TRAITÉ
DES
TESTAM

TOME III

1256



Res 4256(3)
1,256

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

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

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

TOME III.

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. XLVII.

Avec Approbation et Privilege du Roy.

TRAITÉ

DES

TESTAMENS,

CODICILES,

DONATIONS A CAUSE DE MORT

ET

AUTRES DISPOSITIONS

DE DERNIERE VOLONTÉ,

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

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

TOME XII.

A PARIS, AU PALAIS,

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

M. DCC. XLVIII.

AVEC APPROBATION ET PRIVILEGE DU ROY.

TABLE
DES
CHAPITRES.

CHAPITRE HUITIE'ME. *Suite du pouvoir du Teſtateur, & des formalitez intrinſeques du teſtament,* Page 1

SECTION PREMIERE. *Des inſtitutions d'heritier; des diſpoſitions contenant partage entre enfans; & de la démiſſion des biens,* 21

SECTION II. *De l'exhéredation,* 102

SECTION III. *De la préterition,* 190

CHAPITRE IX. *Du Droit d'accroiſſement,* 273

CHAPITRE X. *Des effets & de l'exécution des teſtamens; des actions qui en naiſſent; de l'adition &*

répudiation ; du Droit de déliberer ; du bénefice d'inventaire ; des dettes, & charges de l'hérédité, & des Exécuteurs teſtamentaires, 347

SECTION I. *De l'adition d'hérédité,* 382

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, Codicilles, & 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.*

TRAITE',

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

CHAPITRE VIII.

Suite du pouvoir du Teſtateur & des formalitez intrinſeques du Teſtament.

SOMMAIRE.

1. *L'inſtitution & l'exheredation ſont une ſuite du pouvoir du Teſtateur, & des formalitez du teſtament.*
2. *Deux ſortes d'inſtitutions.*
3. *En Pays Coutumier l'inſtitution d'heritier eſt inconnuë.*
4. *On n'y admet pas la ſucceſſion teſtamentaire.*
5. *L'inſtitution d'heritier eſt con-*

vertie en legs universel.

6. Coutumes où l'institution est inutile.

7. Coutumes où l'institution d'heritier a lieu.

8. Nécessité de l'institution dans les Coutumes qui l'admettent.

9. Si l'institution d'heritier est nécessaire en Berry & à Bourdeaux.

Opinion de Boucheul pour le Berry & Bourdeaux.

En Bourgogne l'institution est nécessaire.

La Bourgogne est de Droit écrit.

Si l'institution est nécessaire à Bourdeaux.

10. Questions à décider sur l'exécution des testamens.

La forme de succeder se regle par la Coutume où les biens sont situez.

Pour la validité du testament, il suffit d'observer la formalité du lieu où il est fait.

11. Hypotese d'un Testateur qui réside & teste dans le Pays du Droit écrit, & qui a des biens dans son domicile & en Pays Coutumier.

L'institution universelle ne vaut que comme legs universel pour les biens situez en Pays Coutumier.

12. Quid si l'institution est seulement in re certâ.

Disposition des articles 68 & 73 de l'Ordonnance de 1735.

13. Du Testateur domicilié en Pays de Droit écrit, qui teste en Pays Coutumier.

14. Si le testament de celui qui dispose dans un lieu où l'institution n'est pas nécessaire, peut être impugné par préterition.

Titre d'institution suppléé dans ce testament.

15. Regles à tirer de l'article 70 de l'Ordonnance de 1735.

Disposition de l'art. 70 de l'Ordonnance de 1735.

16. Du testament de celui qui est domicilié en Pays Coutumier.

Disposition de l'art. 71 de l'Ordonnance de 1735.

17. Du domicilié dans le Pays Coutumier qui teste dans le Pays de Droit écrit.

Disposition de l'article 72 de l'Ordonnance de 1735.

18. Raisons pourquoi l'institution est suppléée dans le testament du Domicilié en Pays de Droit écrit, & qu'elle ne l'est pas dans le testament du Domicilié en Pays Coutumier.

19. Institutions converties en legs sont sujetes à délivrance & aux réductions.

Si le Légataire universel doit demander la délivrance en Pays de Droit écrit.

20. L'institution in re certâ ne valant que comme legs particulier, ne contribuë pas aux dettes & charges.

21. L'institution universelle convertie en legs universel, contribuë aux dettes pro modo emolumenti.

22. Lorsque le legs universel vaut comme institution universelle,

il en a tous les avantages & en ſupporte les charges.

23. *Conſéquences de cette regle.*

24. *Quelle eſt l'inſtitution univerſelle.*

25. *Un Teſtateur ne peut pas déceder* partim teſtatus, partim inteſtatus.

Effet de l'inſtitution in re certâ.

26. *L'inſtitué* in re certâ *n'eſt conſideré que comme Legataire, quand il y a un heritier univerſel.*

Quid *ſi l'heritier univerſel eſt décedé avant le Teſtateur, ou s'il répudie.*

27. *De pluſieurs inſtituez* in re certâ.

Pluſieurs inſtituez en une même choſe par portions inégales ſont heritiers égaux.

28. *De deux heritiers inſtituez* in rebus certis.

29. *Comment ſe diviſe la ſucceſſion quand un eſt inſtitué en une choſe, & deux en une autre.*

30. *L'inſtitution* in re certâ *s'étend à toute l'hérédité, quoique le Teſtateur ait employé quelque terme reſtrictif.*

Explication de la Loi 9, §. 13, ff. de hered. inſtit.

Quid *ſi un Soldat a inſtitué* in re certâ *avec clauſe reſtrictive.*

31. *Si un teſtament qui ne contient qu'une inſtitution* in re certâ *rompt un antérieur.*

Quand le Teſtateur veut que ſon précedent teſtament ſoit exécuté; il eſt cenſé grever de fideicommis l'heritier inſtitué au ſecond.

32. *Comment les heritiers* in re certâ *doivent payer les dettes & legs.*

33. *Si l'inſtitution* in re certâ *qui n'appartient pas au Teſtateur, eſt bonne.*

Si l'inſtitution in re certâ *produit ſon effet par le droit d'accroiſſement.*

Veritable raiſon pourquoi l'inſtitution in re certâ *produit ſon effet.*

34. *Néceſſité de l'inſtitution d'heritier dans un teſtament.*

Aucune diſpoſition ne vaut ſi elle ne contient inſtitution d'heritier.

35. *Quand l'hérédité n'eſt pas acceptée, le teſtament eſt anéanti.*

36. *Les diſpoſitions faites avant l'inſtitution d'heritier, étoient inutiles ſelon le Droit ancien.*

37. *Correction du Droit ancien.*

38. *Si l'Ordonnance de 1735 a dérogé au Droit Romain ſur la néceſſité de l'inſtitution d'heritier.*

Teſtament ſans inſtitution d'heritier, nul.

Quid *s'il contient la clauſe codicillaire.*

39. *Cas où le défaut d'inſtitution d'heritier n'annulle pas le teſtament.*

40. *Des actes où l'inſtitution d'heritier n'eſt pas néceſſaire.*

41. *De l'inſtitution particuliere.*

42. *Les enfans & deſcendans doivent être inſtituez.*

43. *Diſpoſition de la Novelle 115 & de l'Ordonnance de 1735.*

44. *Réfutation de l'opinion des Auteurs qui ont crû que le titre de légitime ſuffiſoit.*
45. *Du legs fait pour la part & portion héréditaire.*
46. *De l'inſtitution des aſcendans & des freres.*
47. *Si l'inſtitution particuliere eſt néceſſaire aux diſpoſitions autres que le teſtament.*
48. *Cas où ceux qui ont droit de legitime ne peuvent pas ſe plaindre du défaut d'inſtitution.*

1. L'inſtitution & l'exhéredation ſont une ſuite du pouvoir du Teſtateur, & des formalitez du teſtament.

L'INSTITUTION & l'exhéredation ſont à même tems, & une ſuite du pouvoir du Teſtateur, & des formalitez intrinſeques du teſtament dans les Pays du Droit écrit.

2. Deux ſortes d'inſtitutions.

On connoît dans les mêmes Pays deux ſortes d'inſtitutions; ſçavoir, la générale & la particuliere.

3. En Pays Coutumier l'inſtitution d'heritier eſt inconnuë.

Dans les Pays Coutumiers, on ne connoît ni la néceſſité ni l'uſage des inſtitutions teſtamentaires, ſi l'on excepte quelques Coutumes dont nous parlerons bientôt, & l'on n'y admet que les inſtitutions contractuelles; c'eſt-à-dire, que pour la validité d'un teſtament, il n'eſt pas néceſſaire, ni qu'il y ait un heritier univerſel inſtitué, ni que les enfans du Teſtateur ſoient honorez du titre d'inſtitution en ce que le Teſtateur leur laiſſe; cependant le teſtament qui contiendroit une inſtitution univerſelle d'heritier ne laiſſeroit pas de valoir juſqu'à la quantité des biens dont le Teſtateur a la liberté de teſter ſuivant la Coutume: *inſtitution d'héritier n'a lieu*, dit l'art. 299 de la Coutume de Paris, *c'eſt-à-dire, qu'elle n'eſt requiſe & néceſſaire pour la validité d'un teſtament; mais ne laiſſe de valoir la diſpoſition juſqu'à la quantité des biens, dont le Teſtateur peut valablement diſpoſer par la Coutume.*

4. On n'y admet pas la ſucceſſion teſtamentaire.

Suivant la remarque de *Claude de Ferrieres ſur cet article 299, §. 1, nombre 9*, dans la France Coutumiere on n'a point reçu les ſucceſſions teſtamentaires, on n'y reconnoît que les ſucceſſions légitimes ou *ab inteſtat*.

5. L'inſtitution d'heritier eſt convertie en legs univerſel.

De-là vient que dans les Coutumes qui n'admettent point l'inſtitution d'heritier teſtamentaire, la diſpoſition eſt convertie en legs univerſel, & ce ſont les heritiers *ab inteſtat*, & non l'heritier teſtamentaire, qui ſont ſaiſis; enſorte que l'heritier teſtamentaire doit demander la délivrance; mais cela n'eſt vrai que dans les Coutumes qui déclarent ſeulement que l'inſtitution d'heritier n'a lieu.

6. Coutumes où

Car il y a des Coutumes où l'inſtitution d'heritier ne vaut

pas même à titre de legs. Telles ſont celles de *Nivernois*, *chapitre* 33, *article* 10; celle de *Bourbonnois*, *article* 324; celle de *Vitry*, *article* 101, & celle de *Montargis*, *chapitre* 13, *article* 1; il en eſt de même dans toutes les autres Coutumes où l'inſtitution d'heritier eſt expreſſément défenduë ſuivant la remarque de *le Grand ſur l'article 96 de la Coutume de Troyes*, & lorſque la Coutume porte, que l'inſtitution n'a point de lieu au préjudice des plus prochains habiles à ſucceder; ainſi que le Parlement de Paris l'a jugé dans *la Coutume de Meaux*, par Arrêt du 31 Août 1658, rapporté par *Ferrieres ſur l'article 299, §. 1, nombre 14 de la Coutume de Paris*; mais il eſt remarquable que ſelon la *Coutume de Nivernois*, quoique l'inſtitution d'heritier ſoit de nul effet, les autres diſpoſitions du teſtament ne laiſſent pas de valoir, *en maniere que leſdites inſtitution & ſubſtitution nonobſtant, l'heritier habile à ſucceder heritera, & ſera ſaiſi de la ſucceſſion: en maniere auſſi qu'un teſtament eſt valable, poſé qu'il n'y ait inſtitution d'heritier, & combien que ladite inſtitution ne vaille, ne ſera pourtant vicié ledit teſtament en autres choſes.*

l'inſtitution eſt inutile.

Il y a encore d'autres Coutumes où l'uſage de l'inſtitution d'heritier a été retenu & conſervé; telles ſont la *Coutume de Bourdeaux* *article* 74, celle de *Berry*, *titre* 18, *articles* 7 *&* 19, *& titre* 19, *article* 28, celle du Duché de *Bourgogne*, *chapitre* 7, *article* 4, & celle du Comté de *Bourgogne*, *article* 1 *du titre des Succeſſions.* Dans ces Coutumes & autres ſemblables, non-ſeulement l'inſtitution d'heritier eſt valable; mais encore, elle ſaiſit l'heritier inſtitué, tout de même que dans le cas de la ſucceſſion *ab inteſtat*, en vertu de la maxime *le mort ſaiſit le vif.* Les Coutumes de Bourdeaux, de Berry, & du Duché de Bourgogne ſont expreſſes.

7. Coutumes où l'inſtitution d'heritier a lieu.

Mais dans les Coutumes où l'on a conſervé l'uſage de l'inſtitution d'heritier; c'eſt une formalité néceſſaire pour la validité du teſtament, tout de même que dans les Pays du Droit écrit, auquel la Coutume n'a point derogé à cet égard. Il faut donc que le teſtament contienne une inſtitution univerſelle, & par voye de conſéquence, que les enfans du Teſtateur ſoient inſtituez en ce qui leur eſt laiſſé, ſuivant *l'article* 50 *de l'Ordonnance de* 1735, à moins que le teſtament n'eût été fait dans une Coutume où l'inſtitution n'eſt pas néceſſaire, quoiqu'il eût ſon domicile & ſes biens dans un Pays où l'inſtitution eſt néceſſaire; auquel cas, il ſuffit que l'on ait obſervé les formalitez requiſes dans le lieu où le Teſtateur a diſpoſé. *Taiſand, ſur la Coutume de Bourgogne, titre* 7, *article* 4, *note* 17, rapporte deux Arrêts

8. Néceſſité de l'inſtitution dans les Coutumes qui l'admettent.

du Parlement de Dijon des 2 Décembre 1699 & 26 Juillet 1677, qui l'ont ainsi jugé.

9.

Si l'institution d'heritier est nécessaire en Berry & à Bourdeaux.

Opinion de *Boucheul* pour le Berry & Bourdeaux.

Boucheul, sur l'article 272, *nombre* 116 *de la Coutume de Poitou*, prétend que dans les Coutumes de Bourdeaux & de Berry, l'institution d'heritier est reçuë, mais qu'elle n'est pas nécessaire pour la validité du testament; cependant il ne rapporte ni autorité, ni Arrêt pour appuyer son sentiment. Je ne voudrois point contredire cet Auteur, par rapport à la Coutume de Berry, qui est dans le centre du Pays Coutumier, où l'institution n'est pas nécessaire; mais il est certain que dans la Coutume de Bourgogne, non-seulement l'institution est admise, mais encore elle est nécessaire pour la validité du testament, puisque l'article 3 du titre 7, veut que tout Testateur laisse la légitime à ses vrais heritiers à titre d'institution; comme le supposent les Auteurs du Parlement de Dijon; la raison est que la Bourgogne est un vrai Pays de Droit écrit, vû que par les Lettres Patentes de confirmation de l'an 1459, on renvoye à la décision du Droit Romain, tout ce qui ne se trouve point décidé par la Coutume, laquelle doit être déclarée & interpretée selon le Droit Romain, & non autrement; & comme Bourdeaux, & tout le ressort de son Parlement est aussi régi par la Loi Romaine, qui exige l'institution d'heritier, comme nous le montrerons bientôt, il suffit que la *Coutume de Bourdeaux* n'ait pas déclaré en termes diserts, que l'institution n'est pas nécessaire, & qu'elle l'ait même admise & supposée en usage par *l'article* 74, afin qu'on puisse dire que l'institution est une formalité essentielle, & nécessaire du testament dans tout le ressort du Parlement de Bourdeaux, qui se regle par le Droit Romain, d'autant mieux que cette Coutume ne fixe point la formalité du testament; elle la laisse donc dans la disposition du Droit Commun, qui est la Loi Romaine.

En Bourgogne l'institution est nécessaire.

La Bourgogne est de Droit écrit.

Si l'institution est nécessaire à Bourdeaux.

10.

Questions à décider sur l'exécution des testamens.

A l'occasion des réflexions que nous venons de faire, nous anticiperons quelques questions qui regardent la matiere de l'exécution des testamens que nous traiterons au chapitre 10; il y a deux regles certaines. La premiere, qui enseigne que l'on doit suivre la disposition de la Coutume du lieu où les biens sont situez, pour regler la forme d'y succeder par disposition testamentaire ou *ab intestat*. La seconde, que pour la validité d'un testament, il suffit d'observer les formalitez qui sont en usage dans les lieux où le testament est fait, soit que le Testateur y ait son domicile, ou qu'il y dispose par occasion, afin que

La forme de succeder se regle par la Coutume où les biens sont situez.

Pour la validité du testament, il

le teſtament ſoit exécuté partout où le Teſtateur aura des biens; on demande donc comment devra être exécuté le teſtament d'un homme qui a des biens dans les Pays du Droit écrit, & du Droit Coutumier, ſoit qu'il teſte dans un lieu où le Droit écrit eſt obſervé, ou dans un lieu du Pays Coutumier. Cette queſtion produit pluſieurs difficultez, qui peuvent ſe preſenter ſelon les differentes hypotheſes qu'il faut diſtinguer & réſoudre chacune en particulier pour ſe conformer à l'eſprit de l'Ordonnance de 1735, qui les réſoud de maniere à ne laiſſer plus aucun doute raiſonnable.

ſuffit d'obſerver la formalité du lieu où il eſt fait.

II. Hypoteſe d'un Teſtateur qui réſide & teſte dans le Pays du Droit écrit, & qui a des biens dans ſon domicile & en Pays Coutumier.

Un Teſtateur qui a ſon domicile dans le Pays du Droit écrit, où il a fait teſtament, a des biens ſituez dans les Pays du Droit écrit & dans les Pays Coutumiers; il a encore des dettes actives, des droits & actions, & des meubles dans le Pays Coutumier, & il a inſtitué un ou pluſieurs heritiers univerſels. Ces heritiers prendront-ils tous les biens en vertu de l'inſtitution univerſelle, ou bien faudra-t'il ſe regler ſur les Coutumes où les biens ſont ſituez? *L'article 68 de l'Ordonnance de* 1735, décide cette hypotheſe; il veut, 1°. Que les biens immeubles ſituez dans les Pays du Droit écrit, & où l'inſtitution eſt reçue, appartiennent aux heritiers inſtituez, en vertu de l'inſtitution. 2°. Que les meubles, droits & actions qui ſuivent la perſonne du Teſtateur, appartiennent auſſi auſdits heritiers, parce qu'ils ſont cenſez dans le domicile du Teſtateur, dont ils ſuivent la perſonne. 3°. Que les immeubles ſituez dans les Pays où le Droit écrit n'eſt pas obſervé, & où l'inſtitution n'a pas lieu, appartiennent aux heritiers inſtituez à titre de legs univerſels, parce que l'inſtitution eſt convertie en legs univerſel ſujet à délivrance & aux réductions portées par les Coutumes; c'eſt-à-dire, que les heritiers inſtituez ne ſeront pas ſaiſis de plein droit des immeubles ſituez dans les Pays où l'inſtitution n'eſt pas reçue; mais ils devront en demander la délivrance aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, & ils ne pourront demander que les portions dont le Teſtateur avoit la liberté de diſpoſer, ſuivant les Coutumes des lieux où ces immeubles ſont ſituez, comme l'explique *l'art.* 73.

L'inſtitution univerſelle ne vaut que comme legs univerſel pour les biens ſituez en Pays Coutumier.

Que ſi l'inſtitution n'eſt pas univerſelle, & qu'elle ſoit ſeulement *in re certâ*, comme d'une ſomme ou d'un certain effet, quoique dans les Pays du Droit écrit une telle inſtitution *in re certâ* devienne univerſelle, & s'étende ſur tous les biens ſituez dans les Pays du Droit écrit, parce que le Teſtateur ne peut pas décider *partim teſtatus, & partim inteſtatus*, comme nous l'ex-

II. *Quid* ſi l'inſtitution eſt ſeulement *in re certâ*,

pliquerons en ſon lieu; néanmoins une telle inſtitution ne vaudra que comme legs particulier, par rapport aux Pays où l'inſtitution n'eſt pas reçuë, ſuivant les dernieres paroles de *l'article 68*. Voici de quelle maniere s'explique cet article: *Lorſque le Teſtateur ſera domicilié dans un des Pays qui ſuivent le Droit écrit, l'inſtitution d'heritier par lui faite aura ſon effet, tant pour les immeubles ſituez auſdits Pays, que pour les meubles, droits, & actions qui ſuivent la perſonne; & quant aux immeubles ſituez dans les Pays où le Droit écrit n'eſt pas obſervé, elle vaudra comme legs univerſel, ſi ce n'eſt qu'elle ait été faite pour une ſomme fixe ou pour de certains effets, auquel cas, elle ne vaudra dans leſdits Pays que comme legs particulier.* L'article 73 ajoute, *dans tous les cas où . . . les inſtitutions d'heritier ne vaudront que comme legs univerſel, ou comme legs particulier, elles ſeront ſujettes à délivrance, & aux réductions portées par les Coutumes.*

Diſpoſition des *articles 68 & 73 de l'Ordonnance de 1735.*

13. Du Teſtateur domicilié en Pays de Droit écrit qui teſte en Pays Coutumier.

Prenons une autre hypotheſe, & ſuppoſons un Teſtateur domicilié en Pays de Droit écrit, & qui teſte dans un lieu où l'inſtitution n'eſt pas admiſe, & qui a des biens dans le Pays Coutumier, & dans le Pays du Droit écrit; quoique le teſtament ne contienne point d'inſtitution d'heritier, mais ſeulement un ou pluſieurs legs univerſels, ces legs vaudront comme inſtitution dans les Pays du Droit écrit, pour les biens qui y ſont ſituez, ou qui ſuivent la perſonne, comme ſont les meubles, droits & actions, quoique ſituez dans un Pays où l'inſtitution n'a pas lieu; mais par rapport aux biens ſituez hors du Pays du Droit écrit, ils ne vaudront que comme legs univerſels ſuivant *l'article 69*, qui porte: *La diſpoſition de l'article précedent aura lieu, encore que le Teſtateur domicilié en Pays de Droit écrit, ait fait ſon teſtament dans un Pays où ce Droit n'eſt pas obſervé, & en cas que ledit teſtament ne contînt qu'un ou pluſieurs legs univerſels ſans inſtitution d'heritier, ils vaudront comme inſtitution dans les Pays du Droit écrit pour les biens qui y ſont ſituez, ou qui ſuivent la perſonne, & ſeulement comme legs univerſel pour les immeubles ſituez en d'autres Pays.* Leſquels legs univerſels ſeront ſujets à délivrance & aux réductions portées par les Coutumes des lieux, ſuivant *l'article 73*.

14. Si le teſtament de celui qui diſpoſe dans un lieu où l'inſtitution n'eſt pas néceſſaire, peut être impugné

Dans le même cas du Teſtateur domicilié en Pays de Droit écrit, & qui aura teſté dans un lieu où l'inſtitution n'eſt pas admiſe, de quelque maniere que le Teſtateur ait diſpoſé, ſoit qu'il ait fait des diſpoſitions univerſelles à titre de legs ou d'inſtitution, ſon teſtament ne pourra point être attaqué par le vice

vice de préterition, lorſqu'il aura fait des legs univerſels ou particuliers à ceux qui ont droit de légitime, ſans y ajouter le titre d'inſtitution, quelque modiques que ſoient les legs, leſquels vaudront en ce cas, comme inſtitution; ſçavoir, comme inſtitution univerſelle lorſque le legs ſera univerſel, & comme inſtitution particuliere lorſque le legs ſera particulier, ſauf au légitimaire à intenter l'action en ſupplément de légitime; mais ſi le Teſtateur n'a rien laiſſé à quelqu'un de ceux qui ont droit de légitime, le teſtament doit être déclaré nul quant aux diſpoſitions univerſelles ſeulement, ſuivant *l'art.* 70.

par préterition.

Titre d'inſtitution ſuppléé dans ce teſtament.

