans le sang d'un de ses parens ou alliez, n'y ayant rien de si atroce, à quoi un homme ne puisse être entraîné par ses passions, surtout s'il peut y trouver quelqu'avantage pour sa famille; qu'il y a une très-grande difference entre le cas de la Loi 17, *ff. de jure patronatûs*, & celui que nous proposons de l'indignité pour homicide; parce que l'accusation capitale intentée par le pere contre l'affranchi produit bien son indignité; mais elle ne donne pas lieu à l'ouverture de la succession de l'affranchi, au lieu qu'il en est autrement dans le cas de l'homicide, qui en procurant la mort fait déferer la succession du meurtri.

76. Résolution pour l'affirmative.

Si la premiere opinion paroît plus conforme à la rigueur du Droit & aux principes établis par les Loix, comme on ne peut pas en disconvenir, celle qui fait déclarer les enfans indignes de la succession du meurtri, ou qui les exclut dans le cas particulier du meurtre commis par leur pere, paroît plus conforme aux sentimens de la nature, & à l'équité, & moins sujette à des inconveniens.

77. Sur quoi cette résolution peut être appuyée.

Ce n'est pas que cette derniere opinion puisse être établie, comme l'a pensé *le Brun, livre 3, chapitre 9, nombres 10 & 11*, sur un Arrêt qu'il rapporte du 15 May 1665; car dans l'espece de cet Arrêt, une fille avoit fait assassiner son pere; il restoit une autre fille du meurtri, laquelle avoit dû recueillir sa succession; ensorte que les enfans de celle qui avoit tué son pere, ne pouvoient venir que par representation de la personne de leur mere indigne, & non *expropriâ personâ*; on se rencontroit dans la même espece lors de l'Arrêt du Parlement de Bretagne du 4 Décembre 1573, rapporté par *Charondas, livre 7, réponse 68*; les enfans du fils qui avoit tué son pere, ayant été declarez indignes de prendre part à la succession de leur ayeul, à cause qu'il y avoit une sœur du meurtrier qui étoit capable de recueillir cette succession, à laquelle elle fut adjugée; mais elle peut être appuyée sur l'Arrêt du Parlement de Paris, rapporté par *M. Loüet & Brodeau, lettre S. sommaire 20*, puisque dans l'espece de cet Arrêt, les enfans de la femme qui avoit fait tuer son frere & qui étoient par conséquent neveux du meurtri, concouroient avec des cousins germains, auxquels la succession avoit été adjugée, ensorte que si l'on n'avoit pas jugé que l'indignité de la mere devoit réflechir sur ses enfans, il au-

roit fallu leur adjuger la succession comme étant plus proches, en qualité de neveux du meurtri, que les cousins germains; on trouve encore plusieurs Arrêts semblables dans *M. Maynard, liv.* 7, *chap.* 94.

78. Indignité de la femme qui a malversé, ou qui s'est remariée sans avoir fait donner un tuteur à ses enfans pupilles, si elle fait obstacle à ses parens.

Suivant la Jurisprudence des Arrêts du Parlement de Toulouse, rapportée par *M. Maynard, livre* 3, *chap.* 99; *la Roche*, verb. *mariage*, *Arrêts* 7, 14 *&* 24, *&* verb. *succession*, *Arrêts* 2 *&* 6; *Cambolas, livre* 5, *chap.* 31, *& Catellan, livre* 4, *chap.* 72, lorsque la femme est privée des liberalitez à elle faites par son mari ou de la succession de ses enfans, soit pour avoir malversé ou s'être mariée dans l'an du deuil, soit pour avoir malversé durant la viduité & après l'an du deuil, quand cette Jurisprudence étoit en vigueur, ainsi que nous l'avons expliqué dans la section précedente; soit pour avoir négligé de faire pourvoir de Tuteur à ses enfans pupilles, rendu compte & payé le reliqua avant de passer à un second mariage, son indignité fait obstacle à tous ses parens, même à ses enfans qu'elle peut avoir d'un ~~premier~~ second lit, & les biens ou la succession dont elle est privée doivent être déferez aux parens du premier mari, quoiqu'ils soient plus éloignez que les parens maternels.

+ pag. 390 et suiv.

79. La Jurisprudence du Parlement de Toulouse n'est pas exacte dans tous les cas où elle fait réflechir l'indignité aux parens.

Cette Jurisprudence n'est pas conforme aux regles dans tous les cas ausquels elle s'étend. Voici de quelle maniere on doit les décider selon les principes que nous avons établis ci-dessus: 1°. Lorsque la femme est privée par indignité des liberalitez qui lui ont été faites par son mari, elles doivent revenir dans l'herédité du mari, & appartenir à ses heritiers testamentaires, ou *ab intestat*, comme la Loi le regle, parce qu'au moyen de la privation, les biens qui sont ôtez à la femme rentrent dans le patrimoine du mari auquel ils sont réunis; ils doivent donc appartenir à ceux qui doivent recueillir ce patrimoine. La Loi 1, *cod. de secundis nupt.* le regle ainsi dans le cas de la privation pour le convol dans l'an du deuil, & l'on doit dire la même chose dans les autres cas d'indignité, comme pour avoir malversé dans l'an ou après l'an, ou pour avoir passé à des secondes nôces, sans avoir fait pourvoir de Tuteur, suivant *l'Auth. eisdem pœnis cod. de secund. nupt.* & la Loi *omnem* 6, *cod. ad Senat. Cons. Tertillianum.*

A qui doivent revenir les liberalitez dont la femme est privée.

80. Indignité des heritiers présomptifs du pupille, qui négligent de lui donner un tuteur.

2°. Il est vrai que la Loi *sciant* 10, *cod. de legitimis hered.* veut que les heritiers présomptifs du pupille soient déclarez déchus de sa succession, ou de l'émolument de la substitution pupillaire, lorsqu'ils négligent pendant un an de lui faire donner un

Tuteur, s'il arrive que le pupille décede en pupillarité. La Loi *omnem 6, cod. ad Senat. Conſult. Tertillianum*, inflige auſſi la même peine dans le même cas à la mere, qui après avoir accepté la tutelle de ſon fils pupille, vient à ſe remarier ſans lui avoir fait nommer un Tuteur, rendu compte, & payé le reliqua; mais hors de ce cas particulier, le Droit Romain ne déclare pas la mere indigne, ni incapable de ſucceder à ſes enfans à quelqu'âge qu'ils décedent, quand même elle ſe remarieroit, ou qu'elle malverſeroit dans l'an du deuil, encore moins après l'an; au contraire la Loi 1, *cod. de ſecund. nupt.* déclare la femme capable de recueillir les ſucceſſions qui lui arrivent juſqu'au troiſiéme dégré, nonobſtant le ſecond mariage dans l'an du deuil; & comme *l'Authent. eiſdem pœnis cod. eod.* n'inflige à la femme qui malverſe dans l'an, que la même peine qui eſt ordonnée contre la femme remariée dans l'an, il eſt clair que c'eſt contre la diſpoſition du Droit, & par extenſion que la mere eſt déclarée par la Juriſprudence des Arrêts du Parlement de Toulouſe, indigne de la ſucceſſion de ſes enfans dans ce cas; ainſi que le reconnoiſſent *M. Maynard* & *M. d'Olive*. Il eſt vrai que l'Edit des meres donné à Saint-Maur au mois de May 1567, avoit porté quelque changement & diminué le droit des meres ſur la ſucceſſion de leurs enfans décedez *ab inteſtat*; mais outre que cet Edit n'a point été enregiſtré au Parlement de Toulouſe, & qu'il n'y a jamais été obſervé, c'eſt qu'il exclut ſeulement les meres de la ſucceſſion de leurs enfans, pour les propres qu'ils ont recueillis du chef de leur pere, ayeul, oncles, ou autres parens paternels, leſquels doivent leur retourner ſuivant la regle *paterna paternis*, & il adjuge aux meres les meubles & conquêts provenus d'ailleurs que du côté & ligne paternelle, & veut que pour leur droit de légitime, elles ayent l'uſufruit pendant leur vie de la moitié des biens propres, appartenans à leurs enfans, avant leur décès. L'Edit de Saint-Maur a été même révoqué pour tous les Pays du Droit écrit, & les meres ont été rétablies dans le droit de ſucceder à leurs enfans de la maniere que le preſcrit la Loi Romaine par un Edit du mois d'Août 1729; il y a encore une Déclaration du Roi particuliere pour le Parlement de Provence, du 6 du même mois d'Août 1729, qui ordonne l'exécution de l'Edit de 1729, & révoque une Déclaration du Roi du 25 Octobre 1575.

Edit des meres, & ſes diſpoſitions.

Cet Edit a été révoqué par un autre de 1729.

81. L'indignité de la mere ne doit pas faire obſtacle aux parens maternels du défunt.

3°. Dans le cas où ſuivant le Droit, les meres doivent être privées ou déclarées indignes de la ſucceſſion de leurs enfans, l'indignité doit être perſonnelle & ne doit pas réflechir ni ſur

les parens maternels collateraux, qui ſont habiles, & en dégré pour ſucceder aux enfans décedez, ni ſur les autres enfans que la mere a eus d'un premier mariage, parce que comme nous l'avons remarqué, l'indignité doit ſe borner à la perſonne de l'indigne, que le fait de la mere ne peut pas nuire à ſes collateraux, *l. 2, §. 1, ff. ſi quis aliquem teſtari prohib.* & que la peine doit toujours ſuivre l'Auteur du crime. L'indignité ne doit pas non-plus réflechir ſur la perſonne des enfans de l'indigne, ſuivant la déciſion textuelle de la Loi 17, *ff. de jure patronatûs*, & il n'y a que le ſeul cas de l'indignité cauſée par l'homicide qui puiſſe faire exclure les enfans du meurtrier, non par les principes du Droit, mais par les conſiderations particulieres que nous avons rapportées ci-deſſus, nombre 75.

81. L'injure que la femme fait à ſon mari & à ſon fils ne doit pas nuire à ſes parens.

Peu importe que la femme par ſa malverſation ou autrement, faſſe injure à la perſonne de ſon mari, & à celle de ſon fils, de la ſucceſſion duquel elle eſt déclarée indigne, cette conſideration eſt trop foible pour engager à ſe départir des regles qui veulent que l'indignité du pere ne nuiſe pas aux enfans, qui ne doivent, non-plus que les collateraux, être punis pour la faute d'autrui. Dans l'eſpece de la Loi 17, *ff. de jure patronatûs*, l'accuſation capitale intentée par le pere contre l'affranchi, & qui le faiſoit déclarer indigne, étoit bien plus injurieuſe, plus importante & plus perilleuſe pour l'Accuſé que ne l'eſt un ſecond mariage, ou l'impudicité de la femme, à l'égard de ſon mari & de ſon fils, auſſi fut-elle jugée ſuffiſante pour faire déclarer indigne le pere qui avoit mal-à-propos formé l'accuſation; mais non pour faire réflechir cette même indignité ſur la perſonne du fils, quelqu'intime que ſoit le lien qui unit le fils au pere. On doit donc conclure que dans le cas où il y a lieu de priver la mere de la ſucceſſion de ſon fils, les autres enfans d'un autre lit de la mere, ni ſes parens collateraux ne doivent pas être exclus de la ſucceſſion du défunt, & qu'ils doivent y être admis, ou ſeuls, quand ils ſe trouvent les plus proches, ou en concours quand ils ſe trouvent au même dégré que les parens paternels du défunt.

83. La femme qui ſe remarie avec l'ennemi capital de ſon mari, n'eſt pas indigne.

Avant de finir ce point, il eſt bon d'obſerver, que quoique la femme légataire de ſon mari, ſe remarie avec l'ennemi capital de ſon mari, après l'an du deuil, elle n'eſt pas indigne du legs, n'y ayant aucune Loi, qui déclare l'indignité dans ce cas; c'eſt ainſi que le Parlement de Toulouſe l'a jugé par les Arrêts rapportez par *M. la Roche*, verb. *mariage, article 20, & M. de Cambolas, liv. 1, chap. 2.*

84. Si le meurtrier peut succeder au meurtri par le moïen d'un tiers.

Il y a une autre difficulté considerable sur la même matiere, qui se trouve diversement décidée par les Loix; elle consiste à sçavoir, si le meurtrier peut succeder au meurtri médiatement, & s'il peut recueillir *ab inteſtat* l'herédité de celui qui a succedé au meurtri pour les biens qui lui sont advenus de son chef. La Loi *Lucius Titius 9, ff. de jure fiſci*, décide nettement cette question pour la négative; c'est-à-dire, qu'une femme qui avoit procuré la mort à son mari par le poison, ne pouvoit pas succeder à son fils mort en pupillarité, & qui par sa naissance, avoit rompu le Testament de son pere, dans lequel il avoit été préterit; ensorte que les biens que ce fils avoit recueillis du chef de son pere, devoient être ôtez à la mere, quoiqu'elle fût décedée pendant l'Instance formée pour faire déclarer son indignité; *Bartole* fait une regle generale du cas particulier décidé par cette Loi.

Autorité pour la négative.

85. Autorité pour l'affirmative.

Au-contraire la Loi 5, §. 7, & la Loi 7, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* décident que celui qui s'est rendu indigne des liberalitez, qui lui avoient été faites par un Testateur, pour avoir mal-à-propos impugné de faux son Testament, peut succeder au legataire, ou à l'heritier du Testateur, malgré son indignité personnelle, *qui accuſavit falſum heres legatario extitit, vel heredi ſcripto: nihil huic nocere dicendum eſt*, dit la Loi 5, §. 7, déja citée. La raison qu'en donne la Loi 7 est, parce qu'il ne succede pas immédiatement au Testateur, *quia non principaliter in Titii hereditatem ſuccedit*; on en trouve encore une autre raison décisive dans la Loi *Procuratorem 90, §. 1, ff. de acquir. hered.* parce que le changement des personnes produit un changement dans la qualité des biens, *mutatâ perſonâ, mutatur conditio bonorum*; c'est la regle que les Interprétes ont tirée de cette Loi, ou selon les expressions de la Loi 42, *ff. de bonis libert. Ei qui alio jure venit quam eo quod amiſit, non nocet id quod perdidit: ſed prodeſt quod habet.*

86. Opinion de Cujas.

M. Cujas prenant le contre-pied de *Bartole*, a formé une regle generale de la décision de la Loi 5, §. 7, & de la Loi 7, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* & afin que la Loi 9, *ff. de jure fiſci*, ne pût pas faire obstacle à son opinion, il l'a corrigée & expliquée dans son Commentaire, *lib. 17, reſponſor. Modeſtini*, & dans ses Observations, *lib. 26, cap. 24*, comme si cette Loi disoit, que la mere avoit procuré la mort par le poison, non à son mari, mais à son fils; & cette opinion est autorisée par plusieurs Arrêts, *Mornac ſur la Loi derniere, ff. de calumniator.* en rapporte un du Parlement de Paris du 7 Juillet 1615, qui a adjugé au mari

Arrêts.

qui

qui avoit tué sa femme surprise en adultere, la succession de sa fille, dans laquelle étoient englobez les biens, que cette fille avoit recueillis par la mort de sa mere, qui avoit été tuée par son mari. *Henrys, tom. 3, liv. 6, quest. 20*, rapporte le même Arrêt. *Brodeau sur M. Louet, lett. S. somm. 20, n. 6, 7, 8*, le rapporte aussi avec deux autres, qui ont jugé la même chose; & il y en a encore quelques autres dans *le Journal des Audiences, tom. 1, liv. 5, chap. 22.*

87. Résolution de la question par une distinction.

Cette Jurisprudence n'a rien de contraire au Droit Romain, dans les cas de l'indignité qui ne procede pas d'un crime atroce, ni même dans celui du meurtre de la femme surprise en adultere, fait par le mari, que les Loix tolerent en quelque façon; mais il seroit difficile de la concilier avec la décision de la Loi 9, *ff. de jure fisci*, lorsque l'indignité dérive d'un crime atroce, comme d'un parricide, d'un fratricide, du meurtre commis par la femme sur la personne de son mari, & autres cas semblables; parce que les Loix qui décident que l'indigne peut recueillir mediatement la succession, de laquelle il seroit indigne, si elle lui étoit déferée immédiatement, ne parlent que du cas où le Testament du défunt a été impugné de faux : ce qui n'est que de pure positive, & n'a pas sa source dans le violement du Droit naturel; car s'il s'agissoit d'un crime énorme, comme si la femme avoit procuré la mort à son mari, ou dans tout autre cas semblable, le meurtrier devroit être déclaré indigne de recueillir, même médiatement, la succession du meurtri, quoiqu'elle soit confonduë dans le patrimoine d'un autre à qui le meurtrier du premier défunt auroit droit de succeder efficacement. C'est par une telle distinction que l'on peut mieux concilier les Loix qui paroissent opposées, & qui ne le sont pas en effet à cause de la diversité des cas, que par la correction imaginée par *M. Cujas*, correction que ce Docteur a abandonnée dans son Commentaire, du titre *de jure fisci*, aux Digestes sur la Loi 9 du même titre.

Les Loix qui admettent l'indigne à la succession médiate ne sont pas dans le cas d'un crime atroce.

Lorsqu'il s'agit d'un meurtre, l'indigne ne peut pas succeder médiatement au meurtri.

88. Celui qui veut succeder médiatement doit avoir été réhabilité lorsqu'il a été condamné.

Lorsque l'indigne pour homicide veut succeder indirectement & médiatement à celui auquel il a procuré la mort, dans les cas où il le peut, comme lorsqu'il veut succeder à sa femme, qu'il a tuée en la surprenant en adultere, par le moyen de leur fille commune, s'il a été condamné par Sentence qui ait été exécutée figurativement, ensorte qu'il soit incapable des effets civils par cette condamnation, il seroit nécessaire qu'il eût obtenu & fait enteriner des Lettres de rémission, autrement son incapacité

devroit l'exclure de la succeſſion indépendamment de l'indignité.

89. La preſcription du crime ne ſuffiroit pas pour le rendre capable.

Et il ne ſuffiroit pas qu'il eût preſcrit le crime, car la preſcription pourroit bien le mettre à couvert de la punition; mais elle ne leveroit pas l'incapacité de ſucceder, qui ſuit & affecte ſa perſonne, ſans être ſujette à la Loi du tems. Cette queſtion a été ainſi décidée par un Arrêt du Parlement de Paris du 15 May 1665, rapporté au *Journal des Audiences, tom. 2, liv. 4, ch. 19,* de la nouvelle édition, & par *le Brun, liv. 3, chap. 9, n. 11.*

90. Les enfans du meurtrier peuvent ſucceder médiatement au meurtri.

Mais les enfans du meurtrier, quoique déclarez indignes, conjointement avec leur pere, de la ſucceſſion du meurtri; & quoique l'indignité de leur pere réflechiſſe ſur eux, peuvent néanmoins ſucceder à celui qui a recueilli la ſucceſſion du meurtri. La queſtion a été ainſi jugée par un Arrêt du Parlement de Bretagne, ſolemnellement prononcé en 1584, rapporté par *Charondas, liv. 7, rép. 68. Bretonnier dans ſes nouvelles Obſervations ſur Henrys, liv. 6, qu. 20,* croit ſur le fondement de quelques Arrêts qu'il indique dans les Auteurs qu'il cite, qu'il faut faire à l'égard des enfans du meurtrier, la même diſtinction du crime énorme & atroce, d'avec celui qui eſt excuſable, mettant par-là les enfans du meurtrier, qui ſont innocens, au niveau de leur pere coupable; mais cette diſtinction qui eſt bonne par rapport au meurtrier lui-même, qui veut ſucceder médiatement, ne paroît pas bonne par rapport aux enfans; parce qu'ils ſont dans une poſition bien differente de celle de leur pere, & il y a entr'eux la même difference, qu'entre le coupable & l'innocent, entre celui que les Loix déclarent nommément indigne, & celui qu'elles déclarent expreſſément n'être pas indigne. Nous avons montré ci-deſſus, que les enfans du meurtrier ne ſont pas indignes de la ſucceſſion du meurtri, quand ils viennent de leur propre chef, ils en ſont ſeulement exclus, quand ils ne peuvent venir que par repreſentation de la perſonne de leur pere indigne; & que c'eſt dans cette eſpece, que ſe trouve l'Arrêt du 15 May 1665, rapporté par *le Brun, des Succeſſions, liv. 3, chap. 9, n. 11,* & au Journal des Audiences, que *Bretonnier* cite pour appuyer ſa diſtinction, ſans faire attention que dans le cas de cet Arrêt, il y avoit une fille du meurtri qui devoit recueillir ſa ſucceſſion, à l'excluſion de ſon frere meurtrier, & des enfans de ſon frere, auſquels celui-ci faiſoit obſtacle, comme ſe trouvant plus proche; & ce n'étoit que par repreſentation de la perſonne du meurtrier que ſes enfans pouvoient venir, & non *ex propriâ perſonâ.* L'Arrêt du Parle-

Diſtinction de *Bretonnier* rejettée.

Explication des Arrêts alleguez par *Bretonnier.*

ment de Bordeaux, rapporté par *Boërius*, *déciſion* 25, eſt encore dans les mêmes circonſtances, y ayant une ſœur du meurtri qui empêchoit que les enfans du meurtrier ne puſſent venir *ex propriâ perſonâ*. A l'égard de l'Arrêt du 7 Août 1604, que *Bretonnier* cite encore, il n'eſt pas, non plus que les autres, dans les cas où les enfans du meurtri ſuccedent *mediante perſonâ*; ils demandoient au-contraire l'heredité, comme leur ayant été déferée immédiatement : Aucun de ces Arrêts ne juge rien qui ſoit contraire à ce qui a été décidé par l'Arrêt du Parlement de Bretagne, rendu en faveur des enfans du meurtri, & qui leur adjuge l'heredité de celui qui avoit ſuccedé au meurtri; il arrive aſſez ſouvent que les Auteurs ne ſe donnant pas la peine de diſcuter les queſtions ſur les véritables principes, font une mauvaiſe application des Arrêts. Il ſuffit qu'ils jugent quelque queſtion pour qu'ils croyent pouvoir en faire uſage pour les autres queſtions de la même matiere, quoique leur déciſion dépende de principes differens.

91. L'indignité eſt un effet du crime & ne ſe communique pas d'une perſonne à une autre.

Nous avons encore prouvé que l'indignité étant un effet du crime, ou de la faute, elle ne devoit pas être communiquée d'une perſonne à une autre, & que la punition doit toujours ſuivre le coupable. Cette Regle eſt sûre, juſte & conforme aux ſentimens de la nature, & l'on ne peut s'en départir que dans les cas que les Loix ont nommément exceptez : Or bien-loin que les Loix ayent excepté de cette Regle le cas de l'indignité, elles s'y ſont au-contraire conformées dans le même cas, en décidant que le fait du frere ne nuit pas à ſon frere, & que l'indignité du pere ne paſſe pas à ſon fils, dans la Loi 2, §. 1, *ff. ſi quis aliquem Teſtar. prohib.* & dans la Loi *divi fratres* 17, *ff. de Jure Patronatûs*. C'eſt en conformité de cette Regle que les Auteurs, entr'autres *Boërius*, *déciſion* 25, ont décidé que l'indignité du mari ne nuit pas à ſa femme, laquelle eſt capable de recueillir la ſucceſſion de ſon frere, quoiqu'il ait été tué par ſon mari; il y a un Arrêt conforme du Parlement de Bordeaux du 28 May 1529.

L'indignité du mari ne nuit pas à ſa femme.

92. Il n'y a aucun cas, ſelon le Droit, où l'indignité d'une perſonne ſe communique à une autre.

En un mot, il n'y a aucun cas où, par la diſpoſition du Droit, l'indignité paſſe d'une perſonne à une autre, elle doit ſuivre l'indigne, ſans pouvoir être communiquée. C'eſt une qualité, ou un vice très-perſonnel; & ſi les Arrêts ont jugé dans quelques cas, les enfans du meurtrier indignes ou incapables de la ſucceſſion du meurtri, de même que leur pere, ce n'a été que dans des circonſtances où les enfans ne pouvoient venir, que par re-

preſentation de la perſonne de leur pere, dont l'exiſtance & l'indignité leur faiſoit obſtacle; & s'ils l'ont jugé quelquefois dans le cas où les enfans étant les plus proches pouvoient recueillir la ſucceſſion de leur propre chef, & ſans rien emprunter de la perſonne de leur pere Meurtrier, ce n'a été que ſur des conſiderations particulieres, qui ne ſont point autoriſées par les Loix; on trouve même des Arrêts contraires, & qui ſe ſont attachez aux vrais principes, témoin celui du 18 Janvier 1652, rapporté par *Soëfve, tom.* 1, *centur.* 3, *chap.* 89, & par *Baſnage ſur l'art.* 235 *de la Coutume de Normandie.* Ainſi il y a lieu de ſuivre plutôt la déciſion de l'Arrêt ſolemnel du Parlement de Bretagne, prononcé en 1584, rapporté par *Charondas, liv.* 7, *rép.* 68, que la diſtinction de *Bretonnier*, qui n'a aucun fondement dans le Droit, ni dans les Arrêts qu'il rapporte pour l'appuyer.

93. L'indignité par meurtre s'encourt, quand on eſt complice, & quand on a connu le deſſein, ſans l'avoir revelé.

Pour encourir l'indignité à cauſe du meurtre, il n'eſt pas néceſſaire d'avoir tué de ſa propre main celui *de cujus ſucceſſione agitur*; il ſuffit d'être complice de ſa mort, & d'en avoir connu le deſſein & le projet, ſans l'avoir revelé en Juſtice ou autrement, afin que l'accident pût être prévenu & évité. La Loi 6, *ff. de lege Pompeiâ de parricidiis*, décide que le complice doit être puni de la même peine que l'Auteur du crime: *utrum qui occiderit parentes, an etiam conſcii pœnâ parricidii adficiantur, quæri poteſt. Et ait Mæcianus etiam conſcios eadem pœnâ adficiendos.*

Le complice eſt puni de la même peine que le coupable.

94. Comment eſt puni le frere qui ne revele pas le complot de la mort de ſon frere.

La Loi 2 du même titre eſt plus indulgente à l'égard de celui qui ayant eu connoiſſance du deſſein qui avoit été formé d'attenter ſur la vie de ſon frere, ne l'a pas revelé à leur pere commun; mais elle le déclare coupable en quelque façon, en ce qu'elle veut, qu'un tel frere ſoit relegué, *frater autem ejus qui cognoverat tantùm, nec patri indicaverat, relegatus eſt.* On peut voir dans les Notes de *Denis Godefroy* ſur la *Novelle* 134, *cap.* 10, les differens cas où l'on peut être conſideré comme complice.

Cas où l'on peut être regardé comme complice.

95. L'indignité peut être encouruë par la faute ou la négligence.

Suivant la Loi 3, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* l'indignité peut être encouruë, ſans qu'il y ait du fait de la perſonne, il ſuffit qu'il y ait de ſa part de la négligence & de la faute: Or dans le cas de la complicité, il y a plus qu'une ſimple faute, & quand celui qui eſt inſtruit du projet d'attenter ſur la vie d'un homme, ne le revele pas, il y a une faute & une négligence tout-à-fait criminelles; il n'en faut donc pas davantage pour faire déclarer l'indignité. Par un Arrêt du Parlement de Paris du 14 Mars 1608, rapporté

Arrêt du Parlement de Paris.

par *M. Servin, Plaid.* 71, & par *Mornac ſur la Loi* 1, *cod. ubi cauſæ fiſcales vel divinæ domus agantur*, un frere convaincu d'avoir eu connoiſſance de l'attentat projetté ſur la vie de ſon frere, fut déclaré indigne de la ſucceſſion de ce frere qui avoit été tué.

96. Si celui qui tuë la femme, ou le fils, ou le frere du Bienfaiteur, eſt indigne.

Les Interpretes forment pluſieurs autres queſtions ſur la matiere de l'indignité cauſée par l'homicide, ſçavoir ſi celui qui tue le fils, ou la femme, ou le frere, ou autre parent du Teſtateur, eſt indigne des liberalitez qui lui ont été laiſſées par le Teſtateur, on peut voir *Peregrinus* dans ſon Traité *de jure fiſci, lib.* 2, *tit.* 3, *n.* 12 *&* 13, *Vaſqués de Succeſſionibus, tom.* 3, *de ſucceſſionum reſolutione, lib.* 2, §. 20, *n.* 12, & *Benedicti ad cap. Rainutius, verb. condidit.* 2, *n.* 13. *Fuſarius, de ſubſtitutionibus, qu.* 443, examine auſſi cette autre queſtion, ſi le Fideicommiſſaire qui procure la mort à l'heritier grevé eſt indigne de recueillir le fideicommis. Comme les Loix, ni les Arrêts ne décident pas ces queſtions, nous ne les reſoudrons pas non plus.

Si le Fideicommiſſaire qui procure la mort à l'heritier grevé, eſt indigne du fideicommis.

97. Indignité pour inimitié ſurvenuë.

Il faut preſentement voir les autres cas où l'heritier ou le legataire encourt l'indignité par ſon fait. La Loi *ſi inimicitiæ* 9, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* veut que le Legataire ou Fideicommiſſaire ſoient privez de la liberalité qui leur eſt faite, s'il intervient une inimitié capitale entre le Teſtateur & eux. Il en eſt de même s'ils ont parlé mal du Teſtateur, & s'ils ont proferé contre lui des injures, *ſi palàm & apertè Teſtatori maledixerit & infauſtas voces adversùs eum jactaverit, idem erit dicendum*, ſuivant le §. 1 de la même Loi. Il eſt en effet juſte de punir la témérité & l'ingratitude de celui qui médit du Teſtateur, & le diffame par des injures, quand elles ſont atroces, *Coquille, q.* 147. Comme auſſi ſi l'heritier ou le legataire a formé une queſtion d'état contre le Teſtateur, il doit être privé de ce qui lui eſt laiſſé dans le Teſtament: *Si autem ſtatûs ejus controverſiam movit, denegatur, ejus quod Teſtamento accepit, perſecutio*, §. 2; & par la même raiſon la Loi, *cum tabulis* 16, du même titre, veut que le ſubſtitué pupillairement ſoit privé de la portion de ſubſtitution pupillaire qui lui étoit laiſſée, lorſqu'il intente une accuſation en ſuppoſition de part contre la mere du pupille, & qu'il ſuccombe. Les Auteurs, & entr'autres *Peregrinus, de jure fiſci, lib.* 2, *tit.* 10, *n.* 1, limitent avec raiſon la diſpoſition de ces deux textes, lorſque la queſtion d'état ou de ſuppoſition de part eſt poſterieure au Teſtament; car ſi elle eſt anterieure, le Teſtateur, en faiſant la liberalité, eſt cenſé avoir remis l'injure, lorſqu'il en a eu connoiſſance.

Pour avoir mal parlé du Teſtateur.

Pour lui avoir fait injure.

Pour avoir intenté une queſtion d'état.

Du ſubſtitué pupillaire qui attaque l'état du pupille.

Quid ſi la diſpoſition du Teſtateur eſt poſterieure à l'injure.

98. L'indignité pour avoir dénoncé le Teſtateur.

La Loi 1, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* décide que l'affranchi auquel le Patron avoit fait des liberalitez par ſon Teſtament, en eſt indigne, & doit en être privé, ſi après la mort du Teſtateur il le dénonce au fiſc, comme ayant fait un négoce en marchandiſe prohibée; quoiqu'une telle délation mérite une récompenſe, ſuivant les Loix fiſcales. Les Interpretes ont tiré de cette Loi une regle qui paroît aſſez juſte, c'eſt que l'indignité doit être encouruë toutes les fois que l'heritier ou le legataire tombent dans quelqu'un des cas d'ingratitude envers le Teſtateur, *Peregrinus, de jure fiſci, lib. 2, tit. 8*, fait le détail de ces cas.

Indignité pour ingratitude.

99. Indignité pour avoir contraint ou empêché de teſter.

On peut encourir l'indignité de deux autres manieres par le fait des heritiers ou des legataires. La premiere, en contraignant le Teſtateur à teſter contre ſa volonté. La ſeconde, en l'empêchant de teſter ſelon ſa volonté.

100. Nullité du Teſtament qui a été extorqué par violence.

Lorſque le Teſtateur eſt obligé par force ou violence à faire Teſtament, ou à diſpoſer autrement que ſa volonté le lui inſpire, le Teſtament eſt nul ſans contredit; parce que toute diſpoſition doit être faite librement, & doit avoir ſon principe dans la volonté du Teſtateur, comme nous l'avons expliqué ailleurs; mais encore celui qui commet une telle violence eſt indigne des diſpoſitions teſtamentaires, & de la ſucceſſion du défunt, qu'il auroit pû recueillir, s'il n'avoit pas commis un tel attentat. La Loi 1, *cod. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit vel coegerit*, déclare que c'eſt un crime digne de punition, & la punition la plus naturelle eſt de priver le coupable du fruit que le crime lui produit; & comme le Teſtateur, s'il avoit eu la liberté néceſſaire, auroit pû diſpoſer en faveur de tout autre, & que c'eſt, parce que la volonté du Teſtateur eſt tournée d'un autre côté, qu'on uſe ordinairement d'une telle violence, il eſt juſte que l'auteur de la violence ſoit auſſi déclaré indigne, & privé de la ſucceſſion *ab inteſtat*, ou de la portion qu'il auroit pû y prétendre. La Loi *virum 3, ff. eod.* en décidant qu'un mari qui, ſans employer la violence ou le dol, flate ſa femme, *maritali ſermone*, pour l'appaiſer & l'empêcher de changer par un codicile une diſpoſition qu'elle avoit faite en ſa faveur dans ſon Teſtament, n'encourt aucune indignité, donne à entendre bien clairement, que celui qui employe la violence ou le dol pour engager quelqu'un à diſpoſer, eſt indigne de la liberalité & du fruit de la diſpoſition.

Indignité de celui qui force de teſter.

Raiſons de cette indignité.

On n'encourt pas l'indignité par les flateries.

101. Teſtament extorqué par violence eſt nul, quoique la vio-

Il faut néanmoins prendre garde que la Loi 1, *cod. ſi quis aliquem teſtari prohib.* veut que le Teſtament extorqué par violence ſoit nul, quand même la violence auroit été miſe en uſage par

tout autre, que par les heritiers ou les legataires, & dans ce cas celui en faveur duquel la disposition forcée aura été faite, en sera privé; mais il ne devra pas être privé de la succession *ab intestat*, parce qu'il n'y a aucun crime de sa part qui merite cette peine, à moins qu'il ne fût complice de la violence, & qu'il ne fût prouvé qu'il l'avoit fait faire.

lence soit commise par un tiers.

Mais il n'y a point d'indignité à l'égard des heritiers.

Dans le cas auquel le Testateur a été forcé de disposer par violence, non-seulement l'institution est nulle, mais encore les legs ne peuvent pas être demandez; parce que, comme nous l'avons dit ailleurs, il ne peut point y avoir de disposition valable & efficace, si elle n'a son fondement dans la volonté libre du Testateur, & que toutes les fois que cette volonté ne se rencontre pas, la disposition ne peut avoir aucun effet, *l. cum quidam* 12, *ff. de his quæ ut indign. auser. Peregrinus de jure fisci, lib.* 2, *tit.* 6, *n.* 37, a cru que quand il paroit que la violence ne tombe pas sur les legs, mais seulement sur l'institution, les legs doivent être payez; mais il seroit difficile d'admettre cette exception, parce que la nullité de l'institution entraîne la nullité & l'inutilité des legs, *§.* 34, *instit. de legatis.*

10?
Dans le cas de la violence toutes les dispositions sont nulles.

Si la nullité de l'institution influë sur les legs.

L'heredité doit être déferée non au fisc, comme l'ont pensé certains Docteurs, mais aux heritiers *ab intestat*, ainsi que nous l'avons prouvé au *chap.* 5, *sect.* 1, *n.* 16, & dans cette section, *n.* 4, autres que ceux qui ont commis la violence, non-seulement selon la pratique du Droit François, mais même selon le Droit Romain; parce qu'il n'y a aucune Loi qui défere dans ce cas au fisc la succession, & que le fisc ne doit recueillir que ce que les Loix lui adjugent expressément, & que dans le doute il faut répondre contre les prétentions du fisc, *l.* 10, *ff. de jure fisci*, ainsi que l'a fort bien remarqué *Barry* dans son Traité *de Successionibus, lib.* 1, *tit.* 9, *n.* 11; mais s'il y a un Testament anterieur valable, les heritiers instituez dans ce Testament anterieur devront recueillir l'heredité, parce qu'un second Testament nul par défaut de volonté libre ne peut révoquer, ni rendre inefficace un premier Testament valable, *§. posteriore* 2, *& §.* 7, *instit. quib. mod. Testam. infirm.* Un Testateur n'étant censé s'être départi des premieres dispositions, qu'autant que les secondes sont efficaces, *l.* 18, *ff. de legat.* 3. C'est ainsi que le décide le Président *Faber* dans son Code, *lib.* 6, *tit.* 15, *defin.* 1. Pour l'éclaircissement des autres difficultez qui peuvent survenir, quand une personne a été contrainte de tester, on peut voir *Menochius, de arbitriis, centur.* 4, *casu* 395, *& Peregrinus, de jure fisci, lib.* 2, *tit.* 6.

10?.
L'heredité doit être déferée aux heritiers *ab intestat*, non au fisc, dans le cas de la violence.

A moins qu'il n'y ait un Testament valable anterieur.

104. De l'empêchement de tester qui produit l'indignité.

Lorsque le Testateur veut faire Testament, les personnes qui l'en empêchent se rendent indignes de la succession du défunt: *Eos qui ne Testamentum ordinaretur, impedimento fuisse monstrantur, velut indignas personas à successionis compendio removeri celeberrimi juris est*, dit la Loi 2, *cod. si quis aliquem testari prohibuerit.* Et l'on encourt l'indignité, soit que l'on employe la force & violence, ou le dol, *l.* 1, *§.* 2, *ff. eod.* ou l'action est refusée à ceux *qui dolo fecerunt.*

Soit par violence ou dol.

105. Qu'il s'agisse d'un premier ou second Testament.

Il est indifferent que le Testateur soit empêché de faire un premier ou un second ou autre Testament, l'indignité est également encouruë dans l'un & l'autre cas; lorsqu'il s'agit de faire un premier Testament, on empêche le Testateur de disposer à son gré; quand il est question d'un second, on l'empêche de changer le premier. Ainsi la chose est égale, *l.* 1, *cùm §.* 1 *&* 2, *& l.* 2, *ff. si quis aliquem testari prohib.*

106. Le Juge doit déterminer par sa prudence, si le Testateur a été empêché de tester.

Il seroit assez difficile de déterminer précisément les cas auxquels le Testateur est censé avoir été suffisamment empêché de faire Testament, ou d'en changer un précedent; cela peut arriver de plusieurs façons differentes, & un Juge prudent doit déterminer selon les circonstances & la nature des preuves, si l'indignité est encouruë ou non; il suffit de remarquer qu'elle doit avoir lieu toutes les fois qu'il paroît que le Testateur a été dans le désir sincere de tester, & qu'il en a été empêché par force ou par dol, ou autre mauvaise manœuvre directe ou indirecte: *Si dolo malo fecerit ne mutaretur Testamentum, l.* 1, *§.* 1, *actiones omnibus denegari, quia omnes dolo fecerunt, §.* 2, *ff. si quis aliquem testari prohib.* La même Loi 1, *in principio*, donne pour exemple le refus de l'entrée de la personne appellée pour recevoir le Testament, *prohibuit Testamentarium introire;* & la Loi 2 du même titre déclare qu'il y a un empêchement suffisant, *si quis dolo malo fecerit ut testes non veniant, & per hoc deficiatur facultas Testamenti faciendi.* En un mot, l'indignité est encouruë toutes les fois que les successeurs *ab intestat*, ou les heritiers instituez dans un Testament, empêchent par violence ou par dol que le Testateur ne dispose de nouveau. Lorsqu'il s'agit d'un moyen de cette espece, les Juges doivent se contenter d'ordonner que les Parties prouveront leurs faits tendant à établir l'empêchement de tester, comme le remarque *M. Maynard, lib.* 8, *chap.* 74; touchant la preuve de l'empêchement de tester, les faits qui doivent être prouvez, & les autres difficultez qui concernent cette preuve; on peut voir *Peregrinus, de jure fisci, lib.* 2, *tit.* 6, *n.* 21 *& suiv.*

Circonstances qui caracterisent l'empêchement de tester.

On

On doit obſerver, que pour la preuve de l'empêchement de teſter, il ne faut pas un nombre de témoins, tel qu'il eſt requis pour la faction du Teſtament; deux ou trois doivent ſuffire, comme dans tous les autres faits, & même dans les crimes, ou dans les actions qui tiennent du crime, ainſi que l'a fort bien remarqué *Peregrinus* au lieu cité, *n.* 33; & juſqu'à ce que la preuve ſoit faite, les heritiers inſtituez doivent être maintenus par proviſion en la poſſeſſion de l'heredité, parce que le Teſtament doit être exécuté, *l.* 2, *& l. ult. cod. de edicto divi Hadriani tollendo*, *M. Maynard, liv.* 8, *chap.* 74.

Comment doit être ordonné la preuve de l'empêchement.

Quel nombre de témoins faut-il pour cette preuve?

Teſtament doit être exécuté par proviſion.

Comme l'empêchement de teſter eſt un fait qui tient même de la nature du crime, puiſque par un tel attentat on bleſſe la liberté que les Loix donnent à un chacun de diſpoſer de ſes biens à ſon gré, la preuve en doit être admiſe par témoins, nonobſtant *l'art.* 54 *de l'Ordonnance de Moulins, & l'art.* 2 *du tit.* 20 *de celle de* 1667; il peut néanmoins ſe rencontrer des circonſtances qui peuvent déterminer à faire refuſer cette preuve. On en trouve des exemples dans le *tom.* 1 *du Journal des Audiences, liv.* 1, *chap.* 35, & dans le *Recueil des Conſultations de M. de Cormis, tom.* 1, *centur.* 7, *chap.* 47, *pag.* 1556.

107. Preuve teſtimoniale admiſe dans ce cas, nonobſtant les Ordonnances.

Le fait d'un des heritiers *ab inteſtat*, ou inſtituez dans un premier Teſtament, qui empêche le Teſtateur de faire Teſtament, ne doit point nuire aux autres qui ne ſont ni coupables, ni complices du même attentat, *fratris autem factum fratri non nocet, l.* 2, *ff. ſi quis aliquem teſtari prohib. M. Maynard, liv.* 8, *ch.* 74; mais tous ceux qui ont part à l'attentat doivent être déclarez indignes, *l.* 1, *§. ult. ff. eod.* C'eſt une regle dictée par la droite raiſon, que le fait de l'un ne doit pas nuire à l'autre, *neminem ex alterius facto hereditati neque alligari neque exheredari poſſe, l.* 44, *ff. de hered. inſtit. neque enim debet nocere factum alterius ei, qui nihil fecit, l.* 5, *§.* 5, *ff. de operis novi nuntiat. factum cuique ſuum, non adverſario nocere debet, l.* 155, *ff. de regul. jur.* L'affinité & la liaiſon qui peuvent ſe trouver entre les perſonnes, quelque intimes qu'elles ſoient, ne doivent pas faire départir de cette regle pleine de juſtice & d'équité; car la Loi 5, *§.* 3 *& §.* 5, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* décide que le fait du pere lui nuit bien pour ce qui concerne ſon interêt, lorſqu'il a impugné de faux le Teſtament, mais il ne peut pas nuire à l'interêt de ſon fils; & de même le fait du fils qui a impugné de faux le Teſtament, ne peut pas non plus nuire à ſon pere; cependant la Loi 1, *§.* 1, *ff. ſi quis aliquem teſtari prohib.* & la Loi *un. ff. quib. non competit bonor.*

108. Le fait d'un des heritiers qui empêche de teſter ne nuit pas aux autres.

Ceux qui ont part à l'attentat ſont indignes.

La liaiſon & l'affinité ne font pas que le fait de l'un nuiſe à l'autre.

Le fait du pere ne nuit aux enfans, *& vice verſâ.*

Textes contraires expliquez.

poſſeſſio, décident que quand le Maître de l'Eſclave qui eſt inſtitué, ou le pere dont les enfans ſont heritiers ou legataires par un Teſtament, empêchent le Teſtateur de le changer, & d'en faire un nouveau, les actions doivent être refuſées à l'Eſclave, quoiqu'il ait été affranchi, ou aux enfans, quoiqu'ils ſoient émancipez. La raiſon eſt, parce que l'Eſclave, ni les enfans de ceux qui ont empêché la faction du Teſtament, n'ont pas pour eux la derniere volonté du défunt, & que par-là ils ſont indignes, *l.* 12, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* c'eſt une exception de la Regle.

A qui ſont déferez les biens ôtez à l'indigne pour avoir empêché de teſter.

L'indignité procedant de l'empêchement de teſter faiſoit déferer au fiſc ce qui étoit ôté aux perſonnes dans ce cas, *l.* 1, *& l.* 2, *§.* 2, *ff. ſi quis aliquem teſtar. prohib. l. ſcriptis* 19, *ff. de his quæ ut indign. auſer. & l.* 3, *§. ult. ff. ad S. C. Trebell.* Ce qui n'a pas lieu ſelon notre uſage, quoiqu'en diſe *M. Maynard, liv.* 8, *chap.* 74, qui rapporte des Arrêts qui ont adjugé dans ce cas au fiſc ce qui étoit ôté aux indignes, pour avoir empêché de teſter : enſorte que ce qui eſt ôté aux indignes eſt déferé aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, autres que ceux qui ſont déclarez indignes, lorſqu'il n'y a point de Teſtament.

109. Si le premier Teſtament eſt anéanti, lorſque le défunt a été empêché d'en faire un ſecond.

Que ſi le défunt avoit déja diſpoſé par Teſtament, & que s'étant mis en devoir d'en faire un ſecond, il en ait été empêché par le fait ou par le dol des heritiers inſtituez ; on demande ſi le Teſtament, & toutes les diſpoſitions qu'il renferme, ſeront anéanties, tant pour l'inſtitution, que pour les legs & fideicommis. Il ſemble d'abord qu'il faut laiſſer ſubſiſter les legs & les fideicommis contenus dans le Teſtament, & qu'on doit ſeulement déclarer indignes les heritiers inſtituez, en transferant au fiſc, ſuivant le Droit Romain, dans la Loi 1, *ff. ſi quis aliquem teſtari prohib.* ou, ſelon notre Uſage, aux heritiers *ab inteſtat*, l'heredité qui eſt ôtée aux indignes, *divus Hadrianus conſtituit denegari ei debere actiones, denegatiſque ei actionibus fiſco locum fore.*

110. Raiſons pour conſerver les legs.

La même Loi 1, *§.* 1, & la Loi 2, *§.* 2, *ff. eod.* décident auſſi en termes exprès, que ſi l'heritier inſtitué, qui a empêché par dol la faction d'un ſecond Teſtament, a été chargé de fideicommis, l'heredité doit être transferée au fiſc, *cum onere fideicommiſſi*; enſorte que le fiſc doit prendre le quart pour la Falcidie ou Trebellianique, & les trois quarts reſtans doivent être déferez au Fideicommiſſaire, *ſi fidei ejus qui dolum admiſit commiſſum eſt, ut hereditatem reſtitueret, ea hereditas caduca cum ſuis oneribus fiet:*

ut commodum legis Falcidiæ fiscus sentiat, dodrantis autem Fideicommissarius : Les dispositions contenuës dans le Testament doivent donc subsister, tant pour les fideicommis particuliers & universels, que pour les legs, *cum suis oneribus ;* ensorte que le fisc prend la place de l'heritier déclaré indigne, & il entre dans tous les engagemens imposez à cet heritier. On trouve la même décision dans la Loi *Marcellus* 3, §. dernier, *ff. ad S. C. Trebell.* non-seulement dans le cas de l'empêchement de tester, mais encore dans tous les autres cas où l'indignité doit être déclarée : Et comme il n'y a d'autre changement dans notre Usage, si ce n'est, qu'au lieu que le Droit Romain vouloit que le fisc prît la place de l'heritier institué déclaré indigne, nous mettons à la place de l'heritier indigne les autres heritiers *ab intestat*, qui n'ont pas encouru l'indignité ; toutes les autres dispositions contenuës dans le Testament doivent être exécutées, & l'on doit simplement déclarer l'heredité caduque, *cum suis oneribus*, & la transferer de même aux heritiers *ab intestat.*

Le fisc entroit dans les engagemens de l'heritier indigne.

Par notre usage les successeurs *ab intestat* prennent la place de l'heritier indigne.

D'ailleurs, lorsque le Testateur se propose de faire un autre Testament, & qu'il en est empêché, ce n'est qu'un simple projet imparfait, & qui ne peut pas avoir la force de révoquer un précedent Testament parfait & valable, §. 2, *instit. quib. mod. Testam. infirm.* Il ne suffit pas même qu'un Testateur se repente de sa premiere disposition, & qu'il en ait commencé une nouvelle ; pour qu'un précedent Testament soit révoqué, il faut que le second Testament soit parfait, §. 7, *instit. eodem ;* d'où il suit que tout ce qui est contenu dans le Testament, que le Testateur s'étoit proposé de changer ou de renouveller, lorsqu'il en a été empêché, doit subsister, & que l'on doit transferer l'heredité aux heritiers *ab intestat*, avec toutes les charges des legs & fideicommis universels ou particuliers, tout de même que si l'heritier institué en profitoit, & n'étoit pas déclaré indigne.

III. Le projet de faire un autre Testament, & le repentir ne révoquent pas un précedent Testament.

Cependant la Loi *si scriptis* 19, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* décide formellement, que si celui qui a fait un premier Testament, ayant changé de volonté, en veut faire un autre, & qu'il en soit empêché par les heritiers instituez, le Testateur est censé avoir révoqué toutes dispositions contenuës dans le Testament, *si scriptis heredibus ideò hereditas ablata est, quod Testator aliud Testamentum mutatâ voluntate facere voluit, & impeditus ab ipsis est : ab universo judicio priore recessisse eum videri.*

II. Raisons pour la destruction du précedent Testament.

M. Cujas, en expliquant cette Loi, dit que l'institution est anéantie par l'indignité des heritiers instituez, & que par voie de

III. Opinion de *Cujas.*

conséquence les legs deviennent inutiles, parce que l'institution qui doit les faire valoir est emportée, suivant le §. 34, *instit. de leg.*

114. Confirmation par d'autres Loix.

Il y a encore deux autres textes qui semblent appuyer la décision de la Loi 19, *ff. de his quæ ut indign. auser.* Le premier est la Loi 36, §. 3, *ff. de Testam. mil.* qui décide que le seul changement de volonté ne suffit pas pour révoquer les institutions, & les substitutions directes; mais qu'il suffit pour rendre inutiles les legs par voie d'exception. Le second est la Loi *cum quidam* 12, *ff. de his quæ ut indign. auser.* qui veut que celui qui n'a pas pour lui la derniere volonté du Testateur, soit déclaré indigne des liberalitez testamentaires. Peu importe que dans le cas auquel le Testateur a été empêché de faire Testament, le changement de volonté ne se trouve pas constaté par un Acte parfait, comme il doit l'être selon l'esprit de la Loi 12, *ff. de his quæ ut indign. auser.* car si le Testament demeure dans les bornes d'un simple projet non exécuté, c'est par l'empêchement que l'on a causé; ensorte que ne tenant pas à la volonté du Testateur, que cette condition ne soit remplie, elle doit être regardée comme véritablement remplie, *l. Labeo* 50, *ff. de contrah. empt. & l.* 161, *ff. de reg. juris;* le cas particulier de la Loi 19, *ff. de his quæ ut indign. auser.* est une exception à la Regle, qui veut que le changement de volonté pour pouvoir opérer son effet, doit être constaté par un Acte parfait.

115. Les Auteurs n'ont pas remarqué l'antinomie des Loix dans ce cas.

La gloſe, Bartole, Balde, ni même *M. Cujas* ne se sont pas apperçus de l'antinomie de la Loi 19, *ff. de his quæ ut indign. auser.* avec la Loi 1, la Loi 2, §. 2, *ff. si quis aliquem testari prohib.* & la Loi 3, §. dernier, *ff. ad S. C. Trebell.* Cependant elle se fait bien sentir dès que l'on confere ces textes ensemble.

116. Conciliation des textes opposez.

Pour concilier ces Loix differentes, il me semble que l'on doit former une regle, & une décision generale des Loix opposées à la Loi 19, *ff. de his quæ ut indign. auser.* Cela resulte clairement de la Loi 3, §. dernier, *ff. ad S. C. Trebell.* qui veut que dans tous les cas où l'indignité doit avoir lieu, l'heredité doit être transferée au fisc, *cum oneribus suis;* ensorte que le fisc ne peut profiter, que de ce qu'auroit pû recueillir l'heritier déclaré indigne, toutes les autres dispositions du Testament demeurant en leur force. Voilà pourquoi, suivant notre Usage, il faut dire la même chose du transport qui doit se faire de l'heredité aux successeurs *ab inteſtat,* qui prennent la place du fisc. Mais que l'on doit regarder comme une exception particuliere à cette regle, le cas

décidé par la Loi 19, *ff. de his quæ ut indign. auser.* c'eſt-à-dire, que toutes les diſpoſitions contenuës dans le Teſtament doivent être conſiderées comme révoquées par l'empêchement de teſter, lorſqu'il paroît bien clairement, que le Teſtateur n'a pas ſeulement eu la volonté de changer ſon premier Teſtament, mais qu'il a changé effectivement de volonté, & qu'il eſt prouvé d'une maniere ſpécifique, que ce changement de volonté porte ſur toutes les diſpoſitions contenuës dans le Teſtament, que le Teſtateur vouloit détruire, lorſqu'il en a été empêché; ce qui paroît aſſez clairement de ces paroles de la Loi, *mutatâ voluntate*, qui renferment la raiſon de décider de ce cas particulier.

Exception du cas de la Loi 19, *ff. de his quæ ut indign.*

Voilà pourquoi toutes les fois que ce changement ſpécifique de volonté du Teſtateur n'eſt pas prouvé, il faut s'en tenir à la Regle, & ſe contenter de tranſporter aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, les émolumens, dont l'heritier inſtitué, qui a empêché la faction du nouveau Teſtament, devoit profiter: Mais il faut au-contraire regarder, comme révoquées & annullées, toutes les diſpoſitions contenuës dans le Teſtament, lorſqu'il eſt prouvé par les Enquêtes, que l'intention du Teſtateur, qui a été empêché de teſter, étoit de révoquer le contenu en ſon précedent Teſtament.

117. Suite.

Il eſt vrai que les mots, *volente facere Teſtamentum vel mutare*, que l'on trouve dans la Loi 1, *ff. ſi quis aliquem teſtari prohib.* qui décide en même-tems, que dans ces deux cas, c'eſt-à-dire, quand on empêche de faire un premier Teſtament, ou d'en changer un précedent déja fait, on doit ſimplement refuſer les actions à l'heritier indigne, & les transferer au fiſc, ſans donner atteinte aux autres diſpoſitions, ſemblent faire obſtacle à cette conciliation. Mais il ſemble que les mots, *mutare Teſtamentum*, ſont beaucoup moins énergiques que les mots, *mutatâ voluntate*, que l'on trouve dans la Loi 19, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* Enſorte, qu'on peut dire, que celui qui refait ſon Teſtament, & qui en fait un nouveau, change ſon premier Teſtament, qu'il détruit & rend inutile par un ſecond, lorſqu'il ſe trouve parfait, quoiqu'il ne change point de volonté par le ſecond, & qu'il conſerve la plûpart des précedentes diſpoſitions, au lieu que le changement de volonté, *mutatâ voluntate*, ne ſuppoſe pas ſeulement la refaction d'un Teſtament, mais ajoute de plus un changement total ou conſiderable des diſpoſitions.

118. Réflexions ſur la Loi 1, *ff. ſi quis aliquem teſtari prohib.*

Il a été jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 20 May 1597, rapporté par *Charondas, liv.* 10, *rép.* 83, qu'un mari qui avoit deux enfans, dont l'un étoit valetudinaire, ayant em-

119. Arrêt qui a privé le pere de la ſucceſſion de ſon fils, pour avoir

empêché sa femme de tester, dans la vûë de recueillir la succession du fils qui étoit valetudinaire.

pêché sa femme de tester, afin que ses biens parvenant *ab intestat* à ses deux enfans, le pere pût succeder à celui qui viendroit à déceder; ce qui étant arrivé, & l'enfant valetudinaire étant mort, le pere qui avoit empêché sa femme de tester devoit être privé de la moitié des biens de son fils, qu'il avoit recueillie par succession avec son autre fils survivant, & condamné en cent écus d'amende. Dans ces circonstances l'Arrêt est très-juste; car le pere n'ayant empêché le Testament, qu'afin que la mere ne pût pas par des substitutions interrompre le cours de la succession *ab intestat*, & afin de profiter des biens de son fils pour la portion que la Loi lui déferoit, son crime ou son attentat lui auroit été profitable.

120. Si l'empêchement de tester produit l'indignité pour la succession *ab intestat*, selon le Droit François.

Le même *Charondas, liv. 7, rép. 63*, dit que l'on n'observe pas en France la rigueur du Droit Romain, qui déclare indignes de la succession ceux qui empêchent de faire Testament, & qu'ils doivent seulement être condamnez à payer ce que le défunt vouloit laisser par le Testament, qui n'a pas pû être fait à cause de l'empêchement porté par les heritiers *ab intestat*, ou bien ce dont il pouvoit disposer par la Coutume; & rapporte un Arrêt du 23 Mars 1559. Il est pourtant certain, que dans les Païs du Droit écrit, on observe la disposition de la Loi Romaine à cet égard, & que les Cours superieures déclarent l'indignité contre les heritiers qui empêchent la faction du Testament. Il y a une raison particuliere dans les Païs coutumiers qui n'a pas lieu dans les Païs du Droit écrit, c'est que les Coutumes destinant aux heritiers du sang une portion des biens desquels le Testateur ne peut pas les priver, l'empêchement de tester ne doit pas faire priver les successeurs *ab intestat* de cette portion des biens que la Coutume leur défere même malgré le Testateur; parce que quand il lui auroit été loisible de disposer, ils en auroient profité; il suffit donc de déferer à ceux, en faveur desquels le défunt vouloit disposer, les biens qui pouvoient faire la matiere d'une disposition valable & efficace; mais cette raison cesse, comme nous l'avons dit, dans les Païs du Droit écrit, où le Testateur a la liberté de disposer de tous ses biens, & d'en priver les heritiers *ab intestat*; ainsi l'on observe la même Regle qui est en vigueur dans les Païs coutumiers, en privant les heritiers *ab intestat* de l'entiere succession, dont le défunt avoit la liberté & le pouvoir de les priver par Testament.

Difference entre les Païs Coutumiers & ceux du Droit écrit.

121. Si l'on doit païer aux legataires ce

A l'égard du second point remarqué par *Charondas*, que l'on doit payer & délivrer aux legataires ce que le défunt avoit inten-

tion de leur laiſſer; cela ne ſe pratique point dans le Païs du Droit écrit, & ne paroît pas même pouvoir être obſervé dans les Païs coutumiers, parce que l'article 1 de l'Ordonnance de 1735 y fait obſtacle; car ce ſeroit faire valoir une diſpoſition verbale, & non conſtatée par un acte revêtu des formalitez preſcrites, & admettre la preuve teſtimoniale d'une telle diſpoſition contre la prohibition expreſſe de cette Ordonnance.

que le défunt avoit intention de leur laiſſer.

122. Réſolution pour la négative.

Lorſqu'un Teſtateur ſe propoſe de faire des liberalitez dans un Teſtament, qu'il ne fait pas à cauſe qu'il eſt empêché, ſa volonté demeure dans les bornes d'un ſimple projet qui ne peut opérer aucun effet, & les legs, fideicommis, ou autres diſpoſitions ne ſont valables, qu'autant qu'elles ſont faites par un Teſtament ou Codicile revêtus de toutes les formalitez du Droit, *l. ex eâ ſcripturâ 29, ff. qui Teſtam. facere poſſunt. Ex eâ ſcripturâ quæ ad Teſtamentum faciendum parabatur, ſi nullo jure Teſtamentum perfectum eſſet, nec ea quæ fideicommiſſorum verba habent peti poſſe.* On trouve la même déciſion dans le §. 7, *inſtit. quib. mod. Teſtam. infirm.*

123. Comment doit-on pourvoir aux interêts des legataires, que le Teſtateur empêché de teſter vouloit gratifier.

Mais comme il ne ſeroit pas juſte, que ceux que le défunt a eu une volonté ſincere de gratifier, ſouffriſſent du dommage par le fait de ceux qui ont empêché l'effet de la bonne volonté du défunt, en l'empêchant de diſpoſer par Teſtament ou Codicile, on doit leur accorder, ſuivant l'eſprit du Droit Romain, contre ceux qui ont empêché la diſpoſition par violence ou par dol, une action pour réparer le dommage qu'ils ont cauſé, *l. Lucius 88, §. Sempronia 4, ff. de leg. 2, Novell. 134, cap. 3, & M. Cujas ſur la Novelle 18.* Les Interpretes diſent, que c'eſt en vertu de l'action *de dolo* ou *in factum*, que ceux qui ont été fruſtrez de la liberalité peuvent agir *ad intereſſe*; mais cette action ne compete pas pour demander le double de la choſe, que le défunt avoit intention de donner, comme l'a penſé la gloſe ſur la Loi 88, §. 4, *ff. de leg. 2*, qui eſt à cet égard reprouvée par les meilleurs Interpretes, notamment par *M. Cujas ſur la Novelle 18*, elle n'a lieu que pour la ſimple indemnité, ſurtout dans notre Uſage, qui n'a pas reçu les peines du double, du triple, & autres pécuniaires infligées par le Droit Romain.

Quelle action leur accorde-t-on.

124. Contre qui cette action compete.

Cette action compete contre ceux qui ont cauſé le dommage, en empêchant la faction du Teſtament, non-ſeulement lorſqu'ils ſont du nombre des heritiers *ab inteſtat*, ou de ceux qui ont été inſtituez dans un précedent Teſtament, & quoiqu'ils ſoient privez de l'heredité; mais encore, quand ils ne ſont pas du nombre des

heritiers, & qu'ils ſont étrangers; il ſuffit qu'ils ayent cauſé le dommage par leur fait, afin qu'ils doivent être condamnez à le réparer, ſuivant ce principe de juſtice & d'équité, *qui occaſionem damni dat, damnum feciſſe videtur, l.* 30, *§.* 6, *ff. ad l. Aquil.* & c'eſt une regle également certaine, que celui qui cauſe du dommage par ſa faute eſt obligé de le réparer : On peut voir pour l'éclairciſſement des autres difficultez qui peuvent ſe preſenter au ſujet de l'empêchement de teſter, *Menochius de arbitrariis, centur.* 4, *caſu* 395, *Peregrinus de jure fiſci, lib.* 2, *tit.* 6, & *Barry de ſucceſſionibus, lib.* 1, *tit.* 9, *n.* 12, 13, 14.

Indication pour les autres difficultez.

125. Indignité pour avoir attaqué le Teſtament.

L'indignité peut être encouruë, lorſqu'on attaque le Teſtament. On peut attaquer ou impugner un Teſtament de quatre façons. 1°. Par nullité, comme n'étant pas revêtu des formalitez néceſſaires. 2°. Par la voie du faux. 3°. Par la plainte d'inofficioſité. 4°. En demandant la poſſeſſion des biens *contrà tabulas*, ce qui étoit un remede que le Préteur accordoit aux enfans, qui n'étoient pas en la puiſſance de leur pere, & qui avoit à peu près le même effet que la plainte d'inofficioſité. Il faut examiner par ordre ces quatre manieres differentes d'attaquer les Teſtamens.

Teſtament peut être attaqué de quatre manieres.

126. Si celui qui attaque de nullité le Teſtament eſt indigne.

Celui qui ſoutient que le Teſtament eſt nul, & qu'il doit être caſſé à cauſe que les formalitez néceſſaires n'y ont pas été obſervées, n'impugne que le Teſtament même, & ne fait aucune injure à la perſonne du défunt. Voilà pourquoi il n'eſt point privé des liberalitez qui lui ſont faites dans le même Teſtament, quoiqu'il ſuccombe, *ille, qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellitur ab eo quod meruit, l.* 5, *§.* 1, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* On trouve la même déciſion dans la Loi 24 du même titre. On a encore cet avantage, que la réception du legs n'empêche pas le legataire d'attaquer le Teſtament par nullité, ou de l'impugner de faux ; quoiqu'il ne puiſſe pas propoſer la plainte d'inofficioſité, lorſqu'il a reçu le legs qui lui a été laiſſé, *poſt legatum acceptum non tantùm licebit falſum arguere Teſtamentum, ſed etiam non jure factum contendere : inofficioſum autem dicere non permittitur, l.* 1, *in principio, ff. eod.* Ce qui ne ſouffre aucune difficulté dans le cas où celui, qui a reçu le legs, ignoroit la nullité du Teſtament, puiſque la Loi 4, *cod. de juris & facti ignorantiâ*, le décide textuellement en faveur de celui qui avoit partagé la ſucceſſion avec un co-heritier teſtamentaire, lequel eſt recevable à faire caſſer le partage, à vendiquer l'heredité entiere, s'il eſt ſeul ſucceſſeur *ab inteſtat*, & à faire caſſer le Teſtament, qui ſe trouve nul. Nous verrons bientôt s'il en doit être de même du

Si la réception du legs empêche de propoſer la nullité, ou le faux, ou l'inofficioſité.

legataire

legataire qui a reçû le legs, connoiſſant le Teſtament & la nullité dont il eſt impliqué; mais celui qui a conſenti à l'exécution du Teſtament, ou qui l'a approuvé par quelque fait ou autrement, n'eſt plus recevable à intenter la plainte d'inofficioſité, *l. ſi pœnas 23, §. 1, ff. de inoffic. Teſtam.*

127. Diſpoſition des Coutumes ſur la reception du legs.

Mais celui qui a approuvé ou exécuté le Teſtament avec connoiſſance de la nullité peut-il en demander la caſſation? Il ſemble que l'on doive décider pour la négative, à cauſe que la Coutume d'Auvergne, chapitre 12, article 50, paroît expreſſe ſur ce point, en ce qu'elle porte, *que l'heritier* ab inteſtat *inſtitué par Teſtament ou non, qui ſciemment accepte aucuns legs à lui faits par le défunt, ou ſatisfait à aucun des légats faits par ledit défunt, ou autrement agrée en aucune partie ledit Teſtament, il approuve toute la diſpoſition & ordonnance d'icelui défunt, & eſt abſolument tenu de la garder & accomplir, ſans qu'il ſe puiſſe aider de la réduction au quart introduite par ladite Coutume.*

128. Déciſion des Arrêts du Parlement de Paris.

De plus, *Brodeau, ſur M. Louet, lettre L. ſommaire 6*, rapporte pluſieurs Arrêts du Parlement de Paris, qui ont déclaré non-recevable à impugner le Teſtament de nullité, celui qui l'avoit approuvé par la réception du legs, ajoutant, *que bien qu'un Teſtament nul & défectueux, ne puiſſe pas être rendu valable, juſte & ſolemnel par les actes approbatifs de l'heritier* ab inteſtat, *toutefois, il ſe ſoutient, & celui qui l'a approuvé eſt repouſſé par une fin de non-recevoir, de ſa demande en petition de l'herédité, ne pouvant aller contre ſon propre fait, ſuivant la déciſion formelle de la Loi* non dubium 16, §. 1, cod. de Teſtam. *& la Doctrine de M. Cujas,* ſur la Loi *poſt legatum 5, §. 1, ff. de his quæ ut indign.* Mais l'opinion contraire autoriſée par la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, comme le prouve l'Arrêt du 19 Novembre 1690, rapporté par *Albert*, de la nouvelle édition, *lettre T. chap. 16*, & *M. de Catellan, livre 2, chapitre 33*, eſt inconteſtablement vraye, ſuivant les regles du Droit Romain, comme je vais le prouver.

129. Doctrine de Cujas.

La doctrine de *M. Cujas* n'eſt pas tout-à-fait telle que *Brodeau* la rapporte: Ce Docteur dit que celui qui a reçu le legs peut attaquer le Teſtament de nullité, ſoit qu'il la connût ou l'ignorât, lors de la réception du legs, & demander l'herédité *ab inteſtat;* mais qu'il eſt repouſſé de ſa demande avec connoiſſance de cauſe, comme s'il a connu la nullité, ou bien ſi ayant une pleine connoiſſance du Teſtament & de ſa forme, il a ignoré qu'il y eût quelque nullité; car ce ſeroit alors une ignorance de

Droit qui ne l'excuſeroit pas, à moins que le ſexe, la condition ou l'âge du Légataire, comme ſi c'eſt une femme, un Soldat, un ruſtique, ou un mineur, qui ſont excuſez, ou relevez de l'ignorance du Droit, ne duſſent lui procurer la reſtitution en entier. Cette diſtinction de *M. Cujas* eſt fondée, ſelon lui, ſur la Loi, *poſt quam legatum* 43, *ff. de hered. petit.* & ſur la Loi *poſt legatum* 5, §. 1, *verſic. prohibendi*, *ff. de his quæ ut indign. auſer. Prohibendi autem ſint aut non*, dit ce dernier texte, *ex utriuſque perſonâ, conditione, ætate, cognitâ causâ à judice conſtituendum erit.* Mais ſi le Légataire a ignoré le fait, c'eſt-à-dire, la nullité dont le Teſtament étoit compliqué, la réception du legs ne ſuffira pas pour l'exclure de la demande de l'herédité & de la caſſation du Teſtament, ſelon le même Docteur, *& factum cuilibet ignoranti, ſine diſtinctione dabitur petitio hereditatis licet antè legatum acceperit*, ce qui peut être autoriſé par la Loi 4, *cod. de jur. & facti ignorantia.*

130. Réfutation de la diſtinction de Cujas.

Cette diſtinction ne me paroît pas conforme à l'eſprit des Loix, ſur leſquelles *M. Cujas* la fonde; on en ſera convaincu par une explication exacte. Commençons par la Loi 43, *de hered. petit.* Ce texte dit d'abord que quand celui qui a reçu le legs fait dans un Teſtament, demande le délaiſſement de l'herédité, il ne doit pas être écouté, ſelon le ſentiment d'Attilicinus, & de pluſieurs autres, à moins qu'il ne rende le legs qu'il a reçû. C'eſt le premier point qu'elle décide.

131. Explication de la Loi 43, *ff. de hered. petit.*

Elle ajoute que le Légataire obligé de rendre le legs, peut demander, de ſon côté, que le poſſeſſeur de l'herédité lui baille caution de reſtituer le legs, ſi le Demandeur de l'herédité vient à ſuccomber, n'étant pas juſte que le poſſeſſeur retienne le legs après qu'il a été maintenu en l'herédité, ſurtout ſi le Demandeur n'a pas agi par un eſprit de vexation, par ſurpriſe, par ſupercherie, *ſi non per calumniam*; mais par erreur, *ſed per errorem hereditatem petierit adverſarius.* C'eſt le ſecond point décidé par cette Loi.

131. Suite.

Enfin, elle ajoute que l'Empereur Antonin a déclaré par un reſcrit, que la demande de l'herédité devoit être refuſée avec connoiſſance de cauſe à celui qui avoit reçu le legs; c'eſt-à-dire, ſi ſon droit étoit viſiblement mal fondé; ſi ſa demande n'étoit formée que pour vexer, & ſi elle ne portoit que ſur une mauvaiſe ſubtilité. *Imperator autem Antoninus reſcripſit, ei, qui legatum ex Teſtamento abſtuliſſet causâ cognitâ, hereditatis petitionem negandam eſſe, ſcilicet ſi manifeſta calumnia ſit.*

Ces dernieres paroles *si manifesta calumnia sit*, ne signifient autre chose, dans cet endroit, tout comme dans la Loi 3, §. 1, *ff. ut in possess. leg. vel fideicom. servandorum causâ esse liceat*, dans la Loi 29, *ff. de liberali causâ*, dans la Loi 65, §. 1, *ff. de condict. indeb.* & dans plusieurs autres textes, sinon que la demande a un fondement manifestement mauvais, que le Demandeur n'a aucun droit, & qu'elle n'est formée que par un esprit de vexation. C'est ainsi que l'expliquent *M. Brisson* & les autres Auteurs des Dictionnaires des termes du Droit : *per calumniam petere dicitur, qui vexandi alicujus gratiâ petit. L. postquàm* 43, *ff. de hered. petit.* dit *Calvin* dans son *Lexicon juridicum*. C'est encore de la même façon que *Paul de Castres*, & *M. le Président Faber in rational.* expliquent ce texte. 133. Suite.

Il paroit donc clairement que dans le cas de la Loi 43, *ff. de hered. petit.* le refus d'accueillir la demande de l'herédité n'est pas fondé sur la réception du legs, comme devant produire une fin de non-recevoir; mais sur le défaut de droit ou de qualité du Demandeur, comme s'il n'est pas personne légitime pour demander l'herédité, à cause qu'il n'est pas successeur *ab intestat* du défunt, ou si les moyens de nullité paroissent frivoles, auquels cas l'Empereur veut que le Préteur qui devoit accorder l'action suivant l'usage des Romains, afin que la demande pût être intentée, la refuse après avoir pris connoissance du défaut de droit & de qualité de celui qui veut impétrer cette action; & par conséquent cette Loi, bien loin de favoriser la distinction de *Cujas*, décide au contraire indistinctement qu'encore que l'heritier *ab intestat*, ait reçu le legs qui lui a été fait dans un Testament, il peut former la demande de l'herédité & attaquer le Testament de nullité, ce qui est rélatif à la même regle generale renfermée dans la Loi 5, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* 134. Suite.

A l'égard du §. 1 de la même Loi 5, toute la difficulté consiste à découvrir le veritable sens & l'intelligence de la derniere partie du §. où il est dit, *prohibendi autem sint an non ex cujusque*, ou comme on lit dans les pandectes Florentines, *ex utriusque personâ, conditione, ætate, cognitâ causâ à judice constituendum est.* 135. Explication de la Loi 5, §. 1, *ff. de his quæ ut indig.*

On doit d'abord observer après M. Cujas, que le rescrit de l'Empereur dont il est parlé dans ce texte, est le même que celui dont parle la Loi 43, *ff. de hered. petit.* Ainsi, l'une de ces Loix devant servir d'explication à l'autre, il faut prendre celle dont le sens paroît le plus clair, pour déterminer celui de la Loi qui est plus obscure & plus difficile à entendre. 136. Suite.

137. Suite. Je dis que la Loi 5, §. 1, *ff. de his quæ ut indig. aufer.* renferme une regle generale & une exception. La regle eſt renfermée dans les premieres paroles juſqu'au verſ. *prohibendi autem ſint*, & l'exception eſt contenuë dans le verſ. *prohibendi, &c.* Il ne faut donc pas confondre la regle avec l'exception, ni prendre l'exception pour la regle, *& vice versâ ;* il me ſemble que *M. Cujas*, & les autres qui ont crû que la réception du legs excluoit de la demande de l'herédité, & de la faculté d'attaquer de nullité le Teſtament, lorſque le Légataire a eu connoiſſance du Teſtament, ou qu'il a connu en particulier la nullité, ſont tombez dans cet inconvenient, en faiſant conſiſter la regle dans des paroles qui renferment l'exception, & en plaçant l'exception dans celles qui poſent la regle.

138. Suite. Voici de quelle maniere ce texte parle: *de eo verò qui legatum accepit, ſi neget jure factum eſſe Teſtamentum, divus Pius ita reſcripſit ; cognati Sophronis licet ab herede inſtituto acceperant legata, tamen ſi is (heres) ejus conditionis fuerit viſus ut obtinere hereditatem non poſſit, & jure inteſtati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipſo jure poterunt* ; quoique les cognats ou parens collateraux par femme, euſſent reçû le legs qui leur étoit fait dans le Teſtament de leur parent, ſi l'heritier inſtitué n'eſt pas le ſucceſſeur légitime, & que la ſucceſſion doive appartenir aux parens légataires, ils pourront demander de plein droit la maintenue, ſans que la réception du legs leur faſſe obſtacle ; c'eſt ce que ſignifient les mots *petere hereditatem ipſo jure poterunt.* C'eſt la regle poſée par la Loi qui eſt conforme à ce qui eſt dit au commencement de la même Loi : *poſt legatum acceptum . . . licebit . . . Teſtamentum . . . non jure factum contendere,* & à la déciſion de la Loi 43, *ff. de hered. petit.* & l'on ne trouve point dans ces Loix, ni dans aucune autre, que la réception du legs puiſſe produire une excluſion par voye d'exception de la demande en déclaration de nullité du Teſtament.

139. Suite. La regle ainſi connuë & bien expliquée, on ne peut prendre le verſ. *prohibendi autem ſint*, que comme une diſpoſition qui renferme une exception à la regle poſée dans ce qui précede au texte de la Loi, & cette exception ne doit pas dériver de la réception du legs, puiſque la Loi a dit dans ce qui précede & dans pluſieurs autres textes, que cette circonſtance n'empêche pas que le Teſtament ne puiſſe être attaqué de nullité par les heritiers *ab inteſtat*, quoiqu'ils ayent reçu le legs ; & cela eſt décidé indéfiniment & indiſtinctement, ſans s'enquerir ſi les Lé-

gataires avoient connu la nullité du Testament, ou s'ils avoient erré en fait ou en droit lors de la réception du legs, ainsi que l'a fort bien remarqué *Paul de Castres*, sur la Loi *postquàm*, qu'il marque la 46e. *ff. de hered. petit.* en réprouvant le sentiment de la *gloſe* qui distingue, & qui n'admet les successeurs *ab inteſtat* qui ont reçu le legs, à la faculté d'impugner le Testament de nullité, que quand ils ont ignoré cette nullité, & qu'ils ont erré en fait.

140. Suite.

Lors donc que la Loi 5, §. 1, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* dit, *prohibendi autem ſint, an non, ex cujuſque perſonâ, conditione, ætate, cognitâ causâ à judice conſtituendum erit*, elle n'entend pas, comme l'a pensé *M. Cujas*, que les Légataires qui ont reçu le legs ne sont recevables à opposer la nullité du Testament, que quand ils sont d'un sexe ou d'une condition, ou d'un âge qui puisse leur faire accorder la restitution en entier. C'est contre l'esprit & la lettre du texte qui les admet de plein droit à faire valoir la nullité malgré le payement du legs, *petere hereditatem ipſo jure poterunt*, paroles qui sont claires & décisives, & c'est faire une regle des paroles qui composent l'exception, *& vice versâ*. L'Empereur a voulu dire que si indépendamment de la réception du legs qui n'empêche jamais de pouvoir opposer la nullité du Testament contre un heritier Testamentaire qui n'est pas successeur *ab inteſtat*, ou qui n'est pas le seul successeur *ab inteſtat*, il se trouve quelqu'autre moyen pris de la personne, de la condition ou de l'âge, le Juge doit déterminer avec connoissance de cause, si ce moyen est suffisant ou non pour exclure les heritiers *ab inteſtat* de la demande de l'herédité. Ainsi, on doit tenir sans distinction que la réception du legs ne doit jamais exclure, ni de plein droit, ni par voye d'exception, les heritiers *ab inteſtat* de la faculté de faire valoir la nullité du Testament, soit qu'ils ayent erré en fait ou en droit.

La réception du legs ne doit point exclure de la nullité du Testament & de la demande de l'herédité.

Cela nous paroît d'autant plus certain, que c'est le vrai sens de la Loi 43, *ff. de hered. petit.* où le même rescrit est rapporté & expliqué dans ce sens, & que cette Loi qui est claire, doit servir à déterminer & à lever la difficulté & l'obscurité qui peut se trouver dans le même rescrit rapporté dans la Loi 5, §. 1, *ff. de his quæ ut indign. auſer.*

141. Confirmation.

A cela on peut ajouter que notre explication est fondée sur des raisons très-décisives; car le Testament étant de Droit public, & les Particuliers ne pouvant pas empêcher que la disposition des Loix n'y ayent lieu, *l. 3, ff. qui Teſtam. facere poſſ.* &

142. Autres raisons pour appuyer cette opinion.

l. 55, *ff. de leg.* 1°. Un Teſtament qui eſt nul pour n'être pas revêtu des formalitez que le Droit exige, ne peut pas devenir bon par l'approbation de celui qui reçoit le legs y contenu, comme l'ont fort bien obſervé *Paul de Caſtres* & *M. le Préſident Faber* ſur la Loi *poſt quam ff. de hered. petit.* & l'heritier inſtitué dans un Teſtament nul, & ainſi approuvé, ne peut être ſaiſi de l'herédité & devenir proprietaire des biens que par un tranſport fait en ſa faveur par les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ſoit par une tranſaction expreſſe ou par quelqu'autre acte tranſlatif du droit des ſucceſſeurs *ab inteſtat*.

Il faut un tranſport du droit des ſucceſſeurs *ab inteſtat*.

143. La réception du legs n'eſt pas une répudiation.

On ne peut pas dire que les ſucceſſeurs *ab inteſtat* recevant le legs, faſſent une répudiation de l'herédité, il n'y a aucune Loi qui le décide; la Loi 43, *ff. de hered. petit.* & la Loi 5, *in principio, ff. de his quæ ut indign. aufer.* décident tout le contraire, lorſqu'elles veulent que malgré la réception du legs, les heritiers *ab inteſtat* puiſſent faire valoir la nullité du Teſtament, & demander la maintenuë en l'herédité. La Loi *Claudius* 97, *ff. de acquir. hered.* propoſe le cas d'un heritier inſtitué dans un premier Teſtament valable, & enſuite dans un ſecond Teſtament nul, fait par la même perſonne, lequel accepte l'herédité en vertu du ſecond Teſtament nul, qu'il croyoit valable. Le Juriſconſulte *Papinien* penſoit que dans cette eſpece, l'heritier qui avoit accepté en vertu du ſecond Teſtament nul, étoit cenſé avoir répudié la ſucceſſion qui lui étoit déferée par le premier Teſtament. Le Juriſconſulte *Paul* étoit d'avis au contraire, que l'heritier n'étoit pas cenſé avoir répudié, & ſon opinion eſt adoptée & confirmée par la Loi *mater* 19, *ff. de inoff. Teſtam.* Le Juge qui connut de ce differend, embraſſa un tiers avis & prononça, que l'herédité devoit être déferée *ab inteſtat: Papinianus putabat repudiaſſe eum ex priore hereditatem, ex poſteriore autem non poſſe adire; dicebam* (ego Paulus) *non repudiare eum qui putaret poſterius valere; pronuntiavit Claudianum inteſtatum deceſſiſſe.* Il eſt facile de comprendre, quoiqu'en diſe *Bartole* ſur la Loi *poſt legatum, ff. de his quæ ut indign. aufer.* que la Loi *Claudius* 97, *ff. de acquir. hered.* ne décide pas que celui qui a reçu le legs eſt cenſé avoir répudié la ſucceſſion *ab inteſtat*, puiſque le contraire eſt clairement décidé dans la Loi 19, *ff. de inoff. Teſtam. Nec enim quæ ex Teſtamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem neſcit ſibi deferri: cum & hi qui ſciant, jus ſuum, eligentes id quod putant ſibi competere, non amittant;* & quand cela ſeroit vrai, ce que je ne

Explication de la Loi 97, *ff. de acquir. hered.*

Si celui qui accepte l'herédité en vertu d'un Teſtament nul eſt cenſé renoncer à l'utilité d'un Teſtament valable antérieur.

Ou à la ſucceſſion légitime.

pense pas, la condition de l'heritier institué dans un Testament nul n'en deviendroit pas meilleure, parce que la répudiation tacite résultante de la réception du legs, faite par l'heritier *ab intestat* au premier dégré, feroit place aux heritiers au second dégré suivant l'Edit successoire, lesquels heritiers pourroient faire valoir la nullité du Testament & demander l'herédité.

144. Explication de la Loi 16, §. 1, *cod. de Testam.*

La Loi 16, §. 1, *cod. de Testam.* ne fait rien pour appuyer la distinction de *M. Cujas*, ni la Jurisprudence des Arrêts rapportez par *Brodeau sur M. Louet, lettre L. sommaire 6.* Cette Loi décide que si l'heritier Testamentaire ou *ab intestat*, approuve volontairement les legs faits par le défunt, & les autres dispositions par lui faites, quoiqu'elles ne soient pas revêtues des formalitez nécessaires, il est obligé de les accomplir: *qui ex Testamento vel ab intestato heres extiterit, & si voluntas defuncti circà legata, seu fideicommissa, seu libertates legibus non sit subnixa, tamen si sua sponte agnoverit, implendi eam, necessitatem habet*: Mais cette décision est fondée sur des raisons qui n'ont rien de commun avec le cas de la réception du legs. On trouve ces raisons expliquées dans les ~~Loix 22 & 23~~, *cod. de fideicommiss.* Lorsque l'heritier Testamentaire ou *ab intestat* reconnoît & approuve la volonté du défunt au sujet des legs ou fideicommis non revêtus des formalitez de Droit, il ne fait que satisfaire à une obligation qu'il connoît lui avoir été imposée, & exécuter avec fidelité la volonté du défunt, au sujet de laquelle le défunt s'en est confié à sa probité, & l'on ne considere point si les legs ou fideicommis sont revêtus des formalitez ou non, *cùm non ex eâ solâ scripturâ, sed ex conscientiâ relicti fideicommissi voluntati defuncti satisfactum esse videtur*; ce qui ne peut avoir aucune application au cas de la réception du legs, nonobstant laquelle les Loix veulent que les successeurs *ab intestat* puissent faire valoir la nullité du Testament, & demander l'herédité du défunt; car autre chose est, approuver le Testament nul par la réception du legs qui y est contenu; autre chose est approuver un legs ou un fideicommis *in individuo*, & quoique le legs ou fideicommis soit nul *inutiliter relictum sit, legibus non sit subnixum*, il acquiert sa perfection, & il devient obligatoire par l'approbation de l'heritier, parce que les legs & les fideicommis dépendent absolument de la volonté, & que la formalité n'est nécessaire que pour la preuve; ensorte que si cette volonté est reconnuë par l'heritier, la formalité n'est plus nécessaire, vû que la volonté est prouvée par l'aveu & la reconnoissance de l'heritier, au lieu que quand il est question

Fondement de la décision de cette Loi.

+ Loix 2. et 22. et 23 vid. brunemen. jn d. l. 2. le defaut de solennités requises pour l'existence de l'acte, fait que l'acte n'existe pas d. leg. 23. cod. de fideic.

d'une herédité, la seule volonté, quoiqu'elle soit suffisamment constatée, ne suffit pas, il faut qu'elle soit revêtuë des formalitez que la Loi exige, afin qu'elle soit efficace. Pour la preuve de ces differences, on peut voir la Loi derniere, *cod. de fideicommiss.* la Loi 36, §. 3, *ff. de Testam. militis*, la Loi 1, §. 1, la Loi 11, §. 19, la Loi 21, *ff. de leg.* 3, les §§. 7 & 8, *instit. quibus modis Testamenta infirmentur*, & autres textes semblables.

345. La réception du legs n'empêche pas de proposer la nullité du Testament, quand meme les heritiers *ab intestat* seroient collateraux.

S'il ne faut point admettre la distinction des Auteurs qui veulent que la réception du legs faite avec connoissance de la nullité du Testament, ou par erreur de Droit, après en avoir connu la formalité, & s'il est vrai, comme nous l'avons prouvé, que la réception du legs ne peut produire en aucun cas, une fin de non-recevoir contre les successeurs *ab intestat*, qui attaquent de nullité le Testament, & qui demandent l'herédité; il faut encore moins distinguer les successeurs *ab intestat* collateraux d'avec les descendans ou ascendans, puisque le rescrit de l'Empereur rapporté dans le §. 1 de la Loi 5, *ff. de his quæ ut indign. auser.* est préciſément dans le cas des successeurs collateraux qui avoient reçu le legs, & néanmoins, ils sont reçûs à attaquer le Testament de nullité; & si la réception du legs est incapable de produire la fin de non-recevoir, à plus forte raison la seule demande en Justice du legs, sans qu'il ait été payé, peut-elle moins produire cette fin de non-recevoir. Je pense encore qu'il en doit être de même, quoique le legs ait été payé ensuite d'une demande faite en Justice, & d'une condamnation obtenuë par le Légataire, parce que cette circonstance ne change point la nature de l'approbation; la réception du legs est ce qu'il y a de plus fort; l'instance & la condamnation n'ont d'autre objet que de procurer le payement au Légataire. Si donc le payement fait & la réception du legs ne peuvent pas produire la fin de non-recevoir, il est clair que les voyes que l'on prend pour y parvenir, ne peuvent pas non-plus la produire, parce que ce ne sont que des moyens pour conduire à l'objet principal; moyens qui sont beaucoup moins considerables & moins forts que la réception même du legs, puisque la Loi 8, *ff. de bonis libert.* décide que la demande du legs, faite en Justice, n'exclut pas de la plainte d'inofficiosité.

La demande en Justice du legs n'exclut pas la nullité.

Ni lorsque le legs a été payé ensuite d'une condamnation.

Quoiqu'on ne trouve point dans les Arrestographes du Parlement de Toulouse, d'Arrêt qui ait nettement jugé la question, si le successeur *ab intestat* qui a reçû le legs, connoissant la nullité du Testament, est recevable à l'attaquer, & à demander la

succession

ſucceſſion *ab inteſtat*, on peut comprendre par les raiſonnemens que *M. de Catellan* fait au *livre 2, chapitre 33 ou 34*, ſelon les differentes éditions, & par l'Arrêt du 29 Novembre 1690, rapporté par *Albert, lettre T. chapitre 16*, que ce Parlement jugeroit cette queſtion en faveur des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ſi elle s'y preſentoit; car on n'y fait point de diſtinction entre celui qui connoît & celui qui ignore la nullité, lorſqu'il approuve le Teſtament; & il a été rendu un Arrêt le 13 Juillet 1740, en la premiere Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Cambon, qui l'a jugé ainſi dans un cas bien approchant. Antoine Viala qui avoit quatre enfans de ſon mariage avec Eliſabeth Salvetat, fit ſon Teſtament le 25 May 1724, par lequel il inſtitua pour ſon heritiere univerſelle, Eliſabeth Salvetat ſa femme, ſans aucune charge de fideicommis. Il fit des legs ſans ajouter le titre honorable d'inſtitution à trois de ſes enfans, & à l'égard de Marie Viala, qu'il avoit déja mariée avec le ſieur Fauré, il lui legua cinq ſols, voulant qu'au moyen de la ſomme de 3000 livres qu'il lui avoit conſtituée & payée, elle ne pût rien plus prétendre ſur ſes biens; celle-ci ne fut pas non-plus honorée du titre d'inſtitution, & par un codicile du 3 Novembre 1725, Antoine Viala fit un legs de 1000 livres à Marie Viala ſa fille, épouſe du ſieur Fauré.

146. Arrêt contre les créanciers d'Eliſabeth Salvetat.

Le Teſtateur étant mort dans cette volonté, le ſieur Fauré reçut pour ſa femme le legs de 1000 livres, & en fit quittance à Eliſabeth Salvetat, heritiere teſtamentaire, le 25 Août 1727; enſuite le ſieur Fauré & Marie Viala mariez décederent laiſſant M^e. Jean Fauré, Avocat au Parlement de Toulouſe, & Demoiſelles Marie, & Jeanne Fauré leurs enfans.

Suite.

Les biens d'Eliſabeth Salvetat ayant été generalement ſaiſis à la pourſuite de ſes créanciers, Antoine Viala II. & Jeanne Viala, enfans du Teſtateur, demanderent chacun l'allocation de la ſomme de 3500 livres du legs qui leur avoit été fait par leur pere dans ſon Teſtament. Antoine Viala II. étant mort, Jeanne Viala & les enfans de Marie Viala & du ſieur Fauré impetrerent des Lettres pour demander la caſſation par nullité du Teſtament d'Antoine Viala I. comme ne contenant point le titre honorable d'inſtitution en faveur de ſes enfans légataires; & ils demanderent d'être reſtituez en entier en tant que de beſoin, envers la réception du legs de 1000 liv. contenu au codicile, & envers la demande en allocation du legs de 3500 l. auquel effet, le ſieur Boſc & Jeanne Viala renoncerent à l'allo-

147. Suite.

cation qui avoit été faite en leur faveur par un Arrêt du 10 Septembre 1736, en capital & interêts.

148. Suite. Les créanciers d'Elisabeth Salvetat oppoſoient pluſieurs raiſons & exceptions contre ces demandes, & entr'autres, des fins de non-recevoir priſes de la réception & de la demande faite en Juſtice des legs; les Demandeurs & Impétrans ſoutenoient que ces fins de non-recevoir étoient malfondées, & qu'en tout évenement elles ne pouvoient pas leur être oppoſées, parce qu'ils devoient être relevez des acquieſcemens. Par l'Arrêt qui fut rendu, le Teſtament fut caſſé, Boſc & Jeanne Viala furent reçus à renoncer à l'allocation faite en leur faveur par l'Arrêt du 10 Septembre 1736, du legs en capital & interêts, & ils furent relevez de même que les Sieur & Demoiſelles Fauré, de tous acquieſcemens donnez au Teſtament de feu Antoine Viala I. & l'on n'eut point d'égard aux fins de non-recevoir. Nous aurons occaſion d'expliquer ailleurs plus particulierement les raiſons reſpectives des Parties, en examinant d'autres queſtions qui furent agitées, & que le même Arrêt jugea.

on peut renoncer à un arrêt qu'on a obtenu

149. Indignité pour avoir impugné de faux le Teſtament, de quoi elle prive. Le faux eſt la ſeconde maniere dont nous avons parlé, pour attaquer le Teſtament; celui qui impugne de faux un Teſtament, eſt privé & déclaré indigne de l'émolument qu'il auroit pû en retirer, *l. 6, ff. de hered. petit. l. 6, cod. ad L. Cornel. de falſ.* & *l. 29. §. ult. ff. de jure fiſci*, même de ce qui lui eſt laiſſé *conditionis implendæ causâ*, payable par l'heritier ou par un Légataire, *l. 5, §. 18, ff. de his quæ ut indign. auſer.* & du benefice de la falcidie, §. 19; & ſi le Légataire, après avoir reçu le payement du legs, impugne de faux le Teſtament, le legs déja reçu lui eſt ôté par indignité, *l. poſt legatum 5, §. 1, ff. de his quæ ut indign. auſer.* Il réſulte clairement de ce texte, que la réception du legs n'empêche pas d'arguer le Teſtament de faux; c'eſt ce qui eſt encore décidé par la même Loi 5, *in principio*; mais il y a deux obſervations qui expliquent & limitent la regle, qui veut que celui qui impugne de faux le Teſtament, doit être déclaré indigne de l'émolument qu'il en pouvoit retirer. La premiere eſt quand il y a deux ou pluſieurs heritiers inſtituez, & que le Teſtateur a chargé l'un de ces heritiers du payement de certains legs, le Légataire qui accuſe l'un des heritiers d'avoir commis le faux, ou qui intente l'action du faux contre l'un des co-heritiers, n'eſt pas indigne du legs payable par les autres co-heritiers, contre leſquels l'accuſation n'a pas été intentée, *legatum ei non auferri à coherede relictum, quem non inquietavit, l. 4, ff. de his quæ ut indign. auſer.*

Deux limitations de la regle.

La seconde, est que la seule accusation de faux ne suffit pas pour faire encourir l'indignité, il est nécessaire qu'elle ait été poursuivie jusqu'au Jugement définitif inclusivement: car si le Demandeur en faux se désiste de l'accusation avant le Jugement, il n'encourt point l'indignité, quoique l'accusation intentée par deux Interessez soit poursuivie & jugée avec l'un des Demandeurs en faux; & dans ce cas, celui qui se désiste avant le Jugement, évite l'indignité, *l. alia causa* 8, *cod. de his quæ ut indign. auser.*

150. La seule accusation de faux ne rend pas indigne s'il y a Sentence.

La regle ainsi expliquée & modifiée, a lieu, non-seulement contre celui qui argue le Testament de faux; mais encore contre ceux qui y cooperent ou y contribuent: Par exemple, le témoin qui dépose sur le faux & qui appuye l'accusation, est déclaré indigne, *his verò qui testimonio suo intentionem accusatoris adjuvaverunt deneganda est actio*; *l.* 5, *§.* 10, *ff. de his quæ ut indign. auser.* il en est de même de celui qui a prêté son ministere, comme Avocat ou Procureur, ou caution de l'Accusateur, *§.* 11, & du Juge qui a déclaré le Testament faux, quoiqu'en cause d'appel sa Sentence ait été réformée, & que le Testament ait été déclaré bon & veritable, *§.* 12, le Tuteur donné par Testament, qui impugne de faux ce Testament, ne peut pas s'excuser de la tutelle sous ce prétexte; mais il est déclaré indigne du legs qui lui avoit été fait *§.* 16; que s'il impugne de faux le Testament au nom de son pupille, il n'est pas privé du legs qui lui a été fait dans le même Testament, parce que la nécessité de son devoir l'excuse, *l.* 30, *§.* 1, *ff. de inoffic. Testam. l.* 22, *ff. de his quæ ut indign. auser.* même l'accusation intentée par le Tuteur nuit au pupille, & doit le faire priver de l'émolument du Testament; mais le Tuteur doit indemniser le pupille, *l.* 2, *cod. de his quæ ut indign. auser.* Il est vrai que le pupille peut demander la restitution en entier, & il conserve par-là l'émolument qu'il devroit retirer du Testament impugné, *l.* 5, *§.* 9, *ff. de his quæ ut indign. auser.* Si l'Avocat du fisc poursuit l'accusation de faux sur la dénonciation d'un délateur, ne pouvant point refuser son ministere, il est excusé, *Advocatum fisci qui intentionem delatoris exequitur, in omnibus officii necessitas satis excusat*, dit le *§.* 13 *de la même Loi.*

151. Extension de la regle qui déclare l'indignité.

Du témoin qui dépose contre le Testament argué de faux.

De l'Avocat ou Procureur qui ont prêté leur ministere.

Du Juge.

Quid du Tuteur.

Quid de l'Avocat du fisc.

On ne doit pas distinguer si celui qui argue de faux le Testament est un étranger, ou collateral ou descendant; car dans tous ces cas, sans en excepter même l'enfant au premier dégré, & qui étoit en la puissance du Testateur, lorsqu'il est décedé, on

152. On ne doit pas distinguer si l'Accusateur en faux est collateral, ou descendant ou étranger.

encourt l'indignité de l'émolument, qu'on auroit retiré du Testament. Les Loix prononcent indéfiniment & sans distinction la peine de privation, ainsi on ne doit point excepter les enfans & descendans de la regle generale.

153. Celui qui impugne de faux le Testament doit être privé des substitutions, & de ce qui est laissé par codicile.

Celui qui impugne de faux le Testament indéfiniment, doit être privé des substitutions pupillaires ou vulgaires, comme aussi de ce qui lui étoit laissé par des codiciles qui ont du rapport avec le Testament, quoiqu'ils ne soient pas confirmez par le Testament; mais celui qui argue de faux les substitutions vulgaires ou pupillaires, ou les codiciles, n'est point privé de l'émolument qui lui est laissé dans le Testament principal, *l. 5, §. qui principale 14, ff. de his quæ ut indign. auser.* Comme aussi le Donataire à cause de mort qui impugne de faux le Testament, n'est pas privé de l'effet de la donation à cause de mort, suivant le §. 17 de la même Loi, à plus forte raison doit-il moins être privé de ce que le Testateur lui avoit donné entre-vifs; la raison en est parce que ces sortes de liberalitez n'ont rien de commun avec le Testament, *l. sequens quæstio 68, ff. de legat. 2*; cependant le fideicommissaire qui impugne le Testament de faux est déclaré indigne du fideicommis, *§. 6, dict. l. 5.*

Celui qui argue de faux les substitutions n'est pas privé du surplus.

Le Donataire à cause de mort, conserve sa donation.

Le fideicommissaire est privé du fideicommis.

154. Les heritiers qui impugnent le codicile ne sont pas privez de la succession; mais ils perdent ce qui leur reviendroit par le codicile.

L'heritier testamentaire ou *ab intestat*, qui impugne de faux les codiciles, n'est point privé de l'herédité, quoiqu'il succombe dans son accusation, *heredi qui falsos codicillos esse dixit, neque obtinuit, hereditas non auferur, l. 15, ff. de his quæ ut indignis auser.* il perd néanmoins ce qui pouvoit lui revenir en vertu des codiciles, comme si le codicillant lui avoit fait quelque legs qui dût lui être payé par le co-heritier, ou bien un prélegs, dont il dût prendre une partie sur la portion de son co-heritier, & si le défunt a divisé son herédité par codicile entre plusieurs personnes instituées par Testament, celui qui argue de faux le codicile, & succombe, ne perd pas sa portion héréditaire, il ne perd pas non plus la portion sur le prélegs qu'il doit prendre sur lui-même, parce qu'à cet égard, le legs est inutile; mais il ne pourra point user du benefice de la falcidie sur le prélegs que le co-heritier prend en vertu du codicile, si dans les portions qu'il perd par indignité, il se trouve une somme ou valeur suffisante pour équipoller la falcidie & l'exclure par la compensation, parce que ce qu'il perd lui est imputé, tout de même que ce qu'il conserve *jure hereditario*, à cause que la perte arrive par son fait & par sa faute, *si tamen aliquid à coherede codicillis acceperit, ejus actio denegabitur, itaque si bonorum inter heredes divi-*

Perte de ce qui étoit laissé par le codicile impugné de faux.

Quid de la succession *ab intestat* partagée par le codicile impugné de faux.

Il perd la falcidie.

sionem defunctus fecerit, partes quidem hereditarias, in quibus legatum consistere non potuit, tenebit; sed falcidiæ beneficio non utetur, si tantum in amissis portionibus erit, dit la Loi 15, *ff. de his quæ ut indign. auser.*

155. Explication de la Loi 15, *ff. de his quæ ut indign. auser.*

Cette derniere partie de la Loi, qui est très-obscure & très-difficile à entendre, ne peut être bien expliquée qu'en proposant son cas ou son espece. Un Testateur fait deux heritiers dans son Testament, Titius & Mœvius, & par un codicile il veut que Titius ait pour sa part les biens situez dans le ressort du Parlement de Toulouse appartenant au Testateur, & Mœvius ceux que le Testateur possedoit dans le ressort du Parlement de Bordeaux. Après la mort du Testateur, Titius argue de faux le còdicile qui contient la division de l'herédité, & succombe. Il ne lui reste de droit, en qualité d'heritier, que la moitié des biens du ressort de Toulouse, & il perd l'autre moitié, qui ne pouvoit lui appartenir qu'à titre de prélegs, en vertu du codicile, comme devant la prendre sur la portion de son co-heritier; quoique la moitié des biens de Toulouse que Titius conserve ne suffise pas pour remplir la falcidie, qui consiste au quart de la moitié de l'herédité, & quelque considerable que soit ce dont Mœvius profite à titre de prélegs, néanmoins Titius ne pourra pas user de la falcidie sur Mœvius, si ce qui est ôté à Titius, joint à ce qu'il retient par droit heréditaire, suffit pour remplir le quart de la moitié de l'herédité du Testateur, en quoi consiste la falcidie à l'égard de Titius.

156. Si le fait de l'un nuit à l'autre.

Si le maître ou le pere accusent de faux le Testament, ils doivent être privez de l'émolument qu'ils auroient dû retirer du legs, & autres dispositions faites en faveur de l'esclave ou du fils; mais une telle accusation ne doit pas nuire aux personnes de l'esclave ou du fils pour les liberalitez dont ils doivent profiter, & qui les regardent personnellement, *l. 5, §. si pater 3, ff. de his quæ ut indign. auser.* il faudroit néanmoins admettre à l'égard du pere & du fils les mêmes décisions que nous avons observées ci-dessus, par rapport au Tuteur, si le pere avoit intenté l'accusation comme pere & Administrateur de son fils, auquel cas le pere agissant *necessitate officii*, il ne devroit pas être privé du legs qui lui auroit été fait; le fils devroit à la verité, être privé de la liberalité, sauf son recours d'indemnité contre le pere, avec néanmoins la faculté de demander la restitution en entier, *l. 5, 9, & §. 16, l. 22, ff. de his quæ ut indig. auser.* & *l. 2, cod. eodem.*

157. Suite.

Lorſque le fils de famille argue de faux le Teſtament dans lequel il a été fait quelque liberalité à ſon pere, celui-ci n'encourt pas l'indignité, à moins qu'il n'eût conſenti à l'inſcription de faux formée par ſon fils, *l.* 5, *§. ſi filius famil.* 5, *ff. de his quæ ut indign. aufer.*

158. Celui qui eſt indigne pour accuſation de faux peut ſucceder médiatement.

Quoique celui qui impugne de faux le Teſtament, ſoit privé des émolumens dont il auroit pû profiter, il peut néanmoins ſucceder à celui qui a reçu quelque liberalité par ce même Teſtament, & recueillir par ce moyen des biens qu'il n'auroit pas pû prendre directement, *l.* 5, *§.* 7, *ff. eod. Qui accuſavit falſum, heres legatario extitit, vel heredi ſcripto; nihil huic nocere dicendum eſt.* Cela eſt encore décidé dans la Loi 7, *ff. eodem.* Nous devons obſerver, en finiſſant ce point, qu'il paroît des Arrêts rapportez par *Henris, livre* 5, *queſt.* 104, & des raiſonnemens de *Ricard, des Donations, tome premier, partie* 3, *nombre* 218, que l'inſcription en faux contre le Teſtament, n'eſt pas conſideré comme un moyen d'indignité, contre celui qui l'intente & y ſuccombe dans les Pays Coutumiers, ni même dans les Pays du Droit écrit, qui ſont du reſſort du Parlement de Paris.

Si cette indignité a lieu dans les Pays Coutumiers.

159. Indignité de celui qui fabrique un faux Teſtament.

Enfin, on trouve dans le dernier des Arrêts prononcez en Robes rouges, rapportez par M. Duvair, un Arrêt du Parlement de Provence, qui a déclaré un ſucceſſeur *ab inteſtat* indigne de la portion qu'il avoit droit de recueillir comme heritier légitime, à cauſe qu'il avoit fabriqué un faux Teſtament en ſa faveur.

160. Indignité pour avoir intenté la plainte d'inofficioſité.

Venons preſentement à la plainte d'inofficioſité, qui eſt la troiſiéme maniere par laquelle on pouvoit impugner un Teſtament. La Loi *Papinianus* 8, *§. meminiſſe* 14, *ff. de inoff. Teſtam.* veut que celui qui attaque un Teſtament par la plainte d'inofficioſité, & qui ſuccombe, perde tout l'émolument qu'il auroit pû en tirer, *eum qui Teſtamentum improbè inofficioſum dixit, & non obtinuit, id quod in Teſtamento accepit perdere, & id fiſco vindicari quaſi indigno ablatum*: Mais par notre uſage, le fiſc ne profite point de ce qui eſt ôté à l'indigne dans ce cas, non-plus que dans tous les autres, où l'indignité eſt déclarée, comme nous l'avons remarqué ci-deſſus, nombre 4.

Ce qui eſt ôté à l'indigne dans ce cas n'eſt pas adjugé au fiſc.

161. Pour faire déclarer l'indignité, il faut que la plainte d'inofficioſité ſoit ſuivie

Mais ſuivant le même *§. meminiſſe*, il faut que celui qui intente la plainte d'inofficioſité la pourſuive juſqu'à Sentence définitive, car s'il s'en déſiſte, ou s'il meurt avant la Sentence, ou s'il eſt ſeulement jugé par défaut à ſon abſence, il n'encourt pas

l'indignité, *ſed ei demum aufertur quod in Teſtamento datum eſt, qui uſque ad ſententiam judicum lite improba perſeveraverit, cæterum ſi ante ſententiam deſtitit, vel deceſſit, non ei aufertur quod datum eſt; proindè & ſi abſente eo ſecundùm præſentem pronuntietur, poteſt dici conſervandum ei quod accepit.*

d'une Sentence contradictoire.

Celui qui querelle le Teſtament comme inofficieux, ne peut nuire qu'à lui-même, & non à autrui, ſibien que le fait du fils ne doit pas nuire au pere, *l.* 22, *§.* 1, *ff. de inoff. Teſtam.* Voilà pourquoi s'il eſt chargé du fideicommis, il perd bien la Falcidie ou la Trebellianique; mais le fideicommiſſaire ne doit point ſouffrir pour le fait du grevé; ainſi, nonobſtant la plainte d'inofficioſité du grevé, il devra recueillir le fideicommis ſoit univerſel ou particulier, ſuivant le même *§. meminiſſe* de la Loi 8, *ff. eod.*

162. La plainte ne nuit qu'à celui qui l'intente.

La plainte d'inofficioſité mal-à-propos intentée, faiſoit bien perdre l'émolument que l'on auroit pû retirer du Teſtament ou des codiciles, qui en ſont une ſuite; mais non les donations entre-vifs ni les conſtitutions de dot, *l. etiam ſi* 11, *ff. de inoffic. Teſtam.* ni les donations à cauſe de mort, *l.* 5, *§.* 17, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* parce que tout cela n'a rien de commun avec le Teſtament.

163. Fait perdre l'émolument du Teſtament & des codiciles.

Mais non les donations entre-vifs à cauſe de mort.

Il y a deux particularitez dans l'indignité qui dérive de la plainte d'inofficioſité, qui ne ſe rencontrent pas dans l'indignité encouruë, pour avoir mal-à-propos impugné de faux le Teſtament; mais pour tout le reſte, l'indignité doit avoir lieu dans les mêmes cas, où il s'agit de la plainte d'inofficioſité, que quand le Teſtament eſt impugné de faux, & l'on doit appliquer à ces deux cas, les mêmes exceptions, ainſi que les Docteurs l'ont fort bien remarqué.