De cet article on peut tirer trois regles. La premiere, qu'en teſtant dans un lieu où l'inſtitution n'eſt pas néceſſaire, il ſuffit d'obſerver la formalité tant extrinſeque, qu'intrinſeque, qui eſt en uſage dans le lieu où le teſtament eſt fait. La ſeconde, qu'il n'eſt pas néceſſaire d'inſtituer ceux à qui le droit de légitime eſt dû, & dans ce cas, le titre d'inſtitution eſt ſuppléé; ſi bien que la diſpoſition à titre de legs, vaut comme inſtitution, par rapport aux Pays du Droit écrit. La troiſiéme, que le teſtament eſt nul lorſque le Teſtateur n'a rien laiſſé à quelqu'un de ceux qui ont droit de légitime. L'article dit: *Dans le cas porté par l'article précedent, de quelque maniere que le Teſtateur ait fait une ou pluſieurs diſpoſitions univerſelles, ſoit à titre d'inſtitution ou à titre de legs, ſon teſtament ne pourra être attaqué par le vice de préterition, lorſqu'il y aura des legs, ſoit univerſels ou particuliers, à chacun de ceux qui ont droit de légitime, quelque modiques que ſoient leſdits legs, leſquels vaudront, en ce cas, comme inſtitution d'heritier, ſauf l'action en ſupplément de legitime, ainſi qu'il eſt porté par l'article 52; mais ſi le Teſtateur n'a rien laiſſé à quelqu'un de ceux qui ont droit de légitime, ledit teſtament ſera déclaré nul, quant aux diſpoſitions univerſelles ſeulement.*

15.
Regles à tirer de l'art. 70 de l'Ordonnance de 1735.

Diſpoſition de l'article 70 de l'Ordonnance de 1735.

Nous avons vû de quelle maniere doit être exécuté le teſtament de celui qui étant domicilié dans le Pays du Droit écrit, teſte dans un lieu où l'inſtitution eſt néceſſaire, ou dans un lieu où elle n'eſt pas néceſſaire. Voyons préſentement ce qu'il en doit être du teſtament de celui qui eſt domicilié dans le Pays Coutumier, où l'inſtitution n'eſt pas reçuë. Titius domicilié à Paris, ayant des biens dans le Lyonnois ou autre Pays du Droit écrit, fait un teſtament qui contient une inſtitution d'heritier. Comment ce teſtament devra-t'il être exécuté? L'inſtitution d'heritier ne vaudra comme telle que pour les biens immeubles appartenans au Teſtateur, ſituez dans les Pays du

16.
Du teſtament de celui qui eſt domicilié en Pays Coutumier.

Droit écrit ; mais elle comprendra tous les biens ſituez en Pays de Droit écrit, quand même elle ne ſeroit que *in re certâ*, & à l'égard des immeubles ſituez dans les Pays Coutumiers, comme auſſi à l'égard des meubles, droits & actions qui ſuivent la perſonne, l'inſtitution, ſi elle eſt univerſelle, ne vaudra que comme un legs univerſel ; que ſi elle eſt *in re certâ*, elle ne vaudra que comme legs particulier. C'eſt la diſpoſition de l'article 71, qui s'exprime ainſi : *Lorſque le Teſtateur ſera domicilié dans un Pays où le Droit écrit n'eſt pas obſervé, & qu'il aura fait un teſtament contenant inſtitution d'heritier, elle n'aura ſon effet que pour les immeubles ſituez en Pays de Droit écrit ; & à l'égard des autres immeubles, enſemble des meubles, droits & actions qui ſuivent la perſonne, elle ne vaudra que comme legs univerſel, ou comme legs particulier, ſuivant la diſtinction portée par l'article 68.*

Diſpoſition de l'article 71 de l'Ordonnance de 1735.

17. Du Domicilié dans le Pays Coutumier qui teſte dans le Pays du Droit écrit.

Que ſi le domicilié dans le Pays Coutumier, & qui a des biens dans le Pays du Droit écrit & dans le Pays Coutumier, teſte dans le Pays du Droit écrit, on doit faire la même diſtinction que l'on vient d'expliquer ; enſorte que l'inſtitution univerſelle, ou *in re certâ*, comprendra tous les immeubles ſituez dans les Pays du Droit écrit ; mais cette inſtitution ne vaudra que comme legs univerſel, ſi elle eſt univerſelle, ou comme legs particulier, ſi elle eſt *in re certâ*, pour les immeubles ſituez dans le Pays Coutumier, & pour les meubles, droits & actions qui ſuivent la perſonne ; & ſi le teſtament ne contient point d'inſtitution d'heritier, les diſpoſitions univerſelles qu'il contiendra, ne vaudront que comme legs univerſel, même dans les Pays de Droit écrit ; enſorte que dans ce cas, l'inſtitution n'eſt pas ſuppléée ni ſous-entenduë comme elle l'eſt lorſque le Teſtateur domicilié dans le Pays de Droit écrit, teſte dans le Pays Coutumier, ainſi que nous l'avons remarqué en rapportant la diſpoſition des *articles 69 & 70*. C'eſt la diſpoſition de l'article 72, où il eſt dit : *La diſpoſition de l'article précedent ſera obſervée, en quelque lieu que le teſtament ait été fait, & ſi ledit teſtament ne contient point d'inſtitution d'heritier, les diſpoſitions univerſelles qui y ſeront portées, ne ſeront exécutées que comme legs univerſel, même dans les Pays de Droit écrit.*

Diſpoſition de l'art. 72 de l'Ordonnance de 1735.

18. Raiſons pourquoi l'inſtitution eſt ſuppléée dans le teſtament du domicilié en Pays de Droit écrit, & qu'elle ne l'eſt

La raiſon pourquoi l'inſtitution d'heritier eſt ſuppléée dans le teſtament de celui qui étant domicilié dans le Pays de Droit écrit, teſte dans un Pays Coutumier, quoique le teſtament ne contienne que des legs univerſels, au lieu qu'elle n'eſt point ſuppléée dans le teſtament du domicilié en Pays Coutumier, eſt

parce que chacun de ces Teſtateurs eſt préſumé vouloir teſter ſelon la maniere uſitée dans le lieu de ſon domicile : Ainſi, celui qui eſt domicilié en Pays de Droit écrit, eſt cenſé vouloir faire une inſtitution d'heritier, & ſi le teſtament fait en Pays Coutumier ne la renferme pas, c'eſt à cauſe que le Notaire accoutumé à ne coucher que des diſpoſitions à titre de legs univerſel, l'a omiſe contre la penſée du Teſtateur, en ſe conformant à ſon ſtyle ordinaire, & que celui qui teſte dans un Pays du Droit écrit, ayant ſon domicile en Pays Coutumier, eſt cenſé auſſi vouloir diſpoſer conformément à l'uſage de ſon Pays. Voilà pourquoi ſi ſon teſtament fait en Pays de Droit écrit, ne contient point d'inſtitution d'heritier, c'eſt parce que le Teſtateur n'en a point voulu faire; mais s'il y avoit une inſtitution d'heritier univerſel ou *in re certâ*, dans ce cas, cette inſtitution devroit valoir pour les biens immeubles ſituez dans le Pays du Droit écrit, ſelon l'eſprit de *l'Ordonnance de* 1735.

pas dans le teſtament du domicilié en Pays Coutumier.

Nous avons vû ci-deſſus que quand les inſtitutions d'heritier ſont converties en legs univerſel ou particulier, elles devoient être ſujettes à délivrance, & aux réductions portées par les Coutumes, ſuivant *l'article* 73 *de l'Ordonnance de* 1735; cela doit avoir lieu non-ſeulement à l'égard des biens ſituez dans les Pays Coutumiers, mais encore par rapport aux immeubles ſituez dans les Pays de Droit écrit, lorſqu'un Teſtateur domicilié en Pays Coutumier, a teſté en Pays de Droit écrit, ſans faire d'inſtitution d'heritier: auquel cas *l'article* 72 veut que la diſpoſition univerſelle ne vaille que comme legs univerſel, même dans le Pays du Droit écrit. Voilà pourquoi le Légataire univerſel qui doit profiter des biens ſituez en Pays de Droit écrit, en doit demander la délivrance aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*; car quoiqu'en Pays de Droit écrit l'heritier univerſel, ou celui qui étant inſtitué *in re certâ*, devient heritier univerſel, quand il n'a point de co-heritier à titre univerſel, ſoient ſaiſis de plein droit, & n'ayent pas beſoin de demander la délivrance; néanmoins le Légataire univerſel n'eſt point ſaiſi dans le Pays du Droit écrit, non-plus que dans les Coutumiers, & par conſéquent, il ne peut point prendre la poſſeſſion des biens leguez; mais il doit en demander la délivrance aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, qui ſont ſaiſis de plein droit en vertu de la maxime *le mort ſaiſit le vif*. Ce ſeroit une erreur de penſer le contraire, parce que le legs, quelqu'il ſoit, ne ſaiſit point, & que le Legataire en doit demander la délivrance à l'heritier, *L.* 1, *§.* 2, *ff. quod*

19. Inſtitutions converties en legs ſont ſujettes à la délivrance & aux réductions.

Si le Légataire univerſel doit demander la délivrance en Pays de Droit écrit.

legator. à moins qu'il ne se trouve saisi, & en possession de la chose leguée au tems de la mort du Testateur, suivant le §. 5 *de la même Loi*, *Maynard, liv.* 7, *chapitre* 1, & la vraye nature du legs que les Interpretes définissent *donatio quædam à defuncto relicta, & ab herede præstanda*, après le §. 1, aux Institutes *de legatis.*

20. L'institution *in re certâ* ne valant que comme legs particulier, ne contribue pas aux dettes & charges.

Lorsque l'institution universelle ne vaut que comme legs universel, & que l'institution *in re certâ* ne vaut que comme legs particulier, on ne doit considerer leur effet que de la même maniere que si la disposition avoit été conçue par forme de legs universel ou particulier, & par conséquent, l'institué *in re certâ*, regardé comme Legataire particulier, ne sera pas tenu des dettes & charges de la succession, pas même *pro modo emolumenti*, parce que les legs particuliers sont exempts des dettes & charges.

21. L'institution universelle convertie en legs universel contribue aux dettes *pro modo emolumenti.*

Mais l'institution universelle convertie en legs universel, contribue aux dettes & charges *pro modo emolumenti*, ainsi qu'il est expliqué dans *l'article* 334 *de la Coutume de Paris ; Claude de Ferrieres sur cet article & sur l'article* 295, *gloses* 2 *&* 3.

22. Lorsque le legs universel vaut comme institution universelle, il en a tous les avantages & en supporte les charges.

Au contraire, lorsque le legs universel, dans le cas d'un Testateur domicilié en Pays de Droit écrit, & qui teste en Pays Coutumier, vaut comme institution universelle pour les biens situez en Pays de Droit écrit, en conformité des *articles* 69 *&* 70 *de l'Ordonnance de* 1735. Une telle disposition ainsi convertie, aura le même effet & les mêmes avantages, & sera sujette aux mêmes Loix & charges que l'institution veritable, suivant *l'article* 73 : *& réciproquement dans tous les cas où les dispositions universelles vaudront comme institution d'heritier, ceux au profit desquels elles seront faites, auront les mêmes avantages, & seront sujets aux mêmes Loix que les heritiers instituez.* C'est ainsi que l'article parle.

23. Conséquences de cette regle.

D'où il s'ensuit que le Legataire universel devenant heritier *jure directo* par la conversion faite par l'Ordonnance, sera saisi de plein droit de tous les biens que le legs universel converti en institution comprendra, & qu'il pourra en prendre possession, sans être obligé d'en demander la délivrance aux successeurs *ab intestat* ; c'est ce que l'article 73 donne à entendre par ces paroles : *Auront les mêmes avantages.* Il s'ensuit encore qu'un tel Legataire qui devient heritier, sera sujet aux dettes & charges de la même maniere que s'il recueilloit les biens en vertu d'une vraye institution contenuë dans le testament. C'est

auſſi ce que le même article décide par ces paroles : *Et ſeront ſujets aux mêmes Loix que les heritiers inſtituez.*

14. Quelle eſt l'inſtitution univerſelle.

Revenons au Pays du Droit écrit. Nous avons remarqué que l'on y diſtinguoit deux ſortes d'inſtitutions ; ſçavoir, l'univerſelle, & la particuliere. L'univerſelle eſt celle qui comprend toute l'hérédité, ou une quote de l'univerſalité ; & la particuliere eſt celle qui eſt appliquée à une diſpoſition particuliere, comme au legs d'une ſomme ou d'un effet, ou même d'une certaine eſpece de biens, *L. ex facto* 35, *§.* 2, 3, *& ſeq. ff. de hered. inſtit.*

15. Un Teſtateur ne peut pas déceder *partim teſtatus, partim inteſtatus.*

Comme on tient pour maxime dans les Pays du Droit écrit qu'un Teſtateur ne peut pas déceder *partim teſtatus, partim inteſtatus*, L. 7, *ff. de reg. jur.* L. 88, *ff. de hered. inſtit. & §.* 5, *inſtit. eod. tit.* il arrive ſouvent que celui qui n'eſt inſtitué que *in re certâ*, comme en un certain effet, ou en un certain genre de biens, devient heritier *in ſolidum*, & recueille l'entiere hérédité. Titius dans ſon teſtament, fait pluſieurs legs, & ſans nommer un heritier univerſel, ſe contente d'inſtituer Mœvius ſon heritier en un certain fond : On demande à qui doit appartenir l'hérédité de Titius, en conſéquence de ce teſtament. La Loi 1, *§.* 4, *ff. de hered. inſtit.* décide qu'une telle inſtitution eſt valable, & que Mœvius ſera vrai heritier univerſel tout comme s'il avoit été inſtitué en tous les biens du Teſtateur, & de la même maniere que ſi en l'inſtituant, le Teſtateur n'y avoit pas ajouté le fond, & qu'il eût dit ſimplement, j'inſtituë Mœvius : *Si ex fundo fuiſſet aliquis ſolus inſtitutus, valet inſtitutio detractâ fundi mentione*, ou comme dit la Loi *coheredi* 41, *§. dernier, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. qui & certæ rei heres inſtituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet.*

16. L'inſtitué *in re certâ* n'eſt conſideré que comme Legataire quand il y a un heritier univerſel.

Ce n'eſt pas ſans raiſon que nous avons dit que Titius, dans l'eſpece que nous avons examinée, n'avoit point fait d'heritier univerſel, ou ſans portion ; car s'il en avoit nommé un de cette eſpece, l'heritier inſtitué *in re certâ*, comme en un fond, ne ſeroit conſideré que comme ſimple Legataire du fond ou de la choſe certaine à lui aſſignée, & l'entiere hérédité devroit appartenir à l'heritier univerſel, *L. quotiens* 13, *cod. de hered. inſtit. M. de Catellan, livre* 2, *chapitre* 35 ; mais ſuivant l'Arrêt rapporté par cet Auteur, ſi l'heritier univerſel, ou inſtitué ſans portion, décede avant le Teſtateur, ou s'il répudie, l'heritier *in re certâ* deviendra heritier univerſel à l'excluſion des ſucceſſeurs *ab inteſtat.*

Quid ſi l'heritier univerſel eſt décedé avant le Teſtateur, ou s'il répudie. †36.

17. De pluſieurs in-

L'inſtitution *in re certâ* vaut pour toute l'hérédité, non-ſeule-

Instituez *in re certâ*.

ment lorsqu'il n'y a qu'un heritier *in re certâ*, mais encore quand il y en a plusieurs instituez en une même chose ou en des choses differentes, *L. ex facto 35, ff. de hered. instit.* Il est même remarquable qu'on ne considere pas la portion que le Testateur a assignée à chacun de ceux qu'il a instituez en une même chose ; mais ils seront heritiers égaux tout comme si le Testateur n'avoit fait mention ni de la chose, ni des portions, *L. 10, ff. de hered. instit.* Si par exemple le Testateur institue deux heritiers au fond Cornelien, l'un pour un tiers, l'autre pour deux tiers, ces deux heritiers recueilleront la succession par égales portions, à moins qu'il ne paroisse clairement d'une volonté contraire du Testateur, *L. 9, §. 13, ff. eod. Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertiâ fundi Corneliani, alter ex besse ejusdem fundi; Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detractâ fundi mentione, quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur; si modò voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.*

Plusieurs instituez en une même chose par portions inégales sont heritiers égaux.

28. De deux heritiers instituez *in rebus certis*.

Quand le Testateur a institué deux heritiers *in rebus certis*, & que ces choses sont differentes : Si par exemple un est institué aux biens situez dans une Province, & l'autre aux biens qui sont dans une autre Province, chacun de ces heritiers doit prendre & prélever les biens qui lui sont assignez par l'institution, qui à cet égard est considerée comme un legs par préciput, & le reste de l'hérédité doit être partagé entr'eux par égales portions, *L. ex facto 35, ff. de hered. instit.*

29. Comment se divise la succession quand un est institué en une chose & deux en une autre.

Mais si le Testateur institue un heritier au fond Cornelien & deux autres heritiers en une maison ; dans ce cas, l'hérédité doit être divisée en deux portions égales après avoir prélevé les fonds mentionnez dans l'institution, & la moitié de l'hérédité devra appartenir à celui qui est institué au fond Cornelien ; & l'autre moitié devra appartenir aux deux autres heritiers instituez en la maison, un quart à chacun, parce que les deux qui se trouvent conjoints en l'institution d'une même chose, ne sont considerez que comme une seule personne, *L. planè 34, ff. de leg. 1°. L. 11, ff. de hered. instit. & L. 9, ff. de vulg. & pupill. substitutione. Attius fundi Corneliani heres esto mihi, duo Titii illius insulæ heres sunto ; habebunt duo Titii semissem, Attius semissem. Idque Proculo placet, quid tibi videtur ? Respondit : Vera est Proculi opinio*, dit la Loi 11 ci-dessus citée.

30. L'institution *in re certâ* s'étend à toute l'hérédité quoique le Testateur

L'institution *in re certâ* doit nécessairement s'étendre à toute l'hérédité, quand même le Testateur auroit ajouté la particule restrictive, *seulement*, à l'institution de la chose certaine, à cause

de la regle *nemo poteſt decedere partim teſtatus, partim inteſtatus*; quoiqu'en ayent penſé quelques Auteurs qui ſe ſont imaginé que dans ce cas le teſtament étoit nul. La queſtion a été ainſi décidée par l'Arrêt du Parlement de Toulouſe du 22 Mars 1670, rapporté par *M. de Catellan, livre 2, chapitre 35.* La Loi 9, §. 13, *ff. de hered. inſtit.* dans ces paroles: *Si modò voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragatur*, ne décide rien de contraire à notre réſolution; parce qu'elle ſe rapporte à la forme de partager l'hérédité par égales portions dans le cas de cette Loi, & l'intention du Juriſconſulte n'eſt pas de dire que le Teſtateur puiſſe empêcher que l'heritier *in re certâ* ſoit heritier univerſel, quand il n'a point nommé d'autre heritier univerſel, ou ſans portion, tout comme il ne peut pas empêcher qu'un heritier inſtitué, excepté en l'uſufruit ou en un certain fond, n'ait l'uſufruit ou le fond excepté, *L. 74, ff. de hered. inſtit.* il faut néanmoins excepter le cas où une telle diſpoſition limitée auroit été faite par un Soldat, à cauſe qu'il peut mourir *partim teſtatus, partim inteſtatus, L. miles 41, ff. de teſtam. militis*; ce que nous expliquerons au chapitre 9, nomb. 107 & ſuiv.

tateur ait employé quelque terme reſtrictif.

Explication de la Loi 9, §. 13, *de hered. inſtit.*

Quid ſi un Soldat a inſtitué *in re certa* avec claule reſtrictive.

Un Teſtateur fait un premier teſtament, dans lequel il inſtituë un heritier univerſel; enſuite il en fait un ſecond, dans lequel il inſtituë des heritiers *in re certâ.* On demande ſi le ſecond teſtament révoquera le premier. Le Juriſconſulte Marcien répond dans la Loi *ſi quis 29, ff. ad Senatuſconſult. Trebell.* que le premier teſtament eſt emporté. On trouve la même déciſion dans le §. 3, aux *inſtit. quibus mod. teſtam. infirm.* mais ſi dans le ſecond teſtament il étoit dit que le Teſtateur vouloit que le premier teſtament valût, & que l'heritier inſtitué dans le ſecond, ſeroit tenu de ſe contenter d'une choſe certaine à lui aſſignée, cet heritier devroit rendre l'hérédité à celui qui eſt inſtitué dans le premier teſtament, en retenant la choſe à lui laiſſée, & ce qui ſeroit néceſſaire pour remplir la quarte Trebellianique.

31.
Si un teſtament qui ne contient qu'une inſtitution *in re certâ*, rompt un antérieur.

Quand le Teſtateur veut que ſon précedent teſtament ſoit exécuté, il eſt cenſé grever de fideicommis l'heritier inſtitué au ſecond.

Au reſte pluſieurs inſtituez *in re certâ* étant heritiers par égales portions, en prélevant les choſes aſſignées à un chacun dans l'inſtitution, doivent payer les dettes, les legs & les autres charges, *non pro modo emolumenti*, eu égard aux choſes qu'ils doivent prélever; mais par portions héréditaires, *L. ex facto 35*, §. 1 & ſuiv. *ff. de hered. inſtit.* & *L. 1, cod. ſi certum petatur*; parce que, comme nous l'avons remarqué, les choſes certaines exprimées dans l'inſtitution, ne ſont conſiderées que comme des prélegs, qui ne ſont pas ſujets à la contribution du payement

32.
Comment les heritiers *in re certâ* doivent payer les dettes & legs.

des dettes & charges de l'hérédité, lesquelles doivent être payées, non par les Légataires, mais par les heritiers, en tant qu'ils succedent au droit de l'hérédité, *L. si fideicommissum 50, §. 1, ff. de judiciis, L. 2, L. 7, & tot. tit. cod. de hereditar. actionib.*

31. Si l'institution *in re certâ* qui n'appartient pas au Testateur est bonne.

La commune opinion des Interpretes est, ainsi que le rapporte *Grassus, §. institutio, quæst.* 23, que l'institution *in re certâ*, ne produit aucun effet, & que le testament est nul, si la chose en laquelle l'heritier est institué, *nullo dato coherede universali*, n'appartient pas au Testateur, par la raison que l'institution *in alienis rebus facta*, est nulle. Voilà pourquoi, selon eux, afin que l'institution *in re certâ*, puisse produire son effet, il faut qu'elle soit faite en une chose, qui appartienne au Testateur, sans quoi l'heritier ne peut pas avoir l'hérédité par droit d'accroissement; mais il me semble que les Interpretes n'ont pas bien penetré le sens des Loix, ni bien connu la raison pourquoi l'heritier *in re certâ* devient heritier universel, *nullo dato coherede*, lorsqu'ils ont attribué cet effet au Droit d'accroissement; car il n'y a aucune Loi d'où l'on puisse tirer quelqu'argument, ni pour soutenir que ce soit par le Droit d'accroissement que l'institution *in re certâ* produit son effet, ni que cette institution soit nulle quand elle est faite en une chose qui ne dépend pas de l'hérédité du Testateur; on voit au contraire dans la Loi 1, §. 4. dans la Loi 9, §. 13, *ff. de hered. instit.* dans la Loi 10, *ff. eodem*, & dans presque toutes les autres Loix que nous avons rapportées ci-dessus, que l'institution *in re certâ* produit son effet par elle-même, tout comme si le fond ou la chose certaine n'y avoit pas été ajoutée, *valet institutio detractâ fundi mentione, perindè habendum ac si nec fundum nec partes nominasset;* ainsi, que la chose certaine ajoutée à l'institution, appartienne ou n'appartienne pas au Testateur, cela est tout-à-fait indifferent, parce que l'heritier est appellé par l'institution que la Loi détache & sépare de la chose certaine qui y est ajoutée, ou selon la judicieuse remarque de *Denis Godefroy* sur la Loi 9, §. 13, *ff. de hered. instit. certæ rei demonstratio jus institutionis ad rem ipsam non coercet;* & l'on ne doit examiner si la chose dépend ou non de l'hérédité, que pour sçavoir si la chose certaine ajoutée à l'institution devra appartenir à l'heritier comme un prélegs, lorsque plusieurs ont été instituez *in re certâ.*

Si l'institution *in re certâ* produit son effet par le droit d'accroissement.

Veritable raison pourquoi l'institution *in re certâ* produit son effet.

34. Nécessité de l'institution d'heri-

L'institution, avons-nous dit au commencement de ce chapitre, est une formalité intrinseque du testament; elle est si essentielle

tielle qu'elle eſt la baſe & le fondement du teſtament, & c'eſt de l'inſtitution d'heritier que toutes les diſpoſitions du teſtament prennent leur force : *antè heredis inſtitutionem inutiliter anteà legabatur ; ſcilicet quia teſtamenta vim ex inſtitutione heredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius teſtamenti heredis inſtitutio*, §. 34, *inſtit. de leg.* ou comme dit le §. 2, *inſtit. de fideicommiſſ. hereditatib. inutile eſt teſtamentum, in quo nemo heres inſtituitur*, ou ſelon les expreſſions de la Loi premiere, §. dernier, *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. ſine heredis inſtitutione, nihil in teſtamento ſcriptum valet.* Le même principe ſe trouve encore dans pluſieurs autres textes, notamment dans la Loi 10, *ff. de jure codicillorum.*

tier dans un teſtament.

Aucune diſpoſition ne vaut ſi elle ne contient inſtitution d'heritier.

De-là vient que quand l'hérédité n'eſt pas acceptée, toutes les diſpoſitions du teſtament ſont anéanties, *ſi nemo ſubiit hereditatem, omnis vis teſtamenti ſolvitur, l.* 181, *ff. de regul. jur.* & comme les fideicommis devenoient inutiles par le refus que les heritiers inſtituez & grevez de rendre, faiſoient d'accepter l'hérédité, on accorda au fideicommiſſaire univerſel, la faculté d'obliger l'heritier à accepter, & reſtituer l'hérédité au fideicommiſſaire à ſes riſques, *L.* 1, §. 2, *& tot. tit. ff. ad Senat. Conſult. Trebell.*

35. Quand l'hérédité n'eſt pas acceptée, le teſtament eſt anéanti.

Selon les regles du Droit ancien, les diſpoſitions teſtamentaires dépendoient tellement de l'inſtitution d'heritier, qu'il étoit néceſſaire de commencer le teſtament par l'inſtitution d'heritier, enſorte que les legs & autres diſpoſitions, qui étoient écrites avant l'inſtitution, étoient nulles & inutiles, *antè heredis inſtitutionem inutiliter anteà legabatur*, §. 34, *inſtit. de leg.* ou ſelon les expreſſions *d'Ulpien*, dans ſes Fragmens, *tit.* 24, *de leg.* §. 14, *antè heredis inſtitutionem legari non poteſt, quoniam & poteſtas teſtamenti ab heredis inſtitutione incipit ;* cependant, il étoit permis de faire des legs, *inter medias heredum inſtitutiones*, comme nous l'apprenons du Juriſconſulte *Paul*, *lib.* 3, *ſentent. tit.* 6, §. *antè heredis.* On exceptoit encore les diſpoſitions des Soldats, parce qu'elles valoient en vertu de leur ſeule volonté, & ſans être aſſujetties à aucune formalité, *Ulpien, in Fragmentis, tit.* 23, §. 9.

36. Les diſpoſitions faites avant l'inſtitution d'heritier étoient inutiles ſelon le Droit ancien.

Mais l'Empereur Juſtinien a abrogé la rigueur du Droit ancien ; enſorte qu'il eſt indifferent que le teſtament commence ou finiſſe par l'inſtitution d'heritier, & toutes les diſpoſitions qui précedent ou qui ſuivent, ſont également bonnes, comme le même Empereur l'explique dans le §. 34, *inſtit. de legat.* Ce

37. Correction du Droit ancien.

changement fut fait par la Loi *ambiguitates* 24, *cod. de teſtamentis*; & quoique la *Novelle* 1, *chapitre* 1, ſemble confirmer les diſpoſitions d'un teſtament, où il n'y a point d'heritier qui conſerve l'hérédité, cette Novelle ne déroge point aux regles du Droit ancien, qui exige l'inſtitution d'heritier, & qu'elle ſoit efficace par l'acceptation ; car elle ne fait que transferer l'inſtitution, lorſque l'heritier a accepté & refuſe d'exécuter la volonté du défunt, ſur la tête du Subſtitué ou du co-heritier, ou des Legataires.

18. Si l'Ordonnance de 1735 a dérogé au Droit Romain ſur la néceſſité de l'inſtitution d'heritier.

L'Ordonnance de 1735 n'a rien changé à la diſpoſition du Droit Romain touchant la néceſſité de l'inſtitution d'heritier dans un teſtament, par rapport au Pays du Droit écrit ; elle l'a au contraire confirmée par l'article 50 ; ainſi, un teſtament qui ne contiendroit point d'inſtitution d'heritier ſeroit abſolument nul & inutile pour toutes les diſpoſitions qu'il renfermeroit, quand même il y auroit des legs univerſels, à moins qu'il ne renfermât la clauſe codicillaire, auquel cas le teſtament ſeroit converti en codicile, & vaudroit comme tel ; mais la clauſe codicillaire qui ne ſeroit pas exprimée, ne devroit pas être ſous-entenduë ni ſuppléée, *L. ult. cod. de codicillis.* On auroit donc de la peine à recevoir dans le Pays du Droit écrit le préjugé d'un Arrêt du Parlement de Dijon du 26 Novembre 1663, rapporté par *Me. Raviot ſur Perrier, tome 2, queſt. 271, nombre 5*, qui a décidé qu'une diſpoſition qualifiée de teſtament en deux ou trois endroits, qui ne contenoit point d'inſtitution d'heritier, devoit valoir comme codicile, ſans que la clauſe codicillaire y fût inſerée. On doit regarder comme teſtament une diſpoſition que le Teſtateur qualifie de teſtament. Perſonne n'eſt plus à portée pour faire mieux connoître le genre de diſpoſition qu'il choiſit, que lui-même, & s'il n'obſerve pas les formalitez requiſes pour faire valoir le teſtament, l'omiſſion n'en doit pas changer la nature ; mais elle doit en produire la nullité.

Teſtament ſans inſtitution d'heritier, nul.

Quid s'il contient la clauſe codicillaire.

19. Cas où le défaut de l'inſtitution d'heritier n'annulle pas le teſtament.

L'Ordonnance de 1735, en confirmant la néceſſité de l'inſtitution d'heritier établie par le Droit Romain, n'excepte que deux cas, que nous avons expliquez ci-deſſus, nombres 11 & ſuivans. Le premier eſt lorſqu'un domicilié en Pays de Droit écrit teſte dans un lieu où le Droit écrit n'eſt pas obſervé, ſuivant *l'article 69*. Le ſecond eſt lorſqu'un domicilié en Pays Coutumier où le Droit écrit n'eſt pas obſervé, teſte dans un lieu où le Droit Romain eſt en uſage, ſuivant *l'article 72*.

40 Des actes où

Le Droit Romain n'exige, pour la forme intrinſeque, l'in-

ſtitution d'heritier, que dans les teſtamens, & non dans les autres diſpoſitions à cauſe de mort. Voilà pourquoi elle n'eſt point néceſſaire, ni dans les codiciles, ni dans les donations à cauſe de mort, ni dans les actes de partage que le Teſtateur fait entre enfans, ni dans les actes de démiſſion de biens.

l'inſtitution d'heritier n'eſt pas néceſſaire.

Ce que nous venons de dire regarde l'inſtitution univerſelle; il faut preſentement parler de l'inſtitution particuliere: elle n'eſt une formalité néceſſaire que dans les teſtamens, & lorſque le Teſtateur laiſſe des enfans ou d'autres perſonnes qui ont droit de prendre la légitime ſur ſes biens; c'eſt-à-dire, quand il laiſſe des deſcendans ou des aſcendans, ou des collateraux; mais par rapport aux collateraux, ils n'ont droit de légitime que quand le frere germain ou conſanguin inſtitue une perſonne infâme, *turpem perſonam*, comme nous l'expliquerons ailleurs.

41. De l'inſtitution particuliere.

Lors donc que le Teſtateur laiſſe des enfans ou deſcendans, il doit néceſſairement les inſtituer au moins en ce qu'il leur laiſſe, autrement le teſtament eſt nul, ou bien il doit les exhereder pour une juſte cauſe, du nombre de celles qui ſont exprimées dans la *Novelle* 115, & que cette cauſe ſoit prouvée, *non tamen ut omninò valeat teſtamentum, ſufficit hæc obſervatio quam ſuprà expoſuimus; ſed qui filium in poteſtate habet, curare debet, ut eum heredem inſtituat vel exheredem eum nominatim faciat. Alioquin ſi ſilentio eum præterierit, inutiliter teſtabitur, inſtit. de exhered. lib. in princ.*

42. Les enfans & deſcendans doivent être inſtituez.

Il eſt vrai que le Droit ancien des Romains n'exigeoit l'inſtitution qu'en faveur des enfans qui étoient en la puiſſance du Teſtateur; mais la *Novelle* 115, *chapitre* 3, a impoſé la néceſſité à tous les aſcendans à quelque dégré qu'ils ſoient, d'inſtituer leurs deſcendans ſans diſtinction de ſexe, de dégré, ni de puiſſance paternelle: *Sancimus igitur non licere penitùs patri vel matri, avo vel aviæ, proavo vel proaviæ ſuum filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exheredes in ſuo teſtamento facere, nec ſi per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommiſſum vel alium quemcumque modum, eis dederit legibus debitam portionem;* & la diſpoſition de cette Novelle a été confirmée par les *articles* 50 *&* 53 *de l'Ordonnance de* 1735, qui veulent que dans les Pays où l'inſtitution d'heritier eſt néceſſaire pour la validité du teſtament; ceux qui ont droit de légitime ſeront inſtituez heritiers, au moins en ce que le Teſtateur leur donnera, à peine de nullité du teſtament, quant à l'inſtitution, ſubſtitution, & autres diſpoſitions univerſelles.

43. Diſpoſition de la *Novelle* 115 *& de l'Ordonnance de* 1735.

44. Réfutation de l'opinion des Auteurs qui ont crû que le titre de légitime suffisoit.

Il y a des Auteurs qui ont penſé, mais ſans fondement, à mon avis, que ſelon le Droit Romain, il ſuffit de laiſſer aux enfans la légitime, en qualifiant le legs du titre de légitime, pour qu'il ne ſoit pas néceſſaire d'y ajouter le titre d'inſtitution, à cauſe que la légitime eſt une eſpece de titre univerſel, qui équipole à l'inſtitution & a le même effet, ſur-tout ſi un autre enfant du Teſtateur eſt inſtitué heritier univerſel; mais l'opinion de ces Auteurs eſt diametralement oppoſée aux paroles que nous venons de tranſcrire de la *Novelle* 115, *chapitre* 3, qui impoſent aux aſcendans la néceſſité d'honorer leurs deſcendans du titre d'inſtitution, quoiqu'ils leur laiſſent la légitime à titre de legs, donation, fideicommis, ou à quelqu'autre titre que ce ſoit, ce qui prouve que le ſeul titre de légitime ne ſuffit pas, & qu'il faut y joindre le titre honorable d'inſtitution; & ſi les Auteurs dont nous combattons l'opinion, peuvent la fonder ſur quelques Loix du Code, elles ne peuvent être d'aucun uſage pour cela, parce qu'elles ont été corrigées à cet égard par la *Novelle* 115, qui a mis la derniere main à la Juriſprudence; encore moins leur opinion peut-elle être ſoutenuë depuis l'Ordonnance de 1735, qui exige nommément & expreſſément le titre d'inſtitution à peine de nullité.

45. Du legs fait pour la part & portion héréditaire.

Mais lorſque le legs eſt fait aux enfans pour leur part & portion héréditaire, équipole-t'il à l'inſtitution? Il ſemble qu'on doit décider pour l'affirmative, parce que la portion héréditaire aboutit au même objet, & produit le même effet que l'inſtitution, vû qu'elle renferme la même univerſalité que l'inſtitution, laquelle ne tend qu'à déferer à l'inſtitué une liberalité pour lui tenir lieu de portion héréditaire; mais il faut décider le contraire, parce que le legs, pour tenir lieu de la portion héréditaire, ne renferme pas une inſtitution, laquelle doit être préciſe, expreſſe & formelle, & ne peut point être ſuppléée par des équipolans; car autre choſe eſt, inſtituer; autre choſe eſt, laiſſer un legs pour légitime, part & portion héréditaire.

46. De l'inſtitution des aſcendans & des freres.

Ce que nous avons dit par rapport aux deſcendans doit avoir lieu pour les aſcendans, leſquels doivent être pareillement inſtituez par leurs deſcendans qui teſtent, ſuivant *la Novelle* 115, *chapitre* 4, & *l'article* 50 *de l'Ordonnance de* 1735; & il en eſt de même des freres germains ou conſanguins, quand leur frere teſte en faveur d'une perſonne infâme, du moins ſelon *l'article* 50 *de l'Ordonnance de* 1735. Nous ne nous étendrons pas davantage dans cet endroit ſur ce point, parce que nous l'exa-

minerons plus exactement dans la *section 3 de ce chapitre ;* mais hors de ces trois sortes de personnes il n'y a aucune nécessité d'ajouter le titre d'institution aux liberalitez que les Testateurs font dans leur testament.

47. Si l'institution particuliere est nécessaire aux dispositions autres que le testament.

Il faut encore prendre garde qu'il n'est pas nécessaire d'instituer les descendans, les ascendans, ni les freres germains ou consanguins dans tout acte de disposition, autre que le testament ; ainsi l'institution particuliere n'est pas requise dans la donation à cause de mort, ni dans le codicile, ni même dans l'institution contractuelle, & toutes ces dispositions vaudront quand même on ne feroit aucune mention, & qu'on ne laisseroit rien à ceux qui ont droit de légitime, sauf à eux à intenter leur action quand elle sera ouverte. Nous en avons déja expliqué la raison en observant que le Droit Romain ni *l'Ordonnance de* 1735, n'éxigent l'institution que dans les seuls testamens.

48. Cas où ceux qui ont droit de légitime ne peuvent pas se plaindre du défaut d'institution.

Au reste *l'Ordonnance de* 1735, nous marque dans *l'article* 70, un cas auquel l'institution particuliere en faveur de ceux ausquels la légitime est dûë, n'est pas nécessaire ; sçavoir, lorsqu'un Testateur domicilié en Pays de Droit écrit, teste dans un lieu où le Droit écrit n'est pas observé. Dans ce cas, pourvû que le Testateur ait laissé quelque chose, soit à titre de legs universel ou particulier, le testament ne peut pas être attaqué par le vice de préterition, & les legs universels ou particuliers vaudront comme institution en faveur de ceux qui auront dû être instituez, si le testament avoit été fait en Pays de Droit écrit.

SECTION PREMIERE.

Des institutions d'heritiers, des dispositions contenant partage des biens entre enfans, & de la démission de biens.

SOMMAIRE.

1. *Difficultez sur la matiere des institutions, qui ont été examinées dans les chapitres précedens.*
2. *Quelles sont les personnes qui Qui peut faire des institutions.*

peuvent ou ne peuvent pas être instituées.

3. *Des défauts qui peuvent se rencontrer dans les institutions.*

4. *Quels sont les biens qui peuvent être compris dans les institutions.*

En quels lieux, en quels cas & dans quelles dispositions les institutions sont nécessaires.

Quels sont les effets des institutions & de l'institution in re certâ.

Division de ce qui reste à traiter sur la matiere des institutions d'heritier.

5. *Chefs principaux.*

6. *Comment l'hérédité est déferée par le Droit Romain.*

L'institution contractuelle est introduite par le Droit François.

7. *De la possession des biens accordée par le Préteur.*

8. *La possession des biens pratiquée par les Romains, est inconnuë & inusitée en France.*

Usage des Loix des titres de bonor. possessionibus.

9. *Dans les Pays Coutumiers on ne connoît qu'une maniere de déferer l'hérédité.*

10. *L'hérédité est déferée* ab intestat *nonobstant le testament.*

11. *En Pays de Droit écrit la succession est déferée par testament.*

L'heritier est saisi de plein droit. Même dans les Coutumes qui ont retenu l'usage de l'institution.

12. *La succession testamentaire est incompatible avec la succession* ab intestat.

La succession testamentaire exclud la succession légitime.

13. *La succession légitime n'est déferée qu'à ceux qui existent lorsque le testament est devenu inutile.*

14. *Institution, ce que c'est. Heritier, ce que c'est.*

15. *Hérédité, ce que c'est.*

16. *Hérédité déferée par testament, de deux manieres, l'une directe, l'autre oblique.*

Differences entre ces deux manieres.

Si le fideicommissaire est saisi de plein droit.

Veritable raison pourquoi le fideicommissaire n'est point saisi.

17. *Si le substitué vulgaire est saisi.*

18. *Si le substitué pupillaire ou exemplaire est saisi.*

Raisons pour la négative.

Le substitué pupillaire est heritier du Testateur, & non du pupille.

19. *Résolution pour l'affirmative.*

Réponse aux raisons de l'opinion contraire.

20. *Seconde difference entre la maniere de déferer l'hérédité* jure directo, *& par fideicommis.*

21. *Troisiéme difference.*

22. *Heritiers distinguez en trois classes chez les Romains.*

23. *Heritier nécessaire.*

24. *Heritier sien & nécessaire.*

25. *Heritier étranger.*
Les enfans émancipez.
Les enfans par rapport à la mere.
26. *Raiſon pourquoi il n'y avoit que les enfans en la puiſſance du défunt qui fuſſent heritiers ſiens.*
La capacité de ſucceder dépendoit de la puiſſance paternelle.
Aujourd'hui elle dépend du lien du ſang.
Donc tous les enfans ſont heritiers ſiens.
27. *En France tous les heritiers ſont égaux.*
Les heritiers étrangers ſont conſiderez comme ſiens.
28. *Les heritiers ſiens ſont conſiderez comme étrangers quant à la faculté de renoncer.*
29. *Pluſieurs eſpeces d'inſtitutions.*
30. *Pures ou conditionnelles.*
31. *Expreſſes ou tacites.*
32. *En premier ou ſecond rang.*
Le Fideicommiſſaire n'eſt pas vrai heritier, il eſt à la place de l'heritier.
33. *Second point. Dans quel acte l'inſtitution peut être faite.*
Inſtitution particuliere peut être faite par codicile.
34. *Inſtitution univerſelle ne peut être faite que par teſtament ou par contrat de mariage.*
Si l'inſtitution in re certâ *faite par codicile ou dans un contrat de mariage, s'étend ſur toute l'hérédité.*
35. *L'inſtitution univerſelle ne peut être faite dans un codicile.*
Exception à cette regle.
Une telle inſtitution vaut comme fideicommis.
36. *Deuxiéme exception.*
Inſtitution faite par un Soldat dans un codicile vaut jure directo.
37. *Troiſiéme exception.*
Inſtitution de l'heritier qui ſera nommé par codicile.
38. *Troiſiéme point. Du nombre des heritiers que l'on peut inſtituer.*
39. *Si l'inſtitution de tous les hommes qui ſont dans le monde eſt valable.*
40. *Quatriéme point. En quelle forme l'inſtitution peut ou doit être faite.*
Quelles ſont les paroles directes, ou obliques, ou communes.
41. *La formalité des paroles n'eſt pas néceſſaire pour la validité de l'inſtitution.*
42. *En quelles paroles l'inſtitution peut être faite.*
43. Quid *ſi l'on a omis quelque parole qui peut être ſous-entenduë.* Plus nuncupatum minus ſcriptum.
44. *Si donner, leguer ou laiſſer l'hérédité du Teſtateur, eſt faire une inſtitution.*
Differens avis des Auteurs.
Réſolution que c'eſt une inſtitution.
45. *Si le legs d'une hérédité recueillie par le Teſtateur eſt*

une institution.

46. *Si donner, laisser ou leguer tous les biens du Testateur, est une institution.*

Bona non dicuntur nisi deducto ære alieno.

47. *Si l'institution peut être faite par désignation de la personne de l'heritier.*

Ordonnance de 1735.

Quid *si la désignation est injurieuse.*

L'institution faite avec des termes injurieux est valable.

48. *Conciliation de la Loi* 48, §. 1, ff. de hered. instit. *avec la Loi* 9, §. 8, ff. eod.

49. *De la désignation du Testateur qui montre la personne de l'heritier.*

50. *Comment la désignation peut être faite.*

51. *La désignation certaine opere le même effet que le nom.*

52. *L'institution douteuse & incertaine est nulle.*

53. *Elle est bonne si l'incertitude peut être levée par quelque circonstance.*

De l'institution en faveur des pauvres, sans les désigner.

54. *Lorsqu'il conste de la personne, l'erreur ou la fausse démonstration ne nuit pas.*

55. *L'institution ne peut être faite jusqu'à un certain ou depuis un certain tems.*

56. *De l'institution en l'usufruit pendant la vie, & de la seconde institution après la mort de l'usufruitier.*

Quid *si la disposition subordonnée à l'institution* in re certâ *est conçuë en termes purement obliques.*

57. *Si l'institution peut être faite par signes.*

L'Ordonnance n'annulle que les dispositions faites totalement par signes, & non celles où il y a des paroles mêlées.

58. *De l'institution à l'interrogat d'autrui.*

59. *Institution explicite ou implicite.*

Institution relative est bonne dans le testament écrit.

Mais non dans le testament nuncupatif.

60. *Si l'institution peut être induite par conjectures.*

Avis de Julius Clarus *pour l'affirmative.*

61. *Avis contraire de* Grassus.

Résolution qu'il peut y avoir des institutions tacites.

62. *L'exemple d'une institution tacite de* Julius Clarus *n'est pas exact.*

La substitution soutient le testament où il n'y a point d'institution.

Opinion de Grassus *juridique.*

63. *Si l'on doit présumer une institution tacite lorsque le Testateur fait une substitution, en cas qu'un tiers qui n'est pas du nombre des successeurs* ab intestat *ne soit point heritier.*

64. *Résolution pour la négative.*

65. *Confirmation par la Loi* 65; ff.

ff. de heredit. inſtit.

66. *Il ne ſuffit pas d'être grevé pour être cenſé honoré.*

67. *Les Auteurs ont donné trop d'extenſion à la Loi 9,* cod. de fideicommiſſ.

68. *Quels ſont les vrais cas de l'inſtitution tacite.*

69. *Si l'inſtitution peut être faite par des paroles négatives ou privatives.*

70. *Si l'inſtitution peut être faite par des paroles énonciatives.*

71. *Si l'inſtitution peut être commiſe à la volonté d'autrui.*

72. *Inſtitution : Si un tiers le veut.*

Inſtitution conditionnelle qui dépend indirectement de la volonté d'autrui.

73. *Inſtitution d'une perſonne entre pluſieurs au choix d'un tiers.*

74. *Inſtitution commiſe à un tiers pour nommer une d'entre pluſieurs perſonnes.*

Eſpece particuliere jugée par Arrêt du Parlement de Toulouſe.

Fait du Procès.

75. *Suite.*

76. *Raiſons de ceux qui ſoutenoient le teſtament nul.*

77. *Suite.*

78. *Suite.*

79. *Suite.*

80. *Réponſe aux objections.*

81. *Suite.*

Clauſe codicillaire.

82. *Suite.*

83. *Raiſons de celui qui ſoutenoit le teſtament bon.*

84. *Suite.*

85. *Suite.*

86. *Suite.*

87. *Arrêt.*

88. *Renvoi pour les autres queſtions, ſi les diſpoſitions peuvent dépendre de la volonté d'autrui.*

Diſpoſition du Droit Canonique.

Le Droit Canonique n'eſt point ſuivi en cela.

89. *Renvoi ſur les inſtitutions captatoires.*

90. *Cinquiéme point. Regles pour connoître les portions des heritiers inſtituez.*

91. *Du Teſtateur qui diſtribue les portions.*

92. *Des heritiers inſtituez* ex æquis partibus.

93. *Pluſieurs inſtituez ſans fixation des portions, ſont heritiers égaux.*

94. *Pluſieurs inſtituez* in re certâ *ſont heritiers égaux* detractâ rei mentione.

95. *De pluſieurs inſtituez* in re certâ.

D'autres avec portion; d'autres ſans portion.

L'inſtitué ſans part, prend les portions vacantes.

96. *Comment ſe diviſe l'hérédité lorſque pluſieurs ſont inſtituez avec portion, & que la totalité n'eſt pas remplie.*

Comment ſe fait la diſtribution de l'hérédité par le Droit Romain.

97. *Si le Teſtateur peut s'écar-*

ter de cette Regle :

Paganus non potest decedere partim testatus, partim intestatus.