164. Particularité de l'indignité pour plainte d'inofficioſité.

Ce qui eſt décidé pour le faux doit être appliqué à la plainte d'inofficioſité.

La premiere de ces particularitez, eſt que la réception du legs ou l'approbation du Teſtament qui arrive de quelque maniere que ce ſoit, exclut la plainte d'inofficioſité, *l.* 5, *ff. de his quæ ut indign. l. ſi pars* 10, *§.* 1, *l.* 12, *l.* 23, *§.* 1, *l.* 31, *§.* 3 *&* 4, *&* *l.* 32, *ff. de inoffic. Teſtam. Agnoviſſe enim videtur qui quale judicium defuncti comprobavit*, dit ce dernier texte, *M. Maynard, livre* 7, *chapitre* 6, *& livre* 8, *chapitre* 62, *& M. de Catellan, livre* 2, *chapitre* 33, rapportent des Arrêts qui l'ont ainſi jugé dans le cas de la réception du legs; & cela a lieu quand même l'approbation ne ſeroit qu'indirecte, comme ſi celui qui a droit d'intenter la plainte d'inofficioſité, prête ſon miniſtere en qualité d'Avocat ou de Procureur au Légataire, qui de-

165. La réception du legs exclut la plainte d'inofficioſité.

Approbation indirecte du Teſtament produit le même effet.

mande le payement de son legs, *l.* 32, *ff. de inoffic. Testam.* ou si le pere a reçu le legs qui a été fait à son fils, *l.* 12, *ff. eod.* mais la demande en Justice du legs, non suivie du payement, ne suffiroit pas pour exclure la plainte d'inofficiosité, *l.* 8, *ff. de bonis libertor.* A la verité, *M. Louet, lettre L. sommaire 6*, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris qui juge le contraire; mais cet Arrêt ne peut pas prévaloir sur l'autorité de la Loi.

166. Cas où la fin de non-recevoir ne peut pas être opposée à celui qui a reçu le legs.

Il y a néanmoins certains cas auxquels on ne peut pas opposer des fins de non-recevoir à celui qui a approuvé le Testament, pour l'exclure de la plainte d'inofficiosité; ils sont rapportez dans la Loi 10, §. dernier, dans la Loi 22, la Loi 32, §. dernier, *ff. de inoff. Testam.* & autres textes que nous expliquerons en son lieu.

La plainte d'inofficiosité fait perdre tout ce qui étoit laissé par le Testament ou codicile.

La seconde particularité est, que quoique celui qui impugne de faux un Testament, ne perde que ce qui doit lui être payé par l'heritier contre lequel il a intenté l'accusation de faux, & qu'il conserve ce qui lui étoit laissé payable par les autres heritiers qu'il n'a point inquietez, *l.* 4, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* il n'en est pas de même dans le cas de la plainte d'inofficiosité, laquelle fait perdre indistinctement tout ce qui avoit été laissé par le Testateur, quoique payable par l'un des heritiers, contre lequel la plainte d'inofficiosité n'a pas été intentée. La raison de difference doit être prise, selon *M. Cujas*, sur la Loi 8, *ff. de Prætor. stipulat.* de ce que dans le cas de l'accusation du faux, on n'argue que le fait de l'heritier qui est attaqué, & qu'on ne fait aucune injure au défunt, au lieu que par la plainte d'inofficiosité on attaque directement la personne du défunt, & sa disposition en entier, *tanquam non fuerit sanæ mentis, l.* 2, *l.* 5, *ff. de inoffic. Testam.* & *l.* 36, *ff. de leg.* 3; l'injure que la mémoire du défunt reçoit par la plainte d'inofficiosité devant faire déclarer indigne celui qui l'intente, de toutes les liberalitez qui lui sont faites par le Testateur dans le Testament, & dans les codiciles qui en sont une suite, quoiqu'il n'ait agi que contre l'un des heritiers.

167. Le Légataire heritier du fils du Testateur qui continue la poursuite commencée par le fils ne perd pas son legs.

Si un Testateur laisse un legs à une personne qui devienne heritier du fils, lequel a formé la plainte d'inofficiosité, quoique cet heritier du fils continue la poursuite & succombe, il ne perd pas le legs qui lui avoit été fait, *l. filius* 22, §. 2, *ff. de inoffic. Testam.* de même le Tuteur qui intente la plainte d'inofficiosité au nom de son pupille, ne perd pas le legs qui lui est fait, parce qu'il agit, *necessitate officii*, §. 5, *instit. de inoff. Testam.* & *l.* 30, §. 1, *ff. eod.*

Quid du Tuteur.

Suivant

168. Dans quels cas la plainte d'inofficiosité pouvoit être intentée suivant le droit du Dig. & du Code.

Suivant le Droit ancien des Romains, renfermé dans le Digeste & dans le Code, la plainte d'inofficiosité pouvoit être intentée toutes les fois que les enfans avoient été injustement préterits ou exherédez, *l. 3, ff. de inoff. Testam.* la préterition des enfans que le Testateur avoit en sa puissance, produisoit une nullité de forme intrinseque, qui anéantissoit le Testament de plein droit, *instit. de exhered. liber. in princip.* mais les enfans émancipez ou les descendans par femme, ou les filles par le droit ancien, quoiqu'elles fussent en la puissance du Testateur, ne pouvoient pas attaquer le Testament de nullité, non-plus que les descendans par mâles, qui étoient en la puissance du Testateur, ils pouvoient seulement l'impugner par la plainte d'inofficiosité, & l'on accordoit aux enfans émancipez, ou aux filles qui étoient en la puissance du Testateur, la possession des biens *contrà tabulas*, qui étoit un remede introduit & accordé par le Préteur, lequel produisoit le même effet que la plainte d'inofficiosité, *toto titulo, instit. de exhered. lib.* & *tot. tit. ff. de bonor. possess. contrà tabulas ;* mais la Loi 4, *cod. de liberis præteritis*, & le §. 5, aux Institutes *de exhered. liberor.* corrigerent en partie ce droit ancien, & accorderent aux filles en la puissance du Testateur, & aux descendans par mâles, qui étoient aussi en la puissance du défunt, le droit de faire déclarer nul le Testament.

Préterition des enfans en la personne du pere anéantissoit le Testament de plein droit.

169. Par le Droit nouveau la préterition annulle le Testament.

Le droit nouveau renfermé dans les Novelles de l'Empereur Justinien, a fait beaucoup de changemens au Droit ancien : 1°. Il a abrogé la distinction que l'on faisoit entre les mâles & les filles qui étoient en la puissance du Testateur, & aujourd'hui il n'y a entr'eux aucune difference. 2°. On a imposé aux pere, mere, ayeux, ayeules & autres ascendans paternels ou maternels, la nécessité d'honorer du titre d'institution, leurs enfans & descendans, émancipez ou non émancipez, sans examiner s'ils descendent par mâle ou par femelle, parce que le lien du sang est le même, & que la succession *ab intestat* ne se défere plus à cause du lien civil de la puissance paternelle, comme elle se déferoit selon la Loi des douze Tables; mais à raison de la proximité causée par la naissance & le droit du sang, ensorte que la préterition dans le Testament d'un ascendant pere ou mere, ayeul ou ayeule, ou autre plus éloigné, produit une nullité de forme intrinseque, qui anéantit le Testament, sans avoir besoin de recourir à la plainte d'inofficiosité, ni au remede Prétorien de la possession des biens. Tout ce que nous venons de dire est fondé sur la disposition de la *Novelle* 115, & de la *Novelle* 118.

En quels cas la plainte d'inofficioſité eſt néceſſaire ſelon d'Olive.

Suivant la remarque de *M. d'Olive, livre 3, chapitre 8*, il n'eſt néceſſaire d'intenter la plainte d'inofficioſité qu'en deux cas, & non quand il y a nullité par préterition, quoiqu'en diſent *M. Maynard, livre 7, chapitre 6, & livre 8, chapitre 62, & M. de Catellan, livre 3, chapitre 33*, ainſi que le Parlement de Toulouſe l'a jugé par l'Arrêt du 13 Juillet 1740, entre le ſieur Fauré & Viala d'une part, & les créanciers d'Elizabeth Salvetat, dont nous avons parlé ci-deſſus; le premier, lorſque les aſcendans ou les deſcendans ont été exherédez ſuivant la forme preſcrite par la *Novelle* 115, avec expreſſion d'une cauſe légitime, qui eſt ſoutenuë être fauſſe. Le ſecond, quand les freres germains ou conſanguins, mais non les uterins, ſont préterits ou exherédez par le Teſtament de leur frere, où une perſonne infame, *turpis perſona*, ſe trouve inſtituée heritiere univerſelle; & hors ces deux cas, la plainte d'inofficioſité n'eſt plus reçuë.

170. Suivant l'eſprit du Droit nouveau, il n'y a qu'un ſeul cas où la plainte d'inofficioſité ait lieu.

Je penſe même, avec pluſieurs Auteurs, entr'autres *Chaſſaneus, ſur la Coutume de Bourgogne, rubrique 7, §. 2*, verb. *ſinon pour aucune des cauſes, nombre 5*, & *M. Duval*, très-habile Profeſſeur en Droit François en l'Univerſité de Toulouſe, *dans ſes Inſtitutions du Droit François, livre 2, chapitre 14, page 455*, que quand les aſcendans ou les deſcendans ſont exherédez pour une cauſe exprimée qui ſe trouve fauſſe, le Teſtament eſt nul de plein droit, tout comme dans le cas de la préterition; qu'ainſi, il ne reſte qu'un ſeul & unique cas où la plainte d'inofficioſité doive être intentée, ſuivant le Droit Romain; ſçavoir, quand les freres germains ou uterins ſont préterits ou exherédez dans le Teſtament de leur frere où une perſonne infâme ſe trouve inſtituée, & c'eſt dans ce cas ſeulement que l'on peut déterminer la demande en caſſation du Teſtament pour cauſe de préterition ou exherédation, dans le ſens de l'inofficioſité, quoiqu'elle ne ſe trouve pas bien & diſertement nommée de cette façon, & faire valoir l'indignité que le Droit Romain déclare pour une plainte d'inofficioſité mal-à-propos intentée; il faut même prendre garde que la plainte d'inofficioſité a été abrogée même dans ce cas, par l'Ordonnance de 1735, en établiſſant la nullité du Teſtament à cauſe de la préterition, comme nous le prouverons au chapitre 8, ſection 3; cependant, ſi dans quelqu'autre cas, la demande étoit diſertement intentée comme plainte d'inofficioſité, l'indignité devroit avoir lieu ſuivant les Arrêts rapportez par *M. Maynard, livre 7, chapitre 6*, & *livre 8, chapitre 68*, parce que pour encourir l'indignité, il ſuffit que le Teſtament ſoit attaqué

Si l'indignité doit avoir lieu, lorſqu'on ne ſe trouve pas dans le cas de l'inofficioſité, ſi elle a été diſertement intentée.

comme inofficieux, & il n'eſt pas néceſſaire que l'on ſe trouve dans un cas où l'inofficioſité ſoit juſtement appliquée.

171. Plainte d'inofficioſité, & l'indignité qu'elle produit hors d'uſage aux Pays Coutumiers.

A l'égard des Pays Coutumiers, la plainte d'inofficioſité & l'indignité qu'elle produit, y eſt totalement hors d'uſage, l'inſtitution d'heritier n'y a point de lieu; c'eſt la Coutume & non le Teſtateur qui fait les heritiers. Lorſque les enfans ſont injuſtement exherédez, le Teſtament eſt nul pour le tout, & non pas quant à l'inſtitution ſeulement, comme en Pays de Droit écrit; ainſi, l'indignité, à raiſon de la plainte d'inofficioſité, n'y eſt point pratiquée.

172. Indignité pour avoir demandé la poſſeſſion *contrà tabulas* hors d'uſage.

On comprend aiſément, après ce que nous venons de dire, que quoique la Loi 2, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* décide que quand le fils émancipé demande la poſſeſſion *contrà tabulas*, des biens de ſon pere, & qu'il accepte l'herédité en vertu de la ſubſtitution pupillaire, il doit être privé de l'entiere herédité; cela ne peut point être pratiqué en France, ni dans les Pays Coutumiers, ni dans ceux qui ſont régis par le Droit écrit, parce que ce remede eſt abrogé & inuſité. Ceci doit ſuffire pour l'éclairciſſement de la quatriéme maniere d'impugner le Teſtament dont nous avons parlé ci-deſſus.

173. Si celui qui a approuvé le Teſtament par la réception du legs, peut oppoſer l'indignité à l'heritier inſtitué.

Il y a une autre difficulté, qui a un grand rapport avec celle que nous venons de réſoudre; elle conſiſte à ſçavoir, ſi l'heritier *ab inteſtat* qui a reçu le legs à lui fait dans un Teſtament où une perſonne indigne eſt inſtituée, peut oppoſer l'indignité, nonobſtant l'approbation du Teſtament, qui réſulte de la réception du legs.

Suppoſons, par exemple, qu'un Teſtateur qui a des freres, inſtitue heritiere ſa concubine, & faſſe des legs à ſes freres; ceux-ci après avoir reçu les legs ſeront-ils recevables à demander l'herédité à cauſe de l'indignité de l'heritiere? Cette queſtion n'eſt point décidée par le Droit Romain, elle ne pouvoit pas même ſe preſenter, vû que l'indignité faiſoit déferer au fiſc ce qui étoit ôté à l'indigne, & les ſucceſſeurs n'y avoient rien à prétendre, ainſi que nous l'avons remarqué ci-devant; ce n'eſt que par la Juriſprudence Françoiſe, que ce qui eſt ôté à l'indigne eſt adjugé aux heritiers *ab inteſtat*, & il n'y a point d'Arrêt ni d'Auteur qui ait décidé cette queſtion, du moins je n'en connois aucun. Si le fait ſur lequel l'indignité de l'heritier inſtitué eſt fondée n'eſt pas connu aux heritiers *ab inteſtat*, lorſqu'ils ont reçû leur legs, il me ſemble qu'il ne peut y avoir aucun doute, qu'un tel acquieſçement, fondé ſur une ignorance

ou erreur de fait, ne devroit porter aucun obſtacle aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*. La queſtion ne peut donc être douteuſe que dans le cas où les ſucceſſeurs *ab inteſtat* ont connu le fait produiſant l'indignité, lorſqu'ils ont reçu le legs. En tirant de la Loi Romaine, les argumens qui peuvent ſervir à la déciſion de ce cas, il faut examiner, ſi l'on peut le comparer à la plainte d'inofficioſité, ou bien au faux ou à la nullité. Au premier cas, les ſucceſſeurs *ab inteſtat* devroient être exclus par fins de non-recevoir, ſauf qu'ils fuſſent de tel âge, condition ou ſexe qui leur procurât la reſtitution en entier, ſuivant la Loi 1 & le §. 1, *ff. de his quæ ut indignis auſer.* Mais au ſecond cas, la fin de non-recevoir ne devroit pas leur nuire, *poſt legatum acceptum, non tantum licebit falſum arguere Teſtamentum, ſed & non jure factum contendere, inofficioſum autem dicere non permittitur, l.* 5, *ff. eod.* la raiſon eſt parce qu'en arguant le Teſtament de faux ou de nullité, on n'impugne pas le Jugement du défunt; mais on l'impugne par la plainte d'inofficioſité, *l.* 24, *ff. eod.* Or, quand il eſt queſtion de faire déclarer indigne l'heritier inſtitué, on n'attaque pas la forme du Teſtament, puiſque l'indignité ne produit point de nullité, ainſi que nous l'avons montré plus haut, on attaque le jugement du défunt, qui a choiſi un tel heritier; ainſi, c'eſt le cas de dire que quand les ſucceſſeurs *ab inteſtat* ont reçû leur legs, connoiſſant l'indignité de l'heritier, ils ont approuvé le jugement du défunt, en reconnoiſſant la qualité de l'heritier, & ils ne ſont plus recevables à faire valoir l'indignité comme y ayant renoncé, à moins qu'ils ne ſoient dans le cas de le faire relever des acquieſcemens *ex cujuſque perſonâ, conditione, ætate*, ainſi que nous l'avons expliqué ci-deſſus, en traitant la queſtion, ſi la réception du legs empêche qu'on ne puiſſe impugner le Teſtament par la plainte d'inofficioſité; cependant j'eſtime que dans ce cas, les parens qui viennent immédiatement après ceux qui ont approuvé le Teſtament, ou du moins le fiſc, ſeroient recevables à faire valoir l'indignité, parce qu'elle n'eſt point entierement couverte par l'approbation des premiers ſucceſſeurs *ab inteſtat*; que leur conſentement peut bien les exclure de l'action qu'ils avoient; mais qu'il ne peut pas empêcher que l'herédité ne ſoit ôtée à l'indigne, à moins qu'il n'eût une ſubrogation des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, auquel cas, l'heritier indigne tiendroit l'herédité, non de la main du défunt, mais de celle des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, au droit deſquels il ſeroit ſubrogé. On peut voir les Arrêts rapportez par *M. de Cambolas, livre* 6,

chap. 11, & *M. d'Olive, liv.* 3, *chap.* 17 & 18, qui fourniſſent des argumens pour appuyer ce que nous avons dit, que l'indignité n'eſt pas couverte par les acquieſcemens des ſucceſſeurs *ab inteſtat* les plus proches, & que ceux qui viennent après eux, en dégré de parenté, ont la faculté de faire valoir l'indignité.

174. Indignité pour avoir ſupprimé un Teſtament.

Comme la ſuppreſſion du Teſtament eſt un moyen d'en éluder l'exécution, & a par conſéquent une grande affinité avec ceux que je viens d'expliquer, je le joints aux précedens; le Teſtament n'eſt pas l'acte d'un ſeul homme, c'eſt-à-dire, de l'heritier, quoiqu'il y ait le principal interêt, il appartient à tous les Intereſſez, c'eſt-à-dire, à tous ceux qui peuvent en tirer quelque droit; & à parler plus exactement, c'eſt un acte qui eſt *juris publici. Tabularum Teſtamenti inſtrumentum non eſt unius hominis, hoc eſt heredis, ſed univerſorum, quibus quid illic adſcriptum eſt, quin potius publicum eſt inſtrumentum, l.* 2, *ff. Teſtamenta quemadmodum aperiantur.* C'eſt une eſpece de Loi domeſtique, à l'execution de laquelle le public a interêt; auſſi voit-on que la Loi 1, du même titre, & les Loix du titre *de Tabulis exhib.* accordent un interdit à tous ceux qui veulent avoir viſion, ou prendre des extraits du Teſtament, pour obliger le détenteur à en faire l'exhibition & la repreſentation; & cela a lieu, non-ſeulement pour les Teſtamens parfaits ou imparfaits, premiers ou ſeconds, mais encore pour les codiciles, *l.* 1, *§§.* 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 & 9, *ff. de Tabul. exhib.* & perſonne ne peut retenir impunément ces ſortes d'actes, *l.* 2, §. 6, *eod.*

Le Teſtament eſt un acte qui eſt *juris publici.*

Interdit *de tabulis exhibendis.*

La Loi 2, *ff. de leg. Cornelia de falſis*, & la Loi 14, *cod. eod.* aſſujettiſſent à la peine du faux, ceux qui enlevent, qui recelent, qui ſuppriment, qui effacent, qui détournent, ou qui bâtonnent par dol, les Teſtamens, *qui Teſtamentum amoverit, celaverit, eripuerit, deleverit, interleverit . . . cujuſve dolo malo id factum erit, legis Corneliæ pœnâ damnatur*, dit la Loi 2, *ff. de leg. Cornel. de falſ.* ou comme l'exprime la Loi 14 au code du même titre, *cum qui celavit vel amovit Teſtamentum, committere crimen falſi, publicè notum eſt.*

175. Ceux qui enlevent, ſupprimment, ou recelent les Teſtamens ſont punis comme fauſſaires.

La Loi *ſi quis* 26, *ff. de Cornelia de falſis*, déclare indigne de la ſucceſſion entiere, le fils, même après ſa mort, qui a ſupprimé, en brulant ou déchirant le Teſtament de ſon pere, & qui a accepté l'herédité, tout comme ſi ſon pere étoit décedé *ab inteſtat. Si quis patris ſui Teſtamentum aboleverit, & quaſi inteſtatus deceſſiſſet, pro herede geſſerit, atque ita diem ſuum obierit, juſtiſſimè tota hereditas paterna heredi ejus eripitur.* La mort même

176. Déciſion de la Loi 26. *ff de leg. Cornel. de falſis.*

La mort n'efface pas l'indignité.

n'eſt pas capable d'effacer & d'anéantir l'indignité ; & l'herédité entiere du pere eſt ôtée aux heritiers du fils, qui eſt devenu indigne par un tel fait.

177. A quelles perſonnes cette indignité s'étend.

L'indignité pour cette cauſe, ne ſe borne pas au ſeul heritier *ab inteſtat* qui ſupprime le Teſtament, elle a lieu auſſi contre le Légataire ou fideicommiſſaire qui tombe dans le même cas, lequel eſt privé du legs & de l'émolument qu'il auroit retiré du Teſtament, & tout cela demeure dans l'herédité comme non écrit, *l. 25, cod. de legat. Si legatarius vel fideicommiſſarius, celaverit Teſtamentum, & poſteà hoc in lucem emerſerit, an poſſet legatum ſibi relictum is qui celaverit, ex eo Teſtamento vindicare, dubitabatur ? Quod omni modo inhibendum eſſe cenſemus, ut non accipiat fructum ſuæ calliditatis qui voluit heredem hereditate ſuâ defraudare ; ſed hujuſmodi legatum illi quidem auferatur, maneat autem quaſi non ſcripto apud heredem, ut qui alii nocendum eſſe exiſtimaverit ipſe ſuam ſentiat jacturam.*

Fait perdre tout l'émolument.

Cas où ce qui étoit ôté à l'indigne n'étoit pas adjugé au fiſc.

178. Arrêt du Parlement de Grenoble.

Il y a un Arrêt du Parlement de Grenoble du 19 Décembre 1640, rapporté par *Baſſet, tome 1, livre 5, titre 1, chapitre 3*, qui s'eſt aſſez conformé à la déciſion des Loix que nous avons rapportées, quoique l'Auteur n'en cite aucune. Un pere qui n'avoit qu'un fils unique, fait ſon Teſtament, par lequel il l'inſtituë avec charge de ſubſtitution. Ce fils, en haîne de la ſubſtitution, brûle le Teſtament de ſon pere ; de quoi le ſubſtitué ayant été inſtruit, il intente ſon action, fait faire des procedures qui prouvent le fait, & par Arrêt le fils eſt déclaré atteint & convaincu du crime d'avoir brûlé le Teſtament de ſon pere, pour réparation duquel crime, il eſt déclaré indigne de la proprieté de l'heritage, à la réſerve de ſa légitime conſiſtant au tiers, de laquelle il jouiroit & diſpoſeroit à ſa volonté, laquelle proprieté demeureroit acquiſe aux enfans naturels & légitimes qui pourroient naître du mariage du fils ; & à défaut d'enfans, cette proprieté eſt adjugée dès-à-preſent, comme dès-lors, à l'oncle ſubſtitué, la joüiſſance des fruits dudit heritage demeurant cependant au fils, lequel en outre fut condamné en 300 livres d'amende ſans note d'infamie.

179. Obſervations ſur cet Arrêt.

En bonne regle, il auroit fallu déclarer ce fils indigne de l'herédité, tant en proprieté qu'en uſufruit, & l'adjuger à l'oncle ſubſtitué, ſuivant la Loi 26, *ff. de leg. Cornel. de falſ.* car ſi dans le cas de cette Loi l'heredité fut ôtée aux heritiers du fils, ce ne fut pas pour l'indignité de ces heritiers, qui n'étoient pas coupables ; mais à cauſe de l'indignité de leur auteur, lequel ne joüit de l'heritage pendant ſa vie, que parce que l'action ne

fut intentée, ou du moins, parce que l'indignité ne fut déclarée & jugée qu'après sa mort; car si le fils avoit été en vie, on l'auroit déclaré indigne de l'herédité, & on la lui auroit ôtée, tant pour l'usufruit, que pour la proprieté. *M. Bretonnier, dans ses nouvelles Observations sur Henrys, livre 4, chapitre 104*, fait mention d'un Arrêt assez recent, du Parlement de Paris, rendu en la quatriéme Chambre des Enquêtes, qui n'eut point d'égard à l'indignité, dans le cas de la suppression d'un second Testament; mais cet Auteur n'approuve point la décision de cet Arrêt, ni le motif sur lequel il fut rendu.

180. Lorsqu'il y a un premier Testament qui paroît, peut-on demander l'exhibition d'un second qui est supprimé, si non que l'heredité soit ouverte *ab intestat*.

Lorsqu'il y a un premier Testament qui paroît, & qu'il y en a encore un second que l'heritier retient & supprime, les heritiers *ab intestat* sont fondez à demander l'exhibition du second Testament, faute de quoi, nonobstant le premier, la succession est déférée *ab intestat*. C'est ainsi que le Parlement de Paris le jugea par un Arrêt du 13 Avril 1604, duquel *M. Bretonnier*, au lieu cité, fait mention, & cela est fondé sur l'esprit de la Loi 3, §§. 11, 12, 13, *ff. de tab. exhib.* où il est dit que celui qui refuse d'exhiber le Testament, doit être condamné aux dommages & interêts, lesquels doivent être estimez, par rapport à l'heritier institué, eu égard à la valeur de l'herédité, & par rapport aux Légataires, eu égard à la valeur du legs : *Condemnatio autem hujus judicii, quanti interfuit æstimari debet; quare si heres scriptus, hoc interdicto experiatur, ad hereditatem referenda est æstimatio, & si legatum sit, tantum venit in æstimationem, quantum sit in legato.*

Celui qui refuse d'exhiber le Testament est tenu des dommages & interêts.

181. De celui qui supprime les codiciles.

L'heritier institué qui supprime les codiciles faits par le Testateur, n'est pas, à la verité, déclaré indigne de l'entiere herédité, comme lorsqu'il supprime le Testament; mais il doit être privé des trois quarts de l'herédité, dont le Testateur pouvoit disposer par codicile, *l. 4, §. 1, ff. de leg. Cornel. de falsi. Indè divus Marcus, cum quidam à patre heres institutus codicillos intercidisset & decessisset, fisco tantum esse putavit vindicandum, quantum per codicillos erogari posset, id est usque ad drodrantem;* mais selon notre usage, ce qui seroit ôté à l'indigne ne devroit pas être adjugé au fisc, ainsi que nous l'avons remarqué plusieurs fois.

182. Indignité pour avoir latité les effets hereditaires.

La peine qui doit être infligée à l'heritier qui a soustrait ou recelé sciemment & par dol, des effets heréditaires, fait la matiere d'une grande question, diversement décidée par les Loix, par les Auteurs, & par les Arrêts des Cours superieures. La Loi *rescriptum 6, ff. de his quæ ut indign. aufer.* veut que l'heritier soit privé de la quarte qu'il auroit pû prendre sur les effets sous-

traits ou recelez, *rescriptum est à principe heredem rei, quam amovisset, quartam non retinere.* La Loi 24, *ff. ad L. Falcid.* veut que les effets soustraits ou latitez, soient regardez comme s'ils n'étoient pas dans le patrimoine, par rapport au Reglement de la falcidie, *falcidiæ legis rationem, si haberi oportet, ita habendam, ac si hæres, quæ ab herede substractæ sunt in hereditate relictæ non fuissent;* lorsque l'heritier soutient qu'un effet qui est heréditaire lui appartient en propre, il est privé de la falcidie sur cet effet, *L. 68, §.* dernier, *ff. eod.* & la Loi 48, *ff. ad Senat. Consult. Trebellian.* refuse toute action à l'heritier d'une portion, sur les choses qu'il a soustraites & recelées : *Paulus respondit si certa portio hereditatis alicui relicta proponitur, & is res hereditarias quasdam furatus sit, in his rebus quas substraxit denegari ei petitionem oportet, rectè respondetur.*

Differentes peines par les Loix du Digeste.

181. Peine fixée par les Loix du Code.

La Loi, *scimus* 22, *§. licentia* 10, *cod. de jur. delib.* veut que l'heritier qui a recelé & n'a pas fait coucher sur l'inventaire certains effets hereditaires, soit condamné au double de la valeur des effets recelez, & la *Novelle* 1, *chapitre* 2, regle bien la forme de l'inventaire, & déclare que si l'heritier ne l'observe pas, il soit tenu comme heritier pur & simple envers les créanciers & les Légataires, tout comme s'il n'y avoit point d'inventaire, & permet aux Interessez de faire la preuve des latitations que l'heritier peut avoir faites; mais elle ne regle point la peine qui doit être infligée à cause des latitations; cependant plusieurs Auteurs & entr'autres *Fachineus, lib. 4, controvers. cap.* 37, *M. le Président Faber*, dans son code, *lib. 6, titre* 11, *defin.* 20, & *M. Louet, lettre H. sommaire* 24, ont prétendu, sur le fondement de cette *Novelle*, que l'heritier qui fait des recelez, doit être privé du benefice d'inventaire, *M. Louet* rapporte même un Arrêt du Parlement de Paris du 21 May 1605, qui l'a jugé de même.

Avis des Auteurs.

184. Suite.

Bacquet, dans son Traité des Droits de Justice, chapitre 21, *nombre* 65, dit que l'heritier qui recele des effets, n'est pas privé du benefice d'inventaire, & qu'il est seulement condamné à rendre les effets recelez, & en une amende envers le Roi.

185. Suite.

M. Expilly, dans ses Arrêts, chapitre 169, rapporte un Arrêt du Parlement de Grenoble, qui condamna l'heritier au payement du double des effets qu'il avoit recelez, sans le priver du benefice d'inventaire, en conformité de la Loi 22, *§.* 10, *cod. de jur. delib.*

186. Suite.

Selon *M. Maynard, livre* 5, *chapitre* 62, & les Arrêts du Parlement

Parlement de Toulouſe qu'il rapporte, l'heritier grevé qui ſouſtrait & recele les effets héréditaires, eſt condamné à la reſtitution des effets ou de la valeur, au tems de la mort du Teſtateur, qui s'impute ſur les quartes qu'il a droit de détraire, & en cas d'inſuffiſance des quartes, il eſt condamné au payement de l'excedant. Cet Auteur ne parle d'aucune autre peine ni privation.

187. Suite.

La Peirere, lettre H. nombre 3, dit qu'à Bordeaux, l'heritier qui ſouſtrait des effets héréditaires, n'eſt pas privé du benefice d'inventaire; mais qu'il perd ſeulement la falcidie ſur les effets recelez; & l'Auteur des Additions rapporte un Arrêt du mois d'Août 1676, qui juge qu'il n'eſt pas privé de la portion qu'il avoit ſur les effets recelez; la Loi 48, *ff. ad Senatuſ. Conſult. Trebellian.* n'étant pas obſervée dans ce Parlement, on peut voir à ce ſujet les Arrêts qui ſont rapportez par *Baſnage, ſur l'art.* 394 *de la Coutume de Normandie.*

188. Partage formé au Parlement de Toulouſe.

Cette diverſité de déciſions & d'Arrêts, donna lieu à un partage au Parlement de Toulouſe en l'année 1740, dans un Procès entre la Dame de Chapelier, épouſe de Me. Reboul, Juge de Villeneuve-lès-Avignon, & le ſieur Buliod, en la troiſiéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Fajole, Compartiteur M. Baſtide. Quelques-uns de Meſſieurs les Juges étoient d'avis de condamner l'heritier qui avoit recelé, en la ſomme de 500 liv. à quoi ils arbitroient la valeur des effets recelez. Les autres étoient d'avis au-contraire de déclarer l'heritier privé du benefice d'inventaire, & de le condamner à payer indéfiniment ce qui étoit dû à la Dame de Chapelier par l'herédité. Ce partage n'a pas été jugé, les Parties ayant fini par un accord.

189. Réſolution conformément à l'avis de *Bacquet.*

Cette difficulté meriteroit d'être décidée par une Loi du Prince, ſeul capable de faire ceſſer le doute & la varieté des opinions. S'il m'eſt permis de dire mon avis ſur cette queſtion, il me ſemble que l'avis de *Bacquet* eſt le plus conforme à l'eſprit du Droit Romain, en l'accommodant à nos uſages. En effet, on doit regarder la Loi 22, §. 10, *cod. de jur. delib.* comme ayant abrogé les Loix du Digeſte, qui fixoient la peine de l'heritier qui recele. Cette Loi le condamne au double de la valeur des effets recelez; mais les Loix qui infligent les peines du double, du triple, & autres, ne ſont point obſervées parmi nous, comme le remarquent nos Auteurs, notamment *Imbert, dans ſon Enchiridion*, verb. *peines pécuniaires*, & ſelon cet uſage, il ne reſte que la peine de la reſtitution du ſimple; mais comme le recelé ne doit pas demeurer impuni, parce que c'eſt un délit, on peut le

punir, en ajoutant une amende plus ou moins forte selon les circonstances. Du reste on ne peut point induire des dispositions de la *Novelle* 1, *chap.* 2, qu'elle entend déclarer l'héritier, qui recele, déchu du benefice d'inventaire. En ne fixant point la peine du recelé, elle s'en rapporte à la peine fixée par la Loi 22, §. 10, *cod. de jur. delib.*

190. Si le legataire qui expile l'heredité doit être privé du legs.

Mais le legataire qui expile l'heredité doit-il être déclaré indigne du legs qui lui a été fait par le Testateur? La Loi *non est dubium* 5, *cod. de legat.* décide que le legataire, qui soustrait la chose, dont une partie lui avoit été leguée, doit être privé de l'action qu'il avoit pour demander la portion qui lui appartenoit, *non est dubium denegari actionem legatorum in portione competente in his rebus quas subtraxisse eum de hereditate apparuerit.* D'où il semble qu'on puisse induire, que le legataire qui expile l'heredité doit être privé de son legs. La Loi 5, *cod. de crimine expilatæ hereditatis*, semble décider le contraire, *obtentu expilatæ hereditatis*, dit ce texte, *emolumentum legatorum maximè suspensa cognitione legatariis eisdemque libertis defuncti auferri non oportet.* Quelques Interpretes entendent cette Loi du cas où l'expilation est faite par tout autre que par le legataire, c'est le sentiment d'Accurse; mais d'autres pensent que cette Loi doit avoir lieu, quoique l'expilation ait été faite par le legataire, pourvu qu'il n'ait pas enlevé la chose leguée, & selon cette explication l'expilation de l'hérédité faite par le legataire ne feroit pas un moyen pour faire perdre le legs. Quoiqu'il en soit de l'explication de cette Loi, n'y ayant point de Loi précise qui déclare le legataire privé du legs pour avoir expilé l'hérédité, on ne doit pas lui infliger cette peine; d'autant mieux que la Loi 23, *ff. de fideicomm. libert.* selon l'explication de M. Cujas, décide que la liberté laissée à l'Esclave par fideicommis, ne doit pas être differée, sous prétexte que l'Esclave aura expilé l'hérédité de son Patron. On peut voir sur cette difficulté *Antonium Mathæum, de Criminibus, lib.* 37, *Digestorum, tit.* 12, *cap.* 2, *pag.* 254.

191. Heritier qui tâche de rendre inutile le fideicommis est privé de la Trebellianique ou falcidie.

Nous observerons, en finissant ce point, que l'heritier qui fait des tentatives, & des efforts pour rendre inutile le fideicommis, doit être privé de la Falcidie ou Trebellianique, *Beneficio legis Falcidiæ indignus esse videtur, qui id egerit ut fideicommissum intercidat, l.* 59, *ff. ad l. falcid.*

192. Indignité de celui *qui sibi adscribit in Testamento.*

Nous avons parlé dans la section précedente de l'indignité de celui qui écrit lui-même le Testament dans lequel il lui est fait quelque liberalité.

193. Indignité pour concubinage ou adultere.

Nous avons encore examiné l'incapacité ou l'indignité, qui réſulte du concubinage ou de l'adultere, & encore de celle qui eſt encouruë par la femme qui malverſe, ou ſe remarie dans l'an du deüil. Il nous ſuffit de renvoyer à ce que nous avons dit. Il nous reſte à éclaircir la queſtion touchant la preuve du concubinage.

194. Preuve du concubinage ou de l'adultere pour établir l'indignité.

Il ne peut point y avoir de doute, que le fait du concubinage avec une fille ou une veuve, qui rend les perſonnes indignes de recevoir des liberalitez, ne puiſſe être prouvé par témoins. Il eſt impoſſible, ou du moins très-difficile, d'en rapporter la preuve par écrit : ainſi ſi la preuve teſtimoniale n'étoit pas reçuë, on ne pourroit jamais faire valoir l'indignité. Le concubinage eſt un fait, qui tient même de la nature du crime, parce qu'il eſt défendu par la Loi Divine, & par les Conſtitutions Canoniques, qui ſont à cet égard adoptées dans le Royaûme. Il faut donc que la preuve en puiſſe être faite par témoins, nonobſtant les Ordonnances de Moulins & de 1667, qui ne peuvent pas recevoir une juſte application aux ſimples faits qui n'ont aucun rapport avec des contrats & des conventions. Auſſi tous nos Livres ſont pleins d'Arrêts, qui ont admis la preuve teſtimoniale.

195. Si la preuve teſtimoniale eſt reçuë pour l'adultere.

Il paroît d'abord y avoir un peu plus de doute ſur la preuve teſtimoniale par rapport à l'adultere, & au mauvais commerce avec une femme mariée pendant la vie du mari, parce qu'on peut troubler par-là un mariage où regne la paix & la tranquilité; que l'accuſation d'adultere appartient au mari ſeul de la femme qu'on ſoupçonne; que même, ſuivant notre Uſage, bien different à cet égard du Droit Romain, on ne peut pas accuſer d'adultere une femme mariée, ſans accuſer en même-tems le mari de complicité; que l'accuſation d'adultere tend à diffamer le défunt, la femme, les enfans nez du mariage; & qu'il eſt peu ſéant, que des heritiers aillent contriſter les cendres du défunt pour un vil interêt, afin de faire déclarer indigne une perſonne avec laquelle on ſuppoſe que le Teſtateur a mal vêcu, tandis que de ſon vivant il n'y a eu aucune plainte. C'eſt ſur ces raiſons, que par Arrêt du Parlement de Toulouſe, rendu en la troiſiéme Chambre des Enquêtes le 12 Avril 1718, au rapport de M. de Pegueiroles, entre Jean Epy & Louis Puaux, d'une part, & Anne Marcoux, d'autre; la preuve par témoins du mauvais commerce du Teſtateur avec ſon heritiere fut permiſe pour le tems qui avoit précedé le mariage, & pour celui qui avoit ſuivi

Raiſons pour la négative.

la dissolution par la mort du mari ; mais on la refusa pour le tems que le mariage avoit duré.

196. Résolution pour l'affirmative.

Toutefois la Jurisprudence des Arrêts est assez constante sur ce point pour l'affirmative. Il est vrai que l'accusation d'adultere appartient au mari seul, pour faire punir la femme de la peine ordinaire : Mais toutes les fois qu'il s'agit d'un interêt pécuniaire, les interessez peuvent opposer l'adultere par voie d'exception à fins civiles, & en faire la preuve par témoins. Les liberalitez faites dans ces occasions ont un principe vicieux ; c'est-à-dire, l'affection criminelle des adulteres, & leur turpitude, qu'il importe au Public de punir, & de ne pas tolerer ; au lieu que si la liberalité subsistoit, & si la preuve n'en pouvoit pas être reçuë, ce seroit en quelque façon récompenser cette turpitude. On trouve plusieurs Arrêts qui l'ont jugé de même, dans *M. Louet & Brodeau, lett. D. somm.* 43, *Soëfve, tom.* 2, *centur.* 1, *chap.* 25, *M. la Roche & Graverol,* verb. *succession, art.* 1, *M. de Catellan, liv.* 2, *chap.* 83, & plusieurs autres : & cette opinion est sans contredit préferable à celle des Auteurs, qui ont pensé que le fait d'adultere ne peut pas être prouvé, ni opposé, lorsque le mari de la femme soupçonnée d'adultere ne s'est pas plaint ; car cette opinion tend à favoriser le desordre, & à récompenser le crime. *M. de Catellan* rapporte un Arrêt du 21 Juin 1664, qui admit la preuve du mauvais commerce avant & après le mariage, c'est-à-dire, depuis sa celébration, & tandis que le mariage duroit. L'indignité que la femme encourt par sa malversation durant son mariage, est beaucoup plus considerable, à cause de la circonstance de l'adultere, que celle qui vient du simple concubinage, qui n'est pas si criminel ; & ce seroit faire breche aux bonnes mœurs, & autoriser le desordre, que de refuser la preuve du mauvais commerce durant le mariage. Que si par l'Arrêt du 12 Avril 1718, on retrancha de la preuve le tems de la durée du mariage, ce fut, sans doute, parce qu'il suffisoit d'établir l'indignité par le mauvais commerce avant le mariage & depuis sa dissolution : Qu'ainsi il ne convenoit pas de permettre une preuve surabondante & superfluë pour constater un adultere, qui auroit encore plus diffamé l'heritiere sans nécessité.

197. Indignité des femmes qui se remarient dans l'an du deüil.

Nous devons ajouter encore à ce que nous avons dit touchant l'indignité des femmes, qui se marient dans l'an du deüil, que le Parlement de Toulouse juge que les parens du mari, qui consentent au second mariage de sa veuve dans l'an du deüil, doivent être déclarez indignes de recueillir ce qui est ôté à cette femme,

& que les autres parens qui n'ont pas consenti à ces noces précipitées, doivent profiter de ce que la femme ne peut pas conserver à cause de son indignité, *M. de Cambolas, liv. 6, chap.* 11. Il a été encore jugé par deux Arrêts rapportez par *M. d'Olive, liv.* 3, *chap.* 17 *&* 18, que la femme instituée heritiere par son mari, sous la condition de viduité, avec substitution en cas de convol, devoit être privée de l'heredité, si elle venoit à se remarier, quoique le substitué y eût consenti ; mais son consentement le rend indigne de la substitution faite en sa faveur.

Et des parens qui consentent à ce mariage précipité.

Indignité du substitué qui consent que la veuve contrevienne à la condition de viduité.

198. Les personnes qui se marient ensemble, contre la prohibition des Loix, sont indignes de toutes les liberalitez qu'elles se font l'une à l'autre, tant par le Contrat de mariage, que par Testament ou autre Disposition à cause de mort, *l. qui contrà* 4, *cod. de incestis nupt. l.* 2, *§.* 1, *ff. de his quæ ut indign. auser.* & par-conséquent le Tuteur qui épouse sa pupille doit être déclaré indigne de la succession qui lui est déferée par le Testament de sa femme, *l.* 2, *§.* 1, *ff. de his quæ ut indign. auser. & l.* 128, *ff. de leg.* 1°. Ce qu'il faut néanmoins entendre rélativement à la Loi 6, *cod. de interd. matrim. inter pupill. & tutor.* Comme aussi lorsque le Tuteur marie sa pupille avant l'âge de vingt-cinq ans avec son fils, il encourt l'indignité, & il ne peut pas succeder aux enfans nez de ce mariage illegitime morts *ab intestat ;* ainsi qu'il a été jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 20 May 1637, rapporté par M. d'Olive, liv. 3, chap. 2.

Indignité des personnes qui se marient contre la prohibition des Loix.

Du Tuteur qui se marie, ou qui marie son fils avec sa pupille.

Il faut néanmoins prendre garde, que quand la défense est faite à l'homme à raison de sa charge, ou de son emploi, d'épouser certaines personnes, comme au Tuteur à qui les Loix défendent de se marier avec sa pupille, & au Président de Province, qui ne pouvoit pas épouser une femme de sa Province, selon la Police des Romains, l'indignité n'est encouruë que par l'époux, & nullement par l'épouse, parce que la défense ne la regarde pas, *dict. l.* 2, *§.* 2, *l.* 63, *ff. de ritu nupt. & l.* 128, *ff. de leg.* 1°. Voilà pourquoi la femme du Tuteur pourra recueillir les liberalitez testamentaires qui lui seront faites par son époux, *d. l.* 2, *§.* 2, *& l.* 128, *ff. de leg.* 1°. A l'égard de l'autre cas, il n'est pas en usage parmi nous, où il est permis aux Officiers d'épouser des femmes de leur Ressort ou Jurisdiction.

199. Quand la défense de se marier ne regarde que l'homme, la femme n'est pas indigne des liberalitez de son mari.

Quand la prohibition faite par les Loix, de contracter mariage, regarde l'un & l'autre des mariez, l'indignité est commune & réciproque, suivant la Loi 4, *cod. de incestis nupt.* Mais cette même Loi excepte les personnes qui se sont mariées par erreur,

200. Quand la prohibition regarde les deux époux, l'indignité est reciproque.

sans affectation, ni dissimulation; pourvu que la cause de l'erreur ne soit pas legere. Elle excepte encore ceux qui se marient dans un âge susceptible de surprise, c'est-à-dire, en minorité; mais ils ne peuvent profiter de l'indulgence de la Loi dans ces deux cas, que quand ils se séparent dès qu'ils viennent à reconnoître leur erreur, ou qu'ils sont parvenus à la majorité. *Quos tamen ità demùm legis nostræ laqueis eximi placuit, si aut errore comperto, aut ubi ad legitimos pervenerint annos, conjunctionem hujusmodi sine ulla procrastinatione diverterint.*

Exception en cas d'erreur ou de minorité.

Condition afin que les exceptions ayent lieu.

20. Indignité provenant de l'Ordonnance de 1639, art. 2.

Il y a encore une autre cause d'indignité qui peut être occasionnée par le mariage; elle est fondée sur l'article 2 de l'Ordonnance de 1639, c'est-à-dire, lorsque les fils, filles, ou veuves mineurs de vingt-cinq ans contractent mariage, sans le consentement de leurs parens ascendans, lesquelles personnes, ensemble leurs descendans, sont déclarez indignes & incapables par le seul fait de toutes successions directes & collaterales, avec attribution au fisc des liberalitez faites au préjudice de la disposition de cette Ordonnance: *Avons déclaré & déclarons les veuves, fils & filles moindres de vingt cinq ans qui auront contracté mariage contre la teneur des Ordonnances* (c'est-à-dire, de l'Edit de 1556, & des articles 41, 42, 43 & 44 de l'Ordonnance de Blois) *privez & déchus par le seul fait, ensemble les enfans qui en naîtront, & leurs hoirs, indignes & incapables à jamais des successions de leurs peres, meres & ayeuls, & de toutes autres directes & collaterales: Comme aussi des droits & avantages qui pourroient leur être acquis par Contrat de mariage & Testamens, ou par les Coutumes & Loix de notre Royaume, même du droit de legitime; & les dispositions qui seront faites au préjudice de notre Ordonnance, soit en faveur des personnes mariées, ou par elles au profit des enfans nez de ce mariage, nulles & de nul effet & valeur. Voulons que les choses ainsi données, ou transportées, sous quelque prétexte que ce soit, demeurent en ce cas acquises irrévocablement à notre fisc, sans que nous en puissions disposer qu'en faveur des Hôpitaux & autres œuvres pies.*

Adjudication au profit du fisc.

21. Edit de 1697.

L'Edit du mois de Mars 1697, contient une disposition presque semblable contre les veuves, fils & filles majeurs de vingt-cinq & de trente ans. Voici comme il parle: *Déclarons lesdits veuves, & les fils & filles majeures, même de vingt-cinq ans & de trente ans, lesquels demeurans actuellement avec leurs peres & meres, contractent à leur insçu des mariages, comme habitans d'une Paroisse, sous prétexte de quelque logement qu'ils y ont pris peu de tems auparavant leurs mariages, privez & déchus par le seul fait,*

enſemble les enfans qui en naîtront, des ſucceſſions de leurs peres, meres, ayeuls & ayeules, & de tous autres avantages qui pourroient leur être acquis, en quelque maniere que ce puiſſe être, même du droit de legitime.

203. Obſervations pour l'intelligence de l'Ordonnance de 1639, & de l'Edit de 1697.

Premiere obſervation.

Il convient de faire quelques réflexions pour l'intelligence de l'Ordonnance de 1639, & de l'Edit de 1697, dont il me ſemble que les Auteurs n'ont pas aſſez bien pénetré & développé l'eſprit; la premiere, que l'Ordonnance de 1636 ne parle que des veuves, fils & filles mineures de vingt-cinq ans. Ainſi les peines qu'elle prononce ne doivent pas s'étendre à celles qui contractent mariage, ſans le conſentement de leurs peres & meres après l'âge de vingt-cinq ans. Il eſt vrai que l'Edit de 1697 parle de celles qui ſont majeures de vingt-cinq ou de trente ans; mais ce n'eſt que dans la circonſtance qui y eſt marquée: c'eſt-à-dire, lorſque les veuves, fils & filles majeures ſe ſervent du prétexte de quelque logement qu'ils ont pris auparavant leur mariage hors la maiſon de leurs pere & mere, & pour les privations, qui ſont portées par l'Edit de 1697, & non pour les étendre aux autres qui ſont exprimées dans l'Ordonnance de 1639, & dont l'Edit de 1697 ne parle pas; car en matiere de peines, il ne faut point faire d'extenſion d'un cas à l'autre.

En matiere de peines on ne doit pas faire d'extenſion.

204. Seconde obſervation.

La ſeconde, que l'Ordonnance de 1639 parle de l'indignité pour les ſucceſſions directes & collaterales qui ſont déferées *ab inteſtat* aux mariez & à leurs deſcendans; mais elle ne les déclare pas indignes des ſucceſſions, qui ſont déferées par Teſtament des étrangers ou collateraux; car les mots, *comme auſſi des droits & avantages qui pourroient leur être acquis par contrats de mariage ou Teſtamens*, ne peuvent s'entendre que des Contrats de mariage, ou Teſtamens anterieurs au mariage des perſonnes déclarées indignes, des diſpoſitions deſquels elles pourroient profiter par donation, ou autre convention ou ſubſtitution, & non des ſucceſſions teſtamentaires qui peuvent arriver aux enfans depuis le mariage de leur pere & mere par diſpoſition des perſonnes étrangeres ou collaterales; puiſque par les paroles qui ſuivent, l'Ordonnance ne déclare de nul effet & valeur, que les diſpoſitions faites aux perſonnes mariées au préjudice de l'Ordonnance, ou par elles au profit des enfans nez de ce mariage. Elle n'exclut donc pas les diſpoſitions des collateraux, ni des étrangers, en faveur des enfans nez de ces mariages; tout ce que l'on peut faire, c'eſt de les mettre au niveau des enfans bâtards, qui ſont capables de recueillir les liberalitez des étrangers & des collateraux.

205. Troiſiéme obſervation.

La troiſiéme, que tout ce qui eſt ôté aux mariez & à leurs deſcendans, comme indignes ou incapables par cette Ordonnance, n'eſt pas attribué au fiſc du Roi, elle ne lui adjuge que les liberalitez qui ſeront faites aux mariez par les aſcendans ou collateraux au préjudice de cette Ordonnance, ou par les perſonnes mariées au profit des enfans nez de ce mariage; car c'eſt relativement à la clauſe qui précede qu'on doit expliquer ces paroles: *Voulons que les choſes ainſi données, leguées ou tranſportées, ſous quelque prétexte que ce ſoit, demeurent en ce cas acquiſes irrévocablement à notre fiſc*, & non les ſucceſſions directes ou collaterales, qui devroient appartenir *ab inteſtat* aux mariez, ou à leurs enfans & deſcendans, ni les droits & avantages, qui pourront leur être acquis par contrats de mariage ou ſubſtitutions anterieures à leur mariage, ou par les Coutumes & Loix du Royaume: Toutes leſquelles choſes doivent être déferées aux autres ſucceſſeurs *ab inteſtat*. Il y a en effet une grande difference à faire par rapport à la confiſcation, ſelon nos Uſages auſquels il n'eſt pas à préſumer que l'Ordonnance de 1639 ait voulu donner atteinte indéfiniment, entre les choſes qui ſont déferées par les Loix, les Coutumes, & les diſpoſitions contractuelles ou teſtamentaires qui précedent l'indignité, & les diſpoſitions qui ſont faites depuis l'indignité encouruë & connuë. Les premieres ne pêchent point contre la Loi qui déclare l'indignité, elles ne ſont pas faites en fraude de la Loi pénale; elles ne ſont donc pas dans le cas de la confiſcation; mais il en eſt autrement des ſecondes, parce qu'elles ne peuvent être faites que pour éluder & fruſtrer la prévoyance de la Loi qui prononce l'indignité: Voilà pourquoi elles ſont dans le cas de la confiſcation.

206. Quatriéme obſervation.

La quatriéme, que les privations prononcées par l'Edit de 1697, dans le cas particulier auquel il ſe rapporte, conſiſtent aux ſucceſſions des pere & mere, ayeuls & ayeules, & au droit de legitime, cela eſt litteral; mais on ne doit pas y comprendre les ſucceſſions teſtamentaires qui peuvent leur être déferées depuis le mariage par les parens collateraux, ou par les perſonnes étrangeres; car les mots, *& autres avantages, &c.* ne peuvent guere s'entendre que des avantages provenant des donations ou ſubſtitutions contractuelles de leurs aſcendans, ou des ſubſtitutions teſtamentaires, dont les pere ou mere des mariez pouvoient être chargez en faveur de leurs enfans, parce que ces avantages leur viennent par le moyen de leurs pere ou mere; on doit encore les entendre des avantages qui ſont déferez par

les

les Coutumes, ou Loix du Royaume, & l'on ne doit pas ſans doute traiter plus rigoureuſement les mariez & leurs deſcendans, qu'on traite les ingrats ou les bâtards. Les mariez tombent effectivement dans le cas de l'ingratitude, c'eſt par cette raiſon qu'ils peuvent être exheredez ſelon l'Edit de 1556, & en cette qualité d'ingrats ils méritent d'être privez de tout ce qui peut leur venir du chef des perſonnes envers leſquelles elles ont commis l'ingratitude. A l'égard de leurs enfans, ils peuvent être mis au niveau des bâtards, qui à la verité ſont incapables de ſucceſſions directes & collaterales *ab inteſtat ;* mais qui ſont capables des ſucceſſions & liberalitez teſtamentaires faites par les collateraux, & par les étrangers. Il y auroit en effet de la dureté de punir plus ſeverement des enfans innocens, & qui ſont nez d'un mariage reconnu legitime par les Conſtitutions canoniques, que des enfans nez d'une conjonction véritablement illegitime en tous ſens, & par conſéquent plus indignes de faveur & de commiſeration.