98. *Si l'on suit dans le Pays du Droit écrit la division faite par le Droit Romain.*

99. *Du cas où les portions assignées ne rempliſſent pas l'entiere hérédité.*

100. *L'accroiſſement n'a pas lieu dans le Pays Coutumier.*

Les legs particuliers qui ſont vacans demeurent au Legataire univerſel.

101. *Du concours des heritiers à qui le Teſtateur a aſſigné des portions avec ceux à qui il n'en a pas aſſigné.*

Les heritiers ſans part prennent leurs portions qui ſont vacantes.

On n'examine point en quelle partie du teſtament les heritiers ſans part ſont inſtituez.

102. *De deux inſtituez en deux parts, & un troiſiéme en un quart.*

La fixation d'une portion ſert à fixer les autres.

103. *Des cas où le Teſtateur en aſſignant les portions, excede les douze onces.*

De combien de façons cela peut-il arriver.

104. *Quand le Teſtateur excede les douze onces dans la diſtribution des portions, les heritiers doivent ſouffrir un décroiſſement proportionné.*

105. Quid *s'il joint des heritiers ſans portion à l'inſtitution de pluſieurs heritiers avec des portions qui excedent les douze onces.*

Quid *de l'heritier inſtitué au réſidu lorſque l'*as *eſt tout-à-fait rempli.*

Quid *s'il n'eſt pas inſtitué au réſidu, mais ſimplement ſans portion.*

*Réduction du Dupondius à l'*as.

Pluſieurs inſtituez au réſidu partagent également ce qui reſte.

On obſerve la même proportion dans la diſtribution du ſecond as *qu'au premier.*

106. *Du Teſtateur qui excede les deux* as.

Même proportion doit être obſervée qu'au premier as.

Décroiſſement proportionel quand il n'y a point d'heritier ſans portion.

*Réduction des trente-ſix ou vingt-quatre onces à l'*as.

107. *De pluſieurs heritiers inſtituez en portions égales qui excedent l'*as.

Singulis decreſcit.

108. *De deux heritiers inſtituez* ex aſſe.

De deux inſtituez, l'un en douze onces, l'autre en huit.

109. *De deux inſtituez en onze onces, & deux autres au réſidu ; ſi l'un répudie, à qui l'accroiſſement appartiendra-t'il ?*

110. *L'inſtitué qui eſt mort fait part en faveur de ſon conjoint.*

111. *Pluſieurs inſtituez en la pre-*

miere, ſeconde, troiſiéme & quatriéme part, ſont heritiers égaux.

112. *De pluſieurs inſtituez dont l'un eſt ſeparé, & les autres conjoints.*

Quid *ſi le Teſtateur ajoute* ex æquis partibus.

113. *Cas ſingulier décidé par la Loi* 47, §. 1, ff. de hæred. inſtit.

114. *Comment doit être diviſée l'hérédité lorſqu'un eſt inſtitué en deux onces, un autre en une part, & un autre en deux parts.*

115. *De deux inſtituez heritiers égaux, & d'un troiſiéme inſtitué en deux onces.*

116. Sempronius Plotii heres eſto.

De l'inſtitution faite dans la fauſſe opinion de la mort de celui que le Teſtateur vouloit inſtituer.

117. *De celui qui eſt inſtitué avec un incapable.*

118. *Du Teſtateur qui ſe corrige & qui change ſa premiere diſpoſition.*

Seconde inſtitution pure change l'inſtitution conditionnelle.

La derniere diſpoſition doit être ſuivie.

119. *De celui qui eſt inſtitué en la portion qui ſera marquée dans un codicile.*

Différence entre le paſſé & l'avenir : ex his partibus quas adſcripſi, *ou* quas adſcripſero.

120. *De pluſieurs inſtituez dont l'un eſt appellé par ſon nom, & les autres par un terme collectif.*

Quid *ſi l'on dit*, æqui hæredes ſunto.

121. Quid *s'il y a diſparité de dégré, & d'affection de l'inſtitution d'un étranger avec ſes enfans.*

122. *De l'inſtitution du ſucceſſeur légitime avec ſes enfans.*

123. *De l'inſtitution du fils avec ſes enfans petits-fils du Teſtateur.*

124. *La doctrine des Auteurs eſt contraire aux principes, & les petits-fils doivent concourir avec leur pere.*

Premiere raiſon du ſentiment de l'Auteur.

Deuxiéme raiſon.

Troiſiéme raiſon.

Quatriéme raiſon.

Il n'y a que les petits-fils nez ou conçus lors de la mort du Teſtateur, qui puiſſent concourir.

125. *Réponſe aux fondemens de l'opinion contraire.*

126. *Paroles de la Loi* 29, §. 1, ff. de liber. & poſthumis.

127. *Paroles de la Loi* 29, in principio, ff. de liberis & poſthumis.

128. *Si anciennement il étoit permis d'inſtituer les poſthumes, & dans quel cas.*

On met au rang des étrangers tous ceux qui ne ſont pas en la puiſſance du Teſtateur.

Aujourd'hui tous les poſthumes peuvent être inſtituez.

129. *Déciſion de la Loi* 29, §. 1, ff. de liberis & poſthum.

Précis du texte par Cujas.

130. *Suite.*

Ce qui eſt acquis aux enfans de famille leur appartient en proprieté.

131. *Sentiment de* Cujas, *que les petits-fils inſtituez avec leur pere doivent concourir.*

132. *Concluſion que les petits-fils doivent concourir, & comment.*

133. *Comment peut-on connoître les cas où les heritiers ſont appellez* in viriles.

Les heritiers viennent in viriles *lorſque le Teſtateur les appelle* ex æquis partibus.

134. *Pluſieurs heritiers qui ſont conjoints ne repreſentent qu'une ſeule perſonne.*

135. *Ceux qui ſont appellez par leur nom ſont autant de chefs, & ceux qui ſont appellez par un nom collectif ne ſont qu'un chef.*

Exception portée par la Loi 88, §. 6, ff. de leg. 2.

136. *Ceux qui ſont appellez par un terme collectif, recueillent par égales parts.*

137. *Comment peut-on connoître ſi pluſieurs inſtituez ſont pluſieurs chefs, ou un ſeul.*

138. *Les heritiers appellez par des termes diſtributifs, ſuccedent* in viriles *avec ceux qui ſont appellez par leur nom propre.*

139. *De l'inſtitution d'un heritier par ſon nom & d'un poſthume. Comment l'hérédité doit-elle être diviſée, s'il naît pluſieurs poſthumes.*

Quid *ſi l'inſtitution eſt des poſthumes au plurier.*

140. *Des heritiers inſtituez par la disjonctive.*

Quid *des petits-fils du Teſtateur inſtituez par la disjonctive avec leur pere.*

141. *Des partages faits par les aſcendans entre leurs deſcendans.*

142. *Quelle eſt la nature des partages* inter liberos.

Les aſcendans ne peuvent pas donner atteinte à la légitime des deſcendans.

143. *Les actes de partage* inter liberos, *ne doivent pas être confondus avec les teſtamens.*

144. *Diſpoſition de la* Novelle 18, chapitre 7, *& de la* Novelle 107, chapitre 3.

Ces Novelles *approuvent les partages faits par tous les aſcendans.*

145. *Elle ſont confirmées par* l'Ordonnance de 1735.

Ces partages doivent être revêtus des formalitez preſcrites par les Coutumes.

146. *Formalitez preſcrites par* l'Ordonnance de 1735.

147. *L'uſage des partages n'eſt pas étendu par l'Ordonnance aux lieux où il n'eſt pas reçu.*

148. *Si les teſtamens ſont néceſſaires aux partages olographes.*

149. *Si le partage de partie des biens vaut.*

Si celui qui dispose doit assigner des lots à tous ses enfans.

Si la préterition de quelqu'enfant annulle le partage.

Le partage vaut comme disposition ab intestat, *sauf la légitime & par forme de préciput.*

Ce qui reste à diviser est adjugé à tous les enfans in viriles, *qui contribuent au supplément de legitime.*

150. *Il suffit d'observer la formalité exterieure dans les actes de partage* inter liberos.

L'inégalité dans les lots n'annulle pas le partage fait inter liberos.

151. *Les partages* inter liberos *sont révocables.*

Quid *s'ils sont faits en contrat de mariage.*

152. *Si la faculté de faire les partages* inter liberos *est un effet de la puissance paternelle.*

C'est un privilege du sang en ligne directe.

153. Quid *dans les Pays Coutumiers.*

154. *Differentes Coutumes sur les partages* inter liberos.

De la survie durant quarante ou vingt jours requise par certaines Coutumes.

155. *Si les partages* inter liberos *sont admis dans les Coutumes qui n'en parlent pas.*

Coutumes où il n'est pas permis d'avantager l'un des enfans.

Quid *si celui qui fait le partage avoit des biens dans plusieurs Coutumes qui disposent differemment.*

Formalitez des partages dans les Coutumes qui n'en parlent pas.

156. *Des partages faits en faveur des successeurs collateraux.*

157. *Des partages faits par le pere, & signez par les enfans.*

Opinion de Ferrieres.

158. *Si l'on peut déroger au droit d'aîneſſe dans les partages* inter liberos.

159. *Si dans les Coutumes qui ne permettent les partages qu'au pere & à la mere, la même faculté est accordée aux autres ascendans.*

160. *Partages peuvent être faits par le pere & la mere conjointement.*

161. *Si dans le Pays Coutumier, le partage doit être fait entre tous les enfans & de tous les biens.*

Si la survenance d'un enfant l'annulle.

162. *Partage par acte privé dans les Coutumes qui requierent la survie, doit être reconnu devant Notaire.*

163. *Suplément de légitime quand le lot est insuffisant.*

Qui contribue à ce suplément.

Quid *en Pays de Droit écrit.*

164. *De l'acquisition des nouveaux biens depuis le partage.*

A qui ces biens doivent appartenir.

165. *Si la garantie est dûë en cas d'éviction de partie des*

lots assignez par le pere.

Diversité d'opinions des Auteurs.

166. *Résolution de la question par une distinction.*

Premier cas, du partage fait par le Testateur après une institution de plusieurs heritiers.

167. *Second cas, du simple partage sans institution d'heritier.*

Explication de la Loi 77, §. 8, ff. de legat. 2.

Si l'évincé n'a pas la légitime entiere, il peut demander le suplément.

168. *De la démission des biens.*

Cette maniere de disposer est purement de Droit François.

Le Droit Romain défend toute délation d'hérédité par contrat.

Donation universelle à cause de mort, vaut.

Si la donation à cause de mort peut transferer la proprieté.

169. *Examen des démissions par rapport aux differens Pays.*

170. *Dans les Pays du Droit écrit la démission des biens ne peut être considerée que comme donation à cause de mort, ou donation entre-vifs, selon qu'elle est conçuë.*

171. *Démission entre-vifs se regle comme les donations entre-vifs.*

Ne peut comprendre les biens à venir.

172. *La liberté de disposer de tous les biens en Pays de Droit écrit.*

Démission peut être faite en faveur d'un des enfans.

173. *Comment la demission des biens est considerée en Bretagne.*

Disposition de l'article 537 de la Coutume.

Formalitez nécessaires.

174. *Démission des biens.*

Ce que c'est.

De deux sortes; l'une générale, & l'autre particuliere.

Est susceptible de toutes les conventions.

Démissionnaire tenu des dettes passives.

La démission n'ouvre pas la succession.

Défaut de publication n'annulle pas la démission.

175. *Si la démission peut être faite en Bretagne sans retenir l'usufruit.*

176. *N'est point considerée comme une donation à cause de mort.*

Ne peut être faite qu'en faveur du successeur ab intestat, *& pour sa portion.*

Il en est de même dans les autres Coutumes.

177. *Comment est considerée la démission dans les autres Coutumes.*

Description de la démission, faite par le Brun.

178. *Auteurs qui ont traité des démissions de biens.*

179. *Démissions peuvent être considerées sous trois rapports.*

180. *Par rapport au Démettant.*

Au Démiſſionnaire.

Et aux tierces perſonnes.

181. *Si la démiſſion peut être faite de la proprieté ſeulement ou de l'uſufruit ſeulement.*

182. *De l'acceptation de la démiſſion.*

183. *Par qui peut être faite la démiſſion.*

Du prévenu de crime capital.

184. *En faveur de qui la démiſſion peut être faite.*

Et par quels actes.

185. *La démiſſion doit être de l'univerſalité.*

Le démettant peut ſe réſerver l'uſufruit.

Rétention de quelque choſe particuliere.

Comment doit être conſiderée l'acte qui n'a pas tous les caracteres de la démiſſion.

186. *Si l'on peut obliger les ſucceſſeurs* ab inteſtat *à accepter la démiſſion.*

Quid *ſi le pere ou la mere ſont pauvres, peuvent-ils demander les alimens en ſe démettant de leurs biens.*

Penſion. Comment évaluée.

Si la condamnation eſt ſolidaire.

187. *Du partage entre les Démiſſionnaires.*

Si le Démettant peut faire le partage.

Coutumes qui n'exigent pas l'égalité.

Coutumes qui exigent l'égalité.

Pour quelle lezion le partage fait par le Démettant, peut être attaqué.

188. *La démiſſion doit imiter la ſucceſſion légitime, les portions doivent ſe regler, eu égard au tems du déces du Démettant.*

189. *Démiſſionnaires ſujets au payement des dettes.*

En ſont tenus perſonnellement.

Pluſieurs queſtions ſur cette matiere.

190. *Si les biens reviennent au Démettant quand le Démiſſionnaire meurt, ou ſouffre confiſcation avant le Démettant.*

Quid *s'il y a d'autres Démiſſionnaires.*

Quid *ſi le Démiſſionnaire décede & laiſſe des enfans.*

191. *Si la démiſſion en faveur des collateraux eſt révoquée par la ſurvenance des enfans.*

192. *Si la démiſſion eſt révocable.*

193. *Si la donation entre-vifs qui a le caractere de la démiſſion eſt révocable.*

194. *Si la démiſſion conçuë en termes de donation qui n'eſt que d'une quote, eſt révocable.*

Quid *en collaterale.*

195. *Cas où les démiſſions ne ſont pas révocables.*

196. *Révocation de la démiſſion pour partie.*

197. *En quelle forme la révocation doit être faite.*

Opinion de le Grand.

198. *Opinion de* le Brun.

Opinion de Boucheul.

199. *Opinion de* Boulenois.

200. *Qu'eſt-ce qui doit être rendu par les Démiſſionnaires dans*

le cas de la révocation. Si la révocation a un effet rétroactif, & ſi elle réſoud les aliénations & les hypoteques.

1. Difficultez ſur la matiere des inſtitutions qui ont été examinées dans les chapitres précedens. Qui peut faire des inſtitutions.

NOUS avons examiné dans les chapitres précedens, pluſieurs difficultez concernant les inſtitutions d'heritier : Premierement, quelles ſont les perſonnes qui peuvent faire des inſtitutions d'heritier, ce qui dépend de la capacité de faire teſtament, que nous avons expliquée dans le *chapitre* 4, *ſection* 1 & *ſection* 2.

2. Quelles ſont les perſonnes qui peuvent ou ne peuvent pas être inſtituées.

En ſecond lieu, quelles ſont les perſonnes qui peuvent être inſtituées, & qui peuvent recueillir efficacement ou non; ce que nous avons développé en parlant de la capacité paſſive & de l'incapacité, & de l'indignité, au *chapitre* 6, *ſect.* 1, *ſect.* 2 & *ſection* 3.

3. Des défauts qui peuvent ſe rencontrer dans les inſtitutions.

Dans le chapitre 5, nous avons diſcuté les défauts qui peuvent ſe rencontrer dans les inſtitutions, & dans les autres diſpoſitions provenantes du défaut dans la volonté du Teſtateur, comme ſont la crainte, la violence, le dol, la fraude, la captation, la ſuggeſtion; & incidemment, nous avons montré quelles ſont les inſtitutions captatoires réprouvées par le Droit, l'inſtitution faite à l'interrogat d'autrui, l'erreur, la fauſſe cauſe, la fauſſe condition, la fauſſe démonſtration. Les principes que nous avons détaillez, & les déciſions que nous avons formées ne regardent pas moins les inſtitutions, que les autres diſpoſitions, qui peuvent être renfermées dans un teſtament.

4. Quels ſont les biens qui peuvent être compris dans les inſtitutions.

Nous avons expliqué dans le *chapitre* 7, quels ſont les biens dont le Teſtateur peut diſpoſer; & par conſéquent, quels ſont ceux qui peuvent être compris dans l'inſtitution d'heritier; nous avons encore examiné la matiere des conditions dont les inſtitutions ſont ſuſceptibles.

En quels lieux, en quels cas, & dans quelles diſpoſitions les inſtitutions ſont néceſſaires. Quels ſont les effets des inſtitutions, & de l'inſtitution *in re certâ*.

Enfin, nous venons d'examiner au commencement du preſent chapitre, en quels lieux, en quels cas, & dans quelles diſpoſitions, les inſtitutions, tant univerſelles que particulieres, ſont néceſſaires pour la validité des diſpoſitions; quels ſont les effets des inſtitutions, lorſqu'un Teſtateur poſſede des biens dans les Pays du Droit écrit, & dans les Pays où le Droit écrit n'eſt pas obſervé, & quel eſt l'effet de l'inſtitution *in re certâ*.

Diviſion de ce qui reſte à traiter ſur la matiere des inſtitutions d'heritier

5. Chefs principaux.

Les éclairciſſemens que nous avons donnez, nous laiſſent peu de choſes à dire, pour achever d'éclaircir les autres difficultez qui peuvent naître de la matiere des inſtitutions d'heritier. Nous pouvons les réduire à quelques chefs principaux : 1°. Qu'eſt-ce que

que c'eſt que l'inſtitution d'heritier? 2°. Dans quel acte l'inſtitution d'heritier peut être faite. 3°. Combien d'heritiers on peut inſtituer. 4°. En quelle forme l'inſtitution peut être faite. 5°. Quelles ſont les regles pour connoître les portions qui doivent être aſſignées à pluſieurs heritiers inſtituez.

6. Comment l'herédité eſt déferée par le Droit Romain.

On connoît dans le Droit Romain deux manieres de déferer l'herédité : Sçavoir, le teſtament & la diſpoſition de la Loi ; l'une eſt appellée ſucceſſion teſtamentaire ; l'autre ſucceſſion légitime. En France, on a introduit une autre maniere de déferer la ſucceſſion ; c'eſt-à-dire, par inſtitution contractuelle. Comme l'inſtitution contractuelle n'eſt pas de notre matiere, nous nous contenterons d'obſerver que nous avons expliqué dans nos queſtions ſur les donations, la nature & les effets de cette inſtitution.

L'inſtitution contractuelle eſt introduite par le Droit François.

7. De la poſſeſſion des biens accordée par le Préteur.

Comme les diſpoſitions de la *Loi des douze Tables*, renfermoient quelquefois des inconveniens, & des injuſtices, le Préteur en temperoit la rigueur ſelon que l'équité le lui ſuggeroit ; mais comme il n'y avoit que la Loi & la diſpoſition du Teſtateur qui puſſent faire des heritiers, le Préteur avoit introduit une troiſiéme maniere de déferer une herédité, qui étoit appellée *poſſeſſion des biens*, laquelle produiſoit le même effet que la délation d'herédité teſtamentaire ou légitime. Lorſqu'il y avoit un teſtament qui manquoit de quelque formalité requiſe par le Droit Civil, & qu'il étoit revêtu de la formalité requiſe par le Droit Prétorien, le Préteur accordoit la poſſeſſion des biens en conformité du teſtament, & elle étoit appellée *bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas* ; & quand le teſtament étoit revêtu des formalitez du Droit Civil, & qu'il n'étoit pas conforme à ce que le Droit Prétorien exigeoit, comme ſi un enfant émancipé avoit été préterit ou injuſtement exherédé, le Préteur accordoit la poſſeſſion des biens *contrà tabulas*. Ceux auſquels ces differentes poſſeſſions étoient accordées n'avoient pas le nom d'heritier, mais ils en avoient tous les avantages, *inſtit. de bonor. poſſeſſ. in princip.*

8. La poſſeſſion des biens pratiquée par les Romains eſt inconnuë & inuſitée en France.

On ne pratique point en France les poſſeſſions des biens du Droit Romain, non-ſeulement dans les Pays Coutumiers ; mais encore dans les Pays du Droit écrit ; car ſi le teſtament eſt revêtu de toutes les formalitez néceſſaires dans les Pays où il eſt fait : dans ce cas, l'herédité eſt déferée aux heritiers inſtituez ; que s'il manque de quelque formalité, le teſtament eſt caſſé & l'herédité eſt déferée aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, parce qu'on ne diſtingue point les formalitez du Droit Prétorien, de celles du Droit Civil, ſauf quand le teſtament revêtu de la forme d'un co-

dicile, manque de quelque formalité néceſſaire au teſtament, auquel cas, s'il contient la clauſe codicillaire, il vaudra comme codicile, ainſi que nous l'expliquerons plus amplement en ſon lieu; mais quoique dans le Pays du Droit écrit, on ne pratique point les poſſeſſions des biens, on ne laiſſe pas de faire uſage des principes renfermez dans les Loix, que l'on trouve dans les titres *de bonorum poſſeſſionibus*, & l'on en fait l'application ſelon que le cas le comporte.

Uſage des Loix des titres *de bonor. poſſeſſionib.*

9. Dans les Pays Coutumiers on ne connoît qu'une maniere de déferer l'herédité.

Dans les Pays Coutumiers, ſi l'on excepte l'inſtitution contractuelle, on n'y connoît communément qu'une ſeule & unique maniere de déferer l'herédité. Les teſtamens de quelque formalité qu'ils ſoient revêtus n'y ſont conſiderez proprement, que comme des codiciles. Dans les Coutumes qui défendent les inſtitutions d'heritier, elles ſont nulles & inefficaces, les autres diſpoſitions du teſtament demeurant dans leur entier, ainſi que nous l'avons montré au commencement de ce chapitre.

10. L'herédité eſt déferée *ab inteſtat* nonobſtant le teſtament.

Mais, dans les Coutumes qui déclarent ſimplement que l'inſtitution n'a lieu, ou qu'elle n'eſt pas néceſſaire, elle eſt convertie en legs univerſel, l'herédité eſt toujours déferée par la Coutume aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, qui ſont ſaiſis en vertu de la maxime, *le mort ſaiſit le vif*; & c'eſt à ces heritiers, que ceux en faveur deſquels le Teſtateur a diſpoſé, doivent demander la délivrance.

11. En Pays de Droit écrit la ſucceſſion eſt déferée par teſtament.

L'heritier eſt ſaiſi de plein droit.

Même dans les Coutumes qui ont retenu l'uſage de l'inſtitution.

Il en eſt tout autrement en Pays de Droit écrit, & l'on y tient pour maxime, que la diſpoſition teſtamentaire eſt un titre approuvé par les Loix, pour déferer la ſucceſſion univerſelle, & l'heritier teſtamentaire eſt ſaiſi de plein droit; enſorte qu'il peut ſe mettre en poſſeſſion de l'herédité, ſans être tenu de demander la délivrance aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, & cela ſe pratique de même dans les Coutumes qui ont retenu l'uſage de l'inſtitution univerſelle, comme on le voit dans la *Coutume de Bourdeaux, article* 74, & dans les autres que nous avons indiquées ci-deſſus.

12. La ſucceſſion teſtamentaire eſt incompatible avec la ſucceſſion *ab inteſtat*.

La ſucceſſion teſtamentaire exclud la ſucceſſion légitime.