107. Indignité de celui qui donne les biens d'une perſonne vivante, dont il eſt heritier préſomptif.

L'heritier préſomptif d'une perſonne encore vivante, qui donne les biens, ou partie des biens de cette perſonne vivante à ſon inſçu, eſt indigne de ſa ſucceſſion, *l. 2, §. ult. ff. de his quæ ut indign. aufer. l. 29, §. 2, & l. 30, ff. de donat. Idem erit ſi quis vivi ignorantis bona vel partem bonorum alicujus cognati donaverit, nam quaſi indigno aufertur.* Mais afin que l'indignité ſoit encouruë dans ce cas, il faut, 1°. Que la donation ſoit au moins d'une partie par forme de quotité des biens de la perſonne vivante. 2°. Qu'elle ignore cette donation ; car ſi elle y conſentoit, il en ſeroit autrement, ſuivant la Loi derniere, *cod. de pactis.* 3°. Qu'il paroiſſe que la donation a été faite par le donateur comme ſucceſſeur, ou comme ayant l'eſpoir de recueillir par ſucceſſion, les biens de la perſonne vivante ; car c'eſt préciſément ce qui caracteriſe l'attentat, qui produit l'indignité, d'avoir agi & de s'être comporté, comme heritier d'une perſonne vivante, & d'avoir diſpoſé de ſes biens pendant ſa vie & ſans ſa participation ; que ſi la donation étoit d'un effet particulier, comme appartenant au donateur, ce ne ſeroit pas le cas de l'indignité, parce que ce ne ſeroit plus attentat : Car ce n'eſt pas un crime puniſſable de donner le bien d'autrui, comme ce n'en eſt pas un de vendre le bien qui ne nous appartient pas, *l. rem alienam 28, ff. de contrah. empt.* On n'encourt d'autre peine que la nullité, ou l'inefficacité de la donation ou de la vente, à cauſe que les biens peuvent être vendiquez par le Proprietaire. Il faut enfin que celui

Conditions requiſes pour encourir l'indignité.

qui donne ſes biens connoiſſe avec certitude, que la perſonne à qui les biens appartiennent eſt en vie; car s'il y avoit de l'incertitude, il ſeroit en quelque façon excuſable, *argum. l. 4, cod. de poſtlimin. & redemptis ab hoſtibus :* Comme auſſi lorſque le ſucceſſeur préſomptif ſtipule avec les créanciers hereditaires une remiſe de partie des créances, avant que l'heredité lui ſoit déferée, il n'encourt pas l'indignité, *l. 7, §. 17, ff. de pactis ;* mais il faut prendre garde que ſi la perſonne vivante approuve *ex poſt facto*, la donation faite par ſon heritier préſomptif, l'indignité ne devra pas avoir lieu, parce que le vice ſera purgé, comme le remarque *Dumoulin ſur la Coutume de Paris, §. 13, gloſ. 3, n. 6, verſic. ſed an hoc attentato.*

208. Indignité de celui qui ſe prête pour un fideicommis tacite en fraude de la Loi, en faveur d'un incapable.

Il arrive aſſez ſouvent, que des perſonnes qui ne peuvent pas faire des liberalitez à d'autres perſonnes, parce que les Loix les déclarent incapables de recueillir ces liberalitez, prennent des détours pour éluder & fruſtrer la prévoyance de la Loi, afin de faire paſſer aux incapables les biens qu'on veut leur laiſſer. L'expédient le plus ordinaire, eſt de choiſir une perſonne affidée, qui eſt inſtituée ou gratifiée dans le Teſtament, & qui eſt chargée verbalement de faire paſſer la liberalité ſur la tête de la perſonne incapable, que le Teſtateur veut gratifier. C'eſt ce que les Loix appellent fideicommis tacite; & comme cette maniere eſt pleine de fraude, on la punit en la perſonne qui prête ainſi ſon miniſtere, en la déclarant indigne de la liberalité qu'elle eſt chargée, ou qu'elle s'eſt engagée de rendre à la perſonne incapable. Il y a une infinité de textes dans le Droit qui l'ont ainſi décidé, notamment la Loi 1, *ff. de jure fiſci*, la Loi 10 & la Loi 11, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* & cela eſt obſervé dans tout le Royaume, comme l'atteſtent les Auteurs & les Compilateurs des Arrêts.

209. Qu'eſt-ce qui caracteriſe le fideicommis tacite.

Ce qui caracteriſe le fideicommis tacite & produit l'indignité eſt, que la perſonne qui eſt gratifiée en apparence, ſoit chargée verbalement de rendre à la perſonne incapable, & qu'elle s'y ſoit engagée, ou par écrit privé, ou par ſimple promeſſe verbale, *ſive chirographum eo nomine dederit, ſive nudâ pollicitatione repromiſerit, l. 10, ff. quæ ut indign. auſer.* Car ſi le fideicommis eſt exprimé dans le Teſtament ou Codicile, avec le nom du Fideicommiſſaire, & la choſe qui doit être renduë, ce n'eſt plus un fideicommis tacite, ni le cas de l'indignité, *l. 3, ff. de jure fiſci, & l. 103, ff. de leg. 1°. Non intelligitur fraudem legi feciſſe qui rogatus eſt palàm reſtituere*, dit la Loi 3, *ff. de jure fiſci*, ou comme l'explique la Loi 103, *ff. de leg. 1°. In tacitis fideicommiſſis*

fraus legi fieri videtur, quotiens quis, neque Teſtamento, neque Codicillis rogaretur, ſed domeſticâ cautione, vel chirographo obligaret ſe ad præſtandum fideicommiſſum, ei qui capere non poteſt.

210. L'indignité n'eſt pas encouruë, lorſque le fideicommis eſt exprimé dans le Teſtament, ou Codicile, ſi le fideicommiſſaire ou la choſe ne ſont pas connus.

Mais lorſque le Teſtament ou le Codicile impoſent un fideicommis, ſans exprimer le nom du Fideicommiſſaire, & ſans déſigner la choſe qui doit être renduë; ou bien, quand le nom du Fideicommiſſaire eſt exprimé, & que la choſe qui doit être renduë n'eſt pas expliquée, ſera-ce le cas du fideicommis tacite en fraude de la Loi, & de l'indignité, ou non? La Loi 3, *ff. de jure fiſci*, décide qu'il n'y a point de fideicommis tacite, ni d'indignité, lorſque le Teſtateur dit, *vos rogo, ut in eo quod à vobis petii, fidem præſtetis perque Deum ut faciatis rogo:* On ne voit ici ni le nom du Fideicommiſſaire, ni la choſe qui doit être renduë, cependant le Juriſconſulte *Calliſtrate* dit, qu'il n'y a point dans ce cas de fideicommis en fraude de la Loi: *Ideòque dici poſſe ex ſuprà ſcriptis verbis non eſſe legi fraudem factam.*

211. Suite. Déciſion contraire de la Loi 40, *ff. de jure fiſci.*

La Loi *ita fidei* 40, *ff. de jure fiſci*, qui eſt du Juriſconſulte Paul, ſemble dire tout le contraire: *Ita fidei heredis commiſit: rogo fundum Titio des de quo te rogavi. Si Titius capere non poſſit, non evitabit hæres pœnam taciti fideicommiſſi: non enim eſt palàm relinquere, quod ex Teſtamento ſciri non poteſt, cum recitatum eſt. Quemadmodùm nec ille palàm dat, qui ita ſcribit: rogo vos heredes in eo quod à vobis petii fidem præſtetis: imò in priore ſpecie majorem fraudem excogitaſſe videtur, qui non tantùm legem circumvenire voluit, ſed etiam interpretationem legis quæ circà tacitum fideicommiſſum habetur.* Cette Loi décide donc qu'il y a un fideicommis tacite en fraude de la Loi, & par conſéquent une indignité, lorſque le nom du Fideicommiſſaire eſt exprimé dans le Teſtament, ſi la choſe qui doit être renduë n'eſt pas expliquée, & qu'il en eſt de même, à plus forte raiſon, lorſque le nom du Fideicommiſſaire, ni la choſe ne ſont pas expliquez dans le Teſtament.

212. Déciſion de la Loi 123, §. 1, *ff. de leg.* 1°.

La Loi 123, §. 1, *ff. de leg.* 1°. décide encore dans le cas d'un fideicommis, dont la choſe eſt expliquée dans le Teſtament, mais non le nom de la perſonne qui doit recueillir, que ſi le grevé engage ſa parole au Teſtateur de rendre à une perſonne incapable, c'eſt faire fraude à la Loi, & que le grevé eſt indigne.

213. Antinomie des Loix ci-deſſus citées.

Il faut convenir que l'antinomie entre la Loi 3, & la Loi 40, *ff. de jure fiſci*, ne ſçauroit être plus formelle, ni plus claire, les paroles qui compoſent le fideicommis ſont abſolument les mêmes: *Vos rogo ut in eo, quod à vobis petii fidem præſtetis*, dit la

Loi 40. Il n'y a dans l'un ni dans l'autre fideicommis aucune circonſtance qui puiſſe ſauver la contrarieté, & changer l'eſpece; tout ce que l'on trouve de plus dans la Loi 3, *ff. de jure fiſci*, qui n'eſt pas dans la Loi 40, c'eſt une priere réiterée faite aux heritiers par le Teſtateur, *perque Deum ut faciatis rogo*, mais qui n'ajoute, ni ne change rien au fideicommis, qui demeure toujours le même.

214. Conciliation de Bartole.

Bartole tâche de concilier ces deux Loix, en diſant que ſi l'incertitude, ſur ce qui doit être rendu, & ſur la perſonne du Fideicommiſſaire, peut être éclaircie par quelqu'autre endroit du Teſtament, ou par un Codicile, le fideicommis n'eſt point tacite, & il n'y a point d'indignité, & que c'eſt le cas décidé par la Loi 3; que ſi cette incertitude ne peut point être levée dans le Teſtament ou Codicile, c'eſt un fideicommis tacite, comme le dit la Loi 40.

215. Conciliation de Bartole rejettée.

Mais cette ſolution eſt viſiblement contraire au texte de la Loi 3, *ff. de jure fiſci*, qui dit en termes très-diſerts, qu'on ne pouvoit pas connoître dans ce cas, ni par le Teſtament, ni par quelqu'autre endroit, ce qui faiſoit la matiere du fideicommis. *Julianus reſpondit, non quidem apparere quid ab heredibus ex ejuſmodi verbis petitum eſt*, comme le reconnoît fort bien *M. Cujas*.

216. Conciliation de Cujas.

Mais *Cujas* ſoutient que ces deux textes ne ſont pas contraires, parce que dans le cas de la Loi 3, il faut ſuppoſer que les heritiers n'ont fait aucune convention, ni promeſſe au Teſtateur, pour s'engager à rendre le fideicommis à l'incapable; au lieu qu'il faut ſuppoſer, que dans le cas de la Loi 40 les heritiers grevez avoient pris des engagemens avec le Teſtateur pour rendre le fideicommis à une perſonne incapable, & que c'eſt ce qui doit faire la difference des déciſions renfermées dans ces deux textes qui ſe contrarient.

217. Cette conciliation eſt rejettée.

Si l'on conſidere les paroles dans leſquelles les deux differens fidei-commis ſont conçus, dans les cas des deux Loix que nous examinons, cette ſolution ne vaut guere mieux que celle de *Bartole*, parce qu'il eſt clair que les paroles ſont les mêmes, & ſignifient la même choſe dans l'une & l'autre eſpece; & l'on ne peut pas s'empêcher de reconnoître que ces deux Loix renferment des déciſions oppoſées. Ce qui vient, ſans doute, de ce que les Juriſconſultes, qui ſont les Auteurs de l'une & l'autre Loi, devoient être de differentes Ecoles, & avoient des principes differens.

Cependant cette contrarieté ne peut pas donner de l'embarras dans la déciſion, parce qu'il y a d'autres textes qui levent le doute, en fixant les principes. En effet, la Loi 123, §. 1, *ff. de leg.* 1°. décide que, quand le fideicommis eſt exprimé dans un Teſtament, ce qui eſt la même choſe quand c'eſt par Codicile, & que le nom du Fideicommiſſaire, ni la choſe qui doit être renduë, ne ſont pas expliquez; il eſt néceſſaire que le grevé ait fait quelque convention avec le Teſtateur, ou qu'il lui ait donné quelque aſſurance par écrit privé, ou verbalement, de rendre le fideicommis en fraude de la Loi. *Marcellus reſpondit, ſi in fraudem legum tacitam fidem Seïus accommodaſſet, nihil ei prodeſſe poteſt, ſi his verbis paterfamilias cum eo locutus eſſet.* Et comme la convention, ou la promeſſe, rend le grevé complice de la fraude, il n'y a point de doute qu'il n'encoure l'indignité, comme le décident la Loi 40, *ff. de jure fiſci*, & la Loi 123, §. 1, *ff. de leg.* 1°. au lieu que quand le grevé n'a fait aucune promeſſe, ni convention avec le Teſtateur pour s'engager à rendre le fideicommis à l'incapable en fraude de la Loi; il eſt clair, comme le dit la Loi 3, *ff. de jure fiſci*, que ce n'eſt point un fideicommis tacite, que l'indignité n'eſt point encouruë, & que le fideicommis mal expliqué dans le Teſtament demeure caduc, & comme non écrit, en la main de celui qui en eſt chargé, ainſi que l'explique fort bien *M. Cujas* ſur la Loi 3, *ff. de jure fiſci*, & ſur la Loi *in tacitis* 103, *ff. de leg.* 1°.

218. Réſolution de la queſtion.

Quand le fideicommis eſt vaguement exprimé dans le Teſtament, il faut que le grevé ait engagé ſa foi de le rendre.

Mais quand le fideicommis n'eſt point exprimé dans le Teſtament ou Codicile directement ni indirectement, & qu'il eſt purement verbal, le grevé doit-il être déclaré indigne, quoiqu'il n'ait point fait de convention avec le Teſtateur, ni donné aucune ſureté verbale, ni par écrit, pour s'engager à rendre le fideicommis à un incapable? Et que doit-on penſer, lorſqu'une perſonne qui n'étoit liée ni de parenté, ni d'amitié avec le Teſtateur, a été inſtituée heritiere; qu'enſuite elle a lieu de croire que cette inſtitution n'a été faite en ſa faveur, qu'en conſideration d'une perſonne incapable à laquelle le Teſtateur pouvoit raiſonnablement penſer que l'heritier rendroit l'heredité?

219. Quand le fideicommis n'eſt pas exprimé, il y a une indignité, quoique le grevé n'ait pas promis de le rendre.

Sur la premiere de ces deux difficultez, il ſemble d'abord que la ſeule charge de rendre, impoſée verbalement par le Teſtateur, ne puiſſe pas caracteriſer le fideicommis tacite en fraude de la Loi, & qu'il faut que le grevé promette au Teſtateur de rendre le fideicommis à l'incapable, ſans quoi il n'y a point d'indignité de ſa part; mais le fideicommis eſt caduc & regardé comme non

220. Raiſon pour la négative.

écrit, & doit demeurer au grevé; cela paroît textuellement décidé de même par la Loi 10, *ff. de his quæ ut indign. aufer. In fraudem juris fidem accommodat, qui vel id quod relinquitur, vel aliud, tacitè promittit reſtituturum ſe perſonæ, quæ legibus ex Teſtamento capere prohibetur, ſive chirographum eo nomine dederit, ſive nudâ pollicitatione repromiſerit.* Il eſt donc eſſentiellement néceſſaire, afin que l'indignité puiſſe être encouruë, que le grevé ait promis au Teſtateur par écrit, ou verbalement, de rendre le fideicommis à l'incapable, & cette déciſion eſt confirmée par la Loi 3, *ff. de jure fiſci. Et ferè eo jam decurſum eſt ut fraus legi fieri videatur, quotiens qui neque Teſtamento, neque Codicillis rogaretur, ſed domeſticâ cautione & chirographo obligaret ſe ad præſtandum ei, qui capere non poteſt.*

Suite. Cela eſt encore fondé en raiſon, car ce n'eſt pas la deſtination du fideicommis à une perſonne incapable par le Teſtateur, qui peut produire l'indignité, elle ne peut dériver que d'une faute, ou de quelqu'autre choſe ſemblable, de la part de celui qui eſt grevé du fideicommis; & il ſeroit injuſte de punir une perſonne qui n'auroit manqué en rien; un heritier, un legataire peuvent accepter une liberalité, lorſqu'elle eſt faite à une perſonne capable, dans un Teſtament ou Codicile, & rien n'empêche la validité du legs ou autre liberalité, lorſqu'elle eſt faite à une perſonne capable & habile, quoique le Teſtateur le charge verbalement de rendre à un incapable; ce n'eſt qu'en s'engageant avec le Teſtateur par écrit ou verbalement, que l'heritier ou legataire fait fraude à la Loi, qu'il devient coupable, ou complice du complot frauduleux, & qu'il ſe rend indigne; & il ne peut jamais le devenir, ſans quelque fait de ſa part qui puiſſe produire l'indignité; ce qui ne peut pas ſe vérifier, quand l'heritier ou le legataire n'a rien promis, & que *fidem non accommodavit in fraudem juris.*

221. Suite. La charge du fideicommis tacite en fraude de la Loi ne produit pas une nullité. *V. ſup. n. 7, & inf. n. 273, 283, 284.*

Il ne faut pas penſer que la charge du fideicommis tacite en fraude de la Loi produiſe une nullité de la diſpoſition. La Loi 3, §. dernier, *ff. ad S. C. Trebell.* la Loi 12, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* la Loi 3, §. 4, *ff. de jure fiſci*, & la Loi 43, §. 3, *ff. de vulgar.* décident préciſément le contraire; l'indignité qu'il produit ne fait autre choſe que transferer au fiſc, ſuivant le Droit Romain, ou aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ſelon notre Uſage, ce que l'indignité fait ôter à l'indigne par une eſpece de ſubrogation de perſonnes.

222. Suite. A quoi l'on peut ajouter, que l'uſage du Royaume qui n'ad-

juge point au fisc ce qui est ôté à l'indigne, & qui l'adjuge aux successeurs legitimes, ou le laisse dans l'hérédité comme non écrit, ne change rien à la décision de la Loi Romaine : Tout ce que l'on peut dire, est que les successeurs *ab intestat* prennent la place du fisc, & qu'ils ne peuvent opposer, ni faire valoir l'indignité en leur faveur, que dans les cas auxquels le fisc avoit droit d'ôter à l'indigne ce qui lui étoit laissé. *M. Cujas* dans tous les endroits où il a traité cette matiere, notamment sur la Loi *cum tacitum 3, ff. de probat. lib. 9, resp. Papin.* exige nommément, afin que l'indignité soit encouruë, que le grevé se soit prêté à la volonté du Testateur, & qu'il lui ait promis de faire passer le fideicommis sur la tête de l'incapable. Ainsi il n'y a point de difference à faire entre le *fideicommis énoncé* vaguement dans le Testament ou Codicile, sans expliquer le *nom du Fideicommissaire*, ni la chose destinée ; auquel cas la Loi 126, §. 1, *ff. de leg.* 1°. exige que le grevé ait prêté son consentement, & se soit engagé au Testateur ; & le cas où il n'est parlé en aucune façon du fideicommis dans le Testament ou Codicile ; parce que dans l'un & l'autre cas, c'est toujours un fideicommis que la Loi déclare tacite ; pourvu néanmoins que le Fideicommissaire ait engagé sa foi, & non autrement.

Opinion de Cujas.

§ 2.

223. Raisons de l'opinion contraire.

D'autre côté, il semble au-contraire que le grevé doit être déclaré indigne de la liberalité qui lui est laissée, sous la charge expresse de rendre à l'incapable, quoiqu'il n'ait point fait de promesse, ni pris des engagemens avec le Testateur, pour s'obliger à exécuter le fideicommis, parce qu'il n'a pas pour lui la volonté du défunt, lequel n'ayant d'autre vûe que de gratifier l'incapable, qui étoit l'objet de la liberalité, il encourt l'incapacité de deux manieres. La premiere, en ce qu'il n'a pas pour lui la volonté du défunt, qui n'a eu aucune intention de le favoriser ; ce qui suffit pour produire l'incapacité, suivant la Loi *cum quidam* 12, *ff. de his quæ ut indign. auser.* La seconde, en ce qu'il refuseroit de remplir la charge à lui imposée par le Testateur, en consideration de laquelle la liberalité lui avoit été faite, & qui étoit comme une condition, ou une cause finale, qui donneroit lieu à la répétition, *conditione causâ dati, causâ non secutâ*, & comme les fideicommis n'ont besoin d'aucune sorte de formalité de l'écriture ni des témoins, lorsque le Testateur s'est confié à la foi de son heritier, ou de celui qu'il a chargé verbalement de rendre l'hérédité, ou un effet particulier, suivant le §. *dernier aux Institutes, de fideicomm. hered.* & la Loi derniere, *cod. de*

fideicomm. Il eſt indubitable que le fideicommis eſt bon, ſelon les Regles du Droit Romain; ainſi les ſucceſſeurs *ab inteſtat* entrant à la place du Fideicommiſſaire incapable, ſuivant notre Uſage, il s'enſuit qu'ils ont le droit d'obliger le grevé à remplir le fideicommis, non en faveur du Fideicommiſſaire déſigné verbalement par le Teſtateur, mais en faveur des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, qui prennent ſa place, & qui ſont ſubrogez à ſon droit.

224. Réſolution qu'il y a indignité, quoique le Fideicommiſſaire n'ait pas engagé ſa foi.

Ce dernier avis me paroît plus équitable, & plus conforme à nos maximes. Il n'eſt pas juſte, en effet, qu'un heritier ou legataire profite d'une liberalité dont il n'eſt pas l'objet, & dont il n'eſt que le miniſtre, ou le moyen pour la faire paſſer à une autre perſonne. Il eſt encore moins juſte, qu'il tire un avantage de ſa perfidie, & que contre la volonté & l'intention du défunt, il conſerve un bien qui n'étoit pas deſtiné pour lui. Il eſt vrai que l'article 1 de l'Ordonnance de 1735 déclare nulles & de nul effet toutes les diſpoſitions de derniere volonté purement verbales, & qui ne ſont pas rédigées par écrit en la forme qu'elle preſcrit: qu'ainſi on ne peut pas tirer aujourd'hui de la Loi derniere, *cod. de fideicommiſſis*, & du §. dernier aux Inſtitutes *de fideicomm. hered.* le même avantage, qu'on pouvoit en tirer avant cette Ordonnance; mais les autres raiſons ſont ſuffiſantes pour pouvoir ſe déterminer contre le grevé qui n'eſt nullement favorable. Il y a dans le nouveau Journal des Audiences, *tom. 5, liv. 8, ch. 41*, un Arrêt du 17 Août 1708, qui juge qu'il ſuffit qu'il y ait preuve que le mari, en leguant une ſomme à un tiers, ait eu intention que le legs fût reſtitué à ſa femme incapable de recevoir des liberalitez de la part du mari, ſuivant l'*article* 282 *de la Coutume de Paris*, pour déclarer le legs, comme un avantage indirect entre conjoints, quoiqu'il n'y ait point de preuve de la convention du Teſtateur avec le Legataire. Et par un autre Arrêt du 2 Juillet 1708, rapporté au même endroit, *chap. 26*, il a été jugé, que pour prouver un fideicommis, ou avantage indirect entre mari & femme, il n'eſt pas néceſſaire qu'il y ait de preuve par écrit du fideicommis, ni même de préſomption qu'il y ait de convention entre le Teſtateur & le Legataire, il ſuffit qu'il y ait des préſomptions violentes de l'intention du Teſtateur.

Arrêts qui confirment cette opinion.

225. Y a-t-il d'indignité, lorſqu'il n'y a point ni de priere verbale du Teſtateur, ni de promeſſe de la

La ſeconde queſtion que nous avons propoſée paroît plus difficile à reſoudre, parce qu'aucune des raiſons que nous avons expliquées dans l'examen de la queſtion précedente, en faveur des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, pour établir l'indignité de l'heritier,

ne

ne peut recevoir son application au cas present ; & l'on ne peut pas dire qu'il n'a pas la volonté du Testateur, ou qu'il n'a qu'une volonté conditionnée, & qui a une autre cause finale, ni qu'il trahisse la confiance du Testateur, il ne voit que ce qui est écrit dans le Testament ; le Testateur ne lui a point fait connoître cette volonté tacite & cachée ; la qualité d'étranger, ou même d'inconnu au Testateur, ne peut pas l'empêcher de recueillir la liberalité qui lui est faite, *extraneum etiam penitùs ignotum heredem quis instituere potest, l.* 11, *ff. de hered. instit.* C'est un secret assez difficile à pénétrer, si le Testateur peut avoir pensé ou non de gratifier un étranger, qui n'avoit aucune raison d'esperer une telle faveur, dans la vûe, qu'il pourroit réflechir que le Testateur laissoit une personne cherie, qu'il auroit bien voulu instituer s'il l'avoit pû : tout cela ne peut être connu que par des conjectures très-fautives & équivoques ; ou bien si ce n'est pas par un effet du caprice du Testateur d'avoir choisi un étranger pour recueillir ses biens. En un mot, je ne vois aucune raison plausible qui puisse favoriser dans ce cas la prétention des heritiers *ab intestat.* Il faut au moins qu'il y ait des preuves ou des présomptions violentes de l'intention du Testateur, comme il veut que les biens soient restituez à l'incapable, comme dans les especes des Arrêts du 2 Juillet & 17 Août 1708, rapportez au Journal des Audiences, *tom.* 5, *liv.* 8, *chap.* 26 *&* 41, auquel cas l'institution ou le legs doivent être déclarez faits en fraude de la Loi dans les vûes du Testateur.

part de l'heritier, mais un simple soupçon dans l'esprit de l'heritier, que la personne incapable est l'objet de la liberalité.

8

Il est vrai que si, avec le secours de la réflexion, l'heritier avoit pû pénétrer les intentions cachées du Testateur, qu'il fût vivement persuadé, qu'il n'avoit été institué que pour faire passer les biens en la main d'une personne incapable cherie du Testateur, & qu'il auroit institué, sans aucun détour, si les Loix le lui avoient permis, & que dans cette idée il eût rendu, ou fait passer les biens à cette personne incapable de recueillir les biens du Testateur, ce seroit le cas de déclarer l'indignité, & d'ôter les biens à la personne incapable à laquelle l'heritier les auroit rendus ; parce que la restitution effective se combinant avec la réflexion de l'heritier, & avec la volonté & l'objet du Testateur, tout cela suffiroit pour caracteriser un fideicommis tacite en fraude de la Loi ; à cause que la restitution de l'hérédité, de quelque façon qu'elle soit conçuë, & quelque couleur qu'on lui donne, n'est pas une liberalité de la part de l'heritier, c'est une exécution de la volonté du défunt, que l'heritier a cru avoir

116. *Quid* si l'heritier pénetrant les vûës du Testateur a rendu à l'incapable.

9

destiné les biens à une personne incapable, & c'est par conséquent dans la réalité un vrai fideicommis tacite. Cette résolution peut être formellement appuyée sur le préjugé de l'Arrêt du Parlement de Paris du 11 Février 1716, que nous rapporterons bientôt.

227. Opinion de Bartole & de Garsias.

Cependant *Bartole* sur la Loi *Lucius*, §. *in Testamento* 2, *ff. de leg.* 1°. & après lui *Joannes Garsias* dans son Traité *de tacito fideicommisso*, *n.* 13, décident le contraire dans une espece encore plus forte que la nôtre. *Titius* instituë sa femme, avec charge de rendre à qui elle voudra, sans autre éclaircissement verbal ni par écrit; cette femme rend l'hérédité à un bâtard de son mari. Ces Auteurs décident que ce n'est pas le cas de la Loi *gener* 25, *ff. de his quæ ut indign. auser.* qui décide que si le gendre instituë son beau-pere, la circonstance de la liaison du sang, qui est entre l'heritier institué & sa fille, femme du Testateur, à laquelle il ne pouvoit pas laisser ses biens, parce que la Loi *Julia & Papia* y faisoient obstacle, ne devoit pas suffire pour faire présumer le fideicommis tacite, qui doit être prouvé par des conjectures manifestes, comme le remarque *M. Cujas* sur cette Loi, *lib.* 14, *resp. Papin.* Mais cette Loi ne paroît pas applicable au cas décidé par *Bartole*, parce qu'il n'y avoit point de restitution faite à la femme du Testateur, fille de l'heritier institué dans l'espece de la Loi: au lieu que *Bartole* suppose que la femme heritiere, à la charge de rendre à qui elle voudroit, avoit rendu l'hérédité au bâtard du Testateur. Ainsi l'argument, que l'on peut tirer de cette Loi bien entenduë, auroit dû déterminer *Bartole* à décider tout le contraire dans le cas par lui proposé. Et en effet, *Bartole* sur la Loi derniere, *n.* 7, *ff. de his quæ ut indign. auser.* enseigne, que celui qui est institué, à la charge de rendre à qui il voudra, *cui velit*, ne peut pas rendre l'hérédité au bâtard du Testateur, parce qu'il est incapable.

228. *Quid* si l'heritier étranger & inconnu forme le dessein de rendre à un incapable sur les conjectures de la volonté présumée du Testateur.

Mais si l'heritier étranger, & presqu'inconnu au Testateur, n'a pas encore rendu l'hérédité à la personne incapable, & qu'il en ait seulement formé le dessein, sur les conjectures de la volonté présumée du Testateur, d'avoir destiné les biens à une personne incapable, sera-ce le cas d'un fideicommis tacite en fraude de la Loi? Cette question a été préjugée pour l'affirmative, par un Arrêt d'Audience du Parlement de Paris du 11 Février 1716, plaidans M^e. Beaubois pour Louise Boncours, veuve de René Seuret, Menuisier, & M^e. le Normand pour M^e. Daniel-François Soucanié, Chanoine de l'Eglise Collegiale de Nesle, sur les Conclusions de M. Joly de Fleury, Avocat General.

Charles Seuret, Menuisier à Nesle, avoit épousé Marguerite Desmarets. Les enfans qu'il avoit eus étoient prédecedez, & il ne lui restoit plus que des petits-fils mineurs. Avant de mourir il fit un Testament olographe le 25 Février 1711, qui, après quelques legs pieux, contient la disposition suivante : *Quant à mes biens, ayant fait pour mon fils & ma fille défunts, conjointement avec ma femme, tout ce que nous avons pû pour les marier, & doter : & considerant qu'il nous reste peu de biens, je legue à mes petits-enfans chacun cinquante livres payables par mon Legataire universel ci-dessous nommé, lorsqu'ils auront atteint chacun l'âge de vingt ans, sans interêt ; & pour le surplus de mes biens, je les legue à Me. Daniel Soucanié, Chanoine de Nesle, que je nomme pour mon Legataire, & Exécuteur de mon present Testament.* 229. Arrêt du Parlement de Paris, qui juge cette question.

Le sieur Soucanié forma sa demande en délivrance du legs, devant le Baillif de Nesle ; Louise Boncours, veuve de René Seuret, fils du Testateur, & Tutrice de ses enfans mineurs, prétendit que le legs universel étoit un fideicommis tacite, en faveur de la veuve du Testateur, qui, selon les Regles du Païs Coutumier, ne pouvoit pas être avantagée par son mari, autrement que par don mutuel ; & sur ce fondement elle soutint, qu'avant toutes choses le sieur Soucanié devoit jurer sur ce fait de fideicommis. 230. Suite.

Par une premiere Sentence du Baillif de Nesle du 20 Août 1713, il fut ordonné que Louise Boncours défendroit péremtoirement à la demande en délivrance, & que cependant par provision le sieur Soucanié viendroit affirmer à la premiere Audience, si le prétendu legs à lui fait par Charles Seuret étoit sérieux & à son profit, s'il n'avoit fait aucun pacte & convention avec le Testateur, ou avec sa veuve, & si lors de l'acceptation du legs il n'avoit pas eu intention de le remettre à Marguerite Desmarets, veuve du Testateur. 231. Suite.

Le sieur Soucanié dans son affirmation ne se conforma pas à ce qui lui étoit prescrit par la Sentence, il affirma seulement, qu'il n'avoit jamais fait aucun pacte avec le Testateur, ni avec sa veuve, au sujet du legs dont il étoit question, que même la veuve lui avoit dit n'avoir aucune connoissance de ce legs : qu'au surplus il étoit maître de son bien, & qu'il pouvoit en disposer en faveur de qui bon lui sembloit, ajoutant qu'il n'avoit autre chose à dire : ensorte qu'il refusa de jurer sur le fait porté par la Sentence, *si lors de l'acceptation du legs, il n'avoit pas eu l'intention de le remettre à Marguerite Desmarets, veuve du Testateur.* 232. Suite.

233. Suite. Par une seconde Sentence du 16 Novembre 1713, le Baillif de Nesle ordonna, que sa précedente seroit exécutée, & que le sieur Soucanié viendroit affirmer à l'Audience prochaine, *si lors de l'acceptation qu'il avoit faite du legs universel, il n'avoit pas eu intention de le remettre à la veuve du Testateur*, sinon & à faute de ce faire débouté de la demande en délivrance du legs, & condamné aux dépens.

234. Suite. Le sieur Soucanié ayant interjetté appel de ces deux Sentences au Bailliage de Saint-Quentin, il intervint Sentence le 19 Octobre 1714, par laquelle il fut dit avoir été mal jugé par le Baillif de Nesle, & réformant, ayant égard à l'affirmation du sieur Soucanié, la délivrance du legs universel fut ordonnée, sauf à Louise Boncours de quereler le Testament d'inofficiosité.

235. Moyens de l'Appelante. Sur l'appel de cette Sentence au Parlement, l'Appelante disoit pour ses moyens, que dans les causes de fideicommis tacite le serment étoit indispensable, & que les Juges pouvoient l'étendre, autant qu'ils le jugeoient à propos, pour découvrir les circonstances capables de bien caracteriser le fideicommis tacite en fraude de la Loi, pourvu que cette extension n'allât pas jusqu'à gêner la liberté du Legataire pour l'avenir : Que le sieur Soucanié ne refusoit de se conformer au serment prescrit par la premiere Sentence du Baillif de Nesle, que parce qu'il avoit pénétré les vûes & l'objet du Testateur, de gratifier indirectement sa femme, & parce qu'il avoit le dessein de s'y conformer, ce qui constituoit un vrai fideicommis tacite : Que telle étoit la derniere Jurisprudence, par l'Arrêt rendu avec grande connoissance de cause, sur les Conclusions de M. l'Avocat General de Lamoignon, au sujet du Testament de la Dame Princesse d'Isanghien, & qu'après cet Arrêt celébre, il n'étoit plus permis de douter, qu'on ne pût étendre au-de-là du pacte & de la convention, la formule du serment déferé au Legataire ; parce que le pacte n'est pas le seul moyen capable de caracteriser le fideicommis tacite, & qu'il suffit que la volonté présumée du Testateur connuë par le Legataire, se combine avec le dessein formé par le Legataire de l'exécuter.

236. Suite. Que les moindres soupçons suffisoient pour rendre le serment nécessaire. Que dans l'espece de ce Procès il y avoit de fortes circonstances, qui faisoient présumer le fideicommis tacite ; que ce langage du Testateur dans son propre Testament faisoit assez connoître, que sa veuve étoit le seul objet de sa liberalité ; que

la difference d'état, de fortune, & de situation qui se trouvoit entre le Testateur & le Legataire, le refus même du sieur Soucanié de jurer sur l'intention qu'il y avoit eu, en acceptant le legs, de le rendre à la veuve du Testateur, personne incapable; tout cela prouvoit suffisamment, qu'il étoit même, en quelque sorte, impossible, que le legs universel en question ne fût un fideicommis tacite.

237. Conclusions de M. l'Avocat General.

M. l'Avocat General dit, que comme il y avoit quelque difference entre l'affirmation ordonnée par le Juge de Nesle, & celle déferée au sieur Abbé de Thou par la Sentence des Requêtes du Palais, confirmée par l'Arrêt du sieur Prince d'Isanghien, il croyoit nécessaire pour rendre la Jurisprudence uniforme, d'ajouter à la formule d'affirmation prescrite par le Baillif de Nesle, la formule du serment déferé par la Sentence des Requêtes du Palais. Que les Parties ne le demandoient pas, mais qu'il étoit en droit de le requerir, s'agissant de l'interêt des mineurs.

238. Dispositions de l'Arrêt.

L'Arrêt qui intervint le 11 Février 1716 porte: » Notre Cour, « sans avoir égard à la Requête de la Partie de Beaubois, afin de « faire preuve, que la veuve est en possession de tous les effets « de la succession dont est question, en tant que touche l'appel « interjetté des Sentences du Bailliage de Saint-Quentin, a mis « & met l'appellation, & ce dont a été appellé, au néant; émen- « dant, ordonne que les Sentences du Baillif de Nesle seront « exécutées. Et faisant droit sur la Requête du Procureur General « du Roi, ordonne que la Partie de le Normand aura délivrance « du legs universel par le Testament olographe du défunt Charles « Seuret, en affirmant néanmoins par la Partie de le Normand « en personne à l'Audience devant le Baillif de Nesle, que lors- « qu'elle a accepté le legs universel, dont il est question, elle l'a « accepté pour elle, & n'avoit pas intention de le restituer à la- « dite veuve en tout ou en partie, laquelle affirmation la Partie « de le Normand sera tenuë de faire dans huitaine du jour de la « signification qui sera faite du present Arrêt, sinon & à faute de « ce faire dans ledit tems, & icelui passé, en vertu du present « Arrêt & sans qu'il en soit besoin d'autre, la Partie de le Nor- « mand demeurera déchuë du legs universel dont est question, « tous dépens entre les Parties compensez. «

239. De ce qui est nécessaire pour caractériser un fideicommis tacite.

Pour nous recueillir en peu de paroles, sur ce que nous avons remarqué, afin de connoître ce qui est néceſſaire pour constituer un fideicommis tacite, & se rencontrer dans le cas de l'indignité, nous disons, premierement, que quand le fideicommis est ex-

Opinion & resolution de l'auteur

Premiere circonſtance.

primé dans le Teſtament ou Codicile, & que le nom du Fideicommiſſaire, ou la choſe qui doit être renduë, ne ſont pas exprimez, ou que l'explication de l'un & de l'autre manque, il eſt néceſſaire, pour encourir l'indignité, qu'il y ait des preuves que l'heritier ou le legataire chargez de rendre, ont fait quelque pacte ou convention avec le Teſtateur, ou le Fideicommiſſaire incapable, ou qu'ils leur avoient promis de rendre le fideicommis, autrement le fideicommis eſt ſimplement caduc, & comme non écrit, & le grevé ne doit pas être déclaré indigne.

240. Seconde circonſtance.

En ſecond lieu, quand le fideicommis n'eſt point exprimé dans le Teſtament ou Codicile, & qu'il a été fait verbalement, ou par quelque écrit privé ſéparé du Teſtament ou du Codicile, il n'eſt pas néceſſaire qu'il y ait des preuves, que l'heritier ou legataire grevez de rendre, ont engagé leur foi au Teſtateur ou au Fideicommiſſaire d'accomplir la priere du Teſtateur, il ſuffit qu'il y ait preuve de la charge impoſée par le Teſtateur, de rendre à une perſonne incapable, afin que l'indignité doive être déclarée, que les biens doivent être ôtez au grevé, & qu'ils doivent être adjugez aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, s'il s'agit de l'hérédité; & s'il eſt queſtion d'un legs, dont un tiers a été chargé de fideicommis, ce legs doit demeurer dans l'hérédité à cauſe de l'indignité du Legataire.

241. Troiſiéme circonſtance.

En troiſiéme lieu, lorſque le fideicommis n'eſt point exprimé dans le Teſtament ou Codicile, quoiqu'il n'y ait point de charge de rendre impoſée verbalement, ni autrement, ni de promeſſe ou engagement pris par l'heritier avec le Teſtateur, ou avec le Fideicommiſſaire incapable; toutefois ſi l'heritier ou legataire pénétrant dans les vûës, & dans l'intention du Teſtateur, qu'il ne fait l'inſtitution ou le legs, que pour faire paſſer les biens en la main de la perſonne incapable, ont fait la reſtitution à la perſonne incapable, ou ont formé le deſſein lors de l'acceptation de l'hérédité ou du legs, d'en faire la reſtitution à la perſonne incapable, qu'ils ont cru être l'objet de la liberalité, on doit déclarer l'indignité, & priver l'heritier ou legataire du fruit de la liberalité. Il doit même être indifferent que le deſſein de rendre, ſelon l'intention préſumée du Teſtateur, ſoit formé lors de l'acceptation, ou poſterieurement, même lors de l'Arrêt qui intervient ſur le Jugement de la conteſtation, comme l'a formellement préjugé l'Arrêt du Parlement de Paris du 11 Février 1716, que nous avons rapporté ci-deſſus; parce qu'en quelque tems que le deſſein de rendre à la perſonne incapable ſoit formé par

l'heritier pour exécuter l'intention préſumée du Teſtateur, il ſe combine avec cette volonté préſumée, & conſtituë un vrai fideicommis tacite, parce que l'heritier ſe prête aux vûes illegitimes du Teſtateur, & il concourt avec lui pour éluder la défenſe de la Loi. Voilà pourquoi il ſe rend complice de la fraude, & qu'il mérite d'être déclaré indigne.

142. Quatriéme circonſtance.

En quatriéme lieu, dans le même cas que le fideicommis n'eſt point exprimé dans le Teſtament, & que le Teſtateur n'ait point chargé verbalement, ni autrement l'heritier ou legataire de rendre les biens à une perſonne incapable, il n'y a point d'indignité, quoique l'on ſe trouve dans certaines circonſtances qui puiſſent former quelque ſoupçon, que l'intention du Teſtateur a été que ſes biens parvinſſent à une perſonne incapable; parce qu'on ne doit point détruire, ni rendre inutiles les diſpoſitions teſtamentaires ſur de ſimples ſoupçons, ſoit que l'on conſidere les Regles du Droit Romain, ou nos Uſages. C'eſt un des points jugez par l'Arrêt du 8 Août 1738, dont nous avons parlé ci-devant, rendu au Parlement de Toulouſe en la premiere Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Viguerie, entre le ſieur de Sabran, Capitaine, & le ſieur Perier, Banquier de Montpellier.

4e cas

143. Arrêt du Parlement de Toulouſe.

M. de Sabran, Conſeiller en la Cour des Aydes de Montpellier, avoit entretenu une concubine pendant long-tems, & en avoit eu pluſieurs enfans illegitimes. Il fit ſon Teſtament le 11 Janvier 1736, par lequel il legua une ſomme de 4000 liv. au ſieur Pierre de Sabran, Capitaine d'Infanterie, ſon frere, & autres 4000 liv. à chacun de ſes enfans naturels, qu'il avoit eus de ſon commerce avec la Demoiſelle Robin, & il inſtitua heritier univerſel le ſieur François Perier, Banquier de Montpellier, homme riche, avec lequel néanmoins il n'avoit aucune liaiſon de parenté ni d'amitié. Il étoit même prétendu qu'il étoit inconnu au Teſtateur.

144. Suite.

Le ſieur de Sabran, Conſeiller, étant mort dans cette volonté, la Demoiſelle Robin ſa concubine s'empara des clefs de la maiſon, des papiers, & des effets de la ſucceſſion, & le ſieur Perier convenoit, qu'elle en étoit demeurée nantie depuis le 18 Janvier, jour du décès du Teſtateur, juſqu'au 23 May 1736, jour de la clôture de l'inventaire, qui avoit été commencé le 21 Mars de la même année; la poſſeſſion des effets héréditaires, & des papiers domeſtiques, étoit encore conſtatée par un Procès verbal du 30 Juillet 1738.

245. Suite. Le sieur de Sabran, Capitaine, demanda devant le Senéchal de Montpellier la cassation du Testament de son frere, & la maintenuë en tous les biens avec restitution des fruits, prétendant que le sieur Perier heritier institué ne faisoit que prêter le nom à la Demoiselle Robin, & à ses enfans illegitimes, qui étoient le véritable objet de la liberalité du Testateur; & subsidiairement il demanda d'être reçu à la preuve de plusieurs faits. Il fit ensuite oüir cathégoriquement le sieur Perier, & par Sentence le Senéchal permit la preuve de certains faits seulement. Le sieur de Sabran interjetta appel au Parlement de Toulouse, il prétendoit que le fideicommis tacite étoit suffisamment prouvé par les circonstances; & en tout évenement, il demanda d'être admis à la preuve des faits par lui soutenus, & autres afferans. Il soutenoit après *Domat, des Loix Civiles, liv. 5, des Substitutions, tit. 3, sect. 3, n. 7*, que par notre Usage le fisc ne devant pas profiter des biens qui font la matiere d'un fideicommis tacite, & qu'étant déferez aux heritiers *ab inteſtat*, on ne devoit pas exiger des successeurs *ab inteſtat* une preuve si forte, que le Droit Romain l'exigeoit à l'égard du fisc, qui n'étoit nullement favorable, comme le décide la Loi 10, *ff. de jure fisci*, & qu'on étoit par cette raison plus reservé dans le Droit Romain, qu'on ne l'est en France pour la preuve des fideicommis tacites.

246. Suite. Cela posé il disoit, que les circonstances qui se rencontroient dans ce Procès, devoient suffire pour opérer la cassation du Testament, comme contenant un fideicommis tacite, en faveur de la concubine, & de ses enfans bâtards du Testateur. La premiere étoit prise de ce que le sieur Perier convenoit dans ses réponses cathégoriques, qu'il étoit entierement étranger, & inconnu à M. de Sabran, Testateur; qu'il n'avoit jamais eu aucune liaison avec lui; qu'ainsi la parenté, ni l'amitié ne pouvant pas avoir donné lieu à une institution faite en faveur du sieur Perier, il ne pouvoit être consideré que comme une personne interposée, du ministere de laquelle le Testateur s'étoit servi pour faire passer ses biens avec sureté sur la tête de sa concubine, & de ses enfans illegitimes.

247. Seconde circonstance. La seconde étoit prise de ce qu'il étoit prouvé juridiquement par un Procès verbal, & qu'il étoit même convenu par le sieur Perier, que la Demoiselle Robin s'étoit emparé des clefs de la maison, des papiers, & des effets héreditaires, & qu'ils étoient demeurez en son pouvoir depuis le décès du sieur de Sabran arrivé le 18 Janvier 1736, jusqu'au 23 May de la même année, qu'elle

qu'elle continua même d'en demeurer nantie, *juſqu'à* ce que le ſieur de Sabran eut formé l'Inſtance en caſſation du Teſtament contre le ſieur Perier, laquelle poſſeſſion & détention, du conſentement du moins tacite de l'heritier inſtitué, étoit une circonſtance ſuffiſante pour prouver le fideicommis tacite, & que le ſieur Perier n'étoit que le prête-nom de la Demoiſelle Robin, & de ſes enfans illegitimes, ſuivant *Barry, de Succeſſionib. lib.* 1, *tit.* 8, *n.* 14, *Bartole*, & autres Auteurs. La tradition des clefs, des papiers, & titres domeſtiques étant le ſimbole de la reſtitution de l'entiere hérédité, qui par-là avoit été faite en faveur des perſonnes incapables, auſquelles le Teſtateur avoit deſtiné ſa ſucceſſion; car la Loi 37, *ff. ad S. C. Trebell.* décide, qu'afin qu'une hérédité ſoit cenſée reſtituée, il n'eſt pas néceſſaire d'être mis en poſſeſſion de tous les biens héréditaires, *reſtituta hereditas videtur aut reipſa, ſi fortè paſſus eſt heres poſſideri res hereditarias, vel totas, vel aliquas earum, hac mente ut vellet reſtituere, & illi ſuſcipere.*

148. Troiſiéme circonſtance.

La troiſiéme circonſtance étoit priſe des variations, & des contradictions que le ſieur de Sabran diſoit ſe trouver dans les réponſes cathégoriques du ſieur Perier, leſquelles fourniſſoient un argument très-fort de l'intention qu'il avoit de laiſſer les biens à la Demoiſelle Robin & à ſes enfans illégitimes, n'ayant affecté de répondre d'une maniere obſcure & ambigue, que pour cacher la verité; cependant le ſieur de Sabran ſoutenoit qu'il devoit en tirer de grands avantages, & que l'on devoit prendre les variations & les ambiguitez du ſieur Perier, comme un aveu tacite, ſuivant la Loi 11, §. 7, *ff. de interrogat. in jure faciendis. Nihil intereſt neget quis, an taceat interrogatus, an obſcurè reſpondeat, ut incertum dimittat interrogatorem.*

149. Diſpoſition de l'Arrêt ſur partage.

M. de Viguerie ayant rapporté le Procès ſur le Bureau, les Juges ſe trouverent partagez en opinions, M. de Viguerie étoit d'avis d'ordonner une preuve, & M. de Bonnemain, Compartiteur, étoit au contraire d'avis d'adjuger l'hérédité au ſieur de Sabran, ſur les preuves réſultantes des actes du Procès. Le partage fut vuidé ſelon l'avis de M. de Viguerie, & il fut ordonné par Arrêt du 8 Août 1738, qu'avant dire droit, demeurant les aveux & actes du Procès, le ſieur de Sabran feroit la preuve des faits par lui coartez, pour cette preuve faite en tout ou en partie, être ordonné ce qu'il appartiendroit. L'Arrêt réſerva encore au ſieur de Sabran de coarter de nouveaux faits par Requête.

250. L'Arrêt est juridique.

Il me semble que les Juges qui vuiderent le partage, prirent le parti le plus conforme aux regles ; car la qualité d'étranger, & même d'inconnu au Testateur, quoiqu'elle se trouve jointe à cette autre circonstance, que le Testateur avoit laissé une concubine & des enfans bâtards, ne devoit pas être regardée comme suffisante pour prouver le fideicommis tacite, vû que la Loi 11, *cod. de hered. instit.* permet d'instituer heritier une personne étrangere & absolument inconnuë, *extraneum & penitùs incognitum*, & que le Testateur avoit pourvû dans son Testament aux alimens de ses enfans bâtards, en leguant à chacun une somme de 4000 liv. d'autant mieux que la Loi *gener* 25, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* décide textuellement que la qualité d'étranger jointe avec la parenté au premier dégré de la personne prohibée & incapable, suivant les regles de l'ancien Droit Romain, ne suffisoit pas pour établir la preuve, ou une présomption légale du fideicommis tacite.

12.

Insuffisance des circonstances.

251. Examen de la seconde circonstance.

Il est vrai que la circonstance prise de ce que la concubine s'étoit emparé des clefs de la maison, des papiers & des effets du défunt, avoit quelque chose de bien séduisant ; car cette possession connuë de l'heritier, sans qu'il s'en fût plaint, & qu'il eût formé aucune action contre la concubine, sembloit justifier la fraude par *l'évenement*, & que c'étoit le cas de dire avec les Auteurs, que quand une personne incapable se trouve posseder les biens du Testateur, par le fait ou le consentement de l'heritier, il n'en faut pas davantage pour prouver ou faire présumer *ex eventu* le fideicommis tacite, & le complot de fraude concerté entre le défunt & l'heritier ; mais dans cette espece, le sieur Perier offroit de jurer décisoirement que le Testateur ne l'avoit chargé d'aucun fideicommis, & que lui heritier, n'avoit fait aucun pacte ni promesse au Testateur, ni à la concubine, ou à ses enfans illégitimes, qu'il vouloit garder les biens pour lui, & qu'il n'avoit jamais formé le dessein, ni eu l'intention de les rendre à la concubine, ni aux bâtards ; qu'enfin, si la concubine s'étoit emparé des clefs & des effets héréditaires, c'étoit sans le consentement exprès ni tacite du sieur Perier institué ; que ces effets avoient été compris dans l'inventaire, comme faisant partie de l'herédité appartenant au sieur Perier, & que son dessein étoit de se les faire restituer, l'entreprise de la concubine n'étant pas capable de faire perdre à l'heritier le fruit d'une institution sérieuse, & exempte de toute fraude, contre la disposition des Loix.

13.

L'Arrêt jugea, à la verité, que ces circonſtances ne formoient pas une preuve, ni des préſomptions ſuffiſantes; mais il jugea à même-tems, que les préſomptions qui en réſultoient, étoient conſiderables, & que pour peu qu'elles fuſſent aidées par la preuve de quelques autres faits, la preuve pouvoit devenir complette & concluante, puiſque l'Arrêt réſerve les aveux & les actes du Procès, & qu'en admettant le ſieur de Sabran à la preuve des faits qu'il avoit ſoutenus, & encore de ceux qu'il pourroit coarter par Requête, il ajoute en termes remarquables, *pour ladite preuve faite en tout ou en partie, être ordonné ce qu'il appartiendra*, qui indiquent que le ſieur de Sabran n'avoit pas beſoin de prouver tous ces faits; mais qu'il lui ſuffiſoit d'en prouver quelques-uns, leſquels en ſe combinant avec les préſomptions réſultantes des circonſtances, fuſſent capables de former une preuve ou une préſomption légale.

251. Préjugé de l'Arrêt pour la forme de la preuve qui reſtoit à faire.

Preuve des faits en tout ou en partie.

L'Arrêt que nous venons de rapporter, qui juge une queſtion importante ſur la preuve du fideicommis tacite, nous donne occaſion d'éclaircir dans cet endroit, quel eſt le genre de preuve néceſſaire ou ſuffiſant pour conſtater un fideicommis tacite en fraude de la Loi. Nous venons de voir après la Loi 25, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* une regle négative ſur cette matiere; c'eſt-à-dire, que la parenté, au premier dégré, en ligne directe de l'heritier inſtitué, avec la perſonne incapable prohibée, ne ſuffit pas pour prouver ou faire préſumer le fideicommis tacite, *taciti fideicommiſſi ſuſpicionem ſola ratio paternæ affectionis non admittit*, dit cette Loi; mais dans notre uſage, on penſe tout autrement; car les Ordonnances, notamment celle de 1549, qui défendent de faire des liberalitez à certaines perſonnes, comprennent les perſonnes interpoſées; & les Auteurs & les Arrêts ont décidé que l'on doit regarder comme perſonnes interpoſées par une préſomption de Droit, celles qui ſe trouvent parentes en ligne directe des incapables: On peut voir là-deſſus ce que nous avons dit dans nos queſtions ſur les donations, qu. 35, & les Auteurs que nous y avons citez.

251. Par quelles preuves le fideicommis tacite peut être établi.

Si la parenté de l'heritier avec l'incapable peut faire préſumer le *fideicommis tacite*.

14

La Loi 3, §. 3, *ff. de jure fiſci*, donne des regles affirmatives pour faire connoître quel eſt le genre & la nature des preuves pour établir le fideicommis tacite, *tacita autem fideicommiſſa ſic deteguntur, ſi proferatur chirographum, quo ſe caviſſet cujus fides eligitur, quod ex bonis defuncti pervenerit reſtituturum, ſed ex aliis probationibus manifeſtiſſimis idem fit*; c'eſt-à-dire, que la preuve du fideicommis tacite peut ſe faire par l'écrit que l'he-

254. Regle ſur cette matiere.

Par écrit & par toute autre preuve manifeste.

ritier aura fait, pour s'engager de rendre à l'incapable ce qu'il recevra du Teſtateur, & par toutes les autres eſpeces de preuves très-manifeſtes.