Bien plus, on tient encore dans le Pays du Droit écrit, que la ſucceſſion teſtamentaire eſt incompatible avec la ſucceſſion *ab inteſtat*, parce qu'un homme ne peut pas déceder *partim teſtatus partim inteſtatus*, que la ſucceſſion teſtamentaire exclud & fait ceſſer la ſucceſſion *ab inteſtat: quandiu poteſt ex teſtamento adiri hereditas, ab inteſtato non defertur*, *L.* 39, *ff. de acquir. hered.* ou comme s'exprime la Loi 89, *ff. de reg. jur. quandiu poſſit valere teſtamentum, tandiu legitimus non admittitur*. Enſorte qu'afin qu'on ſçache ſi l'herédité eſt déferée *ab inteſtat*, il faut être aſſûré qu'il n'y a point de teſtament valable, parce que la ſucceſſion légi-

time n'a lieu que quand la ſucceſſion teſtamentaire ceſſe, *in plurium heredum gradibus hoc obſervandum eſt, ut ſi teſtamentum proferatur, prius à ſcriptis incipiatur; deindè tranſitus fiat ad eos, ad quos legitima hereditas pertinet, nam hoc gradatim conſequitur, L. in plurium* 70, *ff. de acquir. hered.* mais la ſucceſſion légitime a lieu, lorſqu'il n'y a point de teſtament, ou s'il y en a, lorſqu'il n'eſt pas revêtu des formalitez de Droit, ou qu'il eſt rompu, ou inutile, ou ſi l'inſtitution n'eſt pas acceptée, *inſtit. de hered. quæ ab inteſtato deferuntur, in princip. Inteſtatus decedit, qui, aut omninò teſtamentum non fecit; aut non jure fecit; aud id quod fecerat, ruptum irritumve factum eſt; aut ſi ex eo nemo heres extiterit.*

13. La ſucceſſion légitime n'eſt déferée qu'à ceux qui exiſtent lorſque le teſtament eſt devenu inutile.

Enfin, la ſucceſſion teſtamentaire eſt tellement excluſive de la ſucceſſion légitime, que quand il y a un teſtament revêtu de toutes les formalitez; ſi dans la ſuite il devient inutile, ou par la répudiation de l'herédité, ou parce que la condition ajoutée à l'inſtitution vient à manquer, l'herédité eſt déferée *ab inteſtat*, non à ceux qui exiſtoient lors de la mort du Teſtateur; mais à ceux qui exiſtent & qui ſont capables, au moment que le teſtament devient inutile, *§. cùm autem* 7, *inſtit. de hered. quæ ab inteſtato defer. §. proximus* 6, *inſtit. de legitim. agnat. ſucceſſ.* & *M. Maynard*, livre 7, chapitre 100; & ſi la Loi *proponebatur* 9, *ff. de caſtrenſi peculio*, ſemble décider le contraire, en diſant que ſi l'heritier inſtitué par le fils de famille en ſon pécule caſtrenſe, répudie l'herédité, le pécule doit appartenir au pere, quoiqu'il ſoit décedé après ſon fils, avant néanmoins la répudiation faite par l'heritier; cela ne touche point à la regle que nous avons établie; car la déciſion de ce cas particulier dépend de ce principe, que le pécule caſtrenſe eſt cenſé appartenir au pere, quoique le fils en puiſſe diſpoſer; qu'ainſi, l'inſtitution faite par le fils, n'ayant pas eu ſon effet, les biens du pécule qui auroient pû être détachez du patrimoine du pere, ſi l'inſtitution avoit eu lieu, ſont cenſez être demeurez unis avec les biens du pere, lorſque l'inſtitution contenuë dans le teſtament du fils eſt répudiée. Voilà pourquoi le pécule caſtrenſe doit appartenir à celui qui eſt poſſeſſeur des biens du pere, comme en faiſant une partie intégrante, qui n'en peut être retranchée que par une inſtitution efficace.

14. Inſtitution, ce que c'eſt.

Voyons preſentement ce que c'eſt que l'inſtitution d'heritier; elle n'eſt autre choſe que la nomination ou déſignation faite par teſtament, de celui ou de ceux qui doivent ſucceder en tous les droits du Teſtateur, & une deſtination de l'entiere herédité

Heritier, ce que c'eſt.

du défunt. Ce que les Loix diſent en faiſant la deſcription de l'herédité, & de l'heritier, prouve clairement la verité de cette définition. L'heritier eſt celui qui ſuccede en tous les biens & droits que le défunt avoit au tems de ſa mort ; il a le même pouvoir & le même droit que le défunt ; il ſuccede au défunt pour le domaine & proprieté des biens, & toutes les actions qui étoient ſur la tête du défunt, paſſent ſur celle de l'heritier, *heres in omne jus mortui, non tantùm ſingularum rerum dominium ſuccedit ; cùm & ea quæ in nominibus ſint, ad heredem tranſeant*, *L. heres* 37, *ff. de acquir. hered. Heredem ejuſdem poteſtatis juriſque eſſe, cujus fuit defunctus, conſtat*, *L.* 59, *ff. de reg. jur.* L'heritier repreſente la perſonne du défunt non-ſeulement pour les droits actifs, mais encore pour les paſſifs. On peut voir dans *M. Cujas* ſur la Loi 54, *ff. de regul. jur.* l'explication de cette regle; quelles ſont les actions qui ne paſſent point à l'heritier, & en quels cas l'heritier eſt tenu autrement que le défunt ; mais l'heritier ne peut pas avoir plus de droit que n'en avoit le défunt, ſuivant cette regle triviale, *nemo plus juris ad alium transferre poteſt, quàm ipſe habet*, *L.* 54, *ff. de regul. jur.* ou comme s'explique la Loi 120, *ff. eod. nemo plus commodi hered. ſuo relinquit, quàm ipſe habuit.*

II.
Herédité, ce que c'eſt.

L'herédité eſt le droit qui paſſe de la tête du défunt ſur celle de l'heritier, elle eſt la ſucceſſion au droit univerſel que le défunt avoit lors de ſa mort, *hereditas nihil aliud eſt quàm ſucceſſio in univerſum jus quod defunctus habuerit*, *L.* 24, *L.* 62, *ff. de regul. jur.* Elle eſt une choſe purement de Droit, & peut ſubſiſter ſans aucun corps, qui exiſte dans l'herédité, & l'on n'examine point ſi elle eſt avantageuſe ou onereuſe, *hereditas juris nomen eſt, quod acceſſionem, & deceſſionem in ſe recipit*, *L. pecuniæ* 178, §. 1, *ff. de verbor. ſignif. hereditatis appellatio ſine dubio continet etiam damnoſam hereditatem, juris enim nomen eſt, ſicuti bonorum poſſeſſio*, *L.* 119, *ff. eod.* Elle repreſente la perſonne du défunt, *hereditas enim non heredis perſonam, ſed defuncti ſuſtinet*, *L.* 34, *ff. de acquir. rer. dominio.* Ce qui s'entend lorſqu'elle n'eſt pas encore acceptée ; car après l'acceptation, l'heritier & l'herédité tiennent la place, & font la fonction d'une ſeule perſonne : *Heres & hereditas tametſi duas appellationes recipiunt, unius perſonæ tamen vice funguntur*, *L. hereditas* 22, *ff. de uſurpat. & uſucap.*

16.
Herédité déférée par teſtament de deux manieres ; l'une

L'herédité peut être déférée par teſtament ou par voye directe au moyen de l'inſtitution, de la ſubſtitution vulgaire, pupillaire, ou exemplaire; ou par voye oblique, c'eſt-à-dire, par fideicommis,

& il y a deux differences entre ces deux manieres de déferer l'heréditè. La 1ere. consiſte en ce que quand l'herédité eſt déferée par fideicommis, le Fideicommiſſaire n'eſt point ſaiſi de droit ; mais il doit demander l'ouverture du fideicommis, & la maintenue aux biens en dépendans, ſauf les détractions & imputations telles que de droit, & juſqu'à ce que la liquidation en ſoit faite, l'heritier de l'heritier grevé doit demeurer en poſſeſſion de tous les biens ; que ſi au moyen des détractions il a des hypoteques ſur les biens du fideicommis, il doit en être rembourſé avant de pouvoir être dépoſſedé, parce que *incumbit pignori*. C'eſt l'uſage du Parlement de Toulouſe, qui ne diſtingue point ſi le grevé ou le Fideicommiſſaire ſont des deſcendans du Teſtateur, ou des étrangers. Cette opinion me paroît plus conforme, non-ſeulement aux regles du Droit écrit, mais encore aux maximes du Royaume, que l'opinion de quelques Auteurs qui ont crû que le Fideicommiſſaire étoit ſaiſi de plein droit, au moment de l'ouverture, & qu'il pouvoit intenter les actions poſſeſſoires ; car en vertu de la maxime, *le mort ſaiſit le vif*, la poſſeſſion qui étoit ſur la tête du défunt, paſſe à ſon heritier ſans avoir beſoin d'aucun fait, ni acte poſſeſſoire ; mais cela ne peut arriver que dans le cas de la ſucceſſion légitime, ou bien dans celui de l'inſtitution teſtamentaire, & non dans le cas du fideicommis, à moins que l'heritier n'eût répudié, parce que la poſſeſſion où le défunt étoit a été transferée à l'heritier grevé. Il y a donc une interruption qui empêche que cette même poſſeſſion ne paſſe au Fideicommiſſaire, qui ſuccede non au grevé, à moins qu'il ne ſoit ſon heritier ; mais au Teſtateur : Ainſi, la poſſeſſion intermédiaire du grevé eſt un obſtacle inſurmontable au tranſport de la poſſeſſion du défunt ſur la tête du Fideicommiſſaire qui n'eſt pas heritier du grevé, puiſque la poſſeſſion du défunt a été interrompuë, & pour ainſi dire, coupée par la poſſeſſion de l'heritier du grevé. Voilà pourquoi le milieu eſt inhabile : On peut voir *Ricard, des ſubſtitutions, part* 2, *n.* 154, 155 ; *M. de Catellan, liv.* 2, *chap.* 6, & les autres Auteurs.

directe, & l'autre oblique.

Differences entre ces deux manieres.

Si le fideicommiſſaire eſt ſaiſi de plein droit.

Véritable raiſon pourquoi le Fideicommiſſaire n'eſt point ſaiſi.

17.

Si le ſubſtitué vulgaire eſt ſaiſi.

Il n'en eſt pas de même du ſubſtitué direct par ſubſtitution vulgaire, parce qu'il ſuccede directement & immédiatement au Teſtateur ; que cette ſubſtitution eſt une vraye inſtitution en ſecond, qui ſoutient & fait valoir le teſtament, *L. un. §.* 13, *cod. de caduc. toll.* qu'il n'y a point d'interruption, & que la poſſeſſion paſſe ſans moyen de la perſonne du défunt, ſur celle du ſubſtitué vulgaire, lorſque l'heritier inſtitué ne veut ou ne peut être

heritier; & il ſeroit indifferent, nonobſtant la diſtinction de *M. Tiraqueau*, tract. *le mort ſaiſit le vif, part.* 2, *déclar.* 10, que le ſubſtitué recueillit l'herédité en vertu d'une ſubſtitution vulgaire expreſſe, ou d'une vulgaire tacite compriſe dans la pupillaire, ou dans la compendieuſe, ou dans la réciproque; parce que la même raiſon milite, & que le ſubſtitué ſuccede *jure directo*, ſans milieu & ſans interruption de la poſſeſſion du défunt.

18. Si le ſubſtitué pupillaire ou exemplaire eſt ſaiſi.

Raiſons pour la négative.

Mais, que doit-on dire dans le cas de la ſubſtitution pupillaire ou exemplaire, lorſque l'heritier a accepté & joui de l'herédité? Il ſemble qu'on doive dire qu'il n'eſt pas ſaiſi; car il eſt vrai que le ſubſtitué ſuccede *jure directo*: Mais cela ne ſuffit afin qu'il ſoit ſaiſi, *il faut encore que la poſſeſſion dont le défunt étoit* ſaiſi lors de ſa mort, paſſe ſans interruption, & ſans moyen au ſubſtitué, ce qui eſt impoſſible dès que le pupille ou le fils imbécile heritier inſtitué a pris poſſeſſion, & a joüi de l'herédité de ſon pere Teſtateur. Ainſi, il y a grande raiſon de dire que dans ce cas, le ſubſtitué pupillairement ou exemplairement n'eſt point ſaiſi, & qu'il doit comme le Fideicommiſſaire, demander l'ouverture de la ſubſtitution, & recevoir les biens de la main des ſucceſſeurs *ab inteſtat* du pupille, ou de l'imbécile; puiſque comme le prouve *Ricard, des Subſtitutions directes & fideicommiſſaires, part.* 1, *chap.* 2, *nombres* 54 *& ſuiv.* le ſubſtitué pupillairement prend indiſtinctement les biens du pere & du fils, de la perſonne du pere, & doit être conſideré comme ſon heritier, & non pas du pupille. Voilà pourquoi la poſſeſſion du pupille ne peut être transferée au ſubſtitué qui n'eſt pas heritier du pupille, *M. Tiraqueau*, dans ſon Traité *le mort ſaiſit le vif, part.* 2, *déclarat.* 9, *depuis le nombre* 1, *juſqu'au nombre* 11, confirme cette opinion par pluſieurs raiſons & autoritez.

Le ſubſtitué pupillaire eſt heritier du Teſtateur & non du pupille.

19. Réſolution pour l'affirmative.

Néanmoins, il me ſemble que l'opinion contraire eſt mieux fondée, & qu'il y a lieu de décider que le ſubſtitué pupillaire, ou exemplaire eſt ſaiſi de plein droit, & qu'il peut ſe mettre en poſſeſſion des biens du Teſtateur & du pupille, ſans être obligé de demander la délivrance ni l'ouverture de la ſubſtitution, parce qu'il eſt vrayement heritier, & du Teſtateur & du pupille, & qu'il ſuccede *jure directo*, à l'un & à l'autre. La raiſon priſe de l'interruption de la poſſeſſion, à cauſe de la joüiſſance intermédiaire du pupille ou de l'imbécile heritier, ne milite pas au cas préſent, comme elle milite au cas du fideicommis, lorſque le Fideicommiſſaire n'eſt pas heritier du grevé; parce que, 1°. S'il

Réponſe aux raiſons de l'opinion contraire.

eſt vrai que le ſubſtitué eſt cenſé ſucceder au Teſtateur, même quant aux biens du pupille, à cauſe que c'eſt en vertu du teſtament du pere, qu'il recueille l'un & l'autre patrimoine : il n'eſt pas moins vrai que le ſubſtitué ſuccede en tous les biens & droits du pupille ; & par conſéquent, il ſuccede de plein droit à la poſſeſſion du pupille ; on doit donc former en faveur du ſubſtitué *jure directo*, la même réſolution qu'en faveur du Fideicommiſſaire, qui ſe trouve heritier de l'heritier grevé, la poſſeſſion duquel ſe continue ſur la tête du Fideicommiſſaire, non en qualité de Fideicommiſſaire, & en conſéquence du fideicommis ; mais en qualité d'heritier du grevé : Ainſi, quoique la poſſeſſion du Teſtateur, ne puiſſe pas paſſer ſur la tête du ſubſtitué, à cauſe de l'interruption ; celle du pupille, heritier inſtitué, paſſe au ſubſtitué, qui eſt réellement heritier & ſucceſſeur en tous les biens & droits du pupille. 2°. Il y a une raiſon particuliere dans le cas du fideicommis qui empêche que le Fideicommiſſaire ne ſoit ſaiſi, & ne puiſſe prendre la poſſeſſion des biens de ſon autorité ; c'eſt que la liquidation des détractions doit être faite entre les mains de l'heritier du grevé, qui a droit de retenir les biens juſqu'à ce qu'il ſoit payé de ce qui lui eſt dû par l'herédité : laquelle raiſon ceſſant lorſque le Fideicommiſſaire ſe trouve heritier du grevé, elle doit ceſſer auſſi dans le cas du ſubſtitué *jure directo*, parce qu'il ſe trouve heritier du pupille ou de l'imbecile inſtitué heritier par le défunt ; qu'ainſi, il eſt lui-même créancier de l'émolument qui peut revenir à l'herédité du pupille par la liquidation des détractions, *M. Tiraqueau*, tractat. *le mort ſaiſit le vif, part.* 2, *déclar.* 9, *depuis le nombre* 16 *juſqu'à la fin*, autoriſe cette derniere opinion.

20. Seconde difference entre la maniere de déferer l'herédité *jure directo*, & par fideicommis.

La ſeconde difference conſiſte en ce que quand l'herédité eſt déferée par fideicommis, l'heritier grevé a droit de retenir la quarte Trebellianique, à moins qu'elle n'ait été prohibée ; au lieu que dans le cas d'une ſubſtitution directe, la quarte Trebellianique ne peut pas être retenuë, parce que le Senatus-Conſulte Pegaſien & l'Empereur Juſtinien, qui a attribué au Senatus-Conſulte Trebellien, tout l'avantage que le Pegaſien avoit introduit, n'ont permis de retenir la quarte, que des Fideicommis, & non des ſubſtitutions directes, qui ont leurs regles à part, §§. 6 & 7, *inſtit. de fideicommiſſ. hered.*

21. Troiſiéme difference.

Il y a une troiſiéme difference entre la maniere de déferer l'herédité directement par ſubſtitution, & obliquement par fideicommis, en ce que la ſubſtitution directe étant une vraye inſtitution

en second; quoique l'heritier répudie, le testament ne devient pas inutile; mais il est soutenu par la substitution tout de même que par l'institution, *L.* 13, *§.* 4, & *l.* 14, *ff. de testament. milit.* & *L. unic. §. cum autem* 13, *cod. de caduc. toll.* au lieu que la répudiation faite par l'heritier anéantiroit le fideicommis, si l'on n'avoit introduit, pour remedier à cet inconvenient, d'accorder au Fideicommissaire la faculté de faire forcer par le Préteur, l'heritier d'accepter l'herédité, & de la restituer. A la place de ce remede, on permet en France au Fideicommissaire, après la répudiation de l'heritier grevé, d'accepter l'herédité, & de faire valoir par-là le testament & toutes les dispositions qu'il renferme.

22. Heritiers distinguez en trois classes chez les Romains.

Chez les Romains on distinguoit les heritiers en trois classes: Les uns étoient nécessaires, les autres siens & nécessaires, & les troisiémes étrangers, *heredes autem, aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii, aut extranei, instit. de heredum qual. & differ. in princip.*

23. Heritier nécessaire.

L'esclave étoit heritier nécessaire, parce que soit qu'il voulût, ou ne voulût pas, il devenoit heritier de son maître qui l'avoit institué, *§.* 1, *instit. eod.*

24. Heritier sien & nécessaire.

Les enfans qui étoient en la puissance du Testateur, étoient siens & nécessaires. Suivant la *Loi des douze Tables*, les enfans, petits-enfans, & autres descendans qui étoient en la puissance du défunt, lors de son décès, devenoient ses heritiers, soit par testament ou *ab intestat*, même malgré eux; mais le Préteur leur accordoit la faculté d'abstenir de l'herédité, *§.* 2, *instit. de hered. qual. & differ.*

25. Heritier étranger.

Les enfans émancipez.

On appelloit heritiers étrangers, tous ceux qui n'étoient pas en la puissance du Testateur, même ses propres enfans émancipez, *cæteri qui testatori juris subjecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostrâ non sunt, heredes à nobis instituti, extranei heredes nobis videntur. Quâ de causâ, & qui heredes à matre instituuntur, eodem numero sunt; quia fœminæ in potestate liberos non habent, §. cæteri* 3, *instit. de hered. qual. & differ.*

Les enfans par rapport à la mere.

26. Raison pourquoi il n'y avoit que les enfans en la puissance du défunt qui fussent heritiers siens.

La capacité de succeder dépen-

La raison pourquoi il n'y avoit que les enfans en la puissance du défunt, qui fussent heritiers siens, étoit, parce que le droit de succeder *ab intestat*, dépendoit autrefois par la *Loi des douze Tables*, du lien civil de la puissance paternelle; sibien que les émancipez qui n'étoient plus sous cette puissance, ne succedoient pas; mais le Préteur leur accordoit la possession des biens, *§. emancipati*

emancipati 9, inſtit. de heredit. quæ ab inteſtato deferuntur. Cette regle a été changée par l'Empereur Juſtinien dans la *Novelle* 118, qui fait dépendre le droit de ſucceder, non du lien civil de la puiſſance paternelle, mais du lien du ſang; & par la *Novelle* 115, *chap.* 3, qui impoſe au pere & à la mere, & autres aſcendans, la néceſſité d'inſtituer leurs deſcendans ſans diſtinction de ſexe, ni de puiſſance paternelle. Voilà pourquoi on peut dire que ſuivant le Droit Romain nouveau, tous les enfans & deſcendans peuvent être mis au rang d'heritiers ſiens.

doit de la puiſſance paternelle.

Aujourd'hui elle dépend du lien du ſang.

Donc tous les enfans ſont heritiers ſiens.

En France, on ne connoît point ces differences, que le Droit Romain avoit miſes dans les qualitez des heritiers. Tous les heritiers y ſont conſiderez de la même maniere: on les regarde tous comme heritiers ſiens; parce que les étrangers, comme les deſcendans, ſont ſaiſis de plein droit, & qu'ils tranſmettent la ſucceſſion dès-le moment qu'elle eſt ouverte, eux étant vivans, ſans qu'il ſoit néceſſaire qu'ils l'ayent accepté avant leur mort, & cela en vertu de la maxime, *le mort ſaiſit le vif.*

27. En France tous les heritiers ſont égaux.

Les heritiers étrangers ſont conſiderez comme ſiens.

Et au contraire, on les conſidere tous comme étrangers, par rapport à la faculté de répudier l'herédité, ou d'y renoncer, parce qu'on y obſerve, à l'égard de tous, cette autre maxime: *Nul n'eſt heritier s'il ne veut.* Si bien que quand la ſucceſſion eſt ouverte, l'heritier eſt revêtu du droit de l'acquerir irrévocablement, au moyen de l'acceptation; mais il ne devient vrai heritier, & n'eſt ſujet aux charges de la ſucceſſion, qu'après qu'il a fait des actes d'heritier, & qu'il a accepté l'herédité. *Loyſeau, du Déguerpiſſement, livre* 4, *chapitre* 11, *nombre* 8; *Duval, dans ſes inſtitutions du Droit François, livre* 2, *chapitre* 15, & pluſieurs autres.

28. Les heritiers ſiens ſont conſiderez comme étrangers quant à la faculté de renoncer.

Selon la remarque des Interpretes, il y a pluſieurs eſpeces d'inſtitutions. Il y en a de pures & de conditionnelles, d'expreſſes & de tacites. De celles qui ſont faites en premier rang, & d'autres en ſecond, troiſiéme & autre rang, d'univerſelles & de particulieres.

29. Pluſieurs eſpeces d'inſtitutions.

En expliquant la matiere des conditions, nous avons fait voir quelles ſont les diſpoſitions & les inſtitutions qui ſont pures, & celles qui ſont conditionnelles.

30. Pures ou conditionnelles.

Les inſtitutions expreſſes ſont celles qui ſont exprimées en termes diſerts; comme s'il eſt dit: *Titius heres eſto. Titium heredem inſtituo.* Les tacites ſont celles qui ſe trouvent implicitement, mais néceſſairement renfermées dans les paroles dont le Teſtateur s'eſt ſervi, quoiqu'elles ne l'expriment pas d'une maniere diſerte & litterale, comme quand il manque quelqu'une des paroles

31. Expreſſes ou tacites.

néceſſaires pour former l'inſtitution ; car il ne faudroit pas regarder comme une inſtitution tacite, s'il étoit dit : Si Titius ne peut ou ne veut pas être mon heritier, j'inſtitue Caïus. Nous expliquerons ceci avec plus d'étenduë, lorſque nous examinerons de quelle maniere l'inſtitution peut être faite.

32. En premier ou ſecond rang.

On connoît aſſez par la ſignification des termes, quelles ſont les inſtitutions en premier rang. On met parmi les inſtitutions en ſecond rang, les ſubſtitutions directes ; mais les ſubſtitutions fideicommiſſaires, quoiqu'elles ſoient de la totalité de l'herédité ou d'une quote, ne peuvent pas être conſiderées comme des inſtitutions ; car le ſubſtitué direct prend la place du premier heritier inſtitué, & devient heritier directement du défunt. A l'égard du ſubſtitué Fideicommiſſaire, il ſuccede au Teſtateur d'une maniere oblique ; il n'eſt point vrai heritier, parce que le grevé en acceptant l'herédité, a acquis cette qualité d'une maniere irrévocable, à cauſe de la regle, *qui ſemel eſt heres non poteſt deſinere eſſe heres*, *L. is qui* 88, *in fine ff. de hered. inſtit.* mais le Fideicommiſſaire univerſel eſt à la place de l'heritier, *heredis loco habetur*, *§. reſtituta* 3, *inſtit. de fideicommiſſ. hered. L.* 1, *& toto titulo ff. de fideicommiſſ. hered. petit.* Voilà pourquoi il eſt tenu, de même que l'heritier, de toutes les dettes de l'herédité, *non debebit in quantum facere poteſt, ſed in ſolidum condemnari ; quia effectu quodammodo heres eſt. L.* 5, *§.* 1, *ff. quod cùm eo qui in alienâ poteſt. eſt, neg. geſt. eſſe dicetur.* Ainſi, le fideicommis n'eſt pas une inſtitution.

Le Fideicommiſſaire n'eſt pas vrai heritier, il eſt à la place de l'heritier.

Nous avons aſſez expliqué ci-deſſus les inſtitutions univerſelles & les inſtitutions particulieres, il ſeroit inutile de nous y arrêter davantage.

33. Second point. Dans quel acte l'inſtitution peut être faite.

Venons au ſecond point, qui conſiſte à ſçavoir dans quels actes l'inſtitution peut être faite. Nous devons obſerver d'abord, que l'inſtitution particuliere n'étant conſiderée que comme un legs, quand il y a d'autres heritiers univerſels, ou en une quote, ou ſans portion, *L. quotiens* 13, *cod. de hered. inſtit.* elle peut être faite dans un codicile, & elle y vaudra comme legs pour la choſe compriſe dans l'inſtitution, de la même maniere que ſi elle avoit été faite par teſtament ; mais l'inſtitution faite par codicile ne pourroit pas ſuppléer à celle qui auroit été omiſe dans un teſtament.

Inſtitution particuliere peut être faite par codicile.

34. Inſtitution univerſelle ne peut être faite que par teſtament ou

L'inſtitution univerſelle pour valoir *jure directo*, ne peut être faite que dans un teſtament ou dans un contrat de mariage. L'inſtitution *in re certâ, nullo coherede dato*, ne peut devenir univerſelle

que quand elle eſt faite par teſtament, non ſi elle étoit faite en contrat de mariage ou par codicile; parce que les Loix n'ont attribué cet effet qu'à l'inſtitution *in re certâ*, compriſe dans un teſtament, qui de lui-même, & par ſon eſſence, eſt capable de transferer la ſucceſſion univerſelle, & qui ſans cette tranſlation eſt inutile & inefficace; au lieu que l'inſtitution *in re certâ* dans un contrat de mariage, ou dans un codicile, peut valoir ſeulement en la forme qu'elle eſt écrite, & que les Loix ne lui attribuent d'autre effet que celui qui réſulte naturellement des paroles en la forme qu'elles ſont couchées; enſorte qu'on ne ſépare point l'inſtitution de la choſe à laquelle elle eſt appliquée; au lieu que dans les teſtamens on donne à l'inſtitution *in re certâ non dato coherede*, le même effet que ſi l'inſtitution étoit ſeule, & que la choſe certaine n'y eût pas été ajoutée, ainſi que nous l'avons expliqué ci-deſſus.

par contrat de mariage.

Si l'inſtitution *in re certâ* faite par codicile ou dans un contrat de mariage, s'étend ſur toute l'herédité.

Régulierement l'inſtitution univerſelle ne peut pas être faite dans un codicile, autrement ce ſeroit confondre la nature, & les prérogatives des teſtamens & codiciles, §. *codicillis 2, inſtit. de codicill.* Cependant, cette regle ſouffre pluſieurs exceptions. La premiere : il eſt vrai que l'inſtitution contenuë dans un codicile, ne vaut pas *jure directo ;* mais elle vaut comme fideicommis; enſorte que les ſucceſſeurs *ab inteſtat* ſeront cenſez chargez de rendre l'herédité, à celui qui aura été inſtitué heritier univerſel dans un codicile, en retenant la Trebellianique : *Directò autem hereditas codicillis neque dari neque adimi poteſt; nam per fideicommiſſum hereditas codicillis jure relinquitur, §. 2, inſtit. de codicillis, ſalvâ ratione legis falcidiæ, L. 2, §. 4, ff. de jure codicillor.* On trouve la même déciſion dans la Loi 12, §. 2, *ff. de injuſto rupto ;* la Loi 37, §. 2, *ff. de leg. 3 ;* la Loi *Scævola* 76, *ff. ad Senatuſconſult. Trebellian.* la Loi 2, & la Loi 7, *cod. de codicillis.*

15.
L'inſtitution univerſelle ne peut être faite dans un codicile.

Exception à cette regle. Une telle inſtitution vaut comme fideicommis.

La deuxiéme exception eſt, que l'inſtitution univerſelle faite dans un codicile par un Soldat, vaut *jure directo*, de la même maniere que ſi elle avoit été faite dans un teſtament, *L. militis 36, ff. de teſtamento militis.* Les Soldats ont ce privilege, de diſpoſer comme ils peuvent, & comme ils veulent, & leurs diſpoſitions ne ſont aſſujetties à aucune ſolemnité, il ſuffit que leur volonté ſoit légitimement conſtatée.

16.
Deuxiéme exception. Inſtitution faite par un ſoldat dans un codicile vaut *jure directo.*

Si par exemple, un Teſtateur diſoit dans un teſtament écrit & ſolemnel, j'inſtituë heritier celui que je nommerai dans un codicile. Si dans la ſuite le Teſtateur inſtituë l'heritier dans un

17.
Troiſiéme exception Inſtitution de l'heritier qui ſera nommé par codicile.

codicile, cette inſtitution vaudra *jure directo*, *L. inſtitutio* 10; *ff. de condit. inſtit.* & *L.* 12, *ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* On peut faire de ce cas, une troiſiéme exception à la regle que nous avons poſée; ce n'eſt pas que l'inſtitution contenuë dans le codicile vaille *jure directo* en vertu du codicile même; elle emprunte ſon efficacité de la diſpoſition du teſtament, & le codicile n'eſt autre choſe que l'explication de la volonté du Teſtateur, qui a été laiſſée dans le doute, & dans l'incertitude dans le teſtament, *L. aſſe toto* 77, *ff. de hered. inſtit.* & *L.* 38, *ff. de condit. & demonſtrat.* mais ſi une telle inſtitution étoit faite dans un teſtament nuncupatif, elle ne pourroit être d'aucune conſideration, & la déclaration faite dans la ſuite ſeroit inutile; parce que, comme nous l'avons obſervé ailleurs, le nom de l'heritier doit être déclaré par le Teſtateur en preſence du Notaire & des Témoins, autrement le teſtament eſt nul. Il ne peut donc pas influer ſur la validité du codicile, & faire valoir l'inſtitution *jure directo*: Ainſi, elle ne pourra valoir dans ce cas que comme fideicommis, tout de même que s'il n'y avoit pas de teſtament. Voyez *Faber de error. pragmat. decade 69, error. 3 & 4.*

38. Troiſiémepoint. Du nombre des heritiersque l'on peut inſtituer.

La liberté des teſtateurs n'eſt point limitée ſur le nombre des heritiers qu'ils veulent inſtituer; ils ont la faculté d'inſtituer une ou pluſieurs perſonnes, juſqu'à l'infini: *Unum hominem, & plures uſque in infinitum, quot quis heredes velit facere, licet, §. 4, inſtit. de hered. inſtit.* ils ont même la liberté d'inſtituer des Corps, Colleges, & Communautez définis ou indéfinis, *L. recuſare* 6, *§. item* 4, *ff. ad Senatuſconſult. Trebellian.* & *L.* 26, *ff. eodem.* pourvû que ces Corps, Colleges & Communautez ſoient licites & approuvez, ainſi que nous l'avons expliqué dans le *chap. 6, ſect.* 1.

39. Si l'inſtitution de tous les hommes qui ſont dans le monde eſt valable.

Les Auteurs agitent la queſtion: Si l'inſtitution de tous les hommes qui ſont dans le monde, eſt nulle ou valable. Leur commune réſolution eſt, que quoiqu'une telle inſtitution ſoit bonne en rigueur de droit, elle eſt néanmoins inutile comme dériſoire & impoſſible dans ſon exécution; on peut voir les Commentateurs des Inſtitutes ſur le §. 4, *de hered. inſtit. Graſſus, §. inſtitutio, queſt.* 13, *Manzius de teſtam. valido vel invalido, tit. 6, queſt.* 11.

40. Quatriéme point. En quelle forme l'inſtitution peut ou doit être faite.

Le quatriéme point que nous avons annoncé ci-deſſus, qui conſiſte à ſçavoir en quelle forme l'inſtitution peut ou doit être faite, a beaucoup d'étenduë. Avant d'entrer dans le détail, il faut

sçavoir, que chez les Romains on consideroit la valeur des paroles employées pour l'institution. Les Interpretes en ont fait trois classes. Ils ont appellé les unes directes, ce sont celles que les Loix appellent civiles : Les autres, obliques, appellées *inflexa verba* dans la Loi 15, *cod. de testam.* Les autres, communes. Les paroles directes sont imperatives, *heres esto*, *heredem esse jubeo*, & autres semblables. Les obliques sont précatives, ou celles par lesquelles l'herédité doit être prise de la main d'un tiers, *rogo ut Titium heredem facias*, *volo ut tibi hereditas restituatur*, *detur*, *reddatur*, & autres semblables. Les paroles communes sont celles qui sont susceptibles d'un double sens, & qui peuvent être tournées à un sens direct, ou oblique, comme *instituo*, *perveniat*, *remaneat*, *pertineat*, *succedat*, *revertatur*, *devolvatur*, & autres semblables. On peut voir *Wesembeck*, dans son Commentaire sur le digeste, *tit. de hered. instit. num. 6*, & *Barry*, *de succeff. lib. 3*, *tit. 1*. Je n'ai fait mention des paroles communes, que rélativement à l'idée des Interpretes ; car je pense avec *M. le Président Faber de error. pragmat. decif. 34*, *error. 2*, que le Droit Romain ne connoît que des termes directs & des obliques, & qu'il n'y en a point d'une troisiéme espece ; ensorte que tous ceux qui ne sont pas obliques & *précatifs*, doivent être mis dans la cathégorie des termes directs. Par le Droit ancien des Romains, l'institution d'heritier devoit être conçuë en certaines paroles purement directes, & l'on n'approuvoit pas les institutions dans lesquelles le Testateur se servoit des paroles obliques, ou qui pouvoient être tournées en un sens oblique. C'est ce que nous enseigne le Jurisconsulte *Ulpien*, dans ses Fragmens, *tit. 21*, *heres instituì rectè potest his verbis*, *Titius heres esto*, *Titius heres sit*, *Titium heredem esse jubeo. Illa autem*, *heredem instituo*, *heredem facio*, *plerisque improbata est.*

Quelles sont les paroles directes ou obliques, ou communes.

Cette scrupuleuse formalité des paroles a été abrogée par l'Empereur Constantin, dans la Loi *quoniam 15*, *cod. de testam.* Il est indifferent que l'institution soit faite en termes directs & imperatifs, ou en termes obliques ; il suffit que le Testateur se serve de paroles capables de faire connoître sa volonté : *Institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam*, *utrùm imperativis & directis verbis fiat*, *aut inflexis ; nec enim interest si dicatur*, *heredem facio*, *vel instituo*, *vel volo*, *vel mando*, *vel cupio*, *vel esto*, *vel erit*, *sed quibuslibet confecta sententiis*, *vel in quolibet loquendi genere formata*, *institutio valeat* : *si modò per eam liquebit voluntatis intentio*, dit le texte que nous venons de citer.

41. La formalité des paroles n'est pas nécessaire pour la validité de l'institution.

41. En quelles paroles l'institution peut être faite.

La Loi 1, §. 3, *ff. de hered. instit.* nous apprend que l'institution d'heritier peut être faite en ces trois paroles, *Titius heres esto*, & il n'est pas nécessaire que le Testateur ajoute qu'il veut que Titius soit son heritier, parce que cela se sous-entend, vû que celui qui teste veut disposer de ses biens, & non de ceux d'autrui.

43. *Quid* si l'on a omis quelque parole qui peut être sous-entendue.

L'institution d'heritier n'en est pas moins bonne, quoiqu'on ait omis quelque parole, que l'on puisse sous-entendre: *la Loi* 1, §. 5, & suivans, *ff. de hered. instit.* en fournit plusieurs exemples, comme s'il est dit: *Lucius heres*, sans ajouter *esto*, ou bien *Lucius esto*, sans ajouter *heres*; car dans ce cas, *credimus plus nuncupatum, minus scriptum*, §. 5; même suivant la Loi *errore* 7, *cod. de testam.* l'institution peut se faire par une seule parole en nommant la personne, & sans ajouter les mots *heres esto*. Selon *l'article* 50 *de l'Ordonnance de* 1735, l'institution doit être faite en appellant les heritiers par leurs noms, ou en les désignant de telle maniere que chacun d'eux y soit compris.

Plus nuncupatum minus scriptum.

44. Si donner, legner, ou laisser herédité du testateur est faire une institution.

Differens avis des Auteurs.

Mais si le Testateur dit: Je donne, je legue, je laisse mon herédité à Titius, sera-ce une institution d'heritier ou un legs? Les Auteurs ne sont pas d'accord; les uns soutiennent que ce sera une institution, les autres pensent que la disposition ne peut être regardée que comme un legs de l'herédité, & il y a un tiers avis qui distingue, comme le rapportent *Grassus*, §. *institutio quæst.* 14 *&* 15, & *Manzius de testamento valido vel invalido, quæst.* 15, *num.* 30 *& suivans.* Il me semble que l'avis de ceux qui pensent que la disposition renferme une veritable institution d'heritier, est le plus conforme aux regles; car pour caracteriser une institution, il suffit que le Testateur ait employé des termes qui la désignent sans équivoque, & selon le Droit nouveau on ne s'attache point à la formule des paroles directes ou obliques. Celui qui donne, qui laisse, ou qui legue son herédité entend faire & fait réellement un heritier, ce qui suffit pour qu'on ne puisse pas révoquer en doute que la disposition ne soit réellement & efficacement une institution d'heritier qui n'a d'autre fin que de faire passer l'herédité du défunt sur la tête de la personne qu'il désigne pour lui succeder; aussi voit-on que la Loi *his verbis* 48, *ff. de hered. instit.* décide que pour faire une institution valable, il suffit que le Testateur dise *Titius hereditatis meæ dominus esto.* Or, celui qui laisse, qui donne, qui legue son herédité par testament, a-t'il d'autre but que de rendre celui qu'il désigne, le maître de son herédité?

Résolution, que c'est une institution.

Mais ce ne seroit point une institution, si le Testateur donnoit, ou leguoit, ou laissoit par testament, non son heréditté, mais une herédité qu'il auroit recueillie : auquel cas ce ne seroit qu'un simple legs sujet à délivrance, & qui ne comprendroit que l'émolument de cette herédité dont le Legataire devroit supporter les charges, *L. cum filius 76, §. 1. ff. de leg. 2.*

45. Si le legs d'une hérédité recueillie par le Testateur est une institution.

Je pense encore que ce ne seroit point une institution, mais un legs universel, si le Testateur donnoit ou leguoit, ou laissoit tous ses biens; parce qu'encore que celui qui laisse son herédité fasse un heritier, celui qui laisse tous ses biens ne fait pas un heritier. L'herédité comprend les droits actifs & passifs, l'émolument & les charges, les biens & les dettes passives; mais on n'entend sous le mot *biens*, quelque generale que soit la disposition, que ce qui reste *deducto ære alieno ; bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt, L. 39, §. 1, ff. de verbor. signific.* Il y a donc lieu de dire, que les Auteurs qui ont pensé que l'on devoit considerer comme une institution d'heritier, la disposition par laquelle un Testateur laisse l'universalité de ses biens, n'ont pas raisonné exactement sur les principes du Droit Romain.

46. Si donner, laisser ou leguer tous les biens du Testateur est une institution.

Bona non dicuntur nisi deducto ære alieno.

L'institution peut être faite valablement, non-seulement en nommant la personne de l'heritier; mais encore en la désignant par quelque marque ou désignation, qui le fasse connoître sans équivoque, soit que l'on consulte les regles du Droit Romain ou l'Ordonnance de 1735. L'Ordonnance porte en l'article 50 : *L'institution sera faite en les appellant par leurs noms* (les heritiers) *ou en les désignant de telle maniere, que chacun d'eux y soit compris. Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod penè nihil à nomine distat . . . valet institutio, L. quotiens 9, §. si quis 9, ff. de hered. institut.* pourvû néanmoins que la désignation ne soit pas du nombre de celles qui sont ignominieuses, & qu'on ajoute pour faire injure, *non tamen eo, quod contumeliæ causâ solet addi*, selon le même texte. Il ne faut pourtant pas croire, comme quelques Auteurs l'ont enseigné, que toute institution à laquelle le Testateur ajoute des termes injurieux à l'heritier, soit nulle; car la Loi 48, §. 1, *ff. de hered. instit.* décide nettement qu'une institution faite en ces termes est valable : *Filius meus impiissimus malè de me meritus heres esto ;* & une telle institution est reçuë, non-seulement lorsqu'elle a été faite en faveur d'un fils du Testateur;

47. Si l'institution peut être faite par désignation de la personne de l'heritier.

Ordonnance de 1735.

Quid si la désignation est injurieuse.

L'institution faite avec des termes injurieux est valable.

mais encore lorsqu'elle est faite en faveur de toute autre personne, *& omnes hujusmodi institutiones receptæ sunt.*

48. Conciliation de la Loi 48, §. 1, *ff. de hered. instit.* avec la Loi 9, §. 8, *ff. eod.*

Pour concilier ces deux textes qui semblent contraires, il faut prendre garde que la Loi 9, §. 8, *ff. de hered. instit.* dit que la désignation ignominieuse de la personne de l'heritier, sans le nommer, rend inutile l'institution; mais la Loi 48, §. 1, *ff. eod.* décide que quand la personne de l'heritier institué est nommée ou désignée par quelque marque certaine, indépendante de la désignation ignominieuse & injurieuse, l'institution vaut.

49. De la désignation du Testateur qui montre la personne de l'heritier.

La désignation qui fait connoître l'heritier suffit donc pour la validité de l'institution. De-là vient que si le Testateur, sans nommer son heritier, qui est present lors du testament nuncupatif, le désigne en le montrant avec le doigt au Notaire & aux Témoins, & en disant : Je fais celui-là mon heritier, *hic mihi heres esto;* l'institution est aussi valable, que si le nom de l'heritier avoit été prononcé, *L. nemo* 58, *ff. de hered. instit.*

50. Comment la désignation peut être faite.

La désignation ou démonstration de la personne de l'heritier peut être faite, ou en désignant son corps, ou sa profession, ou son Emploi, ou Office, ou la liaison de la parenté, ou d'affinité, *nominatim alicui legatur ita, Lucio Titio, an per demonstrationem corporis, vel artificii, vel Officii, vel necessitudinis, vel affinitatis, nihil interest, L. demonstratio* 34, *ff. de condit. & demonstrat.*

51. La désignation certaine opere le même effet que le nom.

La raison en est, parce que la désignation opere le même effet que l'expression du nom, *nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur, L.* 34, *ff. de condit. & demonstrat.* & qu'il importe peu qu'on fasse connoître la personne ou la chose par son nom, ou par des marques univoques, *nam & Pedius . . . . nihil referre ait, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur; quatenùs mutuâ vice fungantur, quæ tantumdem præstent, L. 6, ff. de reb. cred.*

52. L'institution douteuse & incertaine est nulle.

Mais si la désignation n'est pas claire, certaine, indubitable, s'il y a de l'incertitude ou de l'équivoque; si elle peut s'appliquer à plusieurs personnes, l'institution est inutile, *heres institui nisi ut certè demonstretur, nemo potest, L. 9, §. 9, ff. de hered. instit.* Il en est de même lorsqu'il y a de l'équivoque sur le nom de l'heritier qui est exprimé. De-là vient que si un Testateur qui a plusieurs amis du même nom, en institue un, il doit y ajouter quelque désignation ou marque qui le distingue des autres, autrement l'institution est nulle à cause de l'incertitude, *L. 62, §. 1, ff. de hered. instit. quotiens non apparet quis heres institutus*

tutus sit, institutio non valet; quippe evenire potest, si Testator complures amicos eodem nomine habeat, & ad designationem nominis singulari nomine utatur, nisi apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro quâ personâ Testator senserit.

Ce texte prouve donc que si l'incertitude qui résulte de l'identité du nom, ne peut pas être levée par quelque circonstance claire & indubitable, l'institution ne vaut pas; mais s'il se rencontre quelque circonstance qui puisse lever ce doute: comme si parmi les personnes du même nom, il y en avoit une qui fût liée d'amitié, de parenté ou d'alliance avec le Testateur, & que cela ne convînt pas aux autres personnes, quelqu'une de ces circonstances devroit faire penser, que l'ami, le parent, ou l'allié étoit celui auquel le Testateur avoit entendu laisser son herédité: Ainsi, l'institution vaudroit en sa faveur, suivant la judicieuse remarque de *Denys Godefroy* sur cette Loi. *M. de Catellan, livre 2, chapitre 34*, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, qui l'a jugé de même.

53. Elle est bonne si l'incertitude peut être levée par quelque circonstance.

Il y a des cas où la Loi détermine elle-même le doute & l'incertitude qui naissent des paroles dont le Testateur s'est servi, comme si les pauvres, sans désigner aucun lieu, sont instituez; nous avons expliqué ce cas & quelques autres au *chapitre 6, section 1.*

De l'Institution en faveur des pauvres, sans les désigner.

Mais s'il conste de la personne de l'heritier, soit par une désignation certaine & univoque, soit par l'expression de son nom, quoiqu'il se rencontre quelqu'erreur, soit dans une fausse démonstration ajoutée, ou par l'expression d'un faux nom, l'institution sera toujours valable: *Si quidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine Legatarii Testator erraverit; cùm de personâ constat, nihilominùs valet legatum: idemque in heredibus servatur, & rectè. §. si quidem 29, instit. de leg. M. de Catellan, livre 2, chap. 34*, rapporte un Arrêt qui juge que l'expression du nom de la personne de celui auquel la liberalité est faite, & qui peut se vérifier, doit prévaloir à la désignation du nom du pere du Legataire, dans laquelle il y a erreur, parce que la désignation n'est dans ce cas, qu'une fausse démonstration, qui ne vicie pas, suivant la Loi 17, §. 1, & la Loi 34, *ff. de condit. & demonstrat.* Nous avons examiné ailleurs les autres questions qui peuvent venir de l'erreur & de la fausse démonstration.

54. Lorsqu'il conste de la personne, l'erreur ou la fausse démonstration ne nuit pas.

L'institution d'heritier ne peut point être faite, pour avoir lieu, jusqu'à un certain tems, ou pour commencer seulement

55. L'institution ne peut point être

faite jusqu'à un certain ou depuis un certain tems.

à un certain tems, & ces modifications sont rejettées, §. *heres 9*, *instit. de hered. instit.* cela n'est permis qu'au Soldat qui teste, *L.* 41, *ff. de testam. militis*, ainsi que nous l'avons remarqué en d'autres endroits; mais si le Testateur instituë une personne pendant sa vie, & après la mort de l'heritier, il instituë une autre personne; dans ce cas, le premier institué sera vrai heritier, & le second ne sera consideré que comme Fideicommissaire, sibien que la seconde institution sera convertie en fideicommis, *Guypape, quest.* 308.