255. Réfutation de l'opinion de Domat.

Quoiqu'en diſe *Domat, des Loix Civiles, livre 5, des Subſtitutions, titre 3, ſection 3, nombre 7*, qu'en France on doit être moins réſervé touchant les preuves, à cauſe que les biens ôtez aux indignes ſont adjugez aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, qui ſont plus favorables que ne l'étoit le fiſc, auquel les Loix Romaines adjugeoient ces biens; il ne faut pas de moindres preuves pour les heritiers *ab inteſtat*, ſelon notre uſage, que le Droit Romain en exigeoit à l'égard du fiſc; car ce n'eſt pas par la faveur des perſonnes que l'on doit regler la nature des preuves, parce qu'on ne juge point, dans ces occaſions, les perſonnes, mais les Procès; que ſans examiner ſi les perſonnes ſont favorables ou non, l'objet du Juge eſt de chercher la verité, ſurtout dans les faits, & cette verité qui eſt indépendante de la qualité des Parties, ne peut être connue que par les preuves qui ſont conformes aux regles établies par les Loix qui ſont toujours les mêmes, & qui ne varient point, malgré la difference des perſonnes intereſſées. En uſer autrement, ce ſeroit rendre tout arbitraire, & s'expoſer à faire des injuſtices en transferant aux ſucceſſeurs *ab inteſtat* des diſpoſitions ſous le prétexte du fideicommis tacite, ſur des preuves, ou des préſomptions équivoques. Il faut donc parmi nous, tout comme chez les Romains, des preuves, ou du moins des préſomptions manifeſtes, comme le remarque fort bien *M. Cujas*, ſur la Loi 25, *ff. de his quæ ut indign. aufer. lib.* 14, *reſponſ. Papiniani.* On peut voir *Antoine Gomès, ad L. Tauri 9, num.* 24 & ſuivans, où cet Auteur explique les manieres de prouver un fideicommis tacite, & les conjectures qui peuvent ſervir à le faire préſumer. Je n'entre point dans ce détail, parce que ces conjectures n'ont aucun fondement dans la Loi, & qu'elles ne ſont appuyées que ſur l'opinion des Interpretes.

Auteurs qui ont parlé des fideicommis tacites.

256. Preuve par l'écrit du grevé.

Il ne peut point y avoir de doute, lorſque le fideicommis tacite eſt établi ſur un écrit de la main de l'heritier, comme le décide la Loi 3, §. 3, *ff. de jure fiſci*; mais comme le même texte admet toutes les autres preuves manifeſtes, il faut voir quelles ſont les autres preuves qui peuvent ſuffire.

Autres preuves manifeſtes.

257. La confeſſion du grevé.

On doit reconnoître comme une preuve légale & ſuffiſante, la confeſſion de l'heritier, puiſque l'aveu écrit eſt mis par la Loi au nombre des preuves légitimes, il n'y a même aucun genre

de preuve moins ſuſpecte, & plus indubitable, que celle qui vient de l'aveu de la Partie. La gloſe ſur le texte cité, & les autres Auteurs, de même que la Juriſprudence des Arrêts, ont reconnu la ſuffiſance de cette preuve.

258. Cas où la confeſſion du grevé ne ſuffiroit pas.

Jean Garſias, dans ſon Traité *de tacito fideicommiſſo*, excepte deux cas, auſquels la confeſſion du grevé ne ſuffit pas, à cauſe qu'elle ne peut pas nuire au droit acquis antérieurement à des tierces perſonnes. Le premier eſt lorſque l'heritier inſtitué, qui n'a été chargé d'aucun fideicommis, ni dans le Teſtament ou codicile, ni verbalement, ni tacitement, donne de ſon pur mouvement, certaines choſes au bâtard du Teſtateur, pour l'aider à vivre plus commodément; car quoiqu'après une telle donation, l'heritier déclare qu'il a été chargé d'un fideicommis tacite en faveur du bâtard, la déclaration pourra bien nuire à l'heritier, mais non au Donataire.

259. Premier cas.

260. Second cas.

Le ſecond eſt lorſque l'heritier a été chargé de rendre *palàm* dans le Teſtament; par exemple, à Seius, perſonne capable; s'il déclare enſuite qu'il a été chargé de rendre à une autre perſonne incapable, cette confeſſion nuira bien à l'heritier grevé pour ſon interêt particulier; mais elle ne portera aucun préjudice à Seius, nommément ſubſtitué dans le Teſtament, parce que la déclaration ne peut pas nuire à un tiers qui a un droit acquis auparavant.

261. Troiſiéme cas.

Il y a encore un autre cas, auquel la confeſſion de l'heritier ne nuit à perſonne, pas même à lui; c'eſt lors qu'ayant été chargé *palàm* dans le Teſtament, de rendre à une perſonne incapable, il a été encore chargé tacitement de rendre à la même perſonne incapable, alors le fideicommis tacite ne rend pas l'heritier indigne; mais la charge de rendre demeure caduque, & les biens reſtent entre les mains de l'heritier: *Si quis palàm rogatus & tacitè eſſet, agitabatur, quid magis prævaleret; utrum id ipſum noceret quod tacitè rogatus eſſet, an prodeſſet quod palàm petitum eſſet, & divus Hadrianus reſcripſit, in eo quod cujuſque fidei palàm commiſſum eſt non eſſe exiſtimandum fidem ſuam in fraudem legis accommodaſſe, l. 3, §. 1, ff. de jure fiſci.*

15.

262. Comment peut-on avoir la confeſſion du grevé. Serment purgatif.

On peut exiger de deux manieres, l'aveu & la confeſſion. La premiere eſt par ſerment purgatif & non déciſoire dans une audition cathégorique. Cette voye eſt communément reçuë & uſitée dans tous les Tribunaux du Royaume, en vertu de l'Ordonnance de 1539, de celle de 1667, au titre des Interrogatoires ſur faits & articles, & des Loix du titre du Digeſte *de in-*

16.

terrogatoriis in jure faciendis; & cette voye a cet avantage, qu'elle n'exclut pas la preuve par témoins, quoique l'heritier ait dénié les faits dans sa réponse cathégorique. C'est ce qui a été jugé par l'Arrêt du Parlement de Toulouse du 8 Août 1738, entre le sieur de Sabran & le sieur Perier, que nous avons rapporté ci-dessus; car quoique le sieur Perier eût dénié les faits dans plusieurs réponses cathégoriques, faites devant le Sénéchal & au Parlement, la preuve par témoins fut ordonnée.

N'exclut pas la preuve par témoins.

263. Serment décisoire.

La seconde est le serment décisoire que le successeur *ab intestat* & les autres Intereſſez peuvent déferer à l'heritier, & qu'il ne peut pas refuser; que s'il refuse le serment en la forme qui lui est déferée, & que le Juge l'ordonne, il doit être déclaré déchu de l'institution ou du legs que le Testateur lui avoit fait, ainsi que l'a jugé l'Arrêt du Parlement de Paris du 11 Février 1716, entre Suzanne Boncours & M. Soucanié, que nous avons rapporté ci-devant; mais après la délation du serment faite par la Partie, & après que le Juge l'a ordonné, on n'est plus recevable à la preuve par témoins, ce qui est fondé sur la décision de la Loi *admonendi* 31, *ff. de jurejur.* Il y a un Arrêt semblable dans *Basset, tome* 1, *livre* 5, *titre* 3, *chapitre* 2.

264. Si la preuve testimoniale est reçue.

Hors du cas de la délation du serment faite par la Partie & autorisée par le Juge, il n'y a point de doute que la preuve testimoniale ne doive être admise pour constater le fideicommis tacite, nonobstant *l'article* 54 *de l'Ordonnance de Moulins, & l'article* 2 *du titre* 20 *de celle de* 1667, qui ne reçoivent pas leur application à ce cas particulier, où il s'agit d'un fait, & même d'un fait de fraude, qui tient de la nature du crime. La Loi *in fraudem* 10, *ff. de his quæ ut indign. auser.* suppose d'une maniere bien expresse, que la preuve par témoins est admissible, puisqu'en caracterisant le fideicommis tacite, elle dit qu'il suffit que l'heritier ait fait une simple promesse au Testateur de rendre à la personne incapable *nudâ pollicitatione*, & cette promesse mise par opposition à l'écrit de l'heritier, ne peut être autre qu'une promesse verbale; & ce seroit envain que la Loi auroit ajouté cette forme de constituer le fideicommis tacite, si elle n'avoit pas permis en même-tems d'en faire la preuve par témoins, qui est la plus commune, la plus usitée, & celle qui peut produire plus d'effet. La Loi 3, §. 3, *ff. de jure fisci*, comprend bien clairement la preuve testimoniale sous ces expressions *& ex aliis manifestissimis probationibus*; aussi reçoit-on cette preu-

ve dans l'uſage de la plupart des Tribunaux du Royaume; le Parlement de Toulouſe n'y fait aucune difficulté, comme le prouve l'Arrêt du 8 Août 1738, ci-deſſus rapporté. *Peleus, dans ſes Queſtions illuſtres, queſtion* 133, en rapporte un ſemblable du Parlement de Paris. *Boniface, tome* 2, *livre* 3, *titre* 5, *chapitre* 2, en rapporte un autre du Parlement de Provence du 11 Février 1665; & ſi l'on en trouve d'autres comme celui qui eſt rapporté par *Bardet, tome* 2, *livre* 6, *chapitre* 8, & celui du 5 May 1672, rapporté par *Soefve*, qui ayent jugé le contraire, ils doivent avoir eu pour fondement des circonſtances particulieres, & les mêmes Auteurs en rapportent d'autres qui ont admis la preuve teſtimoniale; on peut voir les nouvelles Obſervations de *M. Bretonnier ſur Henrys, livre* 5, *queſtion* 6, *nombre* 18. Après avoir vû ce qui eſt néceſſaire pour caracteriſer le fideicommis tacite, & produire l'indignité, avec la maniere de prouver le fideicommis tacite, il faut paſſer aux autres difficultez.

La Loi 3, §. *quando* 2, *ff. de jure fiſci*, propoſe cette queſtion. Un Teſtateur en inſtituant ſon heritier, le charge d'un fideicommis tacite en faveur d'une perſonne qui étoit alors incapable; mais dont l'incapacité a ceſſé, lorſque la ſucceſſion eſt ouverte, & que le fideicommis doit être rendu; doit-on avoir égard à la fraude projettée entre le Teſtateur & l'heritier, ou bien ne doit-on conſiderer que l'évenement, lors duquel il n'y a plus de fraude faite à la Loi, à cauſe que le fideicommiſſaire ſe trouve capable? Le Juriſconſulte décide qu'il n'y a point d'indignité, parce qu'il faut conſiderer l'évenement, & non le projet, ni l'état où ſe trouvoit le fideicommiſſaire, lorſque le fideicommis a été impoſé, *& placuit exitum eſſe ſpectandum.*

265. Il n'y a point d'indignité à cauſe du fideicommis tacite, ſi le fideicommiſſaire qui eſt incapable lors de la diſpoſition, ſe trouve capable lors de l'échéance du fideicommis.

17.

Il n'y a pas non-plus d'indignité lorſque le Teſtateur charge ſon heritier de rendre à une perſonne capable au tems du fideicommis impoſé, quoiqu'elle ſe trouve incapable lors de l'ouverture du fideicommis, & dans ce cas, la diſpoſition demeure caduque entre les mains du grevé comme non écrite, parce qu'il n'y a point de fraude; mais l'indignité devroit être déclarée ſi l'heritier avoit promis de rendre, même dans le cas que le fideicommiſſaire ſe trouvât incapable, lors de l'échéance du fideicommis, *l. in fraudem* 10, §. 1, *ff. de his quæ ut indign. aufer.*

266. *Quid* ſi le fideicommiſſaire qui étoit capable lors de la diſpoſition, devient incapable dans la ſuite.

Des deux textes que nous venons de citer, & de la Loi derniere, §. 1, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* réſulte clairement cette regle, que pour faire encourir l'indignité, il faut que la fraude

267. Afin que l'indignité ait lieu, il faut que la fraude ſe conjoigne avec l'évenement.

concoure & se combine avec l'évenement, & que l'un sans l'autre est incapable de produire l'indignité ; aussi le §. 1 de la Loi derniere, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* décide-t'il que si celui auquel le fideicommis tacite en fraude de la Loi, doit être rendu, vient à déceder avant le Testateur, le fideicommis devient caduque, & la chose demeure à celui qui avoit été chargé de rendre, *sed apud eum à quo relictum est remanet.* On peut tirer encore cette autre regle de ces textes, que dans le doute on doit se déterminer pour le parti qui exclut l'indignité.

De celui qui vient à décéder avant l'échéance.

Dans le doute on doit exclure l'indignité.

268. Si celui qui prête son ministere pour un fideicommis tacite, doit être privé de ce qu'il a reçu au-delà des biens du fideicommis tacite

Les Interpretes agitent & décident diversement une autre question. Un Testateur institué un heritier, & le charge d'un fideicommis tacite en faveur d'un incapable, d'une partie de cette herédité, ou de quelques effets particuliers. Cet heritier qui a promis de remplir le fideicomis, & a concouru dans le projet de fraude avec le Testateur, doit-il être privé de l'entiere herédité, comme la disposition étant entierement inutile à son égard ? ou bien doit-il être déclaré indigne seulement des biens qui faisoient la matiere du fideicommis, la disposition devant être exécutée pour tout le reste ?

269. Opinion de *Balde* pour l'affirmative.

Balde, sur la Loi, *etiam* 3, *num.* 5, *cod. ad L. falcid.* dit que l'heritier doit être privé de l'entiere herédité, *quæro numquid ille qui accommodavit tacitam fidem in uno nummo censeatur indignus tota hereditate ? respondeo sic* ; il se fonde sur le texte de la Loi 3, *cod. ad l. falcid.* qui ne dit rien de semblable, & qui suppose au contraire, comme tous les Auteurs le reconnoissent, que dans le cas de cette Loi l'heritier avoit été chargé d'un fideicommis tacite de l'herédité.

270. Résolution que le grevé ne perd que ce qu'il s'est engagé de rendre par fideicommis tacite.

Mais cette décision est contraire aux regles & à la décision formelle des Loix, aussi les autres Auteurs, notamment *Antoine Gomés ad L. Tauri* 9, *num.* 22, & *Henry Zoesius*, sur le titre du Digeste *de his quæ ut indign. aufer. num.* 8, réprouvent-ils l'opinion de Balde. Il y a en effet trois textes formels qui donnent pour regle, que l'heritier qui s'est engagé de rendre un fideicommis tacite, n'encourt l'indignité, que pour ce qui fait la matiere du fideicommis. Le premier de ces textes est la Loi *ex facto* 43, §. *Julius* 3, *ff. de vulg. & pupill. substit.* elle décide que l'heritier institué, par exemple, en la moitié de l'herédité, & qui se prête pour rendre à une personne incapable la moitié de cette moitié, qui est un quart du total, ne doit être privé que de ce quart, parce qu'il est assez puni par la privation de la portion, à raison de laquelle il a contrevenu à la défense de la Loi, *satis*

fatis enim punitus est in eo in quo fecit contrà leges. Bien plus, s'il est substitué pupillairement au fils du Testateur, en la même portion en laquelle il a été institué, la privation de partie de cette portion, par indignité, ne l'empêche pas de recueillir la substitution pupillaire, tout de même que s'il n'avoit souffert aucune privation. *Tacitam fidem qui accommodat de restituendâ re incapaci privatur eo, quod restituere voluit incapaci, quippe eâ parte deliquit,* dit *Denis Godefroy sur cette Loi.*

Le second texte est la Loi *heres qui* 11, *ff. de his quæ ut indign. auser.* elle décide que si l'heritier engage sa parole pour rendre ou délivrer certains legs à des personnes incapables, il n'est privé de la falcidie que pour les legs à raison desquels il s'étoit engagé de rendre aux incapables, & non pour les autres legs, encore moins est-il privé de l'institution heréditaire: *heres qui tacitam fidem contrà leges accommodavit, in eâ parte, quâ fraudem adhibuit, falcidiâ non utitur, & ita Senatus censuit; sed si major modus institutionis quam fraudis fuerit, quod ad falcidiam attinet, de superfluo quarta retinebitur.* Ainsi, il est clair que l'indignité n'est encouruë que pour ce qui fait la matiere du fideicommis tacite, & non pour le surplus. La Loi 29, §. dernier, *ff. de donationib.* que l'on oppose à cette décision, n'est pas contraire, elle décide un cas divers, dans lequel la regle de cette Loi doit être observée, sans qu'on puisse la tirer à conséquence aux autres cas differens; car c'est un attentat bien plus grand, comme blessant les bonnes mœurs, de disposer de partie de l'heréditè d'une personne vivante, que de prêter son ministere à un fideicommis tacite, en quoi on ne blesse que la disposition de la Loi qui a reglé elle-même la mesure de la punition; & par conséquent, on ne peut ni l'aggraver, ni l'étendre; lorsque la Loi a reglé les peines selon les differentes especes de délits, elle l'a fait avec prudence, & si elle punit moins séverement un cas que l'autre, c'est parce que la grieveté de l'attentat a engagé le Législateur à aggraver la peine.

171. Suite.

Explication de la Loi 29, §. dernier, *ff. de donat.*

Le troisiéme texte est la Loi *eum qui* 18, §. 2, *ff. de his quæ ut indign. auser.* qui décide que l'heritier institué en une portion de l'herédité avec un prélegs d'un fonds, quoiqu'il se charge d'un fideicommis tacite de la portion d'herédité, il ne perd pas le prélegs du fonds à raison duquel il n'y a point de fideicommis tacite; toutefois l'heritier institué en une partie, qu'il s'est chargé de rendre par fideicommis tacite à un incapable, ne pro-

172. Suite.

Portio portioni accreſcit.

fite point du droit d'accroiſſement, *l. ſi totam* 83, *ff. de acquir. heredit.* parce que *portio portioni accreſcit non perſonæ.*

273. Si lorſqu'il y a fideicommis tacite de l'heredité, les autres diſpoſitions du Teſtament doivent être exécutées. *V. ſup. n.* 7 *&* 221, *& infr. n.* 283, 284, 286.

Lorſque l'heritier même univerſel eſt déclaré indigne pour avoir prêté ſon miniſtere au déſir du Teſtateur, qui a fait un fideicommis tacite, même univerſel en faveur de l'incapable, toutes les autres diſpoſitions du Teſtament ſont conſervées. *Cum ex causâ taciti fideicommiſſi bona ad fiſcum pertinent, omnia quæ in teſtamento utiliter data ſunt, valent, & ita Divus Pius reſcripſit, l.* 3, *§.* 4, *ff. de jure fiſci.* Cela eſt encore décidé de même par la Loi 3, *cod. ad L. Falcid.* On ne doit rien changer à la déciſion de ce texte, ſous prétexte que les biens ne ſont pas déferez au fiſc, & que par notre uſage, ils ſont adjugez aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, parce qu'il n'y a d'autre changement, ſinon que les heritiers *ab inteſtat* prennent la place du fiſc; ils doivent donc entrer dans les mêmes engagemens qui ſuivoient le fiſc, lorſque les biens lui étoient adjugez. La raiſon pourquoi les legs & les autres diſpoſitions du Teſtament ſont conſervées, quoique l'herédité ſoit ôtée à l'indigne, eſt que l'indignité n'empêche pas que l'inſtitution ne vaille ſuivant la Loi 43, §. dernier, *ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitutione*, la Loi 8, & la Loi 12, *ff. quæ ut indign. auſer.* & la Loi 12, §. dernier, *ff. ad Senat. Conſul. Trebellian.* Ainſi, les ſucceſſeurs *ab inteſtat* qui prennent l'herédité ne font qu'entrer en la place de l'heritier teſtamentaire déclaré indigne. Voilà pourquoi l'inſtitution ſubſiſtant de plein droit, on ne peut pas appliquer à ce cas la regle du §. 34, aux Inſtitutes *de legatis*, quoiqu'en diſe *Ricard.* On peut voir ce que nous avons dit aux nombres 7 & ſuivans de cette ſection.

274. Si les ſucceſſeurs *ab inteſtat* qui recueillent à cauſe de l'indignité de l'heritier, peuvent retenir la falcidie ou la trebellianique.

Que ſi les legs qui ſubſiſtent épuiſent l'herédité, les ſucceſſeurs *ab inteſtat* qui prennent la place de l'heritier déclaré indigne, tout comme le faiſoit le fiſc chez les Romains, doivent prendre l'émolument de la falcidie, *l. etiam* 3, *cod. ad L. Falcid.* & l'on doit dire la même choſe de la Trebellianique, *l.* 59, §. 1, *ff. ad Senatuſ. Conſult. Trebellian.* ils doivent auſſi profiter de la falcidie ſur les legs à raiſon deſquels il a été fait un fideicommis tacite dans le cas de la Loi *heres qui* 11, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* car toutes les déciſions qui ſont faites en faveur du fiſc, ſelon le Droit Romain, doivent s'appliquer à l'avantage des ſucceſſeurs *ab inteſtat*, parce que ſelon notre uſage, ils prennent la place du fiſc.

Les déciſions du Droit Romain, en faveur du fiſc, doivent s'appliquer parmi nous, aux ſucceſſeurs *ab inteſtat.*

Les heritiers grevez de rendre

Lorſque les heritiers ſe ſont chargez de rendre à un incapable par

fideicommis tacite en fraude de la Loi, ils doivent être privez de l'émolument qu'ils doivent retirer de la falcidie, & l'indignité doit avoir lieu pour cet émolument, tout de même que si le fideicommis tacite étoit de l'herédité ou de partie, *leg. si quilibet* 23, *ff. de his quæ ut indign. auser.*

à un incapable; perdent la falcidie.

L'indignité causée par le fideicommis tacite en fraude de la Loi, fait priver non-seulement des biens qui sont la matiere du fideicommis tacite, ainsi que nous l'avons expliqué; mais encore des fruits de ces biens, même avant l'interpellation judiciaire, *eum qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit eos quoque fructus quos ante litem motam percepit, restituere cogendum respondi. L. eum qui* 18, *ff. de his quæ ut indign. auser.* L'indigne devoit, suivant le Droit ancien, être condamné au payement des interêts du prix des fruits qu'il avoit vendus depuis l'introduction de l'Instance, au lieu qu'il ne devoit point les interêts de ceux qu'il avoit consumez; mais cela fut changé par un Décret de l'Empereur Severe, qui ordonna que les interêts des fruits indistinctement ne seroient point exigez de l'indigne, suivant la même Loi 18, *ff. de his quæ ut indign. auser.* & *l.* 1, *cod. eod.*

275. Indignité fait perdre les fruits.

Quid des interêts des fruits.

Lorsque l'heritier est privé de l'herédité par indignité, pour s'être chargé d'un fideicommis tacite, ou autrement, il n'est plus tenu des dettes passives; mais il ne pourra point faire revivre les actions, qu'il avoit sur l'herédité avant son acception, ni les servitudes qui ont été éteintes par la confusion, *l.* 8, *l.* 18, §. 1, *ff. de his quæ ut indign. auser.* & la Loi 29, §. dernier, *ff. de jure fisci*; la perte des actions est une peine que la Loi ajoute à l'indignité. Je doute si cette peine seroit pratiquée en France, même dans le Pays du Droit écrit, du moins *le Brun, des Successions, livre* 3, *chapitre* 9, *nombre* 25, pense qu'elle ne doit pas avoir lieu. La Loi *heredem* 17, *ff. de his quæ ut indign. auser.* excepte le cas auquel celui qui n'a pas vengé la mort du défunt, peut être excusé par ignorance de fait, alors il peut être consideré comme possesseur de bonne foi, il ne doit rendre les fruits que du jour de l'interpellation judiciaire, & les actions éteintes par la confusion sont rétablies.

276. Heritier privé de l'herédité par indignité, n'est plus tenu des dettes heréditaires.

19.

Si la perte des actions est pratiquée en France.

Depuis quel tems l'heritier qui n'a pas vengé la mort du défunt par ignorance, doit les fruits.

On n'assujettit point à la peine de la Loi ni à l'indignité, le fils qui se charge d'un fideicommis tacite à lui imposé par son pere, en la puissance duquel il est, parce que la nécessité où il se trouve d'obéir à son pere l'excuse, *rectè dictum est si pater filii quem in potestate habebat tacitam fidem interposuerit, non debere ei filio*

277. Le fils qui se charge d'un fideicommis tacite par l'ordre de son pere est excusé de l'indignité.

nocere, quia parendi neceſſitatem habuerit, L. in fraudem 10, §. *ult. ff. de his quæ ut indign. auſer. & l.* 13, *ff. ad leg. falcid.* Ces textes marquent la circonſtance de la puiſſance paternelle, comme une condition ſans laquelle le fils ne ſeroit pas excuſé. Voilà pourquoi il y a lieu de croire que le fils majeur émancipé ne devroit pas ſubir la peine de la Loi, & qu'il devroit être privé de la liberalité.

Quid du fils majeur & émancipé.

278. Que doit-on dire du mineur, du ruſtique, de la femme & du Soldat? Doivent-ils être excuſez lorſqu'ils ſe chargent d'un fideicommis tacite en fraude de la Loi? La Loi *poſt legatum* 5, §. *ætati* 9, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* excuſe les mineurs lorſqu'ils ont attaqué le Teſtament de leur pere par la plainte d'inofficioſité. La Loi *minoribus* 6, *cod. eod.* les excuſe pareillement lorſqu'ils n'ont pas vengé la mort du défunt. Ces deux Loix comprennent deux cas, dans l'un deſquels le mineur a délinqué *in committendo*, & dans l'autre il a délinqué *in omittendo*, il faut donc dire dans le cas du fideicommis tacite que le mineur doit pareillement être excuſé, puiſqu'il y a identité de raiſon.

Si le mineur, le ruſtique, la femme, le Soldat ſont excuſez.

279. Pour ce qui eſt de la femme, du Soldat, & du ruſtique, il ſemble qu'on doive auſſi les excuſer, lorſqu'ils ſe chargent d'un fideicommis tacite en fraude de la Loi, puiſqu'ils ſont excuſez dans le cas où ils approuvent le Teſtament, ſuivant la Loi 5, §. 1, *ff. de his quæ ut indign. auſer. Prohibendi autem ſint an non, ex cujuſque perſonâ, conditione, ætate, cognitâ causâ à judice ſtatuendum erit;* & c'eſt dans ce ſens, c'eſt-à-dire, en rapportant à la femme & au Soldat, les mots *perſonâ, conditione*, que l'on trouve dans ce texte, qu'il faut l'entendre, ainſi que M. Cujas l'explique; mais n'y ayant aucune Loi qui excepte les ruſtiques, les femmes ni les Soldats, de l'indignité, il n'y a pas lieu de les excepter, encore moins ſur le fondement d'une Loi qui ne parle point de l'indignité, & que nous avons même fait voir ci-deſſus n'avoir pas été bien expliquée; les femmes, les ruſtiques, & les Soldats, ont à la verité certains privileges; mais ils ne ſont pas comparez aux mineurs, & ils ne joüiſſent pas des mêmes avantages, *l.* 32, *ff. ad Senatuſ. Conſult. Velleian.* & s'ils ſont excuſez dans certaines occaſions, ce n'eſt que dans les cas exprimez dans le Droit. C'eſt par ces raiſons que *Vaſquius*, tome 3, *de ſucceſſionum reſolutione, lib.* 2, §. 20, *de indignis, num.* 29, décide que le Soldat n'eſt pas excuſé, s'il néglige de venger la mort du défunt dont il eſt heritier, & il y a un Arrêt de 1573 dans *Louet, lettre H. ſommaire* 5, qui le juge ainſi contre des ruſtiques.

Suite.

2o.

Si le Soldat eſt excuſé quand il néglige de venger la mort du défunt.

Lorſqu'il y a un premier Teſtament, en conſéquence duquel l'heritier en partie s'eſt chargé de rendre à un incapable, un fideicommis tacite, quoique le ſecond Teſtateur faſſe un ſecond Teſtament, où la même perſonne ſe trouve inſtituée en la même portion ou en une plus grande, ce ſecond Teſtament ne couvre point l'indignité encouruë, & l'on doit préſumer que le Teſtateur a perſéveré dans la même volonté ſur le fideicommis tacite, à moins que l'heritier ne prouve le changement de volonté, *l. 3, ff. de probat.*

280. Si lorſqu'un heritier s'eſt chargé d'un fideicommis tacite de ce qu'il devoit recueillir en vertu d'un premier Teſtament, l'indignité ſubſiſte, quoiqu'il y ait un ſecond Teſtament.

Nous avons vû les cas où l'indignité eſt encourue par le fait de l'heritier, ou du Légataire. Voyons preſentement les cas où l'indignité a lieu par leur négligence: D'abord on doit déclarer indigne, celui qui a laiſſé mourir le défunt par ſa négligence & par ſa faute, *qui manifeſtiſſimè comprobatus eſt id egiſſe, ut per negligentiam & culpam ſuam mulier à quâ heres inſtitutus eſt, moreretur, l. 3, ff. de his quæ ut indig. auſer.* comme s'il lui a laiſſé manquer de ſecours dans ſa maladie, s'il a refuſé ou négligé de lui donner des alimens dans une néceſſité preſſante, parce que *necare videtur qui alimenta denegat, l. 4, ff. de agnoſcend. & alend. liberis*; ſi par ſon ſecours, pouvant le retirer des mains des aſſaſſins qui lui ont donné la mort, il a négligé ou refuſé de lui donner ce ſecours. Tous ces cas ſont renfermez dans la déciſion generale de la Loi 3, *ff. de his quæ ut indignis auſer.* Il en eſt de même lorſqu'un frere inſtruit du complot formé contre ſon frere de lui ôter la vie, ne l'a pas révelé, la Loi 2, *ff. ad leg. Pomp. de parricidiis*, le déclare en quelque façon, complice du crime, avec cette difference, néanmoins, qu'il ne doit être puni que par la relegation; mais il doit être déclaré indigne de la ſucceſſion du meurtri, auquel il pouvoit conſerver la vie, en revelant le complot, *Mornac*, ſur la Loi 1, *cod. ubi. cauſæ fiſcales vel divinæ domus.* Il y a même lieu de déclarer l'indignité contre tout autre que le frere, qui faute de reveler la conſpiration, donne occaſion au meurtre du défunt, parce qu'il eſt la cauſe de ſa mort, par ſa faute & ſanégligence.

281. Indignité de ceux qui négligent d'avoir ſoin de leur bienfaiteur, qui eſt dans la fureur ou démence.

La Novelle 115, *chapitre* 3, §. 12, déclare auſſi indignes les enfans & les collateraux, même les étrangers qui ſont appellez par Teſtament pour recueillir des liberalitez, lorſqu'ils négligent de faire ſoigner leurs parens ou bienfaiteurs, qui ſont dans l'état de fureur ou de démence; que ſi le furieux recouvre ſon bon ſens, il peut exhereder, & priver même de la légitime ſes enfans qui l'ont négligé dans ſon accident, comme ingrats & indignes:

281. Des cas où l'indignité a lieu par la négligence de l'heritier.

Manifeſtiſſimè comprobatus.

282. De celui qui a laiſſé mourir par ſa faute, le défunt.

Du frere inſtruit du complot ſur la mort de ſon frere; qui ne l'a pas révelé.

Quid de l'étranger qui n'a pas révelé le complot.

Que ſi un étranger, par commiſeration envers celui qui ſeroit tombé dans la fureur, après avoir ſommé & interpellé par acte les enfans ou les autres ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ou teſtamentaires, & qu'ils euſſent négligé ou refuſé, l'avoit retiré dans ſa maiſon, & qu'il en eût pris ſoin juſqu'à ſa mort, lui fourniſſant toutes les choſes néceſſaires, la ſucceſſion de ce défunt devroit être déferée à cet étranger à l'excluſion des enfans & des autres heritiers *ab inteſtat* ou teſtamentaires, & néanmoins les legs contenus dans le Teſtament devroient être exécutez, de même que toutes les autres diſpoſitions particulieres du Teſtament; *Ferriere ſur cette Novelle* 115, *chapitre* 3, *nombre* 28, croit que l'herédité ne ſeroit pas déferée à l'étranger, & qu'il ne pourroit prétendre que le rembourſement de ſes avances; cependant la diſpoſition de cette Loi eſt très-ſage & très-équitable, & ſi les heritiers teſtamentaires ou *ab inteſtat* ne ſont pas privez de la ſucceſſion & des liberalitez qui leur ſont faites, leur ingratitude demeurera impunie, & ce ſera une eſpece d'attrait qui les portera au mépris & à la négligence envers leur parent & leur bienfaiteur. Il eſt vrai que dans la Coutume où la ſucceſſion eſt reglée par diſpoſition expreſſe ſans faire mention de ce cas, la diſpoſition de la *Novelle* 115 ne doit pas être reçue ſelon l'opinion de *Ferriere*; mais dans les Pays du Droit écrit, où les ſucceſſions ſont reglées par le Droit Romain, il n'y a aucune raiſon pour ne pas ſuivre la diſpoſition de la *Novelle* 115.

Si cette indignité a lieu dans les Pays Coutumiers.

284. De ceux qui négligent de racheter les Captifs.

L'heritier *ab inteſtat* ou teſtamentaire, qui néglige de racheter celui qui eſt en captivité chez les ennemis, & qui y décede, doit être privé & déclaré indigne de ſa ſucceſſion légitime ou teſtamentaire, ce qui doit avoir lieu à l'égard de l'heritier teſtamentaire, s'il a été inſtruit qu'il avoit été inſtitué dans le Teſtament de celui qui eſt tombé entre les mains des ennemis. Les biens du défunt qui ſont ôtez aux heritiers indignes, doivent être appliquez à l'Egliſe du lieu où le défunt avoit pris ſa naiſſance, pour être employez à la rédemption des captifs; mais quand il y a un Teſtament, les biens qui compoſent l'inſtitution ſeulement, ſont ôtez à l'heritier indigne, & toutes les autres diſpoſitions doivent être conſervées. On excepte de l'indignité les mineurs de dix-huit ans; mais non ceux qui ont paſſé cet âge, *Novell.* 115, *cap.* 3, *§.* 13, & *Auth. ſi captivi, cod. de Epiſcop. & Cler.* Nous devons appliquer à ce cas, la réflexion que nous avons faite au ſujet du précedent, en obſervant néanmoins que pour encourir l'indignité dans ce cas, il faut de la convenance & de

Application des biens qui ſont ôtez à l'indigne dans ce cas.

Toutes les diſpoſitions du Teſtament ſont exécutées.

Les mineurs de dix-huit ans ſont exceptez.

Conditions afin que cette indignité ait lieu.

la facilité, pour faire le rachat du captif, & que s'il n'eſt point fait, ce ſoit par la mauvaiſe volonté de l'heritier préſomptif. On peut voir *Rebuffe*, ſur les Ordonnances *in proemio*, *gloſſ.* 5, *num.* 38; *Mornac*, ſur l'Authentique *ſi captivi*, *cod. de Epiſcop. & Cler.* & *Ferriere ſur la Novelle* 115, *chapitre* 3, *nombre* 31; au reſte, il n'y a pas lieu d'étendre la diſpoſition à ceux qui refuſent de délivrer de priſon leur bienfaiteur, autre que le pere dont cette Novelle, chapitre 3, impoſe la néceſſité aux enfans de procurer la liberté en cautionnant pour lui, parce que c'eſt une Loi pénale, qui ne peut pas recevoir d'extenſion d'un cas à l'autre; quoiqu'en ayent penſé quelques Interpretes.

De celui qui refuſe de tirer de priſon ſon bienfaiteur.

285. De l'heritier qui n'exécute pas la volonté du défunt.

Il eſt ordonné par la *Novelle* 1, *chapitre* 1, §. 1, & par *l'Auth. hoc amplius cod. de fideicommiſſ.* que l'heritier qui n'exécute pas la volonté du défunt dans l'an, depuis le tems qu'il en a été interpellé par le Juge, ſoit privé de l'herédité, ſauf la légitime qu'il peut retenir, & ce qui eſt ôté à l'heritier, eſt déferé, à la charge d'exécuter ce que le défunt a ordonné, premierement, aux ſubſtituez, s'il y en a, ſinon aux co-heritiers, ou au fideicommiſſaire ou Légataire univerſel, ou bien à celui des fideicommiſſaires qui a la plus grande portion, ou des Légataires auſquels le Teſtateur a laiſſé un plus fort legs, ou bien à tous les Légataires qui veulent accepter & accomplir la volonté du défunt, ſelon le rang & ordre qu'ils ont été nommez dans le Teſtament, & à défaut de toutes ces perſonnes, elle eſt déferée au fiſc; mais les enfans juſtement exherédez n'y ſont pas admis.

Conditions afin que la privation puiſſe être déclarée dans ce cas.

Mais afin que cette privation puiſſe être déclarée, il faut que la volonté du défunt ne ſoit pas contre les bonnes mœurs, ou du nombre des choſes que la Loi défend, ou dont elle diſpenſe. Voilà pourquoi un heritier ne doit pas être privé par indignité de l'herédité, ſous prétexte qu'il n'aura pas accompli ce que le défunt aura ordonné touchant ſa ſépulture, *l. non oportet* 5, *cod. de his quæ ut indign. auſer.* De même, ſi un Teſtateur ordonne de ne mettre point ſon corps dans la ſépulture, & de le jetter dans la mer, l'heritier ne doit encourir aucune peine pour n'avoir pas obéi. *Laudandus magis, quàm accuſandus heres qui reliquias Teſtatoris non in mare, ſecundum ipſius voluntatem, abjecit, ſed memoriâ humanæ conditionis ſepulturæ tradidit. L. quidam* 27, *ff. de condit. inſtit.* Il en eſt pourtant autrement lorſque le Teſtateur impoſe la charge de lui dreſſer un tombeau, ou conſtruire un mauſolée, ſa volonté devra être exécutée, à peine de pri-

Cas où l'indignité n'eſt pas encourue, quoique la volonté du défunt ne ſoit pas exécutée.

vation de la liberalité faite sous cette charge, *l. 5, cod. de religiosis & sumptib. funer.* & *leg.* 27, *ff. de conditionibus & demonstrationib.*

286. Comment doit-on entendre que la privation ne doit être déclarée qu'après l'an.

Il faut néanmoins observer que la disposition de la Novelle 1, qui ne déclare la privation qu'après l'an du refus d'accomplir la volonté du Testateur, ne doit avoir lieu, que dans le cas où le Testateur n'y a pas pourvû lui-même, soit en déclarant la peine de privation, soit en attachant une condition à la liberalité; car le défaut d'accomplissement de la volonté dans le tems prescrit, ou de la condition, feroit encourir la privation, sans attendre le délai d'un an, *§. pœnæ* 36, *instit. de legat.*

Dans le cas de la privation le surplus du Testament est exécuté.

Mais il faut prendre garde que dans le cas de la privation, on ne donne aucune atteinte au surplus du Testament, qui doit être exécuté pour toutes les autres dispositions qu'il contient. La privation n'operant d'autre effet que d'ôter à l'indigne ce qui lui avoit été laissé, & de le transferer *cum suis oneribus* à ceux ausquels la Novelle le défere. *La Novelle* 131, *cap.* 11, & *l'Authent. licet, cod. de Episcop. & Cleric.* porte une exception à cette regle, c'est-à-dire, lorsque l'heritier refuse d'exécuter les legs & autres dispositions pieuses, auquel cas, après une ou deux sommations faites par des personnes publiques, à la diligence de l'Evêque ou de l'Econome, l'heritier ou le Légataire chargé de l'exécution des dispositions pieuses, doit être privé de tout l'émolument qu'il pouvoit recevoir du Testament, lequel émolument peut être vendiqué par l'Evêque; ensemble les legs & autres dispositions pieuses, à la charge néanmoins de distribuer les legs pieux en la forme prescrite par le Testateur.

Quid s'il s'agit du refus d'exécuter les legs pieux

287. De l'Exécuteur testamentaire qui collude avec les heritiers, s'il est déchû du legs.

L'Exécuteur testamentaire auquel le Testateur a fait des legs, colludant avec les heritiers instituez, & négligeant de pourvoir l'exécution suivant la charge qu'il en avoit reçuë, en consideration de laquelle les legs lui avoient été faits, fut déclaré déchû de ces legs par Arrêt du Parlement de Paris du 25 May 1543, rapporté par *Charondas, livre* 7, *réponse* 97: par la même raison, celui qui est nommé Exécuteur testamentaire, auquel le Testateur a fait des legs en consideration de cette charge, doit être privé des legs qu'il lui fait, s'il refuse la charge; cela peut être encore appuyé sur les Loix qui privent le Testateur des legs à lui faits, lorsqu'il refuse la tutelle que nous allons indiquer.

Quid s'il refuse la charge d'Exécuteur testamentaire.

288. Si le Tuteur qui refuse la tutelle

La Loi 25, *cod. de legat.* déclare indigne celui qui a été nommé Tuteur par Testament, auquel le Testateur a fait des legs en

en consideration de la tutelle, lorsqu'il refuse cette charge, lesquels legs, dont le Tuteur est déclaré indigne, doivent être adjugez au pupille, *si legatarius cui propter tutelam gerendam, aliquid relictum sit, non subiivit tutelam, ei quidem legatum aufertur, pupillo autem adsignatur, cui ille utilis esse noluit.* On trouve la même décision dans la Loi 5, §. 2, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* la Loi 28, §. 1, la Loi *Nezennius* 32, & la Loi *amicissimos* 36, *ff. de excusat.* même les heritiers étrangers peuvent retenir ce qui est ôté au Tuteur déclaré indigne pour avoir refusé la tutelle, *l.* 28, §. 1, *ff. de excusat.* La même indignité est encouruë par le Tuteur qui ne s'est pas excusé; mais qui ne veut point administrer, quoiqu'il y ait d'autres Tuteurs suffisans; comme aussi le Tuteur auquel on a ôté la tutelle comme suspect, est encore à plus forte raison, déclaré indigne des liberalitez à lui faites par le Testateur, *l. quid autem* 35, *ff. eod.* & peu importe que le Tuteur donné & choisi par le Testateur, soit du nombre de ses amis ou de ses parens, il ne doit pas moins, pour cela, être privé du legs, *leg. amicissimos* 36, *ff. eod.* peu importe encore que le pupille auquel le Testateur ou la Testatrice a donné un Tuteur, soit en sa puissance ou non, & que la dation de tutelle ait besoin d'être confirmée par le Juge, *l. Nezennius* 32, *ff. de excusat.* A la verité, on distinguoit autrefois, lorsque le legs avoit été fait au Tuteur dans le même acte où la tutelle lui étoit déferée, auquel cas, il *étoit déclaré déchû, lorsqu'il s'excusoit*; au lieu qu'on lui conservoit le legs qui lui avoit été fait dans un autre acte que celui qui le nommoit Tuteur, suivant la même Loi 32; mais on ne fait plus cette distinction, le Tuteur qui s'excuse doit être privé dans tous les cas, du legs que le Testateur lui a fait dans le même Testament où la tutelle est déferée, soit dans un codicile séparé, à moins qu'il ne soit dit nommément, que le legs demeurera au Tuteur, quoiqu'il s'excuse de la tutelle, *l. sed hæc nimium* 33, *ff. eod.* parce que le legs est toujours présumé fait en consideration de la tutelle, si le Testateur ne déclare par exprès le contraire dans le Testament ou codicile.

Mais afin que l'indignité ait lieu, il faut que le Tuteur légataire, qui s'excuse, ait été choisi & donné par le Testateur, & qu'en s'excusant, il vienne contre la volonté du défunt; car s'il est nommé par les parens ou par le Juge, il peut s'excuser sans perdre le legs qui lui a été fait par le Testateur, pere du pupille, parce qu'on ne peut pas dire dans ce cas, que le

per l le legs que le Testateur lui fait.

Legs adjugez au pupille.

Du Tuteur qui refuse d'administrer.

Du Tuteur exclus comme suspect.

Quid si le Tuteur est du nombre des amis ou des parens du Testateur.

Ancien droit, lorsque le legs étoit fait dans le même Testament ou la tutelle étoit déferée, ou dans un codicile séparé.

Legs est toujours présumé fait en consideration de la tutelle.

289. Conditions afin que l'indignité ait lieu.

legs ait été fait en consideration de la tutelle, *l. ex eis apparet 34, ff. de excusat.*

290. Si le Tuteur qui s'excuse perd la substitution pupillaire.

Il faut néanmoins prendre garde qu'encore que le Tuteur nommé par Testament ou codicile qui s'excuse de la tutelle, perde le legs, il ne perd pas néanmoins la substitution pupillaire, parce que la charge de Tuteur devant finir par la mort du pupille, on ne peut pas penser qu'elle ait été faite en consideration de la tutelle. *L. amicissimos 36, ff. de excusat.*

Les enfans du Testateur nommez Tuteurs, ne perdent pas les liberalitez, quoiqu'ils s'excusent de la tutelle.

Quoique les amis & les parens du Testateur qu'il a donné pour Tuteurs, en leur faisant des legs, les perdent lorsqu'ils s'excusent & refusent la tutelle; néanmoins on excepte de cette rigueur: Premierement, le fils du Testateur, que celui-ci a fait co-heritier avec le pupille, & qu'il a nommé à même-tems Tuteur de son autre fils pupille, parce que la dation de tutelle ne doit pas être considerée comme la cause finale de l'institution, qu'il a au contraire meritée comme fils, *leg. Tutor. 28, §. 1, ff. de excusat.* 2°. La femme du Testateur, mere du pupille, qui ne laisse pas de profiter du legs, quoiqu'elle refuse la tutelle de son fils, à moins que le legs ne lui eût été fait sous cette charge expresse d'accepter la tutelle, *M. Maynard, livre 6, chapitre 52; Automne*, sur la Loi 32, *ff. de excusat.* 3°. Le Soldat, quand même le legs lui auroit été fait, à la charge d'accepter la tutelle; néanmoins cette condition seroit rejettée, & il ne seroit pas privé du legs, quoiqu'il refusât la tutelle. *L. 8, cod. de legat.*

Idem de la mere du pupille, si le legs ne lui a été fait sous la charge expresse d'accepter la Tutelle.

Idem du Soldat.

291. De celui qui est chargé de l'éducation, & qui refuse la charge.

La même peine de privation, qui est infligée au Tuteur lorsqu'il s'excuse, ou qu'il refuse la tutelle, est pareillement infligée au Légataire ou à l'heritier, que le Testateur a chargé de l'éducation du pupille, lorsqu'il refuse cet emploi, à l'imitation du Tuteur testamentaire qui refuse la tutelle: *certè non maledicitur, si Legatarius vel heres, educationem recuset testamento sibi injunctam, denegari ei actiones debere, exemplo Tutoris Testamento dati, l. 1, §. 3, ff. ubi pupill. educ. deb.* mais cela ne doit avoir lieu que quand le legs a été fait en consideration de la charge de l'éducation, & non si indépendamment de cette charge, le Testateur n'eût pas laissé de faire le legs ou la liberalité: *quod ita demùm placuit, si idcircò sit relictum, cæterum si esset relicturus, etiamsi educationem recusaturum sciret, non denegabitur ei actio*, ajoute la même Loi; & comme cette peine est statuée à l'exemple de celle du Tuteur, il faut décider dans le cas de l'éducation, tout comme dans celui de la tutelle; que le legs est censé fait en consideration de la charge de l'éducation, soit

Il faut raisonner sur l'éducation tout comme sur la tutelle.

qu'elle soit imposée dans le Testament ou codicile, dans lequel le legs est fait, ou par un acte distinct, à moins qu'il ne fût question d'un fils du Testateur, auquel cas il faudroit présumer que la qualité de fils étoit la cause de la liberalité, & non la charge de l'éducation; on doit encore admettre, dans ce cas, les mêmes extensions, & les mêmes restrictions, ou limitations, que nous avons expliquées en parlant du Tuteur.

291. Du grevé de fideicommis, qui refuse d'accepter l'herédité ou qui est forcé par le fideicommissaire, de quoi il est privé.

On peut considerer comme une espece d'indignité, la privation que l'heritier institué avec charge de rendre l'herédité ou une quote, souffre, lorsqu'il refuse de l'accepter, & qu'il y est forcé par le Juge, comme il peut l'être en vertu du Senatus-Consulte Pegasien, pour conserver les dispositions du Testament, qui sans cela demeureroient caduques & inutiles, auquel cas, l'heritier qui accepte forcé, ne peut retirer aucun émolument, & il devra rendre tout ce qu'il auroit recueilli, même le fideicommis fait en sa faveur, sans pouvoir retenir la Trebellianique, *l. si patroni* 55, §. 2 *&* 3, *ff. ad Senatus. Consult. Trebellianum. Instituto qui coactus est adire fideicommissi petitionem denegandam esse; cur enim non videatur indignus, ut qui destituit, supremas defuncti preces consequatur aliquid ex voluntate*, dit le §. 3 de la Loi citée; ou comme s'explique le §. 7, *in fine instit. de fideicommiss. hered. Nullo nec damno, nec commodo apud heredem remanente*, à quoi est conforme la Loi 4, *ff. ad Senatus. Consult. Trebellian.* Il en est de même du premier fideicommissaire, il est aussi privé de la Trebellianique, soit qu'il refuse d'obliger l'heritier d'accepter, & qu'il y est forcé par un second fideicommissaire subordonné, ou qu'il ait agi pour promouvoir l'acceptation de l'herédité par l'heritier institué, avec cette difference néanmoins, que le premier fideicommissaire, dans ce dernier cas, ne paye que les trois quarts des legs qui étoient payables par l'heritier institué, lorsque la falcidie a lieu; mais il ne peut pas retenir la falcidie des legs que le Testateur avoit faits, & qui sont payables par lui premier fideicommissaire, qui n'a pas voulu obliger l'heritier d'accepter suivant les §§. 2 & 4 de la Loi 55, *ff. ad Senat. Consult. Trebell.* & la Loi *facta* 63, §. *si cum suspectam* 11, *ff. eod.*

293. De l'indignité causée par l'ouverture du Testament, avant d'avoir mis à la question & fait punir les Esclaves qui avoient tué le défunt.

Il fut défendu par le Senatus-Consulte Silanien, qui fut fait du tems d'Auguste, sous le Consulat de Pierre Cornelius Dolabella, & de Caïus Junius Silanus, l'an 762 de la fondation de Rome, d'ouvrir le Testament, d'en faire la lecture, la publication, ou d'en prendre des extraits, quand le Testateur avoit été tué dans sa maison, avant d'avoir mis à la question les Esclaves,

& fait punir ceux qui étoient coupables de la mort du défunt, *l.* 3, *§.* 18, *ff. de Senatuſ. Conſult. Silaniano*, & d'ouvrir les codiciles, ſuivant le *§. ſi quis* 25 de la même Loi; il étoit encore défendu aux heritiers *ab inteſtat* de s'immiſcer dans l'herédité, & de demander la poſſeſſion des biens avant d'avoir rempli ce qui étoit ordonné par le Senatus-Conſulte Silanien, *l.* 3, *§. non tantum* 29, *l. & neceſſarios* 5, & le *§.* 1 de la même Loi, *ff. eod.* La peine de cette contravention étoit la confiſcation des biens & de l'herédité, *d. l.* 5, *§.* 2, *& l.* 3, *cod. de his quæ ut indign. aufer.* Que ſi la mort du défunt avoit été cauſée par la négligence ou défaut de ſoin *incuriâ*, ou par la malice du Medecin, *vel Medici inſidiis*, il étoit permis à l'heritier d'accepter l'herédité, ſauf à venger la mort du défunt, *leg.* 5, *§.* 3, *ff. eod.*

294. Le *Senatus-Conſulte Silanien* ne peut pas être pratiqué parmi nous.

Cette formalité ne peut point être pratiquée parmi nous, par deux raiſons. La premiere, parce que nous n'avons point des Eſclaves. Voilà pourquoi les raiſons, ni l'eſprit du Senatus-Conſulte Silanien, ne peuvent pas recevoir une juſte application à nos Domeſtiques, qui ſont des perſonnes libres. La ſeconde, parce que la queſtion ne s'ordonne, ſelon nos uſages, que quand la nature du crime & la qualité des preuves le permettent, & qu'elle n'eſt point pratiquée contre d'autres perſonnes que les coupables, lorſqu'il y a des indices qui ne ſont pas ſuffiſans pour paſſer à la condamnation du prévenu; mais qui ſont aſſez forts pour déterminer les Juges à ordonner la queſtion; mais on ne la pratique point comme on faiſoit chez les Romains dans la vûë d'avoir des témoignages ou des preuves du crime & des coupables, on l'ordonne dans certaines occaſions ſeulement contre le prévenu, quand il eſt condamné à mort pour avoir la révelation des complices.

Dans quels cas la queſtion eſt ordonnée en France.

295. De ceux qui négligent de pourſuivre la vengeance de la mort du défunt.

Le Droit Romain avoit encore impoſé aux heritiers teſtamentaires ou *ab inteſtat*, la néceſſité de pourſuivre en Juſtice la vengeance de la mort du défunt, pour faire punir ceux qui en étoient coupables. Cette injonction eſt fondée ſur une raiſon qui n'a rien de contraire aux Loix du Chriſtianiſme; c'eſt-à-dire, afin de prévenir les meurtres, dans la crainte de la punition, que les coupables ne pourroient pas éviter ſi facilement, lorſqu'on en feroit un devoir aux heritiers d'en pourſuivre juridiquement la vengeance.

Raiſons de l'injonction faite par la Loi Romaine.

296. De quoi les heritiers ſont déclarez indignes

Les heritiers qui manquent à ce devoir & à cette obligation, que la Loi leur impoſe, doivent être déclarez indignes de l'heré-

dité, soit qu'elle leur ait été déferée par Testament ou *ab intestat*, & selon le Droit Romain, elle étoit adjugée au fisc : *heredibus autem qui in ulciscendâ morte defuncti cessaverant, tam Testamento quam ab intestato auferuntur bona, l. si sequens* 15, *§.* 2, *ff. de Senatus. Consult. Silaniano*; *portionesque eorum fisco vindicantur qui mortem libertorum suspecto decedentium non defenderunt*, comme dit la Loi 21, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* sous la charge néanmoins des legs & des fideicommis même universels, & avec faculté au fisc de retenir la Falcidie ou la Trebellianique, que l'heritier indigne auroit eu droit de retenir, s'il ne s'étoit pas rendu indigne, *l.* 3, *§. ult. ff. ad Senat. Consult. Trebellian.* mais parmi nous le fisc ne profite pas de ce qui est ôté aux heritiers indignes, quand il en reste quelqu'un qui n'a pas encouru l'indignité ou qui peut être excusé.

Le fisc ne profite pas des biens.

197. Quelles personnes regarde la nécessité de venger la mort du défunt.

La nécessité de venger la mort du défunt, regarde non-seulement celui à qui l'herédité est déferée en entier; mais encore ceux qui n'en recueillent qu'une partie, & ils sont indignes de cette partie, s'ils ne satisfont pas à ce devoir; comme aussi, elle regarde ceux qui sont considerez comme heritiers, & qui sont à la place des heritiers, *omnes enim heredes, vel qui loco heredis sunt officiosè agere circà defuncti vindictam convenit, l.* 21, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* Bien plus, si un heritier instítué en une partie de l'herédité, se trouve à même-tems Légataire, s'il ne venge la mort du défunt, il est privé non-seulement de la portion de l'herédité, mais encore du legs. De plus, les enfans exherédez doivent s'acquitter de ce devoir, autrement, ils ne peuvent pas profiter de ce qui peut leur revenir de la plainte d'inofficiosité, *l. ex inofficioso* 18, *ff. de Senatus. Consult. Silaniano*, le survivant des mariez encourt aussi l'indignité pour les conventions matrimoniales, *l.* 20, *ff. de his quæ ut indign. aufer.*

198. Si la nécessité de venger la mort, empêche l'adition d'herédité.

La nécessité imposée aux heritiers, de venger la mort du défunt, ne les empêche pas de pouvoir s'immiscer dans l'herédité, & de l'accepter avant d'avoir poursuivi ou intenté cette vengeance, si la mort a été procurée au défunt par le poison, ou de quelqu'autre maniere cachée; ils peuvent seulement en être privez, s'ils négligent ce devoir & cette obligation, lorsqu'ils viennent à découvrir le crime, *leg.* 9, *cod. de his quæ ut indign. aufer.* mais si le crime est connu, les heritiers ne peuvent pas s'immiscer dans l'herédité ni l'accepter, avant d'avoir intenté l'accusation contre le meurtrier, ni même avant d'avoir poursuivi l'appel de la Sentence de condamnation prononcée contre lui, *l. mi-*

noribus 6, cod. de his quib. ut indign. aufer. Quod si majoris ætatis fuissetis, etiam ex necessitate provocationis certamen implere debueretis, ut possetis adire hereditatem; de même la femme instituée par son mari, n'est pas empêchée d'accepter son herédité & d'en joüir, sous prétexte qu'elle est accusée par la sœur du défunt, de lui avoir procuré la mort, si la femme instituée n'est pas indigne de la succession, pour quelqu'autre cause, *l. sororem,* 10, *cod. eod.*

Si la femme accusée d'avoir tué son mari, peut accepter l'herédité du mari.

299. Quels sont les biens dont on est privé par cette indignité.

Des fruits.

Ceux qui négligent de venger la mort du défunt, sont déclarez indignes, non-seulement de l'herédité & de la proprieté des biens qui leur est ôtée; mais encore des fruits, à la restitution desquels ils doivent être condamnez depuis la mort du défunt, parce qu'ils ne peuvent pas être considerez comme possesseurs de bonne foi, dès qu'ils ont négligé un devoir que la Loi leur impose, *l.* 1, *cod. de his quib. ut indign. aufer.* & *l.* 17, *ff. eod.* mais cela ne doit avoir lieu, qu'à l'égard de l'heritier qui a connu que le défunt avoit été tué; que s'il l'a ignoré, il est dans la bonne foi, & il doit gagner les fruits jusqu'à l'interpellation. *Deceptum autem ignoratione facti, bonæ fidei possessoris defensionem habiturum antè motam scilicet controversiam, si ratio fructuum subducatur, l.* 17, *ff. de his quæ ut indign. aufer.*

300. Si lorsque les heritiers au second dégré ont vengé la mort sur la négligence des premiers, ils doivent profiter de l'herédité.

La Loi *si sequens* 15, *ff. de Senatus. Consult. Silaniano*, veut que si les successeurs *ab intestat*, qui se trouvent au premier dégré, négligent de venger la mort du défunt, quoique ceux qui sont au second dégré, ayent fait la poursuite des coupables, l'herédité ne doit pas leur être adjugée, parce que la peine des premiers ne doit pas être la récompense des seconds. *Si sequens gradus ultus fuerit necem Testatoris an priore hereditas ad illum transfertur? Et ait Papinianus, non esse hoc.* Comme cette décision étoit fondée sur ce que l'herédité qui étoit ôtée aux heritiers du premier dégré, devoit être déferée au fisc, qui devoit par conséquent exclure tous les autres dégrez, ce qui ne se pratique point en France; il faut dire tout au contraire, selon notre usage, que l'herédité ôtée aux heritiers du premier dégré doit appartenir à ceux du second dégré, qui ont rempli leur obligation, en vengeant la mort du défunt, parce que le fisc ne peut pas les exclure: Il y a néanmoins cette observation à faire sur cette Loi; c'est qu'elle renferme un principe bien clair, contraire à la décision de quelques Auteurs qui ont crû que l'heritier ne devoit pas être puni de sa négligence, pour n'avoir pas vengé la mort du défunt, lorsque d'autres personnes s'étoient acquittées

Si la diligence des heritiers au second dégré, sert aux heritiers du premier dégré, pour empêcher l'indignité.

de ce devoir; ſans que l'heritier eût fait aucune diligence, puiſque le texte que nous avons cité, décide nettement que la diligence des heritiers au ſecond dégré, n'empêche pas que les heritiers au premier dégré, négligens, ne doivent être déclarez indignes.

301. Les heritiers au ſecond, troiſiéme & autres dégrez ſont indignes lorſqu'ils ont négligé comme ceux du premier dégré.

Il y a lieu pareillement de dire que les heritiers au ſecond, troiſiéme ou autres dégrez plus éloignez, qui n'ont fait aucune diligence pour interpeller ceux qui étoient en dégré plus proche, de remplir leur obligation, & qui n'ont pas pourſuivi la vengeance de la mort du défunt, doivent également être déclarez indignes de ſa ſucceſſion, parce qu'ils ont commis la même faute, & qu'ils ſont auſſi coupables que ceux des dégrez précedens. Voilà pourquoi ils doivent ſouffrir la même peine; & dans ce cas, les biens devroient être déferez au fiſc; car on ne peut faire une application juſte de notre uſage qui exclut le fiſc, que quand il reſte des parens qui ſont dignes de recueillir la ſucceſſion du défunt, & non en faveur des autres parens, qui, en commettant la même faute, ſont devenus indignes.

Cas où les biens doivent être déferez au fiſc.

302. De quels biens l'indignité de cette eſpece fait priver.

L'indignité provenant de la faute de n'avoir pas vengé la mort du défunt, ne prive pas ſeulement les heritiers teſtamentaires ou *ab inteſtat*, de la portion de l'herédité qui leur étoit échûë, elle doit encore faire perdre la dot au mari qui devroit la gagner par ſtipulation ou Coutume, *l.* 20, *ff. de his quæ ut indign. aufer. & qui mortem uxoris non defendit ut indigno dos aufertur;* & la déciſion de cette Loi doit avoir lieu pour les autres conventions matrimoniales, & pour les donations entre-vifs, parce qu'il y a encore plus de raiſon par rapport à la dot qui vient au mari par un titre qui eſt en quelque façon onereux. *Sed quodammodo creditor aut emptor intelligitur qui dotem petit, L. ex promiſſione* 19, *ff. de obligationib. & actionib.* & *l.* 2, *§.* 3, *ff. de reb. cred.* La femme doit auſſi être privée par la même raiſon, de ſes conventions matrimoniales, & des gains nuptiaux Coutumiers, lorſqu'elle néglige de venger la mort de ſon mari.

Le mari eſt privé de la dot & autres gains nuptiaux.

Idem de la femme.

303. Lorſque l'heritier eſt privé de l'herédité par indignité, les actions éteintes par confuſion, ne ſont pas rétablies.

Les heritiers qui ſont déclarez indignes de la ſucceſſion, pour n'avoir pas vengé la mort du défunt, ſouffrent encore une autre peine; ſçavoir, que les actions qu'ils pouvoient avoir ſur l'herédité, & les ſervitudes ſur les biens heréditaires étant éteintes par la confuſion qui arrive, au moyen de l'acceptation & adition de l'herédité, ne ſont pas rétablies, lorſque l'indignité étant prononcée, l'herédité eſt ôtée aux indignes, *l. eum qui* 18, *§.*

Exception. 1, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* à moins que les heritiers n'euſſent été dans une juſte ignorance du fait lors de l'adition, comme le décide la Loi *heredem* 17 du même titre.

304. Si l'indignité pour n'avoir pas vengé la mort du défunt, eſt reçuë en France.

C'eſt une grande queſtion, ſi la rigueur du Droit Romain, en ce qu'il oblige les heritiers de venger la mort du défunt, ſous peine d'encourir l'indignité, eſt reçuë en France; elle eſt traitée d'une maniere très-curieuſe & très-ſçavante, par *du Perier*, dans ſon premier plaidoyer, où cet Auteur n'a rien oublié de ce qui eſt néceſſaire pour faire connoître les motifs de l'injonction faite par les Loix Romaines, & les differences de nos uſages, avec ceux des Romains ſur cette matiere. Comme je ne veux point me parer des recherches d'autrui, je me contenterai en renvoyant à ce ſçavant Auteur, de remarquer que cette queſtion, qui pouvoit être problématique autrefois, à cauſe de la diverſité des opinions des Auteurs François, ne l'eſt plus aujourd'hui, parce qu'elle a été fixée pour l'affirmative, par la Juriſprudence des Arrêts & par la déciſion des Auteurs qui ont écrit depuis cent cinquante années: On peut voir *Charondas, dans ſes Pandectes, livre 4, chapitre 13*, in fine, *partie 2, page 536 de l'édition de 1610; M. Louet & Brodeau, lettre H. ſommaire 5; Ricard, des Donations, tome premier, partie 3; le Brun, des Succeſſions, livre 3, chapitre 9, nombre 5; & Mornac*, ſur la Loi *un. cod. ut nemo invitus agere vel accuſare cogatur*, & l'on ne fait plus de difficulté en France ſur l'obligation de venger la mort du défunt.

305. Quelles ſont les circonſtances néceſſaires afin que l'indignité ſoit encouruë pour n'avoir pas vengé la mort du défunt.

Mais quelles ſont les circonſtances dans leſquelles l'heritier doit ſe rencontrer pour pouvoir être déclaré indigne? C'eſt une difficulté qui ne me paroît pas avoir été aſſez bien éclaircie par les Auteurs. D'abord, il nous paroît indubitable que l'indignité eſt encouruë, & peut être prononcée dès que les heritiers ont déclaré nettement, étant interpellez en Jugement, qu'ils ne vouloient pas ſe rendre Parties pour la pourſuite du crime contre le meurtrier de leur pere ou de tout autre bienfaiteur, auquel ils avoient ſuccedé par Teſtament ou *ab inteſtat*. C'eſt dans ce cas particulier que fut rendu l'Arrêt du 24 Juillet 1573, rapporté par *M. Louet, lettre H. ſommaire 5*, qui déclare les enfans indignes de la ſucceſſion de leur pere.

L'heritier qui déclare ne vouloir ſe rendre Partie, doit être déclaré indigne.

306. Quatre queſtions à éclaircir.

Pour éclaircir la difficulté que nous avons propoſée, quand on n'a point de déclaration des heritiers, comme ils ne veulent pas ſe rendre Parties, & faire la pourſuite pour la vengeance de la mort de leur Auteur, on peut former quatre queſtions.

La

La premiere, l'heritier doit-il être déclaré indigne, lorsqu'il a été prévenu par un autre intereſſé, qui a formé le premier l'accuſation contre le meurtrier du défunt ?

307. Premiere queſtion.

La ſeconde, dans quel délai l'heritier doit-il venir pour former l'accuſation, afin de ne pas encourir l'indignité ?

308. Seconde queſtion.

La troiſiéme, eſt-il néceſſaire que l'heritier ait été interpellé par les parens du défunt, ou par le Juge, afin d'encourir l'indignité ?

309. Troiſiéme queſtion.

La quatriéme, faut-il qu'il y ait des preuves du meurtre, afin que l'heritier qui n'a point fait ſes diligences, puiſſe être déclaré indigne ?

310. Quatriéme queſtion.

Nous diſons, ſur la premiere queſtion, que quoique l'heritier ait été prévenu dans l'accuſation du meurtre du défunt, il ne doit pas être déclaré indigne, à moins qu'il n'eût laiſſé conſommer la procedure, & prononcer la condamnation du meurtrier par Arrêt, ſans être intervenu dans l'Inſtance, pour pourſuivre la punition du coupable; auquel cas, tout étant conſommé ſans ſa participation, & ne reſtant plus rien à faire, il faudroit déclarer l'indignité contre l'heritier, s'il n'étoit pas dans une juſte ignorance du fait & des pourſuites, ou s'il n'étoit pas du nombre des perſonnes qui peuvent être excuſées, ainſi que nous l'expliquerons bientôt; car comme nous l'avons remarqué après la Loi *ſi ſequens* 15, *ff. de Senatuſ. Conſult. Silaniano*, les diligences d'un tiers n'empêchent pas que l'heritier négligent n'encoure l'indignité.

311. Réſolution de la premiere queſtion : l'heritier ne devient pas indigne pour avoir été prévenu par un autre.

La diligence & les pourſuites n'empêchent pas que l'heritier qui néglige ne ſoit indigne.

Les Interpretes, ſur la Loi *ſororem* 10, *cod. de his quib. ut indign. aufer.* prétendent que cette Loi décide, que quand l'heritier inſtitué eſt prévenu par un parent du défunt, il n'encourt pas l'indignité, *heredi ſcripto à legitimo prævento, non aufertur hereditas à fiſco, ſi mora vel culpa non poſſit ei imputari.* C'eſt ainſi que parle le ſommaire de *Salicet* ſur cette Loi.

312. Explication de la Loi 10, *cod. de his quib. ut indign.*

Mais elle ne décide rien moins que ce que les Interpretes ont penſé; elle dit que la ſœur qui fait des pourſuites pour venger la mort de ſon frere ne peut pas évincer la femme du défunt par lui inſtituée de l'herédité qui lui eſt déferée par le Teſtament, *ſororem fratris necem jure licito vindicantem, evincere ab uxore rectè ſcriptâ ſucceſſionem non convenit.* On voit donc qu'il ne s'agit point ici de l'interêt du fiſc; c'étoit la ſœur qui vouloit faire déclarer indigne la femme du Teſtateur, qu'elle avoit accuſée de lui avoir procuré la mort. La Loi ajoute, que ſi la femme heritiere inſtituée n'eſt pas coupable de la mort du défunt, ou

313. Suite.

si elle n'eſt pas prouvée indigne pour quelqu'autre cauſe, elle peut joüir de l'herédité, nonobſtant l'accuſation contr'elle formée par la ſœur du mari, *ſecundum quæ fiduciam innocentiæ geris, & neque dolo malo tuo maritum necatum, neque alias indignam probari poſſe confidis adverſus omnem calumniam maximam habes ſecuritatem ;* il ne peut donc pas être queſtion non-plus de prévention de la part du ſucceſſeur *ab inteſtat* du défunt, puiſque l'accuſation intentée par la ſœur du défunt, étoit dirigée contre la femme heritiere inſtituée.

314. La réſolution des Interpretes eſt juridique ſous les modifications ſuivantes.

Cependant nous croyons que quoique la réſolution des Interpretes ne puiſſe pas être fondée ſur la Loi *ſororem* 10, *cod. de his quib. ut indignis auſer.* elle eſt pourtant juſte & juridique, avec les reſtrictions que nous allons expliquer, parce que l'heritier ne doit être déclaré indigne, que quand il eſt dans la demeure & dans ſon tort.

315. Réſolution de la ſeconde queſtion.

Quant à la ſeconde queſtion que nous avons propoſée, la gloſe ſur la Loi 1, *cod. de his quib. ut indign. auſer.* dit que le Juge doit préfixer un délai dans lequel l'heritier ſera tenu d'intenter ſon accuſation contre le meurtrier du défunt, ou ſi le Juge n'a point fixé le terme, il ſuffit qu'il ſe ſoit paſſé un intervale dans lequel l'heritier ait pû former ſon accuſation, afin qu'il doive encourir l'indignité ; que ſi l'heritier eſt étranger, il ne peut être recherché pour n'avoir pas vengé la mort du défunt, que dans le délai de cinq ans, & non après ; mais les heritiers du ſang peuvent être pourſuivis *perpetuò*, pour être déclarez indignes.

Opinion de la gloſe.

Après quel tems l'heritier eſt-il à l'abri de recherche pour n'avoir pas vengé la mort du défunt.

316. Refutation de l'opinion de la gloſe.

Le Gloſſateur, ni les autres Auteurs qui ont rapporté & ſuivi ſon opinion, n'ont pas fait attention aux textes qui décident cette queſtion, laquelle ne peut être réſoluë que par cette diſtinction : ou le crime qui a cauſé la mort au défunt eſt connu, ou il eſt caché. Au premier cas, l'heritier ne pouvant s'immiſcer dans l'herédité, ſans avoir vengé la mort du défunt, & même ſans avoir pourſuivi l'appel de la Sentence, qui condamne le coupable, ſuivant la Loi 10, *cod. de his quib. ut indig. auſer.* il eſt clair qu'il n'eſt point néceſſaire que le Juge préfixe un délai pour faire encourir l'indignité à l'heritier, parce qu'il lui ſuffit d'avoir fait des actes d'heritier, avant d'avoir vengé la mort du défunt, pour être déclaré indigne, quand il eſt majeur ; mais il eſt à tems avant d'avoir accepté l'herédité, pourvû qu'il n'ait pas laiſſé accomplir la preſcription du crime par le laps de vingt années ; il eſt vrai que certains Auteurs ont penſé, que cette Loi étoit dans le cas

L'heritier doit intenter l'accuſation avant de s'immiſcer en l'heréditè.

du Senatus-Consulte Silanien ; c'est-à-dire, quand le défunt avoit été tué par ses Esclaves, & non quand il avoit été tué par des étrangers ; mais cette restriction est contraire à l'esprit de cette Loi, & l'on ne trouve aucun mot qui la limite au cas où le défunt a été tué par ses Esclaves, elle parle en general de l'indignité pour n'avoir pas vengé la mort du défunt, comme le témoignent ces paroles, *crimen inultæ mortis ;* & c'est ainsi que l'explique *Dumoulin, dans son Commentaire*, sur le titre, *de his quæ ut indign. auser.* & *Alexander Chassaneus, sur les rescrits de l'Empereur Alexandre Severe.* Ce dernier Auteur s'explique ainsi : *Non modo autem tenetur heres mortem defuncti ulciſci ; sed nec possunt adire hereditatem antequàm ejus necem ulti sint, quod ità intelligendum est si à familiâ necatus sit, aut ab aliis palàm, & vi apertâ ;* & quoiqu'en ait pensé *M. Cujas, lib.* 18, *Observat. cap.* 6, la Loi *eum* 18, *§. bonis* 1, *ff. de his quæ ut indign. auser.* ni la Loi *ejus* 29, *§.* dernier, *de jure fisci*, ne décident pas qu'il soit permis à l'heritier de s'immiscer dans l'herédité, avant d'avoir vengé la mort du défunt ; il ne faut que les lire avec la plus legere attention pour en être convaincu ; elles disent seulement que quand l'heritier est privé de l'herédité pour n'avoir pas vengé la mort du défunt, après l'adition, les actions éteintes par la confusion ne sont pas rétablies, *nam & in eo qui post aditam hereditatem, defuncti mortem non defendit, Imperator noster cum patre rescripsit, obligationes confusas non resuscitari ;* car outre que ces deux textes ne renferment rien de contraire à la Loi 6, *cod. de his quib. ut indign. auser.* qui dit nettement que les majeurs ne peuvent pas s'immiscer dans l'herédité, avant d'avoir vengé la mort du défunt, ce que les autres ne disent pas ; c'est que s'il y avoit quelque chose de contraire ou d'opposé, la Loi du Code devroit servir à expliquer celles du Digeste, comme abrogées par le code dont la nouvelle édition faite par Justinien est postérieure à la compilation du digeste.

Explication de la Loi 6, *cod. de his quib. ut indig.*

Réfutation de l'opinion de *Cujas.*

Explication de la Loi 18, *ff. de his quæ ut indign. auser.*

Et de la Loi 29, §. dernier, *ff. de jure fisci.*

Au second cas, c'est-à-dire, quand le crime qui a procuré la mort au défunt est caché, comme si elle lui a été causée par le poison, comme alors l'heritier n'est pas empêché de s'immiscer dans l'herédité, suivant la Loi 7, & la Loi 9, *cod. de his quib. ut indign. auser.* & qu'on ne peut imputer à l'heritier aucune négligence, tandis qu'il est dans une juste ignorance du fait ; il faut, ou que l'heritier soit interpellé, ou que depuis la connoissance du crime, il se soit passé un intervale de tems suffisant, dans lequel il ait pû intenter son action, afin qu'il puisse être déclaré indigne.

317. Quand le crime est caché, il suffit qu'il soit passé un intervale suffisant pour intenter l'accusation afin d'encourir l'indignité.

318. Quand le délai n'eſt point fixé, la choſe doit être faite dès-qu'on le peut.

Il eſt vrai que dans ce cas, les Loix ne fixent point le délai dans lequel l'heritier eſt obligé d'agir, pour venger la mort du défunt; mais toutes les fois que le délai n'eſt pas déterminé, on peut & l'on doit agir dès-auſſitôt qu'on a la liberté & la puiſſance de le faire; enſorte que dès-qu'il s'eſt paſſé un délai competent dans lequel on n'a pas agi, on eſt dans la demeure, ſuivant la gloſe ſur la Loi 1, *cod. de his quib. ut indign. aufer.* ce qui eſt fondé, non-ſeulement ſur la Loi, *ſi ita ſtipulatus eſſem* 14, *ff. de verbor. obligat.* citée par la *gloſe*; mais encore ſur la Loi *cum quidam* 24, *ff. de leg.* 2°. & ſur les Loix 73, 124 & 137, §. 3, *ff. de verbor. obligat.* & c'eſt ainſi que le décident *Bartole* & *Balde* ſur la Loi 1, *cod. de his quib. ut indign. aufer. num.* 2 & 3, & *Aufrery* ſur la déciſion 41, *capellæ Toloſanæ.*

319. Réſolution de la troiſiéme queſtion.

La troiſiéme queſtion, s'il eſt néceſſaire que l'heritier ait été interpellé par les parens ou par le Juge, de venger la mort du défunt, afin d'encourir l'indignité, doit être décidée par la même diſtinction que nous venons de toucher; car ou le crime qui a cauſé la mort au défunt eſt connu, dans ce cas la Loi impoſant la néceſſité à l'heritier d'agir pour venger la mort du défunt, il eſt clair qu'il eſt ſuffiſamment interpellé par le devoir & la néceſſité que la Loi lui impoſe; qu'ainſi, il ne faut point de nouvelle interpellation de la part des parens ou du Juge; l'heritier doit ſatisfaire au devoir, du moins doit-il former la plainte avant de s'immiſcer en l'herédité. Que ſi le crime eſt caché, & que l'heritier l'ignore, il faut, ou que les parens lui en donnent connoiſſance, ou attendre un intervale ſuffiſant depuis la connoiſſance, enſorte qu'il ait eu le tems & la liberté de porter ſa plainte, & cela ſuffit, ſans autre interpellation, afin que ſa négligence puiſſe lui être imputée, & que ſon indignité puiſſe être déclarée.

320. Réſolution de la quatriéme queſtion.

A l'égard de la quatriéme queſtion, il ne me paroît pas douteux que dès que l'heritier connoît le crime qui a procuré la mort au défunt, il ne doive porter une plainte ſans examiner s'il y a des preuves contre les coupables ou non. C'eſt une premiere diligence qui ne peut point être négligée, parce qu'elle peut parvenir à la découverte des coupables; mais l'heritier n'eſt pas obligé, après cette diligence, & après avoir fait oüir les témoins qui peuvent être inſtruits du crime, de faire rendre une Sentence ſi les coupables ne ſont pas découverts, & l'on ne peut rien imputer à l'heritier, ſi la mort du défunt n'eſt pas vengée. Cela eſt textuellement décidé par la Loi 7, *cod. de his*

quib. ut indig. auser. Si ideò ultio necis Testatoris non est desiderata, quia cædis autores reperiri non potuerint, obesse heredibus, ex quo nulla eorum culpa detegitur, non oportet.

321. Explication de la Loi 7, *cod. de his quib. ut indign.*

Mais il faut prendre garde que les mots, *cædis autores reperiri non potuerint*, qui peuvent signifier dans cette Loi, quand les auteurs du meurtre ne peuvent pas être trouvez & saisis, ne doivent pas être entendus dans ce sens, parce que nos usages sont differens de ceux des Romains, lesquels ne condamnoient pas des absens; au lieu qu'en France on condamne par contumace les absens; ainsi, dès que les coupables sont connus, il faut que les heritiers les poursuivent, & les fassent condamner par contumace.

322. L'heritier qui ne fait aucune diligence, ne peut pas être excusé, sous prétexte que les coupables ne sont pas découverts.

Ainsi, je ne pense pas qu'un heritier qui n'aura pas porté de plainte, ou qui après avoir formé sa plainte n'aura pas fait faire des informations, puisse s'excuser sur le prétendu défaut de preuve, & éviter la déclaration de son indignité.

323. Si l'heritier qui a porté la plainte & fait une procedure, doit poursuivre une Sentence.

On peut encore former quelques autres difficultez; l'heritier qui a formé sa plainte & fait rendre une Sentence, est-il obligé de poursuivre l'appel de la Sentence, ou appeller lui-même? Lui suffiroit-il d'avoir fait une dénonciation aux Gens du Roi, sans qu'il se rendît Partie? Quand le Procès est instruit, peut-il transiger avec les coupables pour son interêt, & laisser aux Gens du Roi la vengeance du crime & la punition des coupables?

324. Si après la Sentence de relaxe du prévenu, l'heritier est obligé d'en appeller.

La Loi *propter* 21, §. dernier, *ff. de Senatus. Consult. Silaniano*, décide que quand, sur la plainte de l'heritier, & sur la procedure par lui faite, il est rendu Sentence qui décharge le prévenu de l'accusation, l'heritier n'est pas obligé d'appeller, & il a rempli son devoir, quand même la Sentence seroit injuste, & que la décharge de l'Accusé eût été prononcée par la faveur & par l'iniquité du Juge. Voilà pourquoi l'heritier ne peut pas être déclaré indigne: *Præsidis iniquitate reis illatæ cædis absolutis, heredibus qui non defunctoriè debitum officium impleverant, quamvis non provocassent, hereditatem auferri non oportere, visum est.* Il faut prendre garde aux mots *non defunctoriè*, qui indiquent qu'il ne suffiroit pas à l'heritier d'avoir fait faire une procedure par maniere d'acquit, il est nécessaire qu'il apporte tous ses soins pour faire une procedure concluante, qui puisse instruire la religion du Juge, & faire punir le coupable, comme il le merite, autrement ses diligences ne pourroient pas lui faire éviter l'indignité.

Il ne suffit pas à l'heritier de faire des poursuites par maniere d'acquit.

325. L'heritier qui a obtenu une Sen-

Mais si l'heritier a obtenu une Sentence favorable & qui porte

tence de condamnation du prévenu, doit faire juger l'appel.

la condamnation du meurtrier du défunt, il eſt obligé de pourſuivre & faire juger l'appel de l'Accuſé. *Convenit enim pietati veſtræ reſpondere cauſam appellationis reddenti*, *L. minoribus 6*, *cod. de his quib. ut indign. aufer.* & cela eſt encore moins douteux dans notre uſage, parce que les appels des condamnations à une peine capitale, ſe jugent de ſuite, & ſans aucune formalité, ſuivant l'art. 6 du titre 26 de l'Ordonnance de 1670.

Comment ſe jugent les appels de condamnation à une peine capitale.

326. Il ne ſuffit pas que l'heritier faſſe une dénonciation des coupables aux Gens du Roi.

Puiſque ſuivant les Loix que nous avons citées, il ne ſuffit pas à l'heritier, pour ſe garantir de l'indignité, de porter une plainte & de faire une procedure par maniere d'acquit, & qui ne tende pas ſérieuſement à la punition des coupables, qu'il eſt obligé de faire rendre une Sentence, & même de pourſuivre & faire juger l'appel, quand la Sentence porte la condamnation de l'Accuſé; il eſt clair qu'il ne ſuffit pas que l'heritier faſſe une ſimple dénonciation aux Gens du Roi, en proteſtant qu'il ne veut pas ſe rendre Partie, & peu importe que ſelon notre uſage, la vengeance du crime réſide en la main des Gens du Roi, & que la Partie civile ne puiſſe agir que pour ſon interêt particulier, & non pour la punition publique du crime. La punition des coupables, pour prévenir & empêcher les crimes par des exemples rigoureux, qui eſt l'objet de l'injonction faite par la Loi à l'heritier, de venger la mort du défunt, punition qui n'eſt pas toujours auſſi aſſurée quand la pourſuite eſt laiſſée uniquement aux ſoins des Gens du Roi, ne doit pas être un motif moins puiſſant parmi nous, que chez les Romains, pour faire déclarer indigne un heritier, qui manque à ſon devoir, & dont la Loi lui fait un crime, *crimen inultæ mortis*, ſelon les expreſſions de la Loi 6, *cod. de his quib. ut indign. aufer.* Il doit donc remplir tout ce que la Loi Romaine lui impoſe, parce qu'il eſt difficile de le négliger, ſans procurer l'impunité aux coupables; en un mot, notre uſage ayant adopté l'injonction que la Loi Romaine fait à l'heritier de venger la mort du défunt, il ne peut éviter l'indignité qu'en ſatisfaiſant au devoir & à la néceſſité que la Loi lui impoſe, & en rempliſſant ce devoir par les diligences marquées par la même Loi; d'ailleurs, quoique par notre uſage la Partie civile ne puiſſe point prendre des concluſions pour la peine capitale, & que ce ſoin ſoit laiſſé aux Gens du Roi, néanmoins la Partie civile ne pourſuit pas moins pour l'interêt public que pour le ſien particulier, comme le remarque fort bien *Ayraut*, *dans ſon Ordre Judiciaire*, *livre 2*, *partie 4*, *nombre 28*.

Des mêmes raiſons que nous venons d'expliquer dans la réſolution des deux difficultez précedentes, réſulte bien clairement la déciſion de la troiſiéme difficulté, qui conſiſte à ſçavoir ſi l'heritier n'encourt pas l'indignité, lorſqu'au lieu de pourſuivre la vengeance de la mort du défunt, il tranſige pour ſon interêt civil avec le coupable ou prévenu.

327. *Si celui qui tranſige avec les coupables encourt l'indignité.*

Quoique *Duperier*, dans ſon premier plaidoyer rapporte un Arrêt du Parlement de Provence, du 13 Octobre 1632, qui a jugé que l'heritier, qui après la plainte, & une procedure faite à ſa diligence, avoit tranſigé avec les prévenus, ne devoit pas être déclaré indigne de la ſucceſſion du défunt, & que la déciſion de cet Arrêt ſoit fondée ſur cinq à ſix raiſons qui paroiſſent aſſez fortes; nous croyons que cette déciſion n'étant pas conforme à la Loi, elle ne peut pas être ſuivie indiſtinctement, & que l'heritier doit encourir l'indignité par la tranſaction paſſée avec un prévenu, contre lequel il y a des preuves dans la procedure; que ſi la tranſaction n'étoit qu'une reconnoiſſance ſincere & ſérieuſe de l'innocence de l'Accuſé, & qu'il n'y eût point des preuves contre lui dans la procedure, il n'y auroit aucune faute ni connivence de la part de l'heritier; *ainſi il* ne devroit pas encourir l'indignité; même ſelon *le Brun*, *des Succeſſions*, *livre 3*, *chapitre 9*, *nombre 6*, l'heritier qui tranſigeoit avec le meurtrier, ne devroit pas être déclaré indigne, ſi l'homicide avoit été commis par accident, & ſans aucun mauvais deſſein.

328. *Avis de Duperier pour la négative.*

Réſolution pour l'affirmative, quand il y a des preuves contre le prévenu.

Aliud ſ'il n'y a point de preuves.

Quid ſi l'homicide a été commis par accident.

Les raiſons de notre diſtinction ſont, en premier lieu, parce que la Loi Romaine, dont les diſpoſitions ont été reçuës en France, impoſe à l'heritier la néceſſité de pourſuivre juſqu'à Sentence, & même en cauſe d'appel contre les prévenus, qui ſont coupables de la mort du défunt, la vengeance de cette mort, à peine d'encourir l'indignité que la Loi a attachée à cette négligence, *l. 6, cod. de his quib. ut indign. aufer.* ainſi, l'heritier qui tranſige avec les coupables, négligeant ce devoir, que la Loi lui impoſe, doit ſubir la peine d'indignité que la Loi a attachée à cette négligence, & au mépris de ce devoir.

329. *Raiſons de la diſtinction.*

Premiere raiſon.

En ſecond lieu, quand il n'y a point de preuve contre le prévenu, l'accuſation peut être conſiderée comme une calomnie. On ne doit donc rien imputer à l'heritier, ni lui faire un crime, lorſqu'il reconnoît de bonne foi l'innocence du prévenu, & qu'il fait ceſſer la calomnie & l'oppreſſion qu'une accuſation mal fondée fait ſouffrir à un prévenu, ſauf que l'heritier doit faire

330. *Seconde raiſon.*

des perquisitions pour découvrir & faire punir le vrai coupable; que si la Loi 21, §. dernier, *ff. de Senatus. Consult. Silaniano*, met à couvert de l'indignité l'heritier qui a fait ses diligences, & procure la conviction du coupable qui est absous par l'iniquité du Juge, sans l'obliger de poursuivre l'appel de la Sentence toute injuste qu'elle est, il est clair qu'elle l'oblige encore moins de persévérer dans une accusation injuste & mal fondée.

331. Réfutation des raisons de *Duperier*.

Il est facile de satisfaire aux raisons de *Duperier*, & de montrer qu'il n'y en a aucune qui soit décisive: Il donne pour premiere raison, que l'indignité étoit déclarée chez les Romains pour l'interêt du fisc, ce qui n'a pas lieu parmi nous. Mais cette difference n'a pas empêché qu'on n'ait reçu la décision de la Loi Romaine, en ce qu'elle déclare l'indignité, quoiqu'on n'adjuge point au fisc ce qui est ôté à l'indigne.

Contre la premiere raison.

332. Contre la seconde raison.

La seconde raison est que les Romains avoient besoin d'obliger les particuliers à poursuivre la vengeance du crime, parce qu'ils n'avoient pas, comme nous avons, des vengeurs publics, entre les mains desquels la poursuite des crimes publics réside; mais cette difference dans les usages ne fait rien, puisque comme nous l'avons observé, on n'en a pas moins reçu la décision du Droit Romain, qui déclare l'indignité contre l'heritier qui néglige de venger la mort du défunt; qu'il ne suffit pas que les vengeurs publics soient instruits du crime, & que la dénonciation leur ait été faite pour mettre l'heritier à couvert de la peine, par les raisons que nous avons expliquées, en examinant la seconde difficuté; ce qui sert de réponse à la troisiéme raison de *Duperier*, prise de ce que parmi nous, la Partie civile n'entre dans l'accusation que pour son interêt civil; car nous avons vû après *Ayraut*, que la Partie civile fait la poursuite, tant pour la punition publique que pour son interêt particulier; aussi la Partie civile conclut-elle, du moins selon l'usage du Parlement de Toulouse, aux peines de Droit contre les prévenus; c'est même le moyen le plus sûr & le plus efficace pour parvenir à la punition des coupables.

Contre la troisiéme raison.

333. Contre la quatriéme raison.

La quatriéme raison de *Duperier*, est prise de ce que l'un des principaux motifs de l'indignité, pour n'avoir pas vengé la mort du défunt, est venu du grand nombre d'Esclaves que les Romains avoient, & des grands perils auxquels cette multitude de gens, volontiers ennemis de leurs Maîtres, exposoit leur vie, lequel motif cesse aujourd'hui parmi nous, à qui la pieté Chrétienne

Chrétienne a interdit l'uſage inhumain d'avoir des Eſclaves ; mais il y a de l'équivoque dans cette raiſon ; il eſt vrai que le Senatus-Conſulte Libonien avoit défendu l'ouverture du Teſtament du défunt, qui avoit été tué dans ſa maiſon, avant d'avoir mis à la queſtion les Eſclaves du défunt, & d'avoir fait punir les coupables, ce qui fut ainſi ordonné, comme le remarque *M. Cujas*, afin que les Eſclaves auſquels le défunt avoit laiſſé la liberté, ne puſſent pas prétendre qu'ils devoient être regardez comme perſonnes libres & exempts de la queſtion ; mais il y a d'autres Loix dans les titres du Digeſte & du Code *de his quæ ut indign. aufer.* qui ont impoſé aux heritiers la néceſſité de venger la mort du défunt, qui a été tué par d'autres perſonnes que ſes Eſclaves, & ailleurs que dans ſa maiſon. Voilà pourquoi encore qu'il n'y ait plus d'Eſclaves parmi nous, on n'a pas laiſſé d'adopter la diſpoſition de la Loi Romaine, parce que les mêmes raiſons ſubſiſtent ; ſçavoir, la néceſſité qu'il y a de faire punir les coupables, afin que l'eſpoir de l'impunité ne fortifie pas le malheureux penchant que la nature corrompue & les paſſions inſpirent pour le crime, & que la crainte de la punition, qui devient comme aſſurée par la néceſſité que la Loi impoſe aux heritiers de faire la *pourſuite des coupables*, ſerve de frein & de barriere à la licence.

334. Contre la cinquiéme raiſon.

De-là vient que la cinquiéme raiſon, priſe de ce que les Loix du Chriſtianiſme ne permettent pas la vengeance, eſt mauvaiſe, parce que la Religion, en défendant la vengeance que l'on peut prendre d'autorité privée, permet la vengeance pourſuivie par les voyes de la Juſtice, pour la punition des coupables, *non crudelitas crimina pro Deo punire ſed pietas*, dit le Canon, *legi 13, cauſa 23, quæſt. 8*, & les Canons ne recommandent pas moins la punition des coupables que les Loix civiles, comme on peut le voir dans les Canons *Officia 16, non eſt, 17*, & dans *26, 27, 28, 29, cauſa 23, quæſt. 5.*

335. Contre la ſixiéme raiſon.

Il eſt vrai, & c'eſt ici la ſixiéme raiſon de *Duperier*, qu'il y a eu des tems où il a été permis de compoſer & de mettre pour ainſi dire à prix, la mort des perſonnes qui avoient été meurtries, les Loix des anciens Francs, des Viſigots, des Lombards & autres Peuples, le permettoient ; mais ces tems de barbarie ont ceſſé depuis pluſieurs ſiécles, que l'on a adopté les Loix Romaines, & que l'on s'eſt ſoumis à leurs déciſions pleines de bon ſens & d'équité, non à cauſe de l'empire des Romains ; mais par l'empire que la raiſon a droit d'exercer ſur l'eſprit des créatures raiſonnables.

336. Cas où l'indignité n'eſt pas encourue.

Premier cas des mineurs.

Il y a pluſieurs cas auſquels les heritiers n'encourent pas l'indignité, quoiqu'ils ne pourſuivent pas la mort de leur auteur : Le premier eſt lorſque les heritiers ſont mineurs ; ils n'ont pas même beſoin de recourir au benefice de la reſtitution en entier, parce que la Loi les garantit de la peine, *l.* 1, *cod. in quib. cauſ. in integr. reſtitutio neceſſaria non eſt*, & *l.* 6, *cod. de his quib. ut indign. auſer.* Mais les mineurs peuvent-ils être contraints, à la réquiſition des Gens du Roi, à fournir aux frais de la pourſuite pour venger la mort de leur auteur ? Quoique *Patru, dans ſon Plaidoyer* 9, ait très-bien plaidé pour perſuader l'affirmative, je crois que les mineurs ne ſont nullement obligez à l'avance des frais, parce que, comme le remarque fort bien *Charondas, ſur la pratique judiciaire de Monſieur le Premier Préſident Lizet, livre premier, titre* 2, *lettre D.* les Ordonnances, notamment *l'article* 63 *de celle d'Orleans, & l'article* 184 *de celle de Blois*, ne permettent pas aux Gens du Roi d'exiger que les Parties frayent à l'avance des frais des pourſuites des Procès criminels, à quoi l'uſage eſt conforme. Le Roi doit à ſes Sujets la juſtice gratuitement, c'eſt une Loi fondamentale de l'Etat, & une obligation à laquelle la puiſſance du Roi eſt aſſujettie, laquelle obligation réflechit ſur les Seigneurs qui poſſedent les Juſtices au nom du Roi ; ils doivent donc faire la pourſuite pour la punition des criminels, ſans obliger les Intereſſez à faire l'avance des frais, comme le preſcrit *l'article* 63 *de l'Ordonnance d'Orleans*. Si donc les mineurs ſont diſpenſez de faire la pourſuite pour la vengeance de la mort de leur auteur, & ſi les Ordonnances défendent de contraindre les Parties à conſigner ou avancer les frais des pourſuites, il eſt clair qu'on ne peut pas exiger des heritiers mineurs qu'ils ſoient tenus de fournir aux frais d'une procedure dont les Loix les diſpenſent.

Si les mineurs peuvent être obligez de fournir aux frais de la pourſuite.

Le Roi & les Seigneurs doivent la juſtice à leurs Sujets & Juſticiables.

337. Si les ruſtiques, les femmes & les Soldats ſont excuſez.

Mais les ruſtiques, les femmes, ni les Soldats, n'ont pas, à cet égard, le même privilege que les mineurs, les Loix qui ont aſſujetti toutes ſortes d'heritiers à la néceſſité de venger la mort de leur auteur, ont bien excepté les mineurs ; mais elles n'ont pas fait une exception ſemblable en faveur des femmes, des ruſtiques, ni des Soldats ; & par conſéquent, ces trois ſortes de perſonnes ſont compriſes dans l'injonction de la Loi ; d'ailleurs, quoique les ruſtiques, les Soldats & les femmes ſoient excuſez dans certains cas, ce n'eſt que dans ceux que les Loix ont exprimez, *leg. ult. cod. de jur. & facti ignor.* & *leg.* 32, *ff. ad Senatuſ. Conſult. Velleï.* & les Loix 8, 9 & 10, *cod. qui accu-*

ſare non poſſunt, permettent aux Soldats & aux femmes d'intenter une accuſation capitale pour leur propre interêt; ainſi, on ne peut pas les excuſer, comme n'ayant pas la liberté d'agir.

338. Second cas, lorſque les meurtriers ne ſont pas connus.

Le ſecond cas, auquel les heritiers n'encourent pas l'indignité, quoiqu'ils n'ayent pas vengé la mort du défunt, eſt lorſque les meurtriers ne ſont pas connus, parce qu'on ne peut leur imputer aucune faute ni négligence, *l. ſi ideò, 7 cod. de his quib. ut. indign. aufer.*

339. Troiſiéme cas, des aſcendans ou deſcendans, ou freres du meurtrier.

Selon pluſieurs Auteurs, & entr'autres *Dumoulin*, ſur le titre du Code *de his quib. ut indign. aufer.* le fils n'eſt pas déclaré indigne pour n'avoir pas vengé la mort du défunt ſur la perſonne de ſon pere, qui en étoit le meurtrier. L'amour, le reſpect & la ſoumiſſion que le fils doit à ſon pere, qui ſont fondez ſur les droits de la nature, doivent, ſans contredit, le diſpenſer d'une telle obligation, dont il ne pourroit s'acquitter qu'en contribuant à la mort de ſon pere, & en ſe rendant coupable de parricide; d'ailleurs, la Loi 1, §. 1, *ff. de accuſat.* permet bien au fils de ſe plaindre de ſon pere, & de ſes autres parens aſcendans, à fins civiles, pour la conſervation ou pour le recouvrement de ſon bien; mais non d'intenter une action criminelle contr'eux pour les faire punir. Voilà pourquoi la Loi excuſe par cette défenſe les enfans & deſcendans de venger la mort du défunt en la perſonne du pere ou de la mere, ou autre aſcendant, qui a commis le crime par lequel le défunt a reçu la mort. On doit dire la même choſe, lorſque le pere ou autre aſcendant eſt heritier de celui qui a été tué par ſon fils ou autre deſcendant; car il y auroit de l'inhumanité de vouloir obliger un pere à pourſuivre la mort de ſon fils, & une eſpece de barbarie d'obliger à un devoir ſi contraire à la nature & ſi oppoſé à l'amour paternel, les peres qui reſſentent plus vivement les maux de leurs enfans que les leurs propres; & n'y auroit-il pas plus d'indignité dans la pourſuite que dans le ſilence? On doit donc excuſer les aſcendans & les deſcendans, lorſqu'ils ne vengent pas la mort du défunt cauſée par leurs parens en ligne directe, *M. Maynard, livre 9, chapitre 3; le Brun, livre 3, chapitre 9, nombre 6.*

340. Si le frere eſt obligé de venger la mort de ſon frere contre un autre frere.

Mais le frere eſt-il obligé de pourſuivre la vengeance du défunt contre la perſonne de ſon frere, qui lui a donné la mort? Les Arrêts ont varié ſur ce point, *M. Maynard, livre 9, chap. 3*, rapporte des Arrêts qui ont déclaré indigne un heritier qui n'avoit pas vengé, ſur la perſonne de ſon frere, la mort du défunt, qui étoit leur pere commun; *Albert*, verb. *indignité*, en

rapporte un autre tout opposé, qui a jugé qu'une sœur heritiere de sa tante, ne devoit pas être déclarée indigne de l'herédité, quoiqu'elle n'eût pas poursuivi le meurtrier, qui étoit frere de l'heritiere. On en trouve encore un autre du Parlement de Provence du 28 Janvier 1684, rapporté par *Boniface*, *tome 5*, *livre 1*, *titre 22*, *chapitre 1*, qui a conservé à une femme l'herédité de son fils, qui avoit été tué par son oncle, frere de cette femme, quoiqu'elle n'eût pas vengé la mort du défunt contre son frere, qui en étoit le meurtrier. La décision de ce dernier Arrêt paroît plus conforme aux sentimens de la nature, & même aux regles établies par le Droit Romain; car la Loi 13, *cod. de his qui accus. non poss.* non-seulement ne permet pas au frere d'accuser son frere d'un crime capital; mais encore elle veut que le frere accusateur, qui se porte à cette extrêmité, soit puni de la peine de l'exil; ainsi, il est clair que le Droit Romain excuse par une telle défense, le frere, lorsqu'il ne poursuit pas contre son frere la vengeance du défunt, qui a été tué par le frere de l'heritier; & je pense encore à plus forte raison que le mari ou la femme heritiers du meurtri, ne doivent pas encourir l'indignité pour n'avoir pas vengé le meurtre du défunt, commis par l'autre conjoint, parce que le mari & la femme ne sont qu'une même chair, à cause de l'union étroite qui les lie, *erunt duo in carne una*, selon les expressions de l'Ecriture Sainte; *le Brun*, *des Successions*, *livre 3*, *chap. 9*, *nombre 6*, le décide de même.

Si le mari est obligé de venger la mort du défunt contre sa propre femme, *& vice versâ.*

341. *Quid des autres* parens en dégré plus éloigné.

A l'égard des parens autres que les ascendans ou descendans & les freres ou sœurs, & du mari & de la femme, l'heritier doit poursuivre contr'eux la vengeance de la mort de son auteur, sous peine d'encourir l'indignité prononcée par la Loi, parce que les raisons qui excusent l'heritier, lorsqu'il ne poursuit pas le crime commis par un ascendant ou descendant, ou par son frere ou par son conjoint, ne peuvent pas lui servir d'excuse, lorsque le meurtrier de son bienfaiteur est à un dégré different & plus éloigné.

342. Quatriéme cas, lorsque le meurtri a pardonné le meurtrier & a défendu de faire la poursuite.

Le quatriéme cas est, lorsque le meurtri a déclaré avant sa mort qu'il pardonnoit le meurtrier, & qu'il ne vouloit pas que ses heritiers fissent la poursuite du crime. Cette exception à la regle qui veut que les heritiers soient tenus de venger la mort du défunt, peut être fondée sur la Loi 2, *ff. de Senatus. Consult. Silaniano*, & a été autorisée par un Arrêt du Parlement de Paris, du 30 Juillet 1630, rapporté *au Journal des Audiences*, *tome 1*, *livre 2*, *chapitre 80* de la nouvelle édition; il est vrai que dans le

cas de cet Arrêt, il étoit soutenu que la veuve & les heritiers du meurtri étoient pauvres; mais la circonstance de la pauvreté auroit bien pû les excuser de n'avoir pas consommé la procedure & poursuivi la condamnation des coupables, supposé que leurs biens n'eussent pas pû fournir aux frais nécessaires pour y parvenir; mais elle n'auroit pas pû les excuser de porter une plainte & de s'être donné les mouvemens nécessaires pour procurer une preuve, afin que les Gens du Roi pussent consommer la procedure & faire punir les coupables.

Si la pauvreté des heritiers les excuse.

Enfin, il faut observer que la réception du fideicommis dont le défunt étoit chargé, faite par l'heritier *ab intestat*, n'exclut pas du droit de proposer l'indignité encouruë par l'heritier testamentaire, pour n'avoir pas vengé la mort du Testateur, suivant la Loi *fideicommissum 26, ff. de Senatus. Consult. Silaniano.* Seius étoit chargé par le Testament de son frere, d'un fideicommis en faveur de Titius. Après la mort violente de Seius, Titius reçoit le fideicommis dont il étoit chargé, de la main de ses heritiers. On demande si cette réception du fideicommis peut empêcher Titius de les accuser d'indignité pour n'avoir pas vengé la mort de Seius. Le Jurisconsulte répond que cette acceptation ou cette approbation ne lui fait aucun obstacle.

343. Si la réception du fideicommis empêche l'heritier de faire la poursuite de l'indignité.

Il nous reste à examiner la troisiéme cause d'indignité, qui prend sa source dans la volonté du Testateur; cette volonté qui produit l'indignité, peut résulter ou des paroles ou des faits, *verbis vel facto*; lorsqu'un Testateur qui a institué un ou plusieurs heritiers dans son Testament, déclare par codicile, ou par lettre (revêtuë des formalitez du codicile) que l'un des heritiers n'est pas digne & ne merite pas la liberalité, sa portion lui est ôtée par indignité, parce qu'il n'a pas pour lui la derniere volonté du défunt, & cette portion qui lui est ôtée, devoit être déferée au fisc; mais les autres dispositions contenuës dans le codicile ou dans la lettre fideicommissaire, ainsi que la qualifient les Interpretes, doivent être exécutées; tout cela est ainsi décidé par la Loi *hereditas 4, cod. de his quib. ut indign. auser.* Nous avons déja observé plusieurs fois, que ce qui étoit ôté à l'indigne, n'étoit pas adjugé au fisc: il faut donc appliquer la même réflexion au cas present. La disposition de cette Loi doit être observée par rapport à l'indignité, quoique le Testateur n'ait pas expliqué les causes pour lesquelles il a jugé que son heritier ne meritoit pas de profiter de la liberalité qui lui étoit

344. De l'indignité causée par la volonté du défunt.

Si l'indignité doit être déclarée, quoique le Testateur n'ait pas exprimé les causes.

destinée, & comme ce ne sont pas les termes dont le Testateur s'est servi, qui produisent l'indignité, mais sa volonté, il importe peu qu'il se soit exprimé par des termes qui caracterisent ou qui indiquent directement l'indignité, ou par des termes qui marquent qu'il a changé de volonté, afin que l'heritier ou le Légataire ne puisse pas profiter de la liberalité, & qu'il soit consideré comme indigne; à la verité les Docteurs faisoient difference dans la maniere dont le Testateur s'énonce; ils ont crû que quand le Testateur se servoit des termes propres à caracteriser l'indignité, ce qui étoit ôté à l'indigne étoit déferé au fisc; mais que quand le Testateur n'avoit fait que témoigner un changement de *volonté*, ce qui faisoit la matiere de la liberalité devoit être laissé aux heritiers *ab inteſtat*, comme étant censez appellez pour le recueillir.

Distinction des Docteurs.

345. Résolution de la difficulté.

Quoique cette distinction ne soit pas tout-à-fait conforme à nos usages, puisque le fisc ne doit pas profiter de ce qui est ôté à l'indigne, elle n'en est pourtant pas tout-à-fait éloignée; car comme nous avons remarqué ci-dessus, l'indignité n'annulle pas la disposition, elle ne la rend pas même caduque, & au lieu que par le Droit Romain le fisc devoit profiter de la liberalité sans qu'elle demeurât dans l'herédité, ni qu'elle appartînt aux conjoints, on la défere aujourd'hui aux heritiers *ab inteſtat*, qui prennent la place du fisc; mais quand le Testateur ne fait que changer de volonté, & qu'il témoigne seulement qu'il ne veut pas que celui à qui la liberalité étoit destinée en profite, elle devient caduque, elle demeure dans l'herédité, ou doit accroître aux conjoints. Ceci est fondé sur la décision de la Loi *peto 69, ff. de leg. 2°.*

L'indignité n'annulle pas les dispositions.

346. Les dispositions par lettres missives sont nulles, & les lettres missives ne peuvent pas servir à prouver l'indignité, par le changement de volonté.

Il faut néanmoins prendre garde que la nouvelle Ordonnance de 1735, article 3, apporte quelque changement à la décision de la Loi 4, *cod. de his quib. ut indign. auſer.* c'est-à-dire, en ce qu'elle veut que la volonté du Testateur expliquée par lettre, fût suffisante pour faire déclarer l'indignité, ce qui ne peut plus avoir lieu, parce que *l'article 3 de l'Ordonnance* porte: *Voulons auſſi que les diſpoſitions qui ſeront faites par lettres miſſives, ſoient regardées comme nulles & de nul effet*, parce que ce qui est nul ne peut produire aucun effet.

347. Indignité causée par la volonté du Testateur constatée par le fait. Premier cas renfermé dans la Loi 12, *ff. de his quæ ut indign.*

L'heritier ou le Légataire peut être consideré comme indigne par le fait du Testateur. Premierement, lorsque comme dans le cas de la Loi *cum quidam 12, ff. de his quæ ut indign. auſer.* après avoir fait un premier Testament en bonne forme,

le Teſtateur en fait un ſecond, dans lequel il inſtituë des heritiers incapables, auquel cas, l'heritier inſtitué dans le premier Teſtament, n'ayant pas pour lui la volonté du défunt, il eſt privé de l'herédité, ce qui n'arrive pas à cauſe que le premier Teſtament eſt rompu, puiſque la Loi dit formellement le contraire; mais parce que le premier heritier n'a pas pour lui la derniere volonté du Teſtateur. Comme nous avons expliqué amplement le vrai ſens de cette Loi dans un autre endroit de cette ſection, nous n'ajouterons rien à ce que nous avons dit.

348. Second cas, lorſque le Teſtateur a effacé le nom de l'heritier ou du Légataire.

Le ſecond cas eſt, lorſque le Teſtateur a effacé, à deſſein, le nom de l'heritier ou du Légataire, *l.* 1, *ff. de his quæ in Teſtam. delentur*, & celui dont le nom a été ainſi effacé, eſt déclaré indigne, *l. cum quidam* 12, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* Que ſi l'effaçûre avoit été faite ſans attention & par erreur, *inconſultò*, & que le mot effacé pût encore ſe lire, la diſpoſition n'en ſeroit pas moins valable, *l.* 1, *in princip.* & §. 2, *ff. de his quæ in Teſtam. delentur.* On peut voir dans la même Loi & les trois ſuivantes, la déciſion des autres cas qui peuvent ſe preſenter touchant l'effaçûre; nous les expliquerons plus exactement en parlant des manieres par leſquelles un Teſtament peut être révoqué en tout ou en partie: nous remarquerons néanmoins que c'eſt à l'heritier ou au Légataire, dont les noms ont été effacez par le Teſtateur, à prouver que l'effaçûre a été faite *inconſultò*, parce que c'eſt le fondement de leur demande, & que l'erreur ne ſe préſume pas ſi elle n'eſt prouvée par celui qui l'allegue.