56. De l'institution en l'usufruit pendant la vie, & de la seconde institution après *la mort de l'usufrutier.*

Mais, si la premiere institution étoit bornée à une chose particuliere, comme si le Testateur avoit dit: J'instituë ma femme en l'usufruit pendant sa vie, & après sa mort, j'instituë Sempronius, le second institué seroit vrai heritier dès le moment de la mort du Testateur, parce qu'il est seul heritier universel. Voilà pourquoi le tems apposé devroit être rejetté suivant le principe renfermé dans le §. 9, aux *instit. de hered. instit.* & la femme instituée en l'usufruit, & par conséquent *in re certâ*, ne pourroit être considerée que comme simple Legataire de l'usufruit, *L.* 13, *cod. de hered. instit.* & ce n'est pas le cas de dire, que la femme doit être réputée heritiere universelle *detractâ rei mentione*, parce que, comme nous l'avons montré ci-dessus, l'institution *in re certâ* ne s'étend à toute l'herédité que quand il n'y a point d'heritier universel, ou sans portion; ensorte qu'y ayant, dans ce cas, un vrai heritier universel, l'institution *in re certâ* doit être bornée à la chose comprise dans l'institution. Peu importe que l'heritier universel ne soit institué qu'après un certain tems, parce que le délai apposé à l'institution universelle, doit être rejetté, comme nous l'avons dit: Ainsi, il faut rejetter le sentiment des Auteurs qui ont pensé que la premiere institution vaut pour l'entiere herédité, & que la seconde est convertie en fideicommis. Il faut encore rejetter le sentiment des Auteurs, qui ont distingué entre le second heritier étranger & les enfans du Testateur instituez en second rang; car ces deux opinions sont contraires aux vrais principes du Droit Romain. Voyez *Jacques de Ferrieres sur la question* 308 *de Guypape.* Mais si la personne appellée en second l'étoit autrement que par institution, ou par des termes purement obliques, qui ne pussent être rapportez qu'à la substitution fideicommissaire, l'heritier *in re certâ*, ou en l'usufruit pendant sa vie, seroit vrai heritier universel; parce que dans ce cas, il n'y auroit point d'autre heritier universel, & que le fideicommis suppose un heritier

Quid si la disposition subordonnée à l'institution *in re certâ* est conçuë en termes purement obliques.

de la main duquel le Fideicommiſſaire doit recevoir le fideicommis, *deductâ quartâ, tot. tit. ff. ad Senatuſconſult. Trebell.* Ceci peut s'éclaircir par des exemples. Suppoſons que le Teſtateur diſe : *J'inſtitue ma femme en l'uſufruit pendant ſa vie*, & après ſa mort, *je lui ſubſtitue Caius*, ou bien, *je la charge de rendre mon herédité à Caius ;* dans ce cas, la femme ſera veritablement heritiere, & Caius ſimple Fideicommiſſaire, parce qu'il doit recevoir l'herédité de la main de la femme à laquelle il eſt ſubſtitué, & qui doit lui rendre le fideicommis après ſa mort. Que s'il dit : *J'inſtitue ma femme en l'uſufruit, & après ſa mort, je veux que mon herédité appartienne ou parvienne à Caius ;* dans ce cas, les mots *appartenir*, *parvenir*, étant propres à l'inſtitution univerſelle, ſuivant la Loi 48, *ff. de hered. inſtit.* & l'inſtitution *in re certâ* ne devant comprendre l'entiere herédité que quand il n'y a point d'autre heritier, Caius ſera vrai heritier, *detracto tempore.*

17. Si l'inſtitution peut être faite par ſignes.

Quoique l'inſtitution d'heritier puiſſe être faite par une déſignation certaine de la perſonne de l'heritier, elle ne peut pourtant pas être faite par ſignes ; la raiſon eſt, parce que le Teſtateur doit prononcer le nom de ſon heritier, ou le déſigner d'une maniere certaine & indubitable. *L. heredes* 21, *ff. qui teſtam. facere poſſunt ;* & ſuivant les textes que nous avons rapportez ci-deſſus, l'Ordonnance de 1735, article 2, déclare *nulles toutes les diſpoſitions qui ne ſeroient faites que par ſignes, encore qu'elles euſſent été rédigées par écrit ſur le fondement deſdits ſignes ;* mais on ne doit pas induire que ſi un Teſtateur montroit par ſigne aux Témoins & au Notaire la perſonne qu'il voudroit faire heritier, en déclarant qu'il l'inſtituë heritier, une telle inſtitution fût nulle ; car l'Ordonnance n'entend prohiber que les diſpoſitions où le Teſtateur n'employe que des ſignes, ſans aucune parole, ces ſignes étant preſque toujours équivoques, & non lorſque le Teſtateur parle, & qu'il dit qu'il veut que la perſonne qu'il montre & déſigne de la main, ou autrement, ſoit ſon heritier : auquel cas, il ne peut y avoir ni doute ni équivoque, puiſque le Teſtateur déclare de parole, qu'il veut faire un heritier, & que le ſigne ou la démonſtration n'eſt que pour faire connoître la perſonne de l'heritier : Ainſi, il ne faut pas croire que *l'article 2 de l'Ordonnance de* 1735 ait dérogé à la Loi 58, *ff. de hered. inſtit.* ni aux autres Loix qui veulent que l'inſtitution où la perſonne de l'heritier n'eſt pas expreſſément nommée, & où elle n'eſt que ſimplement déſignée, ſoit valable :

L'Ordonnance n'annulle que les disp. sitions faites totalement par signes, & non celles où il y a des paroles mêlées.

elle ne déclare nulles que les dispositions qui sont totalement faites par signes, & non celles qui sont mêlées de paroles & de signes, & où les signes ne sont faits que pour désigner la personne de l'heritier, ce qui résulte bien clairement de ces mots de l'Ordonnance, *qui ne seroient faites que par signes*; & cela est si vrai, que *l'article 50 de la même Ordonnance*, admet les désignations, pour faire connoître les personnes qui sont instituées.

58. De l'institution à l'interrogat d'autrui.

L'institution faite à l'interrogat d'autrui, quand le Testateur a répondu simplement *oui*, n'est pas non-plus valable; nous en avons expliqué les raisons au *chap. 5, sect. 3.*

59. Institution explicite ou implicite.

Les Interpretes soutiennent que l'institution peut être faite explicitement ou implicitement; ils appellent institution explicite, celle qui est écrite en termes exprès dans le testament écrit, ou celle qui est prononcée dans le testament nuncupatif; & ils appellent implicite, celle qui n'est point écrite en termes exprès dans le testament solemnel, ni prononcée lors du testament nuncupatif; mais qui est faite par relation à un autre écrit fait ou à faire par le Testateur. A la verité, il y a des Loix qui prouvent que l'institution rélative à un autre écrit est bonne; elles sont rapportées par le *Président Faber, de error. pragmat. decad. 69, error. 3*, & nous en avons rappellé quelques-unes ci-dessus nombre 37; mais ces Loix doivent être entendues & resserrées dans le cas du testament écrit & solemnel, où il n'est pas nécessaire que les Témoins soient informez du nom de l'heritier; mais l'institution rélative faite dans un testament nuncupatif, seroit nulle, parce que toutes les dispositions, & par conséquent le nom de l'heritier, doivent être prononcées par le Testateur, en presence du Notaire & des Témoins, suivant la Loi *heredes palam 21, ff. qui testam. facere possunt*, ce qui a été confirmé par *l'article 5 de l'Ordonnance de 1735*, & c'est ainsi que le décident le *Président Faber, de error. pragmat. decad. 69, error. 3 & 4*, & Manzius, *de testam. valido vel invalido, tit. 6, quest. 15, num. 4, 5, 6 & 7.*

Institution rélative est bonne dans le testament écrit.

Mais non dans le testament nuncupatif.

60. Si l'institution peut être induite par conjectures.

C'est une grande question parmi les Auteurs, si l'institution peut être induite par conjectures, si l'on doit admettre l'institution tacite, ou si elle doit être faite en termes formels, d'où elle résulte distertement: *Julius Clarus, §. testam. quest. 35, num. 2*, suppose bien nettement, qu'il peut y avoir des institutions tacites, tout comme des expresses, puisqu'il en fait deux especes ou deux classes differentes. Il apporte pour exemple de l'institution

Avis de *Julius Clarus* pour l'affirmative.

tacite, celle qui eſt exprimée en ces termes: *Si ille qui ab inteſtato mihi ſucceſſurus eſt, nolit eſſe heres, ſubſtituo Caium.*

61. Avis contraire de *Graſſus.*

Au contraire, *Graſſus §. inſtitutio, quæſt.* 17, après pluſieurs Docteurs, dit que l'inſtitution doit être faite en termes diſerts, & qu'elle ne peut pas être tirée par conjectures; il y a du vrai & du faux dans ces deux differens avis: 1°. On ne peut pas révoquer en doute, qu'il ne puiſſe y avoir des inſtitutions tacites, & qui ne ſont pas exprimées en termes exprès & diſerts. La Loi 1, *§. 5, ff. de hered. inſtit.* & la Loi *error.* 7, *cod. de teſtam.* le prouvent clairement, en décidant que l'inſtitution eſt bonne, quoiqu'il manque quelqu'une des paroles propres à former l'inſtitution, & qu'il faille recourir aux conjectures pour ſçavoir, s'il y a véritablement une inſtitution, & à cet égard, l'avis de Julius Clarus, qui admet les inſtitutions tacites eſt juridique.

Réſolution qu'il peut y avoir des inſtitutions tacites.

61. L'exemple d'une inſtitution tacite de *Julius Clarus*, n'eſt pas exact.

2°. Mais l'exemple que *Julius Clarus* rapporte de l'inſtitution tacite, n'eſt pas exact; car il ne ſuffiroit pas que le Teſtateur dit: *Si tel qui eſt mon ſucceſſeur* ab inteſtat *ne veut pas être mon heritier, je ſubſtitue Caius;* cela prouve bien que Caius eſt ſubſtitué au ſucceſſeur *ab inteſtat*, mais ne prouve pas que le ſucceſſeur *ab inteſtat* ſoit inſtitué, *L.* 82, *ff. de hered. inſtit.* & *M. Cujas ſur cette Loi*, n'y ayant aucune néceſſité d'induire une inſtitution dans ce cas, de la perſonne du ſucceſſeur *ab inteſtat*, afin que la volonté du Teſtateur puiſſe être exécutée, ou pour ſoutenir le teſtament, lequel peut valoir en vertu de la ſubſtitution, *L. un. §.* 13, *cod. de caduc. toll. L.* 75, *ff. de hered. inſtit.* & *L.* 43, *§.* 2, *ff. de vulg. & pupill.* Subſtitution qui eſt, à la verité, conditionnelle, & qui dépend de l'évenement, ſi le ſucceſſeur *ab inteſtat* acceptera ou n'acceptera pas l'herédité légitime; mais qui ne dépend pas du point de ſçavoir ſi le ſucceſſeur *ab inteſtat* ſe trouve inſtitué par une telle diſpoſition; c'eſt le cas précis où *Graſſus* décide fort bien que l'inſtitution tacite ne doit pas être admiſe en faveur du ſucceſſeur légitime; parce que le Teſtateur n'a pas moins la liberté de charger d'une ſubſtitution le ſucceſſeur *ab inteſtat*, que l'heritier teſtamentaire: & quand il fait une diſpoſition telle que celle que nous avons décrite, il ne fait autre choſe que charger de ſubſtitution l'heritier *ab inteſtat*, dans le cas & ſous la condition qu'il ne voudroit pas de l'herédité légitime: ou à parler plus proprement, le Teſtateur laiſſe ſon herédité au ſubſtitué qui devient vrai heritier inſtitué dans le cas que le ſucceſſeur *ab inteſtat* ne veuille pas recueillir la ſucceſſion légitime: Ainſi, c'eſt une vraye inſtitution conditionnelle.

La ſubſtitution ſoutient le teſtament où il n'y a point d'inſtitution.

Opinion de *Graſſus* juridique.

63. Si l'on doit présumer une institution tacite lorsque le Testateur fait une substitution en cas qu'un tiers qui n'est pas du nombre des successeurs *ab intestat*, ne soit point heritier.

3°. En devroit-il être autrement, si le Testateur faisoit une semblable disposition, en faisant dépendre la substitution de l'adition qui feroit ou ne feroit pas faite par une personne étrangere, ou qui ne fût pas du nombre des successeurs *ab intestat*, comme s'il disoit: *Si Titius ne veut pas être mon heritier, je substitue Caius.* Dans ce cas, il semble que Titius soit désigné tacitement pour être heritier, s'il le veut, & pour recueillir l'herédité en vertu du testament du défunt, parce qu'il n'a d'autre qualité ni titre pour devenir heritier, que l'institution testamentaire, à la difference du successeur *ab intestat*, auquel la Loi défere la succession: Ainsi, quand il s'agit de l'heritier légitime, il n'y a aucune nécessité de présumer une institution que le Testateur n'a pas exprimée; au lieu que quand il s'agit d'une personne étrangere, ou qui n'est pas du nombre des successeurs *ab intestat*, il faut nécessairement présumer une institution tacite, en ce que le Testateur donne la liberté à la personne qu'il nomme, d'accepter son herédité & d'exclure par-là le substitué; ce qui ne peut se faire qu'en conséquence d'une institution tacite & sous-entenduë, & ceci ne donne point d'atteinte à la regle, que les paroles conditionnelles ne disposent point, que nous avons établie ci-devant. C'est une exception de cette regle.

64. Résolution pour la négative.

Cependant, la Loi, *ex facto* 19, *ff. de hered. instit.* décide nettement le contraire. Dans l'espece de cette Loi, le Testateur avoit institué un ou plusieurs heritiers en certaines portions, qui ne comprenoient pas l'entiere herédité, & qui en laissoient une partie vacante; par exemple, trois douziémes; ensuite il avoit ajouté: *Si Seius* (que le Testateur n'avoit pas institué) *n'est pas mon heritier, je veux que Sempronius soit mon heritier.* Si Seius avoit été institué en la portion vacante, il est clair que Sempronius substitué, auroit eu le droit de prendre les trois onces ou douziémes vacans, en cas que Seius n'eût pas pû ou n'eût pas voulu être heritier. Cependant, le Jurisconsulte Ulpien décide, contre l'opinion de Pegasus, que Sempronius étant substitué à Seius, qui n'est point institué, ne peut pas demander la portion vacante, parce qu'il n'est substitué à aucune portion, attendu qu'il n'est substitué qu'à une personne qui n'est point instituée, & qui par conséquent, n'a ni ne peut avoir aucune portion. Il est donc clair, selon cette Loi, que les paroles conditionnelles: *Si Seius heres non erit*, ne renferment aucune institution, ni expresse ni tacite en faveur de Seius; c'est pourquoi, Sempronius substitué, n'a aucune portion à pré-

tendre : *Ex facto agitatum Pomponius & Arrianus referunt. Si quis vacuâ parte relictâ ita instituerit, si mihi Seius heres non erit (quem non instituerat) Sempronius heres esto; an hîc occupare possit vacantem portionem? Et Pegasus quidem existimat, ad eam partem admitti; Aristo contrà putat, quia huic pars esset data, quæ nulla esset, quam sententiam & Savolenus probat & Pomponius & Arrianus, & hoc jure utimur.*

65. Confirmation par la Loi 65, *ff. de hered. instit.*

La Loi 65, *ff. de hered. instit.* confirme cette résolution, lorsqu'elle dit, que quoiqu'un Testateur laisse des legs payables par une personne qu'elle n'a point instituée, on ne doit point supposer ni présumer une institution tacite, sans laquelle les legs ne peuvent pas être efficaces; mais les legs seront inutiles : *hereditas ad Statium primum nullo jure pertinet, cum institutus heres non sit, nec quidquam ei prodest, quod ab eo aliquid legatum est, aut libertus ei defuncti testamento commendatus est, ex quo si manumissus non est, servus est.*

66. Il ne suffit pas d'être grevé pour être censé honoré.

Il résulte donc de cette Loi & de la Loi 19, *ff. de hered. instit.* qu'il ne suffit pas d'être grevé pour être censé honoré; mais qu'il faut une disposition par laquelle on soit appellé; autrement la charge qui est imposée, d'une substitution, d'un legs, ou d'un fideicommis, ne doit pas faire conjecturer ni sous-entendre une disposition en faveur du grevé.

67. Les Auteurs ont donné trop d'extension à la Loi 9, *cod. de fideicommiss.*

De-là vient que les Auteurs ont donné une fausse explication à la Loi *ab eo* 9, *cod. de fideicommissis*, qui décide qu'on ne peut pas charger de fideicommis celui qui ne reçoit aucune libéralité du Testateur, lorsqu'ils en ont tiré cet argument *à contrario sensu*, que celui qui étoit grevé & chargé de rendre devoit être présumé appellé, pour recueillir la chose, qu'il doit rendre; car la Loi ne dit, ni n'insinue rien de semblable, & il y a d'autres textes qui décident expressément le contraire, comme nous l'avons montré.

68. Quels sont les vrais cas de l'institution tacite.

On voit donc que si l'on peut conjecturer une institution tacite, ce n'est pas dans les cas où les Auteurs pensent qu'on peut la trouver; mais on ne peut l'induire que dans les cas où la Loi 1, §. 5, & suivans, *ff. de hered. instit.* & la Loi 7, *cod. de testamentis*, le décident; c'est-à-dire, quand on a obmis quelques-unes des paroles propres à former l'institution par une construction complette, ainsi que nous l'avons observé ci-dessus.

69. Si l'institution peut être faite par des paroles négatives ou privatives.

Il paroît assez clairement des regles que nous venons d'observer, que l'institution doit être faite par des paroles dispositives & affirmatives, & qu'elle ne peut point résulter d'une disposition

négative & privative. Si, par exemple, un Teſtateur dit: *Je deshérite mon fils, s'il ne revient pas dans un tel tems*, une telle diſpoſition, qui eſt purement négative & privative, ne peut point renfermer une diſpoſition affirmative: Ainſi, ſi le fils revient dans le tems fixé par le Teſtateur, il ne ſera pas cenſé inſtitué, & tout ce que l'on pourra dire, c'eſt qu'il ne ſera pas exherédé. *Voyez Weſembeck dans ſon Commentaire* ſur le digeſte, *tit. de heredibus inſtituendis, num. 6*, ce qui eſt fondé ſur la Loi 19, *ff. de hered. inſtit.* lorſqu'elle décide que les mots, *Si Seius heres non erit*, ne renferment aucune diſpoſition en faveur de Seius.

70. Si l'inſtitution peut être faite par des paroles énonciatives.

Mais l'inſtitution peut-elle être faite par des paroles ſimplement énonciatives? Les Interpretes ſur la Loi *ex facto* 19, *ff. de hered. inſtit.* ont tiré de cette Loi une regle pour la négative, & la Loi 34, *ff. de Leg.* 2, décide nettement que les paroles énonciatives ne renferment aucune diſpoſition. Dans le cas de cette Loi un homme faiſant un codicile, énonce qu'il avoit legué dans le même codicile quelques eſclaves à ſa fille, à laquelle il impoſoit la charge d'affranchir un eſclave appartenant à la fille, & cependant, le codicile ne contenoit aucun legs des eſclaves en faveur de la fille. Le Juriſconſulte répond que la fille ne pouvoit pas prétendre les eſclaves dont le Teſtateur avoit dit avoir fait un legs. Les Docteurs qui nous donnent des theories, ne nous enſeignent gueres l'application & l'uſage; c'eſt néanmoins ce qu'il y a de plus utile. On ſe tromperoit, ſi, ſous prétexte de la regle des Auteurs, que l'inſtitution ne peut pas être faite par des paroles énonciatives, on s'imaginoit qu'une inſtitution faite par teſtament, où le Teſtateur diroit, *J'ai inſtitué un tel*, ſeroit ſimplement énonciative, & par conſéquent inutile; car dans ce cas, le Teſtateur fait l'inſtitution, lorſqu'il dit qu'il l'a faite: c'eſt de cette façon que preſque tous les teſtamens ſont conçus, & le paſſé eſt mis pour le preſent. La Loi 61, *ff. de hered. inſtit.* déclare une exherédation bonne, quoique le Teſtateur, en la faiſant, ſe fût ſervi de termes du paſſé: *Te autem filia, ideò exheredavi, quoniam contentam te eſſe dote volui; quæro an efficaciter exheredata ſit? Modeſtinus reſpondit nihil proponi cur non eſſet voluntate Teſtatoris exheredata.* Mais on devroit regarder comme une ſimple énonciative, ſi le Teſtateur dans un codicile, faiſoit un legs à quelqu'un, payable par un heritier qu'il diroit avoir inſtitué dans ſon teſtament, & que néanmoins, il n'auroit pas inſtitué; car cette énonciative ne vaudroit pas, ni comme inſtitution directe, ni comme fideicommis, parce qu'elle ne ſeroit point

point une disposition ; mais une simple énonciative, par rapport à l'heritier.

71. Si l'institution peut être commise à la volonté d'autrui.

L'institution doit proceder de la volonté du Testateur : C'est donc lui qui doit nommer ou désigner son heritier. De-là vient que si un Testateur commettoit à un tiers la nomination de ses heritiers, l'institution seroit nulle : *Illa institutio quos Titius voluerit, ideò vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est ; nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere, Leg. 32, ff. de hered. instit.*

72. Institution : Si un tiers le veut.

De-là vient encore que l'institution faite par le Testateur, si un tiers le veut, ne vaut point, *si quis ita scripserit, si Titius voluerit, Sempronius heres esto, non valet institutio, L. si quis 68, ff. de hered. instit.* Cependant l'institution, qui dépend indirectement de la volonté d'autrui, n'est pas nulle. Si par exemple, un Testateur dit : *J'institue Sempronius, si Titius monte au Capitole :* Quoiqu'il dépende de la volonté de Titius de monter ou de ne pas monter au Capitole, & que par ce moyen l'institution dépende de sa volonté, elle ne laisse pas d'être bonne, parce qu'elle n'est pas conferée en la volonté de Titius purement & simplement ; mais par forme de condition & indirectement : *Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione, si Titius in Capitolium ascenderit ; quamvis non aliàs heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium, & hoc ipsum in potestate sit repositum Titii ; quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio, L. 68, ff. de hered. instit.*

Institution conditionnelle qui dépend indirectement de la volonté d'autrui, est bonne.

73. Institution d'une personne entre plusieurs, au choix d'un tiers.

Cependant, si un Testateur instituoit une d'entre plusieurs personnes certaines, qui seroit nommée par un tiers, l'institution seroit valable, parce que dans ce cas, elle ne dépendroit pas de la volonté du tiers qui n'auroit que la faculté de nommer & choisir une des personnes instituées par le Testateur, *L. 7, §. 1, ff. de reb. dubiis.* Cela arrive très-souvent dans l'usage, & l'on n'a jamais vû révoquer en doute la validité d'une telle institution.

74. Institution commise à un tiers pour nommer une d'entre plusieurs personnes.

On devroit dire la même chose, si le Testateur n'avoit point institué une des personnes par lui désignées, & qu'il se fût borné de donner pouvoir à un tiers de nommer un heritier du nombre de plusieurs personnes certaines, parce que ce cas dépend du même principe que le précedent. J'ai vû rendre un Arrêt au Parlement de Toulouse le . . . . 1741, en la troisiéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. l'Abbé Bartide, en

Espece particuliere jugée par Arrêt du Parlement de Toulouse.

faveur du ſieur Jean-François Marlet, contre Me. Barthelemy Combes, Avocat, & le ſieur François Marlet, ſur un cas approchant qui eſt aſſez ſingulier. Jean Marlet qui avoit neuf enfans, fit ſon teſtament le 25 Mars 1710. Par une premiere clauſe il étoit dit: *De plus, a legué à tous ſes enfans & prétendans droit ſur ſes biens, à chacun qui ſeront ci-après nommez en la maniere auſſi après exprimée.* Enſuite il étoit dit: *Et en tous & chacuns ſes biens . . . . ledit Teſtateur a fait & inſtitué ſon heritiere pure & univerſelle . . . . Demoiſelle Marguerite Brun, ſon épouſe; lui donnant pouvoir expreſſément de donner & leguer à chacun de leurs enfans, telle légitime que de droit, payable aux termes à chacun, que ſon épouſe aviſera.* Après avoir exprimé le nom de tous les enfans, & parlé des poſthumes, le teſtament continue en diſant: *Tous leſquels enfans, poſthume ou poſthumes, ledit ſieur Marlet, Teſtateur, inſtitue en ce, & non autrement, ſes heritiers particuliers.*

Fait du Procès.

Suite. 75.