A qui eſt-ce à prouver que l'éſaçûre a été faite *inconſultò*.

349. Troiſiéme cas, lorſque le Teſtateur déclare qu'il ne veut pas que ſon Teſtament vaille, les Légataires n'ont pas d'action.

Le troiſiéme cas eſt, lorſque celui qui a fait un Teſtament revêtu de toutes les formalitez de Droit, déclare ſimplement qu'il ne veut pas que ce Teſtament vaille; une telle déclaration ne peut à la verité donner aucune atteinte aux inſtitutions ni aux ſubſtitutions qui y ſont ſubordonnées; mais les legs deviendront inutiles, & les Légataires en ſeront exclus, par voye d'exception, *leg. miles* 26, §. *veteranus* 3, *ff. de Teſtam. milit.* Il a été montré ci-deſſus, que le texte de cette Loi n'avoit rien de contraire avec la Loi *cum quidam* 12, *ff. de his quæ ut indign. auſer.* & que chacune de ces Loix doit être obſervée dans ſon cas particulier.

350. Quatriéme cas, de celui qui eſt inſtitué comme fils du Teſtateur & qui ſe trouve avoir été ſuppoſé.

Il y a un quatriéme cas, auquel la liberalité eſt ôtée par indignité, à cauſe de la volonté du Teſtateur, c'eſt lorſqu'une perſonne a été inſtituée comme enfant du Teſtateur, s'il eſt prouvé après la mort du Teſtateur, qu'elle a été ſuppoſée, *leg. auſertur*

46, *ff. de jure fisci*: *aufertur ei quasi indigno successio, qui cum heres institutus esset ut filius, post mortem ejus qui pater dicebatur, suppositus declaratus est.* On trouve encore la même décision dans la Loi 4, *cod. de hered. instit.*

351. Eclaircissemens de plusieurs autres difficultez.

Nous avons encore quelques autres difficultez à éclaircir, que nous n'avons pû faire entrer dans aucun des trois chefs qui produisent l'indignité. C'est une regle que la mort éteint le crime, *l.* 1, *l.* 2, *l.* 3, *& autres* du titre du code *si reus vel accusator mortuus fuerit.* On demande si l'on peut poursuivre l'action de l'indignité après la mort de celui qui a commis le crime, qui l'a rendu indigne. La Loi 9, *ff. de jure fisci*, & la Loi *Gaius* 22, *ff. de Senatus. Consult. Silaniano*, décident que la poursuite de l'indignité peut être faite & même commencée après la mort de l'indigne, parce qu'il ne s'agit pas de la punition personnelle du défunt, ce que la Loi ne permet pas, puisqu'elle déclare le crime éteint; mais d'ôter à ses heritiers un bien dont leur Auteur s'étoit rendu indigne, & que suivant la Loi 12, *ff. de leg. Cornel. de falsi. quod scelere quæsitum est, heredi non relinquitur*, d'où les Interpretes ont tiré cette regle: *Turpia lucra ab heredibus sunt extorquenda.*

La mort du coupable éteint le crime.

Si l'indignité peut être poursuivie après la mort de l'indigne.

352. Quoique l'indigne ait prescrit le crime, il ne peut pas se mettre à couvert de l'indignité.

Il s'ensuit de la regle que les textes que nous venons de citer établissent, & qui décident que la punition du crime n'a rien de commun avec l'indignité, bien que l'indigne ait acquis l'impunité de son crime par la prescription, son indignité ne subsiste pas moins, même à plus forte raison que dans le cas de la mort, parce que le crime est éteint, & que l'on ne peut pas dire que l'indignité suive la personne, puisqu'elle est décedée; au lieu que dans le cas de la prescription, quoique la peine du crime soit remise, l'indignité n'en suit pas moins la personne; d'ailleurs l'indignité affecte encore les biens, puisqu'ils sont ôtez aux heritiers de l'indigne après la mort; & par conséquent, un indigne qui voudroit vendiquer une herédité ou un legs, sous prétexte qu'il auroit prescrit le crime qui causeroit son indignité, ne devroit pas être écouté, *le Brun, des Successions, livre* 3, *chapitre* 9, *nombre* 11, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, qui a déclaré l'indignité contre un heritier, quoiqu'il eût prescrit le crime; mais si l'indigne avoit possedé les biens pendant trente ans, il ne pourroit pas être recherché, parce qu'il en auroit acquis la proprieté par le secours de la prescription qui lui serviroit de titre; & quoique *la gloſe* sur la Loi 1, *cod. de his quib. ut indign.* pense que l'heritier étranger ne peut plus être recherché, à

Si l'indigne peut acquerir les biens par prescription.

raison

raiſon de l'indignité, après cinq ans, cela ne peut pas avoir lieu parmi nous, qui ne connoiſſons d'autre preſcription que celle de trente ans, pour l'acquiſition de la proprieté des biens par la preſcription.

Si l'indignité peut être pourſuivie après cinq ans.

Dans tous les cas où l'indignité eſt encouruë, il peut ſe preſenter une queſtion importante, qui conſiſte à ſçavoir ſi l'indigne qui eſt privé de l'herédité eſt auſſi privé de la légitime qu'il peut prétendre ſur cette herédité. *Peregrinus de jure fiſci, lib. 2, tit. 7, nombres 8 & ſuivans*, eſtime que l'indigne doit être privé, même de la légitime, toutes les fois que l'on ſe trouve dans le cas où les biens ôtez à l'indigne ſont adjugez au fiſc ſuivant le Droit Romain; les raiſons qu'il en donne, ſont parce que la légitime eſt une portion des biens & une quote de l'herédité, *l. cum quæritur 6, cod. de inoff. Teſtam.* de-là vient que celui qui eſt exclus de la ſucceſſion, eſt auſſi exclus de la légitime qui en fait partie, ſurtout lorſque c'eſt pour quelque méfait ou démerite, & que celui qui doit être privé de la totalité, doit être privé de toutes les parties de cette totalité. Cet avis ſemble être autoriſé par la Loi *portiones 21, ff. de his quæ ut indign. auſer.* qui décide que le Patron qui a une eſpece de légitime à prétendre ſur les biens de ſon affranchi, eſt privé de cette légitime, lorſqu'il néglige de venger la mort de ſon affranchi, *portioneſque eorum fiſco vindicantur, qui mortem libertorum ſuſpectò decedentium non defenderunt.* La Loi *26, ff. de leg. Cornel. de falſ.* décide encore que l'entiere herédité doit être ôtée au fils qui a ſupprimé le Teſtament de ſon pere, *juſtiſſimè tota hereditas paterna heredi ejus eripitur*; les mots *tota hereditas*, ſemblent trop précis pour ne pas comprendre la légitime qui fait partie de la totalité de l'herédité.

353. Si l'indignité fait perdre la légitime.

Nonobſtant ces raiſons & ces autoritez, je penſe que cette queſtion doit être réſoluë par cette diſtinction: ou l'indignité procede d'une des cauſes d'ingratitude, pour leſquelles le légitimaire peut être exherédé, du nombre de celles qui ſont exprimées dans la Novelle 115, ou elle procede d'une autre ſource. Au premier cas, le légitimaire doit être privé de l'herédité & de la légitime; mais au ſecond cas, il peut retenir la légitime, il tranſmet même à ſes heritiers le droit de la retenir & de la détraire ſur l'herédité qui leur eſt ôtée.

354. Réſolution pour la négative, lorſque l'indignité ne dérive pas de l'une des cauſes d'ingratitude marquées dans la Novelle 115. Diſtinction.

Les raiſons de notre diſtinction ſont parce que l'heritier qui a droit de prendre la légitime, tombant dans quelqu'un des cas auſquels il peut être exherédé comme ingrat, & devant être privé de la légitime tout comme du reſte de l'herédité, ſuivant la diſ-

355. Raiſons de la diſtinction.

position de la *Novelle* 115, on ne peut pas lui conserver la légitime, sans contrevenir à l'esprit de cette Novelle; mais si l'indignité procede d'une autre cause, elle ne doit pas comprendre la légitime, parce qu'il n'y a que les cas marquez dans cette Novelle, où l'on puisse faire perdre la légitime à ceux ausquels la Loi l'attribuë, & tous les autres cas sont nommément exclus par la disposition expresse de cette Novelle *chapitre* 3; car après que l'Empereur a dit que les differentes causes d'ingratitude pour lesquelles on pouvoit faire perdre la légitime, étoient dispersées dans les Loix anciennes, & qu'elles n'étoient pas même assez clairement expliquées, il fait le choix de celles qui lui ont paru justes, il y ajoute celles qui avoient été omises dans les Loix précedentes, & qui meritoient d'être placées au rang des autres; & défend expressément d'avoir égard à celles qui ne seroient pas exprimées dans sa nouvelle Loi: *ideò necessarium esse perspeximus eas nominatim præsenti lege comprehendere, ut præter ipsas nulli liceat ex aliâ lege ingratitudinis causam opponere nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur.* Il n'est donc pas possible d'étendre dans quelqu'autre cas, la privation de la légitime, nonobstant l'opinion de quelques Interpretes qui ont pensé que l'exheredation pouvoit être faite pour d'autres causes, quand elles sont aussi graves que celles qui sont exprimées dans la Novelle; car cette opinion est insoutenable & témeraire, parce qu'elle est visiblement contraire à la défense de la Loi, à laquelle les Interpretes n'ont pas fait assez d'attention.

356. Autres causes pour lesquelles l'indigne peut être privé de la légitime, suivant le Droit François.

Il faut néanmoins prendre garde que le Droit François a introduit d'autres causes d'indignité & d'ingratitude, pour lesquelles le légitimaire peut être privé de la légitime; elles sont exprimées dans l'Edit de 1556, dans l'Ordonnance de 1639 & dans l'Edit de 1697, concernant les mariages. Dans ces cas comme dans ceux qui sont exprimez dans la *Novelle* 115, l'indignité doit faire priver de la légitime, tout comme du reste de l'herédité.

357. Arrêt du Parlement de Grenoble, qui a conservé la légitime à un fils déclaré indigne pour avoir brûlé le Testament de son pere.

On trouve dans *Basset, tome* 1, *livre* 5, *titre* 1, *chapitre* 3, un Arrêt du Parlement de Grenoble, qui a conservé la légitime à un fils, quoiqu'il fût déclaré indigne de la succession paternelle, pour avoir supprimé & brûlé le Testament de son pere, en haîne d'une substitution dont il avoit été chargé, & quoiqu'il n'y eût point d'autres enfans du Testateur. *M. Cujas, sur la Novelle* 1, décide encore que quand l'heritier est déclaré indigne pour n'avoir pas exécuté la volonté du défunt, la légitime doit lui être conservée.

La Loi 21, *ff. de his quæ ut indign. aufer.* & la Loi 26, *ff. de leg. Cornel. de falſ.* qui décident que le Patron perd la légitime, lorſqu'il ne venge pas la mort de ſon affranchi, & que le fils qui ſupprime le Teſtament de ſon pere, doit être privé de l'entiere herédité, ne ſont rien contre notre diſtinction, par deux raiſons : La premiere, parce qu'il y a une grande difference à faire entre la légitime dûë au Patron, qui procede du benefice de la Loi, & celle qui eſt dûë aux deſcendans ou aſcendans, même aux collateraux en certains cas, parce qu'elle leur appartient de droit naturel, ſuivant la *Novelle* 1, *dans la Préface*, §. 2. La ſeconde, parce que la *Novelle* 115, *chapitre* 3, corrige & abroge expreſſément toutes les autres Loix anciennes qui avoient introduit ou établi des cauſes d'ingratitude, pour faire perdre la légitime, autres que celles qui ſont exprimées dans cette Novelle. Voilà pourquoi la Loi 26, *ff. de leg. Cornel. de falſ.* ſubſiſte bien pour ce qui regarde l'indignité & la privation de l'herédité ; mais non pour la privation de la légitime, parce que la ſuppreſſion du Teſtament du pere n'eſt pas compriſe dans la *Novelle* 115, au nombre des Cauſes qui doivent faire perdre la légitime.

358. Réponſe à l'argument tiré de la Loi 21, *ff. de his quæ ut indig.* & de la Loi 26, *ff. de L. Cornel. de falſ.*

Difference de la légitime du Patron avec celle des deſcendans, aſcendans ou collateraux.

La *Novelle* 115 abroge & corrige toutes les autres Loix.

Il ne peut donc y avoir aucun doute que la légitime ne doive être conſervée à celui qui eſt déclaré indigne de la ſucceſſion du défunt, toutes les fois que l'indignité procede d'une cauſe, autre que celles qui ſelon la *Novelle* 115 & l'Edit de 1556, l'Ordonnance de 1639, & l'Edit de 1697, font perdre la légitime.

359. Concluſion.

Du reſte, nous ne croyons point qu'il faille faire difference entre les deſcendans & les aſcendans ou collateraux qui ont droit de légitime, parce que la *Novelle* 1, *in præfat.* §. 2, déclare que la légitime eſt dûë de droit naturel à ces trois eſpeces de perſonnes ; ainſi elles ne peuvent en être privées par indignité que dans les cas où la *Novelle* 115 & le Droit François l'ont expreſſément déclaré.

360. La légitime eſt dûë aux deſcendans, aux aſcendans, & aux collateraux de droit naturel.

La Loi *un. cod. unde vir & uxor*, déclare que le mari & la femme ſuccedent l'un à l'autre, lorſqu'ils ne laiſſent point de ſucceſſeurs légitimes ou teſtamentaires, à l'excluſion du fiſc: *maritus & uxor ab inteſtato invicem ſibi in ſolidum pro antiquo jure ſuccedant, quotiens deficit omnis parentum liberorumve ſeu propinquorum legitima vel naturalis ſucceſſio, excluſo fiſco* ; & la diſpoſition de cette Loi eſt obſervée en France, ſuivant le témoignage des Auteurs, *M. Louet & Brodeau, lettre F. ſom-*

361. De l'indignité de ſucceder entre mariez.

Le mari & la femme ſuccedent l'un à l'autre faute d'autres heritiers.

maire 22, *& lettre V. ſommaire* 13, *Mornac*, ſur la Loi 33 *cod. de donat. inter vir. & uxor.* mais il y a des cas auſquels le conjoint ſurvivant eſt indigne de cette ſucceſſion.

362. Du mari qui tuë ſa femme *& vice versâ*.

Comme ſi le mari tue ſa femme *& vice versâ*; parce que comme nous l'avons montré ci-deſſus, le meurtrier eſt indigne de ſucceder à celui auquel il a procuré la mort, & l'on peut dire en general que l'indignité des conjoints eſt encourue par le ſurvivant, par les mêmes moyens que nous avons expliquez ci-deſſus, & qui rendent les autres perſonnes indignes autant qu'il peut en être fait une juſte application au conjoint ſurvivant; car la ſucceſſion qui eſt déferée au ſurvivant des mariez à défaut d'enfans ou deſcendans, & des collateraux, ne doit pas être traitée, à cet égard, avec moins de rigueur que la ſucceſſion légitime des parens qui eſt déferée à cauſe des liens du ſang.

Le conjoint ne peut pas ſucceder à l'autre dans les autres cas d'indignité expliquez ci-deſſus.

363. Des mariez dont le mariage eſt nul.

Les mariez dont le mariage n'eſt pas valable, ne peuvent point ſe ſucceder l'un à l'autre, *nihil enim capi propter injuſtum matrimonium poteſt*, *l. un. ff. undè vir & uxor.*

364. Des mariez qui ſe ſont ſéparez par une eſpece de divorce.

Le ſurvivant des mariez ne peut pas non-plus profiter de la ſucceſſion du prédécedé, lorſqu'ils ont vécu ſéparez, & qu'ils l'étoient encore lors de la mort du prédécedé: *ſed & ſi divortium quidem ſecutum ſit, verumtamen jure durat matrimonium; hæc ſucceſſio locum non habet, l. un. §. 1, ff. undè vir & uxor*; ce qui doit s'entendre non de la ſéparation des biens, mais de la ſéparation de corps & d'habitation, qui eſt une eſpece de divorce, lequel laiſſe ſubſiſter le mariage, qui néanmoins fait obſtacle à la faculté de ſucceder; mais il importe peu que la ſéparation ſoit volontaire & d'un commun accord entre les mariez, ou qu'ils ſe ſoient fait ſéparer de corps & d'habitation par le Juge, parce que l'indignité eſt la même, à cauſe que les mariez qui ont ainſi rompu leur union dans l'exterieur, ſe ſont réciproquement abandonnez. Il y a un Arrêt dans *M. la Roche*, verb. *légitimation*, *titre* 3, qui adjugea au fiſc la ſucceſſion du mari prédécedé, au préjudice de la femme qui s'étoit ſéparée de ſon mari, quoiqu'elle alleguât qu'elle y avoit été forcée par la mauvaiſe vie de ſon mari, qui entretenoit une concubine, de laquelle il avoit eu un bâtard, qu'il avoit fait légitimer: Il en ſeroit autrement néanmoins, ſi la ſéparation provenoit d'une juſte cauſe, comme d'un voyage, ou autre raiſon particuliere, & qu'il parût que la ſéparation n'avoit pas pour objet de ſe quitter & de s'abandonner mutuellement. On peut voir *Valentin Forſter*, dans ſon Traité *de Succeſſione ab inteſtato*, *lib. 5*, *tit. de Succeſſione viri & uxoris.*

TABLE DES MATIERES

Contenuës en ce Volume.

A

Abbez Reguliers, s'ils peuvent teſter, 188

Abraham. Ce Patriarche n'ayant point d'enfans, deſtine ſon heritage au fils d'Eleazar, ſon Intendant, 4

Abſens. On ne condamnoit point chez les Romains, les abſens, 203

Accuſez. Dans les matieres pénales, on doit favoriſer l'Accuſé, 205

Si un Accuſé peut teſter, 152

Actions. Si la perte des actions eſt pratiquée en France, 587

Adition. Si la néceſſité de venger la mort du défunt, empêche l'adition d'herédité, 597 & 598

Adultere. Si la femme condamnée pour adultere, encourt la mort civile, 214

Si les adulteres peuvent ſe faire des liberalitez, 415

Si en France l'homicide pour adultere eſt permis, 500

Si la preuve teſtimoniale eſt reçûë pour l'adultere, 555 *& ſuiv.*

De l'indignité pour adultere, 555

Affinité, ne fait pas que le fait de l'un nuiſe à l'autre, 521

Age. Ceux qui n'ont pas l'âge requis par les Coutumes, ne peuvent teſter, 218

Comment on doit ſe regler dans les Coutumes où l'âge pour teſter n'eſt pas fixé, *la même.*

Par quelle Coutume on doit regler la capacité de teſter, par rapport à l'âge, 219

Teſtament fait avant l'âge requis, n'eſt pas rendu valide, quoique le Teſtateur décede après l'âge, 220

Aîné, chez les Hebreux avoit une double portion, 6

Si l'enfant légitimé par le mariage ſubſéquent profite du droit d'aîneſſe, au préjudice de ceux qui ſont nez d'un mariage intermédiaire, 445

Alimens. Du legs fait pour alimens, 290, 308, 309, Voyez *Legs.*

Si les étrangers non naturaliſez ſont capables des diſpoſitions pour alimens, 361

Moines & Religieux ſont capables de legs d'alimens, 363, 364

Si les enfans de ceux qui ont été condamnez pour crime de leze-Majeſté, ſont capables de legs d'alimens, 365

Ambaſſadeurs. S'ils peuvent teſter

dans les Cours étrangeres, 149
Quid de ceux qui ſont à leur ſuite, *la même.*
Amende. Les amendes ne doivent pas être priſes ſur les biens qui ſont ôtez par l'indignité, 505
Année. Le dernier jour de l'année eſt cenſé accompli après la ſixiéme heure du ſoir, 146
Apoſtats, s'ils peuvent recevoir par Teſtament, 324
Apoticaire, ne peut recevoir de ſon malade, 235
Archanges. Des inſtitutions & liberalitez faites aux Archanges, 330
Arrêts. Nouveaux Arrêts du Parlement de Toulouſe citez ou rapportez dans ce Volume.
Arrêt du 6 Septembre 1708, qui a jugé, 1°. Que les enfans légitimez par un mariage contracté *in extremis*, ſont incapables d'une inſtitution particuliere ajoutée au legs,
2°. Qu'un tel mariage eſt valable, *quoad fœdus.*
3°. Que les enfans de ce mariage peuvent recevoir une liberalité à titre particulier, 427, 438, *& ſuiv.*
Arrêt du 13 Juillet 1712, qui a jugé que la malverſation de la femme, après l'an du deuil, ne fait pas perdre à la veuve la ſucceſſion d'une fille unique de ſon premier mariage, 397
Arrêt du Parlement de Paris, du 11 Février 1716, ſur une queſtion de fideicommis tacite, 570 *& ſuiv.*
Arrêt du 22 Août 1720, qui juge *que la femme qui malverſe après* l'an du deuil, n'eſt pas incapable des liberalitez teſtamentaires de ſon défunt mari, 399
Arrêt du 13 Août 1722, qui juge que la femme qui malverſe après l'an du deuil, n'eſt pas incapable des liberalitez teſtamentaires de la part de ſon défunt mari, 399
Arrêt du 10 May 1723, qui jugé qu'une veuve n'étoit pas déchûë des liberalitez de ſon mari, pour avoir malverſé après l'an du deuil, *la même.*
Arrêt du 11 Septembre 1725, qui a jugé que la femme qui malverſe après l'an du deuil n'eſt pas incapable des liberalitez teſtamentaires de la part de ſon défunt mari, *la même.*
Arrêt du 16 Février 1726, qui a jugé, 1°. Que dans le cas d'un Teſtament nuncupatif, il ne ſuffiſoit pas que les témoins en dépoſant, s'en fuſſent rapportez à la verité de l'écrit couché ſur le regiſtre du Notaire, & qui avoit été enregiſtré au Greffe du premier Juge; mais qu'ils devoient dépoſer *ſigillatim* de toutes les diſpoſitions de la Teſtatrice.
2°. Que la nullité de la réſomption n'influë pas ſur le Teſtament nuncupatif, 105
Autre Arrêt, ſans datte, rendu ſur l'interlocutoire prononcé par celui du 16 Février 1726, qui a jugé que ſi les témoins, ou quelqu'un de ceux qui ſont néceſſaires pour la validité du Teſtament nuncupatif, ſont reprochables, le Teſtament eſt nul, 106
Arrêt du 11 Juillet 1727, qui a jugé que le Teſtament nuncupatif eſt nul, ſi tous les témoins ne ſont en état de dépoſer lors de la réſomption, 106
Arrêt du 10 Février 1734, qui a confirmé un Teſtament olographe fait à Paris par un domicilié à Montpellier, Pays de Droit écrit, pour l'inſtitution faite en faveur de la femme du Teſtateur, 63
Arrêt du 6 Septembre 1736, qui a jugé, 1°. Que les enfans peuvent être légitimez par reſcrit,

quoique leur pere & mere puiſſent ſe marier enſemble, 452, 461
2°. Qu'en Pays de Droit écrit, le conſentement des collateraux ni du fils légitime n'eſt point néceſſaire pour la légitimation par reſcrit, 454, 461
3°. Que l'enfant légitimé eſt capable de l'entiere ſucceſſion,
4°. Que la préterition de l'enfant légitimé annulle le Teſtament du pere,
5°. Que la clauſe codicillaire ne peut pas le faire valoir comme codicile.
6°. Que les fruits doivent être reſtituez depuis la mort du pere, 461
Arrêt du 8 Août 1738, ſur une queſtion de fideicommis tacite, 575
A jugé que le ſerment purgatif, en cas de fideicommis tacite, n'exclut pas la preuve par témoins, 582
Arrêt du 11 Avril 1740, au ſujet d'un Teſtament poſterieur à l'Ordonnance de 1735, non entierement écrit de la main du Teſtateur, 487
Arrêt du 13 Juillet 1740, ſur la queſtion de ſçavoir ſi la réception du legs empêche le Legataire d'attaquer enſuite le Teſtament de nullité, 537
Arrêt du 22 Août 1740, qui juge qu'un ſecond Teſtament parfait, mais nul quant à l'inſtitution, ne pouvoit pas rendre un premier Teſtament parfait, ni faire priver par indignité l'heritier inſtitué dans le premier Teſtament, 487
Voyez l'Arrêt du Conſeil du mois d'Août 1743, qui a caſſé cet Arrêt.
Arrêt du 2 Septembre 1740, qui a admis une veuve à la ſucceſſion de ſon fils, quoiqu'elle eût malverſé après l'an du deuil, avant que d'avoir fait donner un Tuteur à ſon fils décedé en pupillarité, 399
Arrêt du 6 Juillet 1741, qui a déclaré nulle une donation faite par un pere au fils légitime de ſa bâtarde, 432
Arrêt du 7 Août 1742, qui a jugé un legs limitatif dans une eſpece où il ſembloit être démonſtratif, 289, 290
Arrêt du 13 Avril 1743, qui juge,
1°. Que la veuve qui malverſe après l'an du deuil, n'eſt pas incapable de recueillir la ſucceſſion teſtamentaire de ſon mari.
2°. Que lorſque la condition ajoutée à l'inſtitution a un objet particulier, la contravention n'opere aucun effet dès que l'objet de la condition eſt évacué, 379, 400, 401
Arrêt du Conſeil du mois d'Août 1743, pour Toulouſe, qui juge qu'un ſecond Teſtament revêtu de toutes les formalitez exterieures, mais nul quant à l'inſtitution, contenant une révocation expreſſe des précedens Teſtamens, avoit anéanti & rompu un Teſtament anterieur parfait, 488
Arrêt du 10 Mars 1744, qui a confirmé une diſpoſition teſtamentaire faite par une malade en faveur de ſon Medecin, ſur des circonſtances qui faiſoient préſumer que la qualité de Medecin n'avoit pas donné lieu à la diſpoſition, 402, 410
Artois. Si les Habitans ſont ſujets au Droit d'aubaine, 178
Arts liberaux, quels ils ſont, 175
Aſſocié. Voyez *Societé*.
Atheniens. De l'étenduë de leur pouvoir de diſpoſer par Teſtament, 8
Avantages. De l'incapacité entre mari & femme de s'avantager, 410

Si les dispositions faites par conjoints domiciliez en Pays de Droit écrit doivent valoir dans les Coutumes prohibitives, *& vice versâ*, 411

Aubaine.

Aubains. S'ils peuvent être témoins aux Testamens, 132
Si les Commerçans en Pays étrangers sont aubains, 149
Si les aubains peuvent tester, 177
Comment on peut devenir aubain, 177, 178, 180
Des Villes & Provinces où le Droit d'aubaine n'a point lieu, 178, 179
Si ceux qui sortent hors du Royaume pour accompagner les Filles de France, sont sujets au Droit d'aubaine, 181
Si les aubains peuvent recevoir par Testament, 360
Si les aubains sont capables de recevoir des étrangers naturalisez, 361
Si l'étranger naturalisé redevient aubain quand il quitte la France, 362
Si les aubains sont capables des liberalitez de la part des Soldats, *la même.*

Aveugles. S'ils peuvent tester, 50 *& suiv.* 145
S'ils peuvent être témoins aux Testamens, 133

Avignon. Si les Habitans sont sujets au Droit d'Aubaine, 179

Aumôniers. Des Testamens reçûs par les Aumôniers des Hôpitaux ou des Armées, 58, 92

Avocat, qui a prêté son ministere contre un Testament argué de faux, s'il encourt indignité, 539

Authentique. L'Authentique *omnes peregrini* n'a aucune autorité. Pourquoi, 177

Autorisation des Corps & Communautez; par qui se faisoit chez les Romains, 327
Qui la peut accorder en France, 328

Ayeul. S'il peut instituer le fils légitime de son bâtard adulterin ou d'une autre conjonction réprouvée, 429
S'il peut lui faire un legs modique, *la même.*
S'il peut instituer le bâtard de son fils légitime, 430

B

BANNISSEMENT perpétuel est comparé à la déportation, 214

Barbarie. Si le Testament fait en Barbarie, doit être admis en France, 150

Bâtards. Si la disposition imparfaite vaut en faveur des bâtards, 34
S'ils peuvent tester, 152
S'ils sont capables de liberalitez, 416 *& suiv.* 424 *& suiv.*
Sont incapables des dispositions universelles, 424, 425
S'ils peuvent être heritiers, 425 *& suiv.*
Quid du fils légitime ou naturel du bâtard, 427 *& suiv.*
Si le pere ou la mere du bâtard peuvent recueillir des liberalitez de la part de leur fils naturel, 432
Si l'ayeul peut instituer le bâtard de son fils légitime, 430
Comment & pour quels effets les bâtards adulterins ne peuvent être légitimez par rescrit, 451
Si le mariage subséquent légitime les bâtards adulterins, *la même.*
Si les bâtards peuvent être légitimez par rescrit au préjudice des enfans légitimes, *la même* & 452
Si les bâtards sont capables de recevoir de la part des personnes étrangeres & des collateraux, 462

S'ils

S'ils peuvent être instituez par celui qui a été institué par leur pere, 462
Si les bâtards font défaillir la condition *si sine liberis*, 463
Bâteleurs. S'ils sont capables de recevoir par Testament, 342
Bonne foi, donne la capacité de recevoir, 416, 435
Si celui des conjoints qui n'est pas dans la bonne foi peut succeder à ses enfans, 435
Bourdeaux. Droit d'aubaine n'y a point lieu. 178
Brabant. Si les Habitans sont sujets au Droit d'aubaine, *la même*.

C

Capacité. De la capacité requise pour pouvoir tester, 118, 137 & *suiv.* 144, 163, & *suivantes*.
Quand il y a incapacité lors du Testament, il n'est pas rendu valide, quoique le Testateur acquiert dans la suite la capacité, 140
Si celui qui est incapable de porter témoignage est incapable de tester, *la même*.
Des personnes qui ont ou n'ont pas la capacité passive, 292, & *suiv.*
En quoi consiste cette capacité, 296
Regle sur cette matiere, *la même*. & *suiv.*
Si l'on peut argumenter de la capacité active à la capacité passive, 297
On est capable de recevoir, si par quelque Loi, Statut ou Coutume, on n'est déclaré incapable, *la même*.
En quel tems la capacité doit être considerée, 298, 317
Des cas où l'on n'examine pas la capacité lors du Testament, 301
De la capacité pour les fideicommis universels, 303
De la capacité dans le cas de la substitution pupillaire, 305
Dans le cas de la substitution vulgaire expresse, 305, 306
De la capacité des Légataires, 306, 307, & *suiv.* 310, & *suiv.*
Des personnes qui sont capables de recueillir des liberalitez testamentaires, 313, & *suiv.* 324
On peut faire des liberalitez à ceux qui n'ont pas la faculté de tester, 318
Captation, en fait de dispositions testamentaires, 244, 247, & *suiv.* 251, 252, 260
Captifs. Si celui qui a été racheté de la captivité peut être témoin au Testament de celui qui a payé la rançon, 131
Des dispositions faites en faveur des Captifs, 341
A qui est confié le soin & l'emploi de ces sortes de dispositions, *la même*.
De l'heritier qui néglige de racheter celui qui est en captivité, 590
Caresses. Si les dispositions testamentaires, attirées par des caresses, sont valables, 11, 227, 250, 251, 252
Cause pie. Du Testament en faveur de la cause pie, 15, 53, 54, 55, 83, 290
De la fausse cause dans un Testament. Si elle le vicie, 275
De la fausse cause qui est finale, 276
La fausse cause ne fait point un legs, 277
Chanoines Reguliers, s'ils peuvent tester, 191
Quid des Séculiers, *la même*.
Charité. Si les Maisons de Charité sont capables de liberalitez, 339
Chevaliers de Malthe. S'ils peuvent être témoins aux Testamens, 133

S'ils peuvent teſter, 186, 190
Comment leur qualité peut être conſtatée, 191
Chirurgien, ne peut recevoir par Teſtament de ſon malade, 235
Cité. On peut perdre le droit de Cité ſans perdre la liberté, 198
Clauſe. De la clauſe dérogatoire, 41, 90
Clauſe codicillaire, quelles nullitez elle peut couvrir, & de ſon effet, 459, 460
Clerc. Le Clerc du Notaire ne peut écrire le Teſtament, 73
S'il peut ſervir de témoin au Teſtament, 134
Codicile. En quel tems l'on conſidere la capacité pour les codiciles, 212
Des regles pour diſtinguer les Teſtamens, des codiciles, 110, *& ſuiv.*
Du codicile fait ſur l'interrogat d'autrui, 266
Quelles nullitez la clauſe codicillaire peut couvrir, 459
Des heritiers qui impugnent de faux le codicile, 540
De ceux qui ſuppriment les codiciles, 551
Colleges. Voyez *Communautez*.
Comédiens. S'ils ſont capables de recevoir par Teſtament, 342
Communautez. Si les Communautez des Villes, Bourgs & Villages, ſont capables de recevoir par Teſtament, 326, 364
Quid des Villes étrangeres, 327
Quid des Colleges, Confreries & Societez, *la même*, & 329, 364
Quid des Communautez Eccleſiaſtiques, 329, 332 *& ſuiv.* 364
Conditions pour rendre les Communautez Religieuſes capables de liberalitez, 333, 338
Complice, eſt puni de la même peine que le coupable, 516
Des cas où l'on peut être regardé comme complice, *la même*.
Concubin, *Concubine*. Si les concubins ſe pouvoient faire des liberalitez par le Droit Romain, 413
Quid par le Droit François, 414 *& ſuiv.*
Si le concubinaire peut donner à la fille de ſa concubine, 415
Si le fait du concubinage ſe peut prouver par témoins, 555
De l'indignité pour concubinage, *la même*.
Condamnation. *Condamné*. Si les condamnez à mort naturelle, ou mort civile, peuvent teſter, 152, 196, 199, 217. Voyez *Mort*.
S'il faut que la condamnation contradictoire ſoit exécutée, 201
Si la condamnation à mort non exécutée donne lieu à l'ouverture du fideicommis, ou au droit de retour, 202
Differentes explications données par les Parlemens de Paris & de Toulouſe à l'article 28 de l'Ordonnance de Moulins, 204
Si le condamné pour délit militaire peut teſter, 211
Si la condamnation ſurvenuë après la mort de l'Accuſé annulle ſon Teſtament, *la même*.
Si le Teſtament rompu par la condamnation, reprend ſa force par le rétabliſſement du Condamné, *la même*.
Des condamnations qui n'emportent pas mort civile, 216
Condition. Lorſque la condition ajoutée à l'inſtitution a un objet particulier, la contravention n'opere aucun effet, dès que l'objet de la convention eſt évacué, 379, 380
Omiſſion d'ajouter une condition, que le Teſtateur s'étoit propoſée, annulle la diſpoſition, 271
Si la fauſſe condition vicie le Teſtament, 274, 275
Du legs conditionnel. 309

Confeſſeur. S'il peut recevoir par Teſtament de ſon pénitent, 235
Confeſſion. Si la confeſſion du grevé ſuffit pour établir le fideicommis, 580, 581
De quelle maniere ſe peut faire la confeſſion du grevé, 581
Confiſcation. Si elle a lieu lorſque le prévenu décede avant la prononciation de la condamnation par Arrêt, 201
Confrerie. Voyez *Communautez.*
Confuſion. Si l'indigne en acceptant confond ſes créances, 483, 485 & 599
Contumace. Si la mort civile eſt encouruë avant l'exécution de la Sentence par Contumace, 203, 206
Chez les Romains les Contumax n'étoient point condamnez, *la même.*
De quel jour commencent à courir les cinq ans pour purger la contumace, 205
Si la mort civile eſt encouruë du jour de l'exécution de la Sentence par Contumace, ou ſeulement après les cinq ans, pour purger la contumace, 206
Les Sentences de contumace étoient autrefois exécutées ſans autres procedures, quand le Condamné étoit arrêté, 207
Convol. Voyez *Nôces.*
Crainte. Moyen de nullité d'un Teſtament, 230, *& ſuiv.* Voyez *Violence.*
Quid de la crainte reverentielle, 235
Si la crainte eſt purgée lorſque le Teſtateur ſurvit & qu'il ne change point ſon Teſtament, 237
Curateur. Si un Curateur qui n'a pas rendu compte peut teſter, 151
Curateurs incapables de recevoir de leurs mineurs, 235, 401
Curé. Des Teſtamens faits devant les Curez, 57, 74, 91
Si les Curez & Vicaires peuvent délivrer des expeditions des Teſtamens qu'ils ont reçus, *la même.*
Si le Curé qui reçoit un Teſtament le doit écrire lui-même, 74

D

DEMONSTRATION. De la fauſſe démonſtration dans un Teſtament; ſi elle le vicie, 276, 277
Si la démonſtration doit prévaloir ſur le nom, 277
Si la fauſſe démonſtration peut ſervir de prétexte pour demander un legs qui eſt ſimplement énoncé, *la même.*
Des cas où la fauſſe démonſtration rend inutile les diſpoſitions, 278
De la démonſtration qui dégenere en condition par des paroles conditionnelles, 281, 282
De la démonſtration ignominieuſe, 282
Déportats ne pouvoient pas teſter, 199
Dettes. L'heritier privé de l'herédité n'eſt plus tenu des dettes hereditaires, 587
Dieu. Des inſtitutions & liberalitez faites à Dieu, 329
Diſcuſſion. Si dans le cas d'un legs démonſtratif, le Légataire doit diſcuter la perſonne indiquée pour le payement, 284
Textes qui décident pour la diſcuſſion de l'aſſignat dans le legs annuel, 285
Idem dans le legs à une fois payer, 286
Diſpenſes. Le Pape ne peut diſpenſer contre les Loix émanées d'une Puiſſance temporelle, 185, 186
Diſpoſition. Si une diſpoſition imparfaite vaut en faveur des enfans bâtards ou légitimez, 34
Dans les Pays Coutumiers il ne

peut y avoir que deux formes de diſpoſer *jure communi*, 72
Cas où les diſpoſitions ſont annullées par la préſomption qu'elles ont été extorquées, 235
Doctrinaires. S'ils peuvent teſter, 192
Hiſtoire de l'établiſſement des Doctrinaires, *la même* & 193
Dol. Du dol en fait de Teſtament, 239
Effets du dol, 240, 244
Définition du dol, *la même*. Voyez *Fraude*.
Eſt un moyen d'annuller un Teſtament, 242
S'il ſe préſume, 243
Ce qu'il faut conſiderer pour la preuve du dol, *la même*.
Si le dol eſt couvert lorſque le Teſtateur ſurvit, 244
Donation. Comment on peut diſtinguer le Teſtament de la donation à cauſe de mort, 116
Dans la donation à cauſe de mort on n'exige pas la capacité lors de la donation, 298, 311
En quoi les legs & les donations à cauſe de mort conviennent, & en quoi ils different, 312
Donation faite par un ayeul à ſon petit-fils, né d'une fille bâtarde, déclarée nulle, 432
Si le Donataire à cauſe de mort, qui impugne de faux le Teſtament, eſt privé de la donation, 540
Si un Donataire qui tuë ſon Donateur, criminel d'Etat, encourt indignité, 500
Quid des donations faites au fils du Donataire, meurtrier, 506
Droit d'aîneſſe. Voyez *Aîné*. *Aîneſſe*.
Droit du Préteur. Voyez *Préteur*.
Droit de Cité. Voyez *Cité*.

E

Ecclesiastiques. S'ils peuvent teſter des biens acquis des revenus des Benefices, 151
Ecriture, eſt de l'eſſence du Teſtament ſolemnel, 22
De quelle main cette écriture peut être faite, *la même*, & 23
Peut être écrit ſur papier, parchemin ou autre matiere, 23
L'autenticité de l'écriture conſiſte en quatre choſes, *la même*.
De l'aſſiſtance de ſept témoins, *la même*.
Leur ſuſcription, *la même*.
Leur ſignature & l'appoſition de leurs ſceaux, 24
Qu'elle ſoit faite *uno contextu*, 27
L'Ecriture n'eſt point requiſe au Teſtament nuncupatif, 28, 29
Ecrivain de Vaiſſeau, peut recevoir les Teſtamens des perſonnes qui ſont dans le Vaiſſeau en voyage, 92
De l'erreur dans un Teſtament provenante de celui qui l'a écrit, 274
Si les diſpoſitions faites en faveur de celui qui écrit le Teſtament, ſont valables, 365, 368
Quid. S'il s'agit d'un Teſtament nuncupatif, 369
Des diſpoſitions faites en faveur de l'Ecrivain ſous condition, 369, 372
De la diſpoſition écrite par un impubere, 372
Edit. De l'Edit des Meres, & de ſes diſpoſitions, 510
Education. Indignité de celui qui refuſe de ſe charger de l'éducation du pupille, 594
Egyptiens. De qui peuvent avoir appris l'uſage des Teſtamens, 6
Les Grecs peuvent en avoir emprunté l'uſage des Egyptiens, 7

Emancipation. Si un fils de famille peut être émancipé pour teſter ſeulement, 167
L'Emancipation eſt un acte qui ne reçoit ni diviſion ni condition, 168
Empêchement de teſter. Differentes queſtions ſur ce ſujet, 520 & *ſuiv.*
Arrêt du Parlement de Toulouſe, qui a privé le pere de la ſucceſſion de ſon fils, pour avoir empêché ſa femme de teſter, dans la vûë de recueillir la ſucceſſion du fils qui étoit valetudinaire, 525
Enfans. Chez les Hebreux, les peres pouvoient diſpoſer en faveur de leurs enfans, comme ils jugeoient à propos, 6
Les enfans ne pouvoient pas être exherédez.
Ils ne pouvoient renoncer à la ſucceſſion de leur pere, *la même.*
De l'inſtitution ou exherédation des enfans chez differentes nations, 8
Si une diſpoſition imparfaite vaut en faveur des enfans illégitimes ou légitimez, 34
Si les enfans de famille peuvent être témoins, 129, 134
S'ils peuvent teſter, 166
Si les enfans à naître peuvent être inſtituez heritiers, 319
Diſpoſition de l'Ordonnance des Teſtamens à ce ſujet, & quelle doit être ſon étenduë, 320
Si des enfans à naître peuvent être l'objet d'une inſtitution contractuelle, *la même.*
Si les enfans d'un mariage nul ou clandeſtin ou contracté *in extremis* ſont capables de liberalitez, 434, 436
Des enfans nez d'un mariage inceſtueux, 435
Quels ſont les enfans qui ſont incapables des effets civils, 437
Des enfans légitimez par mariage ſubſéquent, 440
Epaves. Ce que c'eſt, 360
Erreur, exclut la volonté, 242
Si l'erreur annulle les diſpoſitions teſtamentaires, 269 & *ſuiv.*
De l'erreur qui tombe ſur la perſonne du Légataire ou ſur le corps de la choſe leguée, 270
Quid ſur le nom appellatif, *la même.*
De l'erreur dans la qualité de la perſonne, 270, 273
De l'erreur dans le nom propre de l'heritier ou du Légataire, ou de la choſe leguée, 270, 273
De l'erreur ſur un fait qui eſt la cauſe finale de la diſpoſition, 271
Si la preuve de l'erreur peut être faite autrement que par le Teſtament même, 272
Erreur dans une partie du Teſtament, même dans l'inſtitution, ne nuit pas pour les legs, 273
De l'erreur dans le propre nom du Teſtateur, *la même.*
De l'erreur ſur la portion ou la quantité, *la même.*
De l'erreur faite par l'Ecrivain, 274
A qui appartient le legs ou la ſucceſſion, lorſqu'il eſt annullé par l'erreur, *la même.*
Eſclaves. Si les eſclaves peuvent être témoins aux Teſtamens, 133
Si ceux qui ſont faits eſclaves par les Turcs peuvent teſter, 150
Si les eſclaves peuvent teſter, 163, 164
S'ils ſont capables des liberalitez teſtamentaires, 321
Etrangers. Ce que c'eſt, 360
Etat. Si ceux qui ſont incertains de leur état peuvent teſter, 176
Quelles ſont les perſonnes qui peuvent être incertaines de leur état, *la même.*

Si l'état des enfans qui ont été régardez comme légitimez par mariage ſubſéquent, peut être attaqué après la mort de leurs pere ou mere, 447, 448
Si l'état de légitimité peut être acquis par preſcription, 447
De l'indignité pour avoir intenté une queſtion d'état au Teſtateur, 517
Etrangers. S'ils peuvent être témoins aux Teſtamens, 132
Etrangers naturaliſez peuvent teſter, 178
Evêques. S'ils peuvent autoriſer des Communautez, 328
Si le Religieux devenu Evêque peut teſter, 188
Eunuques. S'ils peuvent teſter, 151
Excommuniez. S'ils peuvent être témoins aux Teſtamens, 132
S'ils peuvent teſter, 146
S'ils peuvent recevoir par Teſtament, 323
Exécuteur teſtamentaire qui collude avec des heritiers, s'il eſt déchu du legs, 592
Quid de celui qui refuſe la charge d'Exécuteur teſtamentaire, *la même.*
Exherédation. Enfans chez les Hebreux ne pouvoient être exherédez, 8
Ils ne pouvoient s'abſtenir de l'herédité de leur pere, *la même.*
Exilez. S'ils peuvent teſter, 151

F

FAIT d'un des heritiers ne nuit pas aux autres, 521, 541
Celui du pere ne nuit aux enfans, *& vice verſâ.*
Falcidie. Si l'heritier qui tâche de rendre inutile le fideicommis doit être privé de la falcidie, 554
Quid du ſucceſſeur *ab inteſtat* qui recueille, à cauſe de l'indignité de l'heritier, 586
Ou de l'heritier qui s'eſt chargé de rendre à un incapable, 586, 587
Familiæ erciſcundæ. Explication de la Loi derniere, *cod. familiæ erciſcundæ,* 33
Fauſſe condition. Voyez *Condition.*
Fauſſe cauſe. Voyez *Cauſe.*
Fauſſe démonſtration. Voyez *Démonſtration.*
Faux. De l'indignité pour avoir impugné de faux le Teſtament, 538 *& ſuiv.* 540
Du témoin qui dépoſe contre le Teſtament argué de faux, 539
Des heritiers qui impugnent de faux le codicile, 540
De l'indignité de celui qui fabrique un faux Teſtament, 542
Femmes. Si les femmes peuvent être témoins aux Teſtamens, 132
Si les femmes peuvent teſter lorſqu'elles ſont en la puiſſance de leurs maris, 145
Si la femme qui ſe remarie avec l'ennemi capital de ſon mari, eſt indigne, 511
Si la femme qui ſe charge d'un fideicommis tacite eſt excuſable, 588
Si l'indignité de la femme pour malverſation ou autre cauſe, fait obſtacle à ſes parens, 509, 511
Liberalitez faites à la femme indigne, à qui doivent appartenir, *la même.*
Si la femme accuſée d'avoir tué ſon mari, peut accepter ſon herédité, 598
Si les femmes qui ne vengent point la mort de ceux dont ils reçoivent quelque liberalité, encourent indignité, 610, 612
Fideicommis. Voyez *Subſtitution.*
De la capacité pour les fideicommis univerſels, 303, 304

Dans les fideicommis purs, 304
La regle Catonienne a lieu aux fideicommis universels, *la même.*
La maxime *le mort saisit le vif* a lieu aux fideicommis, pour l'acquisition du droit & la transmission, *la même.*
Quid du fideicommis conditionnel, *la même.*
Du fideicommis fait sur l'interrogat d'autrui, 265
Si le fideicommis tacite se présume, 463
Si le fideicommissaire qui procure la mort au grevé est indigne, 517
Ce qui caracterise le fideicommis tacite, 562 & 573
Par quelles preuves le fideicommis tacite peut être établi, 579 & *suiv.*
Si la parenté de l'heritier avec l'incapable peut faire présumer le fideicommis tacite, *la même.*
S'il y a indignité lorsque le fideicommissaire se trouve capable lors de l'échéance du fideicommis, 583
Quid si le fideicommissaire qui étoit capable lors de la disposition, devient incapable dans la suite, *la même.*
Pour que l'indignité ait lieu, il faut que la fraude se conjoigne avec l'évenement, *la même.*
Si celui qui prête son ministere, pour un fideicommis tacite, doit être privé de ce qu'il a reçu au-delà des biens du fideicommis tacite, 562 *& suiv.* 584 *& suiv.*
Si lorsqu'il y a fideicommis tacite de l'herédité, les autres dispositions du Testament doivent être exécutées, 586
L'indignité pour fideicommis tacite fait aussi perdre les fruits, 587
Quid des interêts des fruits, *la même.*
Le fils qui se charge d'un fideicommis tacite par l'ordre de son pere, est excusé de l'indignité, 587
Quid du fils majeur émancipé; du mineur; du rustique; de la femme, & du Soldat, 588
Si lorsqu'un heritier s'est chargé d'un fideicommis tacite de ce qu'il devoit recueillir en vertu d'un premier Testament, l'indignité subsiste, quoiqu'il y ait un second Testament; 589
Du grevé de fideicommis qui refuse d'accepter l'herédité, & qui y est forcé par le fideicommissaire, de quoi il est privé, 597
Si la réception du fideicommis empêche l'heritier de faire la poursuite de l'indignité, 613
Filles. Si elles peuvent servir de témoins aux Testamens, 132
Si l'on peut donner à la fille qui a été renduë enceinte, 415
Fils de famille, s'ils peuvent tester, 166 *& suiv.* 171 *& suiv.* 175
Si un fils de famille peut être émancipé pour tester seulement, 167
S'il peut tester en faveur de la cause pie, avec le consentement de son pere, 168
Usage de quelques Parlemens à ce sujet, 169
Le Prince peut dispenser le fils pour tester, 176
Fils qui use de violence envers son pere pour le forcer à tester, comment peut être puni, 236
Fisc. Si les biens ôtez à celui qui est indigne, sont adjugez au fisc, 236, 237, 358, 374, 416, 463, 484, 485, 486, 542, 558.
Si l'utilité du fils a fait introduire l'indignité, 484, 485
Dans le doute il faut juger contre le fisc, 486
Les décisions du Droit Romain en

faveur du fisc, doivent s'appliquer parmi nous aux successeurs *ab intestat*, 586
Flandres. Si les Flamans sont sujets au Droit d'aubaine, 178
Foires de Lyon. Ceux qui les fréquentent non sujets au Droit d'aubaine, 178
Formalitez. Les formalitez des Testamens sont comme des conditions attachées à la faculté de tester, 21
L'omission de la moindre formalité l'annulle, 22
Combien d'especes de formalitez, 121
Frais. Si les mineurs peuvent être obligez de fournir aux frais de la poursuite de la mort de leur auteur commun, 610
Quid des rustiques, femmes & Soldats, *la même*.
Fraude, en fait de Testament, 239, 242
Si la fraude renferme le dol, 240
S'il peut y avoir de dol sans fraude, ou de fraude sans dol, 241
Signification du mot *Fraude*, *la même*.
Est un moyen de nullité des dispositions testamentaires, 242, 244
S'il se présume, 243
Ce qu'il faut considerer pour la preuve de la fraude, *la même*.
Si la fraude est couverte lorsque le Testateur survit, 244
Frere. S'il peut être témoin au Testament de son frere, 130, 134
Du frere qui ne révele pas le complot de la mort de son frere, 516, 589, 611
Freres Convers. Si les Freres Convers qui n'ont pas fait Profession peuvent tester, 189
Fruits. Du legs d'une certaine quantité de fruits qui naîtront d'un fonds, 282
De quel jour les fruits de la succession du pere doivent être restituez à l'enfant légitimé qui vendique la succession, 461
L'indignité résultante du fideicommis tacite fait aussi perdre les fruits, 587
Depuis quel tems l'heritier qui n'a pas vengé la mort du défunt par ignorance, doit les fruits, *la même*.
Dans quel cas l'indigne qui a perçu les fruits, les doit rendre, 485
Furieux. S'il peut tester, 220
S'il peut être témoin en un Testament, 133

G

Galeres. La condamnation aux Galeres perpétuelles est comparée à la condamnation *ad metalla*, 214
Gaules. Usage des Testamens dans les Gaules, 7
Genevois. S'ils sont sujets au Droit d'aubaine, 179
Gens de main-morte, s'ils peuvent tester, 164
S'ils sont capables des liberalitez testamentaires, 322
Grecs. Les Grecs peuvent avoir emprunté des Egyptiens l'usage des Testamens, 7
Loix des Romains empruntées des Grecs, *la même*.

H

Hebreux. La double portion étoit le lot de l'aîné chez les Hebreux, 6
Si les Hebreux avoient une liberté indéfinie de disposer par Testament, 6, 8
Les legs faits à des étrangers devoient

devoient revenir à la famille du Teſtateur, à l'année du Jubilé, *la même.*
Les Hebreux ne pouvoient pas teſter de nuit, *la même.*
Voyez *Teſtament.*
Enfans chez les Hebreux ne pouvoient pas être desheritez, 8
Ils ne pouvoient pas s'abſtenir de l'herédité de leur pere, *la même.*
Herétiques. S'ils peuvent teſter, 211, 212
S'ils peuvent être témoins aux Teſtamens, 131
S'ils peuvent recevoir par Teſtament, 324
Heritier. Le nom de l'heritier devoit être écrit de la main du Teſtateur, 24
Si le Teſtament où le Teſtateur dit qu'il fait heritier celui qui eſt écrit dans un tel papier eſt valable, 30
Si l'heritier inſtitué peut être témoin au Teſtament, 134
Celui qui n'eſt ni né ni conçu, ne peut être inſtitué heritier, 300, 319
L'inſtitution d'une perſonne à naître eſt conditionnelle, 301
Des perſonnes qui peuvent être inſtituées heritieres, 313 *& ſuiv.*
On peut inſtituer heritier une perſonne que l'on n'a jamais vûë, 318
De l'incertitude de l'heritier, 365, 366
De l'heritier qui écrit lui-même la diſpoſition faite en ſa faveur, 365, 368. Voyez *Ecrivain.*
Le fait d'un des heritiers qui empêche de teſter ne nuit pas aux autres, 521
Si l'heritier qui accepte l'herédité en vertu d'un Teſtament nul, eſt cenſé renoncer à l'utilité d'un Teſtament valable antérieur, 534
Si l'heritier qui tâche de rendre inutile le fideicommis, doit être privé de la falcidie ou trebellianique, 554
Si les déciſions du Droit Romain en faveur du fiſc, doivent s'appliquer parmi nous, aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, 586
Heritier privé de l'herédité par indignité, n'eſt plus tenu des dettes heréditaires, 587
Depuis quel tems l'heritier qui n'a pas vengé la mort du défunt par ignorance, doit les fruits, 587
De l'heritier qui a laiſſé mourir par ſa faute le défunt, 589
Des autres cas où l'heritier encourt indignité par ſa faute, 589 *& ſuiv.*
De l'heritier qui n'exécute pas la volonté du défunt, 591
De l'heritier qui diſpoſe des biens d'une perſonne vivante, 561
Des heritiers qui négligent de venger la mort du défunt, 596 *& ſuiv.* 610 *& ſuiv.* Voyez *Mort.* Voyez *Indignité.*
Si lorſque l'heritier eſt privé de l'herédité par indignité, les actions éteintes par confuſion, ſont rétablies, 599
Hermaphrodites. S'ils peuvent être témoins aux Teſtamens, 132
S'ils peuvent teſter, 144
Hermites. S'ils peuvent teſter, 146
Homicide de ſoi-même. Si le Teſtament de celui qui s'eſt tué volontairement eſt valable, 211
Homicide. Si celui qui a cauſé la mort à quelqu'un peut lui ſucceder ou recueillir les liberalitez que le défunt lui avoit faites, 497 *& ſuiv.*
Quid du meurtre ou homicide cauſé pour adultere, 500
Quid de l'homicide néceſſaire, 501
Celui qui a commis l'homicide ne peut ſucceder médiatement à l'homicidé, 513. Voyez *Indignité.*

Hôpitaux, ſont capables de liberalitez, 339
A quel Hôpital doit appartenir la liberalité quand le Teſtateur n'en a déſigné aucun, *la même.*

I

Jacob. Les bénédictions qu'Iſaac donna à Jacob ſon fils, ſont des diſpoſitions teſtamentaires, 5
Diſtribution par Jacob, de ſes biens à ſes enfans, *ibid.*
Jeſuites. S'ils peuvent teſter, 194, 195
Etat des Jeſuites avant le dernier vœu, 194
Auteurs qui parlent des trois vœux des Jeſuites, 196
Ceux qui ſont au Noviciat ne peuvent teſter qu'avec la permiſſion des Superieurs, *la même.*
Si les Jeſuites ſont capables de liberalitez teſtamentaires, 363
Imbécile. S'il peut teſter, 220
Imbécilité & tout autre vice doivent être prouvez par ceux qui les alleguent, 221
Cette preuve peut être faite, quoique le Teſtament porte que le Teſtateur étoit en ſon bon ſens, *la même.*
Si les imbéciles peuvent être témoins aux Teſtamens, 133
Impuberes. S'ils peuvent teſter, 218, 219
S'ils peuvent être témoins aux Teſtamens, 133
Si un impubere peut écrire le Teſtament qui contient des diſpoſitions en ſa faveur, 372
Incapable. Incapacité. On ne peut pas argumenter de l'incapacité active à l'incapacité paſſive, 297
Ce que c'eſt qu'incapacité, 357, 359
En quel tem elle doit ſe vérifier, 358
Quels ſont les cas de l'incapacité reſpective, 359, 401
Quelles ſont les perſonnes dont l'incapacité eſt abſoluë, 359
Ce qui eſt dit de l'incapacité de teſter doit s'appliquer à l'incapacité de recevoir, 364
L'incapacité ne doit pas être confonduë avec l'indignité, 482
Si l'on peut ſubſtituer à un incapable, 358
L'incapable n'eſt point ſaiſi de plein droit, 483
Differentes queſtions au ſujet de Teſtamens, contenant inſtitution de perſonnes incapables, 487, 488, 489
L'incapacité ne ſe préſume point, 496
Incertitude. De l'incertitude du Légataire ou de l'heritier, 365 & *ſuiv.*
Si l'incertitude vicie les diſpoſitions faites en faveur de la cauſe pie, 367
Inceſte. Si les enfans nez d'un mariage inceſtueux, ſont capables de recevoir des liberalitez de leurs parens, 434, 435
Indigne. Indignité. De l'indignité de recevoir par Teſtament, 292, 358
Ce que c'eſt, 482
A qui appartient ce qui eſt ôté à l'indigne, 236, 358, 482, 522. Voyez *Fiſc.*
L'indignité ne doit pas être confonduë avec l'incapacité, 482
Indigne eſt ſaiſi de plein droit, 483
Si en acceptant il confond ſes créances, *la même &* 485
Si dans le cas de l'indignité on doit prononcer la caſſation de la diſpoſition ou déclarer la privation, 483

En quoi le Droit François a dérogé au Droit Romain touchant l'indignité, 484
Dans quel cas l'indigne doit rendre les fruits, 485
Des sources de l'indignité, 496
Si l'indignité encouruë pour le meurtre commis réflechit sur les enfans, ascendans ou collateraux, 497 & *suiv.* 501, 502 & *suiv.* 505 & *suiv.*
Celui qui est déclaré indigne, doit être consideré tout de même que s'il n'avoit jamais recueilli, 505
Si l'indignité de la femme fait obstacle à ses parens, 509
L'indigne pour homicide ne peut succeder médiatement au meurtri, 513. Voyez *Heritier. Succession.*
L'indignité ne se communique pas d'une personne à une autre, 515
L'indignité du mari ne nuit pas à sa femme, *la même.*
L'on est aussi indigne quand on est complice, 516
L'indignité peut encore être encouruë par faute ou négligence, *la même.*
Si celui qui tuë quelque parent du Testateur est indigne, 517
Autres cas d'indignité, *la même.* & 518, 528, 538, 542, 549, 551, 555, 557, 558, 589.
On n'encourt pas l'indignité par les complaisances & les flateries, 518
Indignité pour avoir demandé la possession *contrà tabulas*, hors d'usage en France, 547
Si celui qui a reçu le legs peut opposer l'indignité à l'heritier institué, *ibid.* Voyez *Légataire.*
La mort n'efface pas l'indignité, 550
Indignité de celui qui donne les biens d'une personne vivante dont il est heritier présomptif, 561
Dans le doute, on doit exclure l'indignité, 584
Des cas où l'indignité a lieu par la négligence de l'heritier, 589 & *suiv.*
Indignité de ceux qui négligent d'avoir soin de leur bienfaiteur, 589
De l'indignité par l'ouverture du Testament avant d'avoir mis à la question & fait punir les esclaves qui avoient tué le défunt, 595
De l'indignité de ceux qui négligent de poursuivre la vengeance de la mort du défunt, 596 & *suiv.*
Si l'heritier devient indigne quand il a été prévenu par un autre, 601
Dans quel délai il doit former l'accusation, pour ne pas encourir l'indignité, 602
S'il est nécessaire qu'il ait été interpellé par les parens du défunt, ou par le Juge, 604
S'il faut qu'il y ait des preuves du meurtre afin que l'heritier qui n'a point fait ses diligences, puisse être déclaré indigne, *la même.*
S'il suffit à l'heritier de rendre plainte, ou s'il faut qu'il poursuive jusqu'à Sentence diffinitive & sur l'appel, 605 & *suiv.*
S'il peut se contenter d'une dénonciation, 606
Si celui qui transige avec les coupables encourt l'indignité, 607
Volonté constatée par un acte imparfait ne suffit pas pour établir l'indignité, 495
L'indignité n'est pas présumée, elle est sujette à preuve, 496
Des cas où l'heritier n'encourt point indignité, quoiqu'ils ne vengent pas la mort de leur auteur, 610
Si la réception du fideicommis empêche l'heritier de faire la poursuite de l'indignité, 613

De l'indignité causée par la volonté du défunt, 613 & *suiv.*
Si l'indignité peut être poursuivie après la mort de l'indigne, 616
Si elle se peut prescrire, *la même. & suiv.*
De l'indignité entre personnes mariées, 619
Infâmes. S'ils peuvent être témoins aux Testamens, 133
Si les infâmes peuvent tester, 146
S'ils sont capables de recevoir par Testament, 342
Infideles. S'ils peuvent être témoins en Testamens, 131
Ingratitude. De l'indignité ou ingratitude, 518, 589 & *suiv.*
Inimitié. De l'indignité pour inimitié survenuë, 517
Injure. De l'indignité encouruë pour avoir injurié le Testateur, *la même.*
Insensé. S'il peut tester, 220
Le Testament fait dans l'état de bon sens n'est pas rompu par la démence survenuë, *la même.*
La sagesse des dispositions peut être un argument du bon sens du Testateur, 220
Si les insensez peuvent être témoins en Testamens, 133
Institution d'heritier. Voyez *Heritier.*
Institution universelle. Ceux qui sont capables des institutions universelles sont capables des legs, mais non *vice versâ*, 296
Quel tems on considere pour la capacité dans les institutions conditionnelles, 298, 299
Usage du Droit François sur la capacité, pour institutions conditionnelles, 300
Des institutions faites à Dieu, aux Martyrs & aux Saints, 330
Forme de l'institution captatoire, 250
Institution faite sous la qualité du fils du Testateur, est nulle lorsque la qualité se trouve fausse, 271
Quid du legs fait dans un pareil Testament, 272
De l'institution faite pour recueillir lorsqu'on en sera capable, 309
Si la nullité de l'institution influë sur les legs, 519
Interdit. S'il peut tester, 221, 222
Si l'interdiction survenuë annulle le Testament antérieur, *la même.*
Si l'interdit par Sentence revenant à resipiscence, reprend l'administration de plein droit de ses biens, ou s'il faut une Sentence qui leve l'interdiction, 222
Isaac. Les bénedictions qu'Isaac donne à Jacob son fils, sont des dispositions testamentaires, 5
Juges ne peuvent dispenser de la Loi, 210
Juifs. S'ils peuvent être témoins en Testamens, 131
S'ils peuvent recevoir par Testament, 324
Juifs, sont sujets au Droit d'aubaine, quoiqu'Habitans d'une Ville ou Province où il n'a point lieu, 178
Justice, dûë par le Roi & les Seigneurs à leurs Sujets & Justiciables, 610

L

LACEDEMONIENS. De l'étenduë de leur pouvoir de disposer par Testament, 8
Languedoc. Droit d'aubaine n'y a point lieu, 178
Lazare. Si les Peres de Saint Lazare peuvent tester, 191
Lecture. Si par le Droit Romain, il falloit faire mention de la lecture faite par le Testateur, de son Testament solemnel, 23
Legataire. Si les Légataires peuvent

être témoins aux Testamens, 129, 134
Ou ceux qui ont les Légataires en leur puissance, 129
De l'incertitude du Légataire, 365, 366
Du Légataire qui écrit lui-même la disposition faite en sa faveur, 365, 368
Comment on doit pourvoir aux interêts des Légataires que le Testateur empêché de tester vouloit gratifier, 526, 527
Si la réception du legs empêche le Légataire d'attaquer ensuite le Testament, 528, 543, 544
Si le Légataire qui expile l'hérédité, doit être privé du legs, 554
Légitimation. Si les enfans légitimez par rescrit sont comparez à ceux qui sont nez *ex legitimo matrimonio*, 34, 430
Ceux qui sont légitimez par un mariage contracté *in extremis* sont incapables d'une institution particuliere, 427, 438 *& suiv.*
Le mariage subsequent légitime aussi les petits-fils légitimez *ex filio præmortuo*, 441
Si pour produire la légitimation par le mariage subsequent, il faut qu'il y ait contrat de mariage, *la même.*
Si les enfans nez depuis le mariage peuvent s'opposer à cette légitimation, 442
Quels sont les cas où le mariage subséquent légitime, & quels sont ceux où il ne légitime pas, 442 *& suiv.*
Si l'on doit considerer le tems de la conception, ou celui de la naissance, 443 *& suiv.*
Si le mariage intermediaire fait obstacle à cette légitimation, 445
Condition requise pour la légitimation par le mariage subséquent, 442, 446
S'il faut mettre les enfans sous le poile afin que le mariage les légitime, 449
Comment on peut constater la légimation des enfans déja nez, *la même.*
De la légitimation par rescrit du Prince & de ses differentes especes, *la même & suiv.*
Des conditions requises pour la validité de cette légitimation, 450, 451
Si le mariage subsequent légitime les bâtards adulterins, *la même.* Voyez *Bâtards.*
De la légitimation *per oblationem Curiæ*, 452
Conditions requises par le Droit François, pour la légitimation par rescrit, 453
Où doivent être entérinées les Lettres de légitimation, 454 *& suiv.*
Si la légitimation par rescrit rend les enfans capables des successions universelles, 455
Si le consentement du légitimé ou des collateraux est nécessaire, 461
Si les ayeuls peuvent faire légitimer par rescrit leurs petits-fils bâtards, 462
Légitime. Si l'indignité fait perdre la légitime, 617 *& suiv.*
Légitimité. Si l'état de légitimité peut être acquis par prescription, 447
Legs. Le Prophete Ezechiel parle d'hérédité & de legs, 5
Le mot *Legatum* caracterise la disposition testamentaire, *ibid.*
Ceux qui sont capables des legs ne sont pas toujours capables des institutions, 296. Voyez *Capacité.*
Ressemblances & differences entre le legs & la donation à cause de mort, 312
Des personnes qui peuvent être Légataires, 313, *& suiv.* 344. Voyez

Communautez Religieuses. Voyez *Religieux.*
Du legs fait sur l'interrogat d'autrui, 265
Du legs fait par un Testament où l'institution est nulle à cause de l'erreur, 272
Du legs d'une somme *tanquam corpus loco circumscriptum*, 278
Legs de dix mesures de vin d'un tel tonneau ne vaut que pour ce qui s'y trouve, 279
Du legs d'une somme dûë par un tiers, *la même.*
Du legs fait par le mari à sa femme de ce qu'elle lui a apporté en dot, sans exprimer les choses, *la même.*
Quand le corps de la dette est legué, l'heritier en est quitte en cedant au Légataire l'action du Testateur, 280
Si avant la cession le Légataire peut intenter l'action utile, *la même.*
Du legs d'une somme certaine dûe par le Légataire, 280, 283
Du legs d'une certaine quantité de fruits qui naîtront d'un fonds, 282
Regle pour connoître si le legs est démonstratif, 282, 289
Du legs conçu en ces termes : Je legue à Titius cent écus que je lui dois, 283
Du legs d'une somme fixe dûe par le Testateur à un tiers, *la même.*
Du legs d'une somme à prendre sur un tiers, 284
Si dans le cas d'un legs démonstratif, le Légataire doit discuter la personne indiquée pour le payement, 284
Textes qui décident pour la discussion de l'assignat dans le legs annuel, 285
De même dans le legs d'une somme une fois payée, 286
Du legs annuel à prendre sur un certain fond, 288
Du legs une fois payable à prendre sur les revenus d'un fonds, *la même.*
Dans le doute le legs est présumé plutôt démonstratif que limitatif, 290
Regle pour connoître si le legs est fait comme un corps ou comme une quantité, *la même.*
Si les legs pour alimens ou en faveur de la cause pie, avec assignat, sont sujets aux mêmes regles que les legs avec assignat, 290
De la capacité requise pour recueillir des legs, 292 *& suiv.* 310. Voyez *Capacité.*
Du legs conditionnel, 309
Si la réception du legs empêche le Légataire d'attaquer le Testament, 528 *& suiv.* 543
Du Légataire qui procure la mort au Testateur, 497 *& suiv.*
Si la nullité de l'institution influe sur les legs, 519
Leon, Empereur. Ses Novelles n'ont pas force de Loi, 177
Lettre missive, ne peut servir à prouver l'indignité par le changement de volonté, 614
Lettres. Des Lettres fideicommissaires ; de leur effet suivant le Droit Romain, & de leur abrogation, 113 *& suiv.*
Lettres de naturalité. Voyez *Naturalité.*
Lettres de légitimation. Voyez *Légitimation.*
Leze-Majesté. Si les enfans mâles de ceux qui ont été condamnez pour crime de leze-Majesté, sont capables des effets civils, 365
Quid des filles, *la même.*
Libelle diffamatoire. Si ceux qui étoient déclarez intestables par le Droit Romain pour libelles diffamatoires perdoient la faculté de tester, 217

Quid en France, 217
Liberté. De la liberté requiſe pour teſter, & des défauts contraires qui peuvent annuller les diſpoſitions, 224 *& ſuiv.*
Circonſtances à examiner pour juger ſi la liberté a été ôtée ou diminuée, 226
Du legs de la liberté, 308
Libonien. Voyez *Senatus-Conſulte Libonien.*
Lorrains. S'ils ſont ſujets au Droit d'aubaine, 179
Loy. Les Loix des Romains empruntées des Grecs, 7
De la faculté de teſter ſuivant la Loi des douze Tables, *la même.*
Explication de la Loi derniere au code *familiæ erciſcundæ*, 33
Si la Loi 21, §. 1, au code *de Teſtam.* qui parle du Teſtament imparfait, doit s'entendre, tant du Teſtament écrit que du nuncupatif, 35
Les Juges ne peuvent diſpenſer de la Loi, le Prince ſeul le peut, 210, 211
Si les Loix Canoniques ont quelqu'empire ſur le temporel en France, 54
Si les Loix pénales peuvent être appliquées d'un cas à l'autre, 431
Lyon. Voyez *Foires* de Lyon.

M

Magistrat. Si le Magiſtrat qui a été privé de ſa Charge peut teſter, 152
Main-mortables. S'ils peuvent teſter, 165, 166
Malade. Diſpoſition d'un malade en faveur de ſon Medecin, Apoticaire, ou Chirurgien, eſt préſumée extorquée, 235
Maladie du corps n'eſt pas miſe au rang des incapacitez de teſter, 145
Mari. Du legs fait par le mari à ſa femme, de ce qu'elle lui a apporté en dot, ſans exprimer les choſes, 279
Ou une certaine ſomme, ou un fonds qu'elle a apporté en dot, 288
Si le mari peut être témoin au Teſtament de ſa femme, 131
S'il peut écrire le Teſtament de ſa femme, 368, 372
Si l'indignité du mari nuit à ſa femme, 515
Si le mari eſt obligé de venger la mort du défunt contre ſa propre femme, *& vice versâ*, 612
Mariage. Si les perſonnes dont le mariage eſt nul peuvent recueillir les liberalitez qu'ils ſe ſont faites, 416
Du mariage contracté au préjudice d'un empêchement ignoré par l'un des mariez, 435
Des mariages clandeſtins, 436
Quels ſont les mariages incapables de produire les effets civils, 437
Le Roi a droit de diſpenſer des Loix civiles ſur le mariage, 449
Indignité de ceux qui ſe marient contre la prohibition des Loix, 557
Indignité des fils, filles, ou veuves mineurs qui ſe marient ſans le conſentement de leurs parens, 558
Pluſieurs obſervations ſur cette matiere, 559 *& ſuiv.*
De l'indignité des femmes qui ſe remarient dans l'an du deuil, 556
Si la femme qui ſe remarie à l'ennemi capital de ſon mari, encourt indignité, 511
Martyrs. Des inſtitutions & liberalitez faites aux Martyrs, 330
Matelots. Si les Matelots étrangers ſont ſujets au Droit d'aubaine, 179

Medecin, ne peut recevoir de ſon malade par Teſtament, 235
Arrêt du Parlement de Toulouſe, qui a confirmé une diſpoſition teſtamentaire faite par une malade en faveur de ſon Medecin, 402
Mere. De la mere qui écrit le Teſtament de ſon fils, ou la fille celui de ſa mere, 373
Si l'indignité de la mere fait obſtacle aux parens maternels du défunt, 511
Meurtre. Voyez *Homicide*.
Milanez. Si les Habitans du Milanez ſont ſujets au Droit d'aubaine, 178
Mineur. S'il peut teſter, 218, 219 145, 146
S'il peut être témoin en un Teſtament, 133
Diſpoſition d'un mineur en faveur de ſon Tuteur, préſumée extorquée, 235, 401
Si la minorité excuſe de l'indignité pour fideicommis tacite, 588
Ou pour n'avoir pas tiré de Priſon ſon bienfaiteur, 590
S'ils doivent contribuer aux frais de la pourſuite de la mort de leur auteur, 610
Mode. Si la fauſſeté du mode ajouté à la diſpoſition la vicie, 278
Moines. S'ils peuvent teſter, 182 *& ſuiv.*
S'ils ſont capables de recevoir, 336 *& ſuiv.* 363. Voyez *Religieux*.
Mort. Si ceux qui ſont condamnez à mort naturelle ou civile, peuvent teſter, 152, 196 *& ſuiv.* 216
Conditions requiſes afin que la condamnation à mort naturelle ou civile, puiſſe produire l'incapacité de teſter, 199, 200
Si la mort civile eſt encourue avant l'exécution de la condamnation, 202
Quid de la condamnation par contumace. Voyez *Contumace*.
La condamnation qui emporte mort civile, annulle le Teſtament antérieur, 211
Des condamnations qui n'emportent pas mort civile, 216
Des cas où ceux qui emportent mort civile peuvent teſter, 216, 217
Si ceux qui ſont morts civilement peuvent être témoins aux Teſtamens, 133
S'ils peuvent recevoir par Teſtament, 364
Si celui qui procure la mort du Teſtateur peut lui ſucceder, 497 *& ſuiv.* Voyez *Indignité*. Voyez *Homicide*.
Indignité de ceux qui négligent de venger la mort du défunt, 596 *& ſuiv.*
Sur quelles perſonnes tombe la néceſſité de venger la mort du défunt, 597 *& ſuiv.*
Si lorſque les heritiers au ſecond dégré ont vengé la mort ſur la négligence des premiers, ils doivent profiter de l'herédité, 598
Des cas où l'indignité n'eſt pas encourue, quoique la mort du défunt ne ſoit pas pourſuivie, 610
Si les mineurs peuvent être obligez de fournir aux frais de la pourſuite, *la même*.
Si la pauvreté des heritiers les excuſe, 613
Muets. S'ils peuvent teſter, 52, 53, 223
S'ils peuvent être témoins aux Teſtamens, 133

N

NATURALITE'. Etrangers qui ont obtenu des Lettres de naturalité,

turalité, peuvent teſter en France, 178
S'ils ſont capables des effets civils, 361
Si d'autres que le Roi peuvent naturaliſer, *la même.*
Formalité de la naturaliſation, *la même.*
Si un étranger naturaliſé redevient aubain quand il quitte la France, 362
Du droit de naturalité acquis par les Habitans des Provinces conquiſes, 363
Navarre. Si les Navarrois ſont ſujets au Droit d'aubaine, 178
Nôces, ſecondes nôces. Uſage de la France ſur les peines du convol dans l'an du deuil, 375
Si la femme remariée dans l'an du deuil, eſt capable de liberalitez entre-vifs, 376, 556, 557
Noé. Du Teſtament de ce Patriarche, 3
Paſſage de Cedrenus ſur le Teſtament du Patriarche Noé, 4
L'Ecriture Sainte ne parle point de ce Teſtament, *ibid.*
On regardoit comme héretiques ceux qui doutoient de la réalité de ce partage, *ibid.*
Notaire. Du Teſtament fait pardevant Notaires, 72, 73
Conditions requiſes pour leur validité, 73
Lorſqu'il eſt fait devant deux Notaires, ils peuvent écrire chacun à leur tour, partie du Teſtament, 73
Notaires, ſont capables de recevoir toutes ſortes d'actes, 91
Si les Notaires Apoſtoliques peuvent recevoir des Teſtamens, *la même.*
Si les Notaires peuvent ſigner les Teſtamens qu'ils reçoivent hors la preſence du Teſtateur, 262
Novelles. Les Novelles de l'Empereur Leon n'ont pas force de Loi, 177
Novices. Si les Novices peuvent être témoins aux Teſtamens, 133
S'ils peuvent teſter, 147, 148
Si les Novices peuvent donner aux Convens où ils doivent entrer, où dans leſquels ils ont fait Profeſſion, 338, 339

O

OFFICES. Si les bons offices excluent la liberté de volonté, 11, 227, 250, 251
Officiers de Juſtice. Des Teſtamens reçus par les Officiers de Juſtice ou municipaux, 74
S'ils doivent obſerver les mêmes formalitez que les Notaires, *la même & 92*
Officiers des Troupes. S'ils peuvent recevoir des Teſtamens, 92
Oratoire. Si les Peres de l'Oratoire peuvent teſter, 192
Otages. Si ceux qui ſont donnez en ôtages peuvent teſter, 150
Ouverture. De l'ouverture des Teſtamens ſolemnels, 95
Pourquoi cette ouverture eſt néceſſaire, *la même.*
Comment ſe faiſoit cette ouverture & par qui, ſuivant le Droit Romain, 96, 98
Si l'incompetence du Juge qui fait l'ouverture produit une nullité, 96
Comment ſe fait cette ouverture en France, *la même & 97*
De l'ouverture des codiciles, 98
Toute perſonne peut demander cette ouverture, 98

P

PAPE. S'il peut autoriſer des Communautez, 328

Si ceux qui demeurent dans l'étendue de ſes Etats ſont ſujets au Droit d'aubaine en France, 179
S'il peut diſpenſer les Religieux pour faire Teſtament, 185, 186
Ne peut toucher au temporel, 185
Parens. Si pluſieurs parens peuvent être témoins au même Teſtament, 130
Si les parens collateraux du Teſtateur peuvent être témoins au Teſtament, 131
Ou les parens de l'heritier, *la même.*
Si les parens qui conſentent au ſecond mariage de la veuve dans l'an du deuil, doivent recueillir ce qui eſt ôté à cette femme, 556, 557
Si l'indignité de la femme fait obſtacle à ſes parens, 509
Si des parens ſont obligez de pourſuivre contre d'autres parens, la mort de leur auteur, 612
Partage. Du partage du pere entre ſes enfans, 45 *& ſuiv.* 82
Patriarches. Des Teſtamens des Patriarches, & des Auteurs qui en ont parlé, 3
Le Livre des Teſtamens des Patriarches eſt apocriphe, *ibid.*
Pauvres. Des diſpoſitions faites en faveur des Pauvres, 340
A qui doivent appartenir lorſqu'elles ſont faites aux Pauvres, ſans autre déſignation, *la même.*
Pecule caſtrenſe ou quaſi-caſtrenſe, ce que c'eſt, 171, 173
Le fils de famille en peut diſpoſer par Teſtament, *la même.*
Quels biens ſont compris dans le pécule caſtrenſe, 172
Quelles perſonnes peuvent avoir un pécule caſtrenſe, 171, 172
Des biens qui entrent dans le pécule quaſi-caſtrenſe, 173
Qui ſont ceux qui en peuvent avoir, 174, 175
Peines. Quelles étoient les peines capitales chez les Romains, 213
Des peines pratiquées en France, 214
Peine doit ſuivre le coupable, 504
Pere. S'il peut être témoin au Teſtament de ſon fils, 130, 134
Perſuaſion. Toute perſuaſion n'eſt pas défenduë, 258. Voyez *Careſſes, Offices, Services.*
Peſte. Du Teſtament en tems de peſte, 50, 84 *& ſuiv.*
Phréneſie. Si celui qui eſt en phréneſie peut teſter, 220
Piémontois. S'ils ſont ſujets au Droit d'aubaine, 179
Pirate. Si ceux qui ont été pris par des Pirates peuvent teſter, 150
Plainte d'inofficioſité. Voyez *Querelle.*
Poſthumes. S'ils ſont capables de liberalitez, 318
Preſcription. Si l'état de légitimité peut être acquis par preſcription, 447, 448
Si la preſcription du crime emporte avec elle l'indignité, 514, 616
Preſens. Si les diſpoſitions teſtamentaires attirées par des preſens, ſont valables, 251
Préterition des enfans, anéantit le Teſtament du pere, 545
Préteur. Du Droit du Préteur chez les Romains, 8
Nouvelle forme de Teſtament, introduite par le Préteur, 13
Prêtres. Si les Prêtres qui vivent en Congrégation peuvent teſter, 191
Quid des Prêtres de Saint Lazare, *la même.*
Preuve par témoins du Teſtament nuncupatif, & du militaire, abrogée, 30, 32
De la preuve du Teſtament nuncupatif non écrit, 102 *& ſuiv.*
De la preuve de l'empêchement

de tester, 520, 521
De la preuve du concubinage, ou de l'adultere, pour établir l'indignité, 555
Par quelles preuves le fideicommis tacite peut être établi, 579 *& suiv.*
Si l'indignité par la volonté du défunt, se peut prouver par lettres missives, 614
Prieres. Si elles annullent les dispositions testamentaires, 227
Prisonniers. Si les Prisonniers de Guerre peuvent tester, 149
S'ils peuvent recevoir par Testament, 323
De celui qui refuse de tirer de prison son bienfaiteur, 590, 591
Procuration, Procureur. Si l'on peut tester par Procureur, 22
Prodigue. S'il peut tester, 221
S'il peut être témoin en Testament, 133
Profession Religieuse. Condition requise pour qu'elle rende incapable de tester, 188, 189
Procureur, qui a occupé contre un Testament argué de faux, encourt indignité, 539
Puberté. A quel âge s'acquiert, 145
Puissance paternelle. On ne la considere plus aujourd'hui pour la maniere de déferer la succession aux enfans, 302
La puissance paternelle est indivisible, 168
De son effet en Pays Coutumier, 176

Q

Qualitez. Si les qualitez nécessaires pour tester sont présumées, ou s'il est nécessaire de les prouver, 141
Quarte Falcidie. Voyez *Falcidie.*
Quarte Trebellianique. Voyez *Trebellianique.*
Querelle d'inofficiosité. Si elle a lieu en Pays Coutumier, 343
De l'indignité pour avoir intenté la plainte d'inofficiosité, 542 *& suiv.*
Dans quels cas la plainte d'inofficiosité pourroit être intentée suivant le Droit Romain, 545
Suivant l'esprit du Droit nouveau, il n'y a qu'un seul cas où la plainte d'inofficiosité ait lieu, 546
Question. Dans quels cas cette peine est ordonnée en France, 596

R

Recelé. Si le Légataire qui commet quelque recelé doit être privé du legs, 554
De l'indignité pour avoir récelé des effets héréditaires, 551
Reconnoissance. De la reconnoissance des Testamens olographes en Pays de Droit écrit ou dans les Coutumes qui ne les réputent pas solemnels, 107
Regle Catonienne, a lieu dans les institutions universelles, 298
Non dans les conditionnelles, 299
Elle a lieu dans les fideicommis universels, 304
Et dans toutes les dispositions pures, par Testament ou codicile, 304, 311
Cas où la regle Catonienne cesse, 306, 308
Regnicoles. Etrangers qui sont réputez Regnicoles en France, 178
Religieux. S'ils peuvent être témoins aux Testamens, 133
S'ils peuvent tester lorsqu'ils ont fait les vœux avant seize ans, 147, 182 *& suiv.*
Si les Religieux en particulier peuvent être instituez, 336 *& suiv.*

Si le Religieux devenu Evêque peut tester, 188
Religion Prétendue Réformée. Si ceux qui sont de cette Religion peuvent recevoir par Testament, 324
Si ceux qui sortent du Royaume pour fait de Religion, sont réputez aubains, 181, 182, 364
Renonciation à succession future. Fille qui a renoncé peut être rappellée, 325
Résomption. Si la nullité dans la procedure de résomption rend le Testament nul, 104
Retranchement de l'Edit des secondes nôces. Si c'est une incapacité personnelle, 410
Révocation. De la révocation des Testamens, 41 *& suiv.*
Romains. Rome. Les Romains ont emprunté leurs Loix des Grecs, 7
L'usage des Testamens étoit reçu avant la fondation de Rome, *la même.*
Les Romains devenus Maîtres des trois parties du Monde ont pû y introduire l'usage des Testamens, *la même.*
De l'étenduë de leur pouvoir de disposer par Testament, 8
Du Droit du Préteur chez les Romains, *la même.*
Du Droit des Novelles, *la même.*
Si les Habitans de Rome sont sujets au Droit d'aubaine en France, 179
Rustique, qui s'est chargé d'un fideicommis tacite, s'il est excusable, 588
S'ils encourent indignité lorsqu'ils ne vengent point la mort de leur auteur, 610

S

Saints. Des institutions & liberalitez faites aux Saints, 330
Savoyards. S'ils sont sujets au Droit d'aubaine, 179
Sceau. Voyez *Témoins*.
Senatus-Consulte Libonien. Si la peine établie par ce Senatus-Consulte a lieu en fait de Testament nuncupatif, 369, 370
Des cas où la peine du Libonien cesse, & où néanmoins la nullité a lieu, 372 *& suiv.*
Si ce Senatus-Consulte a lieu en Pays Coutumiers, 374
Serment purgatif en cas de fideicommis tacite, 580
N'exclut pas la preuve par témoins, 582
Arrêt à ce sujet,
Quid du serment décisoire, *la même.*
Services. Si ce sont des moyens capables pour faire présumer le défaut de liberté, & faire annuller le Testament, 11, 227, 250, 251, 518
Signature du Testament par le Testateur & les témoins, 14, 24, 126
Lorsque le Testateur écrivoit son Testament, il n'avoit pas besoin de le signer, 22
Les témoins devoient, en apposant leur seing, exprimer le nom du Testateur, 24
Cette formule n'est plus en usage, *la même.*
Societé. Si l'associé peut tester de sa portion des choses communes & indivises, 151
Voyez *Communauté*.
Soldats. L'ignorance des Loix est excusée aux Soldats, 31
Les Soldats testent comme ils peuvent & comme ils veulent, *la même.*
Les Soldats, peres de famille, peuvent tester militairement de tous

leurs biens, *la même.*
La disposition militaire est valable, de quelque façon qu'elle soit faite, pourvû qu'il en conste, 32
Usage du Parlement de Toulouse sur la preuve par témoins du Testament militaire, *la même.*
Si les Soldats condamnez pour délit militaire peuvent tester, 211, 217
Si les Soldats peuvent tester avant l'âge requis, 220
Si un Soldat muet peut tester, 223
Du Testament militaire, 87 & *suiv.*
Si par le Droit Romain les Soldats pouvoient donner à leurs concubines, 414
Privilege des legs faits par les Soldats, 362, 364
Si le Soldat est excusable en fait de fideicommis tacite, 588
Si le Soldat est excusé quand il néglige de venger la mort du défunt, *la même.*
Si les Soldats qui ne vengent point la mort de leur auteur, encourent indignité, 610
Sollicitations affectueuses. Si elles annullent les dispositions testamentaires, 227
Sourds. Si les sourds & muets de naissance peuvent tester, 52
Quid des sourds & muets par accident, 52, 145
Si celui qui est seulement sourd peut tester, *la même.* Voyez *Muet.*
Si les sourds peuvent être témoins au Testament, 133
Statut. Si les Coutumes prohibitives de s'avantager entre mari & femme forment un statut réel ou personnel, 411
Substitution. Si la condamnation à mort non exécutée donne lieu à l'ouverture du fideicommis, 202
De la capacité requise pour recueillir la substitution pupillaire, 305
De la substitution vulgaire comprise dans la pupillaire, lorsque le pupille décede avant le substituant, 305
De la capacité dans le cas de la substitution vulgaire expresse, 306
De la substitution faite à un incapable, 358
Si la caducité de l'institution d'un étranger annulle la substitution faite à un regnicole, 361
Si le fideicommissaire qui procure la mort à l'heritier grevé, est indigne du fideicommis, 517
Si le substitué pupillaire qui attaque l'état du pupille est indigne, *la même.*
Si le fideicommissaire qui impugne de faux le Testament est indigne du fideicommis, 540
Peine de l'heritier qui tâche de rendre inutile le fideicommis, 554
Si le substitué qui consent au second mariage de la veuve, doit recueillir ce qui est ôté à cette veuve, 557
Si le tuteur qui s'excuse perd la substitution pupillaire, 597
Succession. La succession des enfans est une continuation de proprieté, 302
On ne considere point aujourd'hui la puissance paternelle par la maniere de déferer la succession aux enfans, *la même.*
Si la femme qui malverse après l'an du deuil, est incapable de succeder à ses enfans ou à son mari par Testament, 378, 379
Arrêts du Parlement de Toulouse à ce sujet, 379, 397, 399
Si celui qui procure la mort au Testateur peut lui succeder, 497 & *suiv.* 512, 513. Voyez *Indignité. Homicide.*
Quid des enfans ou collateraux du

meurtrier, 501 & *suiv.* 514
La prescription du crime d'homicide ne rend pas le meurtrier capable de succeder, 514
Les enfans du meurtrier peuvent succeder médiatement au meurtri, *la même.* Voyez *Indignité.*
Celui qui a forcé le Testateur à tester, est indigne de lui succeder, 518
Quid de celui qui a empêché de tester, 520 & *suiv.* 525 & *suiv.*
Si celui qui est indigne pour accusation de faux peut succeder médiatement, 542
De l'indignité de succeder entre personnes mariées, 619
Suggestion, en fait de dispositions testamentaires, 244, 247 & *suiv.* 252
Dans quel cas la preuve de la suggestion est recevable, 248, 260, 261
En quoi la suggestion consiste, 252, 256
En quel cas la suggestion est un moyen de nullité, 253, 260
De quelle maniere les Coutumes parlent de la suggestion, 255
Avis des Auteurs dans les Coutumes qui n'exigent pas qu'il soit exprimé que le Testament a été dicté sans suggestion, 257
Suisses, ne sont point sujets au Droit d'aubaine, 179
Suscription. De l'acte de suscription, suivant le Droit Romain, 23

T

TEMOIGNAGE domestique en Testament, 130, 131
Si celui qui est incapable de porter témoignage, est incapable de tester, 140
Témoins. Sceau des témoins au nombre de sept, requis pour la validité du Testament solemnel en Pays de Droit écrit, 14, 27
De la signature du Testateur, & des témoins, *la même,* & 23
De leur assistance & de leur qualité, 23
Quels sont ceux qui ne peuvent être témoins, *la même.*
Un seul témoin qui manque ou qui n'est pas capable, annulle le Testament, *la même.*
Les témoins doivent être requis & priez; mais cela n'est plus nécessaire aujourd'hui, *la même.*
Ils doivent assister volontairement & non par force, *la même* & 232
Addition d'un huitiéme témoin, quand le Testateur ne signoit pas, 23
Retranchement des seings & des sceaux des témoins par la Novelle de l'Empereur Leon, 24
Si cette Novelle est suivie en France, *la même.*
Testament solemnel est valable, quoique les témoins en ignorent le contenu, 28
De la qualité des Témoins au Testament nuncupatif, 29
Combien il faut de témoins pour faire valoir les dispositions en faveur des personnes étrangeres mêlées avec les enfans, 39
Témoin ne peut écrire le Testament reçu par Notaire, 73
Si le Testament est nul quand quelque témoin est mort naturellement, ou civilement, avant l'ouverture, ou avant la résomption, 99 106
Si le Testament est nul quand quelqu'un des témoins est valablement reproché, 105
Regles sur la matiere des témoins testamentaires, 124 & *suiv.*
La capacité doit être considerée au tems du Testament, 125,

La capacité putative ſuffit, *la même.*
S'il eſt néceſſaire que le témoin entende la langue du Teſtateur, 125
Celui qui écrit le Teſtament peut être témoin, 126
Quelles perſonnes ſont capables d'être témoins, & quelles en ſont incapables, 128 *& ſuiv.*
Des perſonnes qui manquent des qualitez néceſſaires pour être témoins aux Teſtamens, 132
Des perſonnes qui ne peuvent être témoins aux diſpoſitions à cauſe de mort *ob infirmitatem conſilii*, 133
De ceux qui ſont exclus *ob vitium corporis*, *la même.*
De ceux qui ſont exclus *ob vitæ probra*, *la même.*
Si le témoin qui dépoſe contre le Teſtament argué de faux encourt indignité, 539
Teſtament. Ancienneté de la maniere de diſpoſer par Teſtament, 3
Des Teſtamens des Patriarches, & des Auteurs qui en ont parlé, *ibid.*
Ce qui a donné lieu à l'invention des diſpoſitions par Teſtament, *ib.*
Si l'uſage des Teſtamens eſt antérieur au déluge, *ibid.*
Du Teſtament de Noé, 3, 4
L'Ecriture Sainte prouve que les Teſtamens étoient en uſage avant la Loi de Moyſe, 4
Le Prince ne peut pas diſpoſer par Teſtament des biens de ſes ſujets, 5
Si les Hebreux avoient une liberté indéfinie de diſpoſer par Teſtament, 6
Les peres pouvoient diſpoſer par Teſtament en faveur de leurs enfans, comme ils jugeoient à propos, *ibid.*
Les Hebreux ne pouvoient pas teſter de nuit, *ibid.*
L'établiſſement de l'uſage des Teſtamens chez les Hebreux, fait connoître de quelle maniere il s'eſt établi chez les autres Nations, *ibid.*
Les Hebreux peuvent avoir appris aux Egyptiens l'uſage des Teſtamens, 6
Les Légiſlateurs de la Grece peuvent en avoir emprunté l'uſage des Egyptiens, 7
L'uſage des Teſtamens étoit reçu chez les Romains avant la fondation de Rome, *ibid.*
De la faculté de teſter ſuivant la Loi des douze Tables, *ibid.*
Uſage des Teſtamens reçû dans toutes les Nations, *ibid.*
Uſage des Teſtamens dans les Gaules, *ibid.*
Difference parmi les Nations ſur l'étenduë du pouvoir de diſpoſer par Teſtament, 8
Du Teſtament ſuivant le Droit Romain, *ibid.*
Si l'origine des Teſtamens eſt du Droit des Gens ou du Droit civil, 9
Les Reglemens ſur la forme des Teſtamens, la capacité active ou paſſive & les autres conditions ſont du Droit civil, *ibid.*
Si la faculté de teſter peut être bornée, *ibid.*
Si l'on peut impoſer des formalitez qui ne ſoient pas du Droit des Gens, *ibid.*
Définition du Teſtament, 11, 141
La volonté eſt la baſe du Teſtament, *ibid.* Voyez *Volonté.*
Il doit être revêtu des formalitez de Droit, 11, 12
L'exécution du Teſtament n'a lieu qu'après la mort du Teſtateur, 11

Le Teſtateur a la liberté de révoquer ou changer ſon Teſtament, 11
Un Teſtament eſt une Loi Domeſtique, 12
Auteurs qui ont critiqué la définition du Teſtament donnée par la Loi, *ibid.*
Deux ſortes de Teſtamens pratiquez par les anciens Romains, 12
Forme du Teſtament *calatis comitiis*, *la même.*
La forme du Teſtament *in procinctu* eſt inconnuë, 13
Abrogation de ces deux eſpeces de Teſtamens, *la même.*
Teſtament *per æs & libram* mis à leur place, *la même.*
Inconveniens du Teſtament *per æs & libram*, *la même.*
Nouvelle forme de Teſtament introduite par le Préteur, *la même.*
Augmentation des formalitez du Teſtament par les conſtitutions des Empereurs, 14
Du Teſtament nuncupatif introduit par les Empereurs, *la même*, & 65
Du Teſtament militaire, 14
Deux ſortes de Teſtamens paganiques, retenues par le dernier uſage des Romains, *la même.*
Teſtament écrit ou ſolemnel, *la même.*
Teſtament nuncupatif, *la même.*
Teſtament militaire, *la même.*
Huit autres manieres de diſpoſer par Teſtament, retenuës par le Droit nouveau, *la même.*
Du Teſtament en faveur de la cauſe pie, 15
Les formalitez des Teſtamens ſont comme des conditions attachées à la faculté de teſter, 21
L'écriture eſt de l'eſſence du Teſtament ſolemnel, 22
S'il faut qu'il paroiſſe que le Teſtateur a dicté ſes diſpoſitions, 22, 76, 77
L'on ne peut point teſter par Procureur ou par le miniſtere d'autrui, 22
Lorſque le Teſtateur écrivoit ſon Teſtament, il n'avoit pas beſoin de le ſigner, 22
Le Teſtament peut être écrit par autre que par le Teſtateur, homme ou femme, libre ou eſclave, 23
Sur papier, parchemin ou autre matiere, *la même.*
Un ſeul témoin qui manque ou qui n'eſt pas capable, annulle le Teſtament, 23
Addition d'un huitiéme témoin quand le Teſtateur ne ſignoit pas, *la même.*
Teſtament doit être fait *uno contextu*, 27
Comment cela doit s'entendre, *la même.*
Si Teſtament ſolemnel nul vaut comme nuncupatif, 28
Le Teſtament eſt bon, quoique les témoins en ignorent le contenu, *la même.*
Formalitez du Teſtament ſolemnel doivent ſe regler aujourd'hui par la nouvelle Ordonnance, 28
Du Teſtament nuncupatif, *la même & ſuiv.* 75 *& ſuiv.*
S'il faut que le Teſtateur déclare qu'il veut teſter ſans écriture, 28
Si le Teſtament nuncupatif où le Teſtateur diroit qu'il fait heritier celui qui eſt écrit dans un tel papier, ſeroit valable, 30
Quid du Teſtament ſolemnel, *la même.*
Uſage du Parlement de Toulouſe ſur le Teſtament nuncupatif ſans écriture, 30, 66
Pour la validité du Teſtament nuncupatif, il faut obſerver les formalitez preſcrites par l'Ordonnan-

ce de 1735, 31
Du Teſtament militaire, *la même.* Voyez *Soldats.*
Du Teſtament *inter liberos*, 32 *& ſuiv.* 45 *& ſuiv.* 81 *& ſuiv.*
Quatre differens textes qui reglent la forme des Teſtamens *inter liberos*, 33
Si un Teſtament imparfait entre enfans bâtards ou légitimez eſt valable, 34
Quid d'un Teſtament imparfait en faveur d'un aſcendant, *la même.*
S'il y faut des témoins lorſque le pere ou tous les enfans ont ſigné, 37
Preuve qu'il n'a jamais été permis de teſter, *inter liberos*, par Teſtament nuncupatif imparfait, *la même.*
Les peres n'ont que deux moyens pour teſter valablement en faiſant un Teſtament parfait ſolemnel ou nuncupatif, 38
Ou par un écrit revêtu des formalitez preſcrites par la Novelle 18, chap. 7, *la même.*
Si un premier Teſtament *inter liberos*, peut être révoqué par un ſecond, 40
La ſimple déclaration que le Teſtateur fait, qu'il ne veut pas que ſon Teſtament vaille ſans diſpoſer de nouveau, ne le révoque pas, 41
Si le Teſtament imparfait entre enfans eſt révoqué par un ſecond Teſtament auſſi imparfait entre enfans, 43
Du Teſtament devant le Prince ou devant le Juge, 48
Du Teſtament *apud acta*, *la même, &* 49
Du Teſtament fait aux champs par perſonnes ruſtiques, 50
Du Teſtament en tems de peſte, *la même.*
Du Teſtament maritime, 58
A quelles perſonnes la faculté de teſter de cette façon eſt accordée, 59
Pour quels biens il eſt valable, *la même.*
Du Teſtament olographe, 60
Si le domicilié dans un Pays où le Teſtament olographe eſt de Droit commun, peut teſter en cette forme en Pays de Droit écrit, 61
Des Teſtamens reçus par perſonnes publiques, 72 *& ſuiv.*
Par quelles perſonnes ils peuvent être écrits, 73, 90
Des conditions requiſes pour leur validité, 73
Combien l'on peut diſtinguer d'eſpeces de Teſtamens dans les Pays de Droit écrit, 75
Du Teſtament miſtique ou ſolemnel, 76 *& ſuiv.*
Les perſonnes qui ne ſçavent pas lire ne peuvent pas faire de Teſtamens miſtiques, 80
Du Teſtament de celui qui ne peut point parler, mais qui peut écrire, *la même.*
Si le Teſtament olographe en faveur de la cauſe pie eſt bon dans les Pays du Droit écrit, 83
Teſtamens mutuels abrogez, 90
De l'ouverture, publication & enregiſtrement des Teſtamens ſolemnels, 95 *& ſuiv.*
Comment on peut pourvoir aux Légataires, quand le Teſtament eſt brûlé ou ſupprimé avant l'ouverture, 100
On ne doit point proceder à l'ouverture du Teſtament d'une perſonne vivante, *la même.*
De la preuve du Teſtament nuncupatif non écrit, 102
Si la nullité dans la procedure de réſomption rend le Teſtament nul, 104
Arrêt du Parlement de Toulouſe ſur cette queſtion, *la même.*
De la preuve du Teſtament militai-

re verbal, 107
De la reconnoiſſance des Teſtamens olographes, *la même.*
Regle pour diſtinguer les Teſtamens des codiciles, 110 *& ſuiv.*
Ce qu'on doit examiner pour juger de la validité d'un Teſtament, 118
Si les qualitez néceſſaires pour teſter ſont préſumées, ou s'il eſt néceſſaire de les prouver, 141
On ne peut pas ſe priver de la faculté de teſter, 142
Si l'on peut s'impoſer la Loi de ne point changer un premier Teſtament, *la même.*
Quelles ſont les perſonnes qui peuvent ou ne peuvent teſter, 144 163 *& ſuiv.*
Si les Teſtamens faits en Pays étranger doivent être admis en France, 151, 153
Si la faculté de teſter dépend de la nature des biens, 170
Celui qui a encouru la mort civile par une condamnation par contumace, ne peut pas teſter, même en faveur de ſes enfans, 210
Quoique le Juge lui ait permis, *la même.*
Teſtament fait par ceux qui n'ont pas la faculté de teſter, eſt nul, ſans aucun égard à la qualité des heritiers ou légataires, 223
Si les condamnez à mort civile ou naturelle peuvent teſter, 196
Voyez *Condamnez. Contumace. Mort.*
Du Teſtament de celui qui s'eſt tué volontairement, 211
De la liberté requiſe pour faire des Teſtamens, & des défauts contraires, qui peuvent annuller les diſpoſitions, 224 *& ſuiv.*
Du Teſtament fait ſur l'interrogat d'autrui, *la même*, 244 *& ſuiv.* 262, 265
Si un ſecond Teſtament parfait où un incapable eſt inſtitué, peut faire rompre un premier Teſtament parfait, 487, 488, 489
Si un premier Teſtament parfait où une perſonne capable eſt inſtituée heritiere, eſt rompu par un ſecond Teſtament valable où un incapable eſt inſtitué, 488, 490
Quid d'un premier Teſtament parfait par un ſecond imparfait, 488, 489, 495 *& ſuiv.*
Teſtament nul par préterition, contenant la clauſe révocatoire, rompt les précedens Teſtamens, 488, 496
De l'empêchement de teſter, qui produit l'indignité, 520 *& ſuiv.*
Circonſtances qui caracteriſent l'empêchement de teſter, 520
En cas de conteſtation, le Teſtament doit être exécuté par proviſion, 521
Si le premier Teſtament eſt anéanti lorſque le défunt a été empêché d'en faire un ſecond, 522, *& ſuiv.*
Teſtament peut être attaqué de quatre manieres, 528
Si celui qui accepte l'herédité en vertu d'un Teſtament nul eſt cenſé renoncer à l'utilité d'un Teſtament valable antérieur, 534
Ou à la ſucceſſion légitime, *la même.*
Ceux qui enlevent, ſuppriment ou recelent les Teſtamens ſont punis comme fauſſaires, 549
Toulouſe, Droit d'aubaine n'y a point lieu, 178
Tranſaction. Si l'heritier qui tranſige avec le coupable de la mort du défunt, encourt indignité, 607
Trebellianique. Si l'heritier qui tâche de rendre inutile le fideicommis, eſt privé de la Trebellianique, 554
Quid du ſucceſſeur *ab inteſtat* qui recueille à cauſe de l'indignité de

l'heritier, 586
Turenne. Vicomté de Turenne non ſujet au Droit d'aubaine, 178
Turquie. Si un Teſtament fait en Turquie doit être admis en France, 150
Tuteur. Si le Tuteur nommé par le Teſtament, peut y être témoin, 130
Si un Tuteur qui n'a pas rendu compte peut teſter, 151
Tuteurs ſont incapables de recevoir de leurs mineurs, 235, 401
Une perſonne incertaine ne peut pas être donnée pour Tuteur, 366
La Loi dont Juſtinien parle à ce ſujet, n'eſt pas dans le code, 366
Si le Tuteur qui argue de faux le Teſtament encourt indignité, 539
Tuteur qui ſe marie ou qui marie ſon fils avec ſa pupille, encourt indignité, 557
De celui qui refuſe d'accepter la tutelle, 592, 593, 594
Si l'indignité de la femme qui s'eſt remariée ſans avoir fait donner un Tuteur à ſes enfans pupilles, fait obſtacle à ſes parens, 509
De l'indignité des heritiers préſomptifs qui négligent de donner un Tuteur au pupille, 509
Si le Tuteur qui s'excuſe perd la ſubſtitution pupillaire, 596

V

Veuve. Si la veuve qui ſe remarie dans l'an du deuil eſt capable de liberalitez, 374, 376, 377, 556, 557
Quid de celle qui ſe remarie *non petitis tutoribus*, 375, 377, 378
De celle qui malverſe dans l'an du deuil, 375
Ou après l'année, 378, 379
Quid des parens qui conſentent au ſecond mariage de la veuve dans l'an du deuil, 557
Si l'indignité de la femme fait obſtacle à ſes parens, 509
Vicaire. Des Teſtamens faits devant les Vicaires, 57
Voyez *Curez.*
Vieilleſſe, n'empêche pas de teſter, 145
Violence. Moyen de nullité en Teſtament, 230 *& ſuiv.*
Voyez *Crainte.*
Il ne faut pas une violence ſuffiſante pour annuller un contrat, 232
Exemples de violence, 233
En quel tems la violence doit intervenir pour annuller, 234
Si la violence en un point annulle tout le Teſtament, 234, 519
Si la violence eſt préſumée, 234, 235
Peine de celui qui a uſé de violence, 236
Union Chrétienne. Si les Filles de l'Union Chrétienne peuvent teſter, 192
Voleur. Si ceux qui ont été pris par des Voleurs peuvent teſter, 150
Volontaire. Explication du volontaire, & de l'involontaire, 227, 228
S'il eſt de l'eſſence du volontaire que la premiere idée vienne de l'interieur du Teſtateur, 259
Volonté. La volonté eſt la baſe du Teſtament, 11, 225
Cette volonté doit être diſpoſitive, & non ſimplement énonciative, *la même, &* 120
Elle doit avoir ſon principe dans l'eſprit du Teſtateur, ou avoir été adoptée librement, 11
Les Prieres ni les Offices n'excluent pas la liberté de la volonté, *la même, &* 227
La déclaration de la volonté au Teſtament nuncupatif doit être faite *palàm & uno contextu*, 29

Conditions requises afin que la volonté soit efficace, 118 *& suiv.*
De la preuve de la volonté, 120
Si toute volonté suffit pour révoquer un premier Testament, 494 495
De l'heritier qui n'exécute pas la volonté du défunt, 591, 592
Usage. Du legs de l'usage, 308
Usufruit. Du legs d'usufruit, 308
Usurier. S'il peut tester, 146

Y

YVRESSE. Celui qui est en état d'yvresse, ne peut tester, 221

Fin de la Table des Matieres.

ERRATA.

PAge 73, *ligne* 30, Testateur, *lisez* Testament. *Page* 64, *ligne* 36, Bouteric, *lisez* Boutaric. *Page* 104, *n.* 7, *lig.* 3, 1728, *lisez* 1726.

FACULTÉ DE DROIT Bibliothèque DE TOULOUSE

De l'Imprimerie de PAULUS-DU-MESNIL.