Margueritte Brun heritiere, en mariant Jean-François Marlet ſon fils, lui fit donation par ſon contrat de mariage du 4 Février 1728, de tous ſes biens, & le chargea de payer à quelques-uns de ſes autres enfans, une ſomme de 3000 l. pour chacun, en repreſentation de la légitime paternelle. Ce fut alors qu'elle exécuta le pouvoir que le Teſtateur lui avoit donné, de leguer une légitime à chacun de ſes enfans; mais ce pouvoir n'avoit pas été exécuté à l'égard de quelques autres enfans qui étoient morts auparavant. Jeanne-Marie Marlet, épouſe de Me. Combes, Avocat, demanda la caſſation de ce teſtament, comme nul, & le partage de la ſucceſſion *ab inteſtat*; elle impetra encore des Lettres en reſciſion de l'acte par lequel elle avoit renoncé à tous ſes droits paternels & maternels, moyennant une ſomme de 5000 liv. Le Juge de Saint-Alban la débouta de ſes Lettres, & de ſa demande. Sur l'appel devant le Sénéchal de Nîmes, Sentence qui réforme, caſſe le teſtament & ordonne le partage de la ſucceſſion *ab inteſtat.*

76. Raiſons de ceux qui ſoutenoient le teſtament nul.

L'appel de cette Sentence fut porté au Parlement de Toulouſe par Jean-François Marlet. Me. Combes, légitime Adminiſtrateur de ſes enfans & de Jeanne-Marie Marlet, & le ſieur François Marlet, légitimaire, qui défendoient à cet appel, & qui ſoutenoient le teſtament nul, diſoient que tous les enfans du Teſtateur avoient été préterits, puiſqu'il ne leur fait aucun legs actuel, & qu'il donne ſeulement le pouvoir à ſa femme, heritiere, de leur donner & leguer une légitime, telle que de

droit; que par-là il avoit conferé à la femme, non la faculté d'arbitrer & de fixer une légitime qu'il leur laiſſoit & en laquelle il les inſtituoit ſes heritiers particuliers, comme il l'auroit dû pour la validité du teſtament, ſuivant la Loi 30, *ff. de liberis & poſthumis*, les Inſtitutes au titre *de exheredatione liberorum in princip.* & *la Novelle* 115, *chapitre* 3; mais le pouvoir de donner & leguer la légitime; qu'ainſi, il ne diſpoſoit pas lui-même de cette légitime en faveur de ſes enfans, il donnoit ſeulement le pouvoir & le mandat de diſpoſer pour lui, ce qui ne ſe pouvoit pas, ſuivant la Loi 32, *ff. de hered. inſtit.* qui veut que le Teſtateur diſpoſe lui-même, & que ſes diſpoſitions ne dépendent pas de la volonté d'autrui; autrement, c'eſt teſter par Procureur, ce que les Loix réprouvent expreſſément, vû que le teſtament doit être *voluntatis noſtræ juſta ſententia.*

77. Suite. Ils ajoutoient, qu'il ne ſuffiſoit pas qu'un pere Teſtateur, faſſe mention de ſes enfans dans ſon teſtament, il faut ou qu'il les inſtitue, ou qu'il les exherede pour juſte cauſe, vû que la préterition conſiſte au défaut d'inſtitution ou d'exherédation: *Liberis præteritis, id eſt neque inſtitutis neque ut oportet exheredatis, §. 12, inſtit. de hered. quæ ab inteſtato defer. inſtit. de exhered. & liberorum in principio, & Novell.* 115, *cap.* 3. Que ſi le Teſtateur avoit inſtitué ſes enfans ſes heritiers particuliers, il ne l'avoit fait *qu'en ce & non autrement*, c'eſt-à-dire, non en ce qu'il leur leguoit, puiſqu'il ne leur laiſſoit rien; car autre choſe eſt leguer ſoi-même; autre choſe eſt donner le pouvoir de leguer; l'un renferme une diſpoſition actuelle, & l'autre une diſpoſition à faire à l'avenir, en conſéquence d'un mandat, non admis en matiere teſtamentaire, quant à la ſubſtance de la diſpoſition; mais en ce qui ſeroit donné & legué aux enfans par la mere, à laquelle le Teſtateur avoit donné le mandat de leguer la légitime; il n'y avoit donc aucun legs ni aucune diſpoſition actuelle qui pût ſervir de fondement à l'inſtitution particuliere, que le Teſtateur avoit fait en faveur de ſes enfans.

78. Suite. D'ailleurs, le Teſtateur en inſtituant ſes enfans ſes heritiers particuliers, en ce qui leur ſeroit legué par leur mere, ſelon le pouvoir qu'il lui en donnoit, ne faiſoit qu'une inſtitution qui dépendoit d'un évenement futur; c'eſt-à-dire, du legs qui ſeroit fait par la mere, ce qui faiſoit que les enfans n'étoient pas actuellement, ni purement inſtituez; mais ſeulement ſous condition, & même ſous une condition qui n'étoit pas poteſtative, & qui dépendoit de la volonté de leur mere; condition qui ne s'accom-

plit qu'en 1728, qu'elle laissa une somme de 3000 liv. pour la légitime de quelques-uns de ses enfans, ce qui rendoit le testament essentiellement nul par deux raisons: La premiere, parce que les enfans étoient demeurez sans institution depuis 1710, que le Testateur déceda, jusqu'en 1728. La seconde, parce que les enfans peuvent bien être instituez sous une condition purement potestative; mais non sous une condition casuelle, ou mixte, ou qui dépend de la volonté, ou du fait d'un tiers, *L. 4, de hered. instit. L. 15, & L. 28, ff. de condit. instit. & L. 4, cod. de instit. & substit. sub condit. factis.*

79. Suite. Bien plus, depuis l'année 1710, tems du décès du Testateur, plusieurs de ses enfans étoient décedez, & ceux-ci n'avoient par conséquent jamais eu aucun legs, qui pût servir de fondement à l'institution particuliere en ce qui leur seroit laissé par leur mere, en conséquence du mandat que le Testateur lui avoit donné, puisque ce ne fut qu'en 1728 que cette mere exécuta le mandat; mais elle ne l'exécuta qu'en faveur de ceux qui se trouverent alors en vie, & elle ne put pas l'exécuter en faveur de ceux qui n'existoient plus, lesquels par conséquent, étoient décedez, sans qu'ils eussent jamais eu aucune institution, vû que la condition n'avoit jamais été remplie à leur égard. Voilà pourquoi l'institution conditionnelle n'avoit jamais pû avoir aucun effet à leur égard, à cause que la condition avoit manqué; ainsi il étoit clair que les enfans avoient été préterits, & leur préterition suffisoit pour annuller le testament, suivant la *Loi 10, §. dernier, ff. de bonor. possess. contrà tabulas*, les Arrêts du Parlement de Toulouse rapportez par *Albert, verb. testament, article 36*, & le sentiment des Auteurs, notamment de *Benedicti*, verb. *in eodem testamento relinquens, 1, num. 100, Julius Clarus §. testamentum, quest. 43, n. 2, Ferriere*, sur la question 426 *de Guypape, & M. de Cambolas, liv. 2, chap. 46.*

80. Réponse aux objections. Inutilement opposoit-on que suivant les Loix 32 & 36, *cod. de inoff. testamento*, les enfans ont leur légitime de plein droit exempte de toute charge, condition, ni délai, & que cela suffisoit pour faire valoir le testament, auquel le Testateur avoit ajouté une institution particuliere; car il ne suffit pas que les enfans ayent leur légitime par le bénéfice de la Loi, il faut encore que leur pere les honore du titre d'institution, ou en cette légitime, ou en quelqu'autre chose, qu'il leur laisse, suivant la *Novelle 115, chapitre 3*, comme le remarque fort bien Dumoulin sur la Loi *commodissimè, num. 29, ff. de liberis & posthumis*; d'ail-

leurs, l'institution particuliere est bornée à ce qui seroit laissé par la mere en conséquence du mandat, par ces paroles: *En ce, & non autrement*: Ainsi, elle ne pouvoit pas s'appliquer à une légitime que les enfans devoient prendre, non par la disposition de la mere; mais par le benéfice de la Loi.

87. Suite. Jean-François Marlet, prétendant que le testament qui contenoit la clause codicillaire, devoit être soutenu par cette clause, on lui répondoit que la clause codicillaire pouvoit bien soutenir un testament nul par défaut de formalité exterieure, pourvû qu'il fût revêtu de la formalité néceſſaire au codicile, *L. ult. cod. de codicillis*; mais qu'elle ne pouvoit pas faire valoir un testament nul par préterition, parce que cette nullité attaque la substance du testament, & la capacité du Testateur, qui est considéré, *tanquam non fuerit sanæ mentis*, *L. 2*, *L. 5*, *L. 13*, *ff. de inoffic. testam.* & *L. 36*, *ff. de leg. 3*; d'ailleurs, la Loi 1, *cod. de codicillis*, déclare que la préterition d'un posthume annulle non-seulement le testament, mais encore le codicile qui y a du rapport, à cause qu'il est réputé faire partie du testament; & la clause codicillaire est bien plus intimement unie avec le testament où elle se trouve, que ne l'est un codicile séparé du testament; il faut donc à plus forte raison, annuller la clause codicillaire par la préterition, tout comme le codicile est annullé, quoiqu'il soit séparé du testament. Clause codicillaire.

82. Suite. Il y a même ceci de particulier, c'est que la clause codicillaire ne peut faire valoir le testament, qu'en convertissant l'institution en fideicommis, ce qui est impossible dans le cas de la préterition; parce que les enfans préterits ne peuvent pas être chargez de fideicommis par leur pere, quoiqu'ils deviennent ses heritiers *ab intestat*, *ex filio præterito*, *licet suus heres erit*, *fideicommissum relinqui non potest*, *L. 2*, *ff. de leg. 3*, & cela en haîne de l'injure que leur pere leur a fait par la préterition, *L. 31*, *cod. de fideicommiss.* & *L. 24*, *cod. de legatis.* De plus, dans le cas de la nullité du testament quant à l'institution, pour cause de préterition, la *Novelle 115*, *chapitre 3*, défere la succession *ab intestat* à tous les enfans par égales portions, & cette délation n'est pas faite pour rendre les biens par fideicommis; mais pour les posseder irrévocablement, d'autant mieux que la même *Novelle* déclare que les enfans préterits ou injustement exherédez, ne peuvent souffrir aucun préjudice pour l'institution, ce qui ne seroit pas vrai s'ils étoient chargez de rendre les portions qu'ils recueilleroient *ab intestat*.

83. Raisons de celui qui soutenoit le testament bon. Au contraire, le sieur Jean-François Marlet, Appelant de la Sentence du Sénéchal, qui avoit cassé le testament, soutenoit qu'il n'y avoit aucune nullité dans ce testament, & que c'étoit sans raison qu'il avoit été cassé, puisque le Testateur avoit fait mention de ses enfans; il les avoit tous appellez par leur nom, il avoit encore fait mention des posthumes, il leur avoit laissé une légitime telle que de droit, & les avoit instituez ses heritiers particuliers en cette légitime; qu'ainsi, il n'en falloit pas davantage, afin que ce testament fût revêtu de toutes les formalitez nécessaires pour le faire valoir.

84. Suite. Que si le Testateur avoit donné à sa femme le pouvoir de donner & leguer à ses enfans, il ne lui avoit pas donné un pouvoir libre & indéfini, il y avoit ajouté la légitime telle que de droit. Le don & le legs étant donc fixé à la légitime par la disposition expresse du Testateur, il ne restoit d'autre pouvoir à la femme heritiere, que celui, non de donner la légitime que le Testateur avoit assignée à ses enfans; mais d'arbitrer & de fixer cette légitime. Voilà pourquoi il ne s'agissoit pas ni d'un mandat pour disposer, ni d'une disposition conferée en la pure & libre volonté de la femme heritiere; mais d'un pouvoir conferé comme à un homme prudent, *Arbitrium boni viri*, ce que les Loix permettent, puisqu'elles ne défendent que de conferer les dispositions & leur substance à la volonté libre & absoluë d'un tiers, comme l'explique *M. Cujas*, sur la Loi 1, *ff. de leg.* 2.

85. Suite. Cela posé, Jean-François Marlet ajoutoit, qu'il n'y avoit point de préterition, ni d'institution conditionnelle qui pût donner atteinte au testament; d'autant mieux que quand il y auroit eu quelque condition au legs fait par le Testateur, de la légitime telle que de droit, le testament n'en seroit pas moins bon, parce que toute condition, charge & délai, sont rejettées de plein droit, de la légitime qui est dévoluë aux enfans, tout comme si la condition n'avoit pas été appofée, *L.* 32, *L.* 36, *cod. de inoff. testam. Fernand.* & les autres Auteurs.

86. Suite. D'ailleurs, la clause codicillaire renfermée dans ce testament suffisoit pour le faire valoir, suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, attestée par *M. Maynard, d'Olive*, & les autres Arrestographes.

87. Arrêt. L'Arrêt rendu sur cette contestation, réforme la Sentence du Sénéchal, & ordonne l'exécution du testament; il renferme plusieurs autres dispositions, dont il n'est pas néces-

faire de parler, parce qu'elles ne regardent pas notre matiere.

88. Renvoi pour les autres queſtions ſi les diſpoſitions peuvent dépendre de la volonté d'autrui.

Diſpoſition du Droit canonique.

Du reſte, je n'entrerai pas dans un plus grand détail des difficultez qui peuvent ſe preſenter au ſujet de la regle qui veut que les diſpoſitions du Teſtateur dépendent de ſa volonté, & non de celle d'autrui, parce que j'ai examiné cette matiere dans ma *queſtion 46*, ſur les donations, où il ſuffit de renvoyer. J'obſerverai ſeulement que le Droit Canonique ſemble autoriſer les diſpoſitions que le Teſtateur confere à la volonté d'autrui, ou qu'un Teſtateur peut remettre ſa derniere volonté à la diſpoſition d'un tiers. Voilà pourquoi il peut, pour ainſi dire, diſpoſer par Procureur: *In ſecundâ quæſtione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius diſpoſitionem committit non videtur decedere inteſtatus*, dit le chapitre *cum tibi 13, extrà. de teſtamentis;* mais nous ſuivons la déciſion du Droit Romain, & non la diſpoſition de ce texte Canonique, même pour les diſpoſitions faites en faveur de la cauſe pie.

Le Droit canonique n'eſt point ſuivi en cela.

89. Renvoi ſur les inſtitutions captatoires.

Nous ne parlerons point ici des inſtitutions captatoires, parce que nous avons expliqué ailleurs en quoi elles conſiſtent, & quelles ſont celles qui ſont prohibées ou non. On peut voir *Manzius, de teſtamento valido vel invalido, tit. 6, queſt. 25.*

90. Cinquiéme point. Regles pour connoître les portions des heritiers inſtituez.

Paſſons au cinquiéme point qui conſiſte en la connoiſſance des regles pour diſtinguer les portions qui doivent être aſſignées à chacun des heritiers dans les cas où il peut ſe preſenter quelque doute.

91. Du Teſtateur qui diſtribue les portions.

D'abord, il ne peut y avoir de difficulté, quand le Teſtateur diſtribue lui-même les portions; car il faut ſuivre ſa volonté. Si par exemple, il inſtituë trois heritiers, l'un en la moitié, l'autre pour un quart, & le troiſiéme pour un autre quart, chacun prendra ſa portion, & ſupportera les charges pour ſa portion héréditaire, à moins que le Teſtateur n'en ait autrement diſpoſé: *L. 9, §. 1 & 13, ff. de hered. inſtit.*

92. Des heritiers inſtituez *ex æquis partibus.*

Il ne peut pas nonplus y avoir de doute lorſque le Teſtateur inſtituë pluſieurs heritiers par égales parts & portions; car ils doivent tous ſucceder également & ſupporter également les dettes & charges, ſuivant le texte cité, & la Loi 13, *ff. eod. tit.*

93. Pluſieurs inſtituez ſans fixation des portions, ſont heritiers égaux.

Que ſi le Teſtateur inſtituë pluſieurs heritiers, ſans regler la portion d'un chacun, ils ſeront pareillement heritiers par égales parts & portions: *Satis enim conſtat nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos heredes eſſe, §. ſi plures 6, inſtit. de hered. inſtit.* & la Loi 9, §. 12, *ff. eodem.* Il faut néanmoins excepter le cas où

un eſt inſtitué ſeul, & enſuite pluſieurs qui ſont unis par la copulative: auquel cas, celui qui eſt inſtitué ſeul, fait un chef, & prend la moitié, & les autres qui ſont conjoints, prennent l'autre moitié à partager entr'eux, comme nous l'expliquerons ci-après.

94. Pluſieurs inſtituez *in re certâ* ſont heritiers égaux *detractâ rei mentione*.

Quand le Teſtateur inſtitue pluſieurs heritiers *in re certâ*, ils ſont tous heritiers égaux *detractâ rei mentione*, encore qu'ils fuſſent inſtituez par portions inégales ſur la même choſe, à moins qu'il n'en eût autrement ordonné. De même, lorſque pluſieurs perſonnes ſont inſtituées en pluſieurs choſes particulieres, comme s'il étoit dit: *J'inſtitue Titius au fonds Cornelien, & Mœvius au fonds Libien*, ils ſont pareillement heritiers par égales portions, & chacun prélevera la choſe paticuliere compriſe dans ſon inſtitution, ainſi que nous l'avons expliqué ci-deſſus.

95. De pluſieurs inſtituez *in re certâ*.

D'autres avec portion, d'autres ſans portion.

Que ſi un Teſtateur inſtitue pluſieurs heritiers *in re certâ, vel in rebus certis*, d'autres en une portion de ſon herédité, & d'autres ſans portion; comme s'il dit: *J'inſtitue Titius & Mœvius au fonds Cornelien*: *J'inſtitue Sempronius aux biens que j'ai dans un tel lieu, & Caius aux biens que j'ai dans un autre lieu*: *J'inſtitue Javolenus en la moitié de l'herédité*: *J'inſtitue Neratius mon heritier*: Titius & Mœvius n'auront que le fonds Cornelien, pour ſe le partager également. Sempronius & Caius n'auront non-plus que les biens qui leur ſont aſſignez, & les uns & les autres ſeront conſiderez comme Legataires, *L.* 13, *cod. de hered. inſtit.* Il n'y aura donc de vrais heritiers que Javolenus & Neratius; le premier prendra la moitié de l'herédité qui lui eſt aſſignée, & Neratius inſtitué ſans fixation de portion, prendra l'autre moitié vacante. Que ſi Javolenus n'étoit inſtitué qu'au quart, & Neratius ſans portions, ce dernier devroit avoir les trois quarts de la portion vacante; enſorte que dans le concours des heritiers inſtituez *in re certâ* avec des heritiers avec portion, ou ſans portion, les premiers n'ont aucune part à l'herédité ni aux droits actifs & paſſifs, parce que, comme nous l'avons dit, ils ſont conſiderez comme Legataires. Les droits actifs & paſſifs appartiennent aux heritiers avec portion & ſans portion, par portions héréditaires. Tout cela eſt ainſi décidé par la Loi *quotiens* 13, *cod. de hered. inſtit. Quotiens certi quidem ex certâ re ſcripti ſunt heredes, vel certis rebus, pro ſuâ inſtitutione contenti eſſe juſſi ſunt; quos Legatariorum loco haberi certum eſt; alii verò ex certâ parte, vel ſine parte, qui pro veterum le-*

L'inſtitué ſans part prend les portions vacantes.

gum

gum tenore ad certam unciarum inſtitutionem referuntur ; eos tantummodò omnibus actionibus hereditariis uti, vel conveniri decernimus, qui ex certâ parte, vel ſine parte ſcripti fuerint, nec aliquam diminutionem earumdem actionum occaſione heredum ex certâ re ſcriptorum fieri.

96. Comment ſe divise l'hérédité, lorſque pluſieurs ſont inſtituez avec portion, & que la totalité n'eſt pas remplie.

Mais, ſi un Teſtateur en inſtituant pluſieurs heritiers, diſtribuë les portions à un chacun, de maniere que la totalité de ſon hérédité ne ſoit pas remplie, & que l'énumeration des portions excede la totalité, comment doit-on regler les portions de chaque heritier dans ce cas? C'eſt ce qu'il faut examiner en détail; mais auparavant, il faut ſçavoir que ſelon l'uſage des Romains, l'hérédité étoit diſtribuée en douze parties ou onces, qui compoſoient la totalité appellée *as*. Le nom de chacune de ces parties eſt exprimé dans le *§. hereditas 5, inſtit. de hered. inſtit.* & dans la Loi 50, *§. 2, ff. eodem :* La premiere eſt appellée *uncia*, c'eſt un douziéme. La ſeconde, *ſextans*, un ſixiéme ou deux onces. La troiſiéme *quadrans*, un quart ou trois onces. La quatriéme, *triens*, un tiers ou quatre onces. La cinquiéme, *quincunx*, cinq onces; c'eſt-à-dire, un tiers & une once. La ſixiéme, *ſemis*, la moitié ou ſix onces. La ſeptiéme, *ſeptunx*, ſept onces, ou la moitié & une once. La huitiéme, *bes*, huit onces ou deux tiers. La neuviéme, *dodrans*, neuf onces, ou trois quarts. La dixiéme, *dextans*, dix onces, ou trois quarts, & une once. L'onziéme, *deunx*, onze onces, ou onze douziémes; & la totalité eſt appellée *as*.

Comment ſe fait la diſtribution de l'hérédité par le Droit Romain.

97. Si le Teſtateur peut s'écarter de cette regle.

Cependant cette regle n'étoit pas ſi infaillible, qu'il ne fût libre aux Teſtateurs de s'en écarter, ayant la liberté de diviſer leur hérédité en un plus grand ou plus petit nombre de portions, *L. 13, ff. de hered. inſtit.* enſorte que ſi le Teſtateur n'inſtituoit qu'un ſeul héritier *in ſemiſſe*, dans ce cas l'entiere hérédité ne devoit être compoſée que de ſix onces, afin qu'il n'y eût point de portion vacante, parce que le Teſtateur non Soldat ne peut pas mourir partie avec teſtament, partie ſans teſtament; & au contraire, le Teſtateur pouvoit diſtribuer ſon hérédité en autant d'onces ou de portions qu'il trouvoit à propos au-delà de douze; on ne conſideroit à cet égard dans ce cas, que la ſeule volonté; ainſi qu'il eſt expliqué dans le *§. hereditas 5, inſtit. de hered. inſtit.*

Paganus non poteſt decedere partim teſtatus partim inteſtatus.

98. Si l'on ſuit dans le Pays du Droit écrit la diviſion faite par le Droit Romain.

Quoique dans l'uſage commun & journalier, on ne faſſe pas la diſtribution de l'hérédité en onces dans le Pays du Droit écrit, & qu'on ſe ſerve communément des noms qui déſignent les quotitez, comme de la moitié, du tiers, du quart & autres : on y ob-

ſerve néanmoins dans l'uſage les regles du Droit Romain, quand il ſe préſente quelque difficulté ſur la forme de diſtribuer les portions, lorſque celles que le Teſtateur a aſſignées excedent, ou ne rempliſſent pas la totalité, comme on va l'expliquer en détaillant les differens cas particuliers.

99. Du cas où les portions aſſignées ne rempliſſent pas l'entiere hérédité.

Commençons par les cas où le Teſtateur n'a pas diſtribué toutes les portions à ſes héritiers, de façon qu'il en reſte quelqu'une de vacante, comme s'il inſtitue trois héritiers en trois onces ou un quart chacun, le quart reſtant qui ſe trouve vacant accroîtra à tous les héritiers par égales portions, & au lieu d'un quart ou trois onces que le Teſtateur leur a aſſigné, ils auront quatre onces, ou un tiers chacun, §. 7, *inſtit. de hered. inſtit.* & *L.* 13, §. 2, *ff. eodem*; que s'ils ſont inſtituez par portions inégales, l'accroiſſement ne ſe fera pas également, mais ſelon les portions auſquelles ils ſeront inſtituez, *L.* 13, §. 3, *ff. eodem.*

100. L'accroiſſement n'a pas lieu dans le Pays Coutumier.

Comme dans le Pays Coutumier on peut mourir *partim teſtatus*, *partim inteſtatus*, & que le droit d'accroiſſement n'y a pas lieu par cette raiſon; lorſqu'un Teſtateur fait un ou pluſieurs Légataires univerſels en une ou pluſieurs quotes, comme du tiers, du quart ou autre portion, s'il reſte quelque portion vacante, elle n'appartiendra pas aux Légataires univerſels, mais elle ſera dévolue aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*; enſorte que les Légataires univerſels ne pourront demander la délivrance que des portions qui leur ſont aſſignées; cependant lorſqu'il y a un Légataire univerſel, les legs particuliers qui ſont faits à des perſonnes incapables, ou qui ſont caduques, ou qui ſont répudiez, demeurent au Légataire univerſel, & n'appartiennent pas aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, comme nous le prouverons ailleurs.

Les legs particuliers qui ſont vacans demeurent au Legataire univerſel.

101. Du concours des heritiers à qui le Teſtateur a aſſigné des portions, avec ceux à qui il n'en a pas aſſigné.

Si le Teſtateur aſſigne des portions à certains héritiers, & en inſtitue d'autres ſans portion dans le Pays de Droit écrit; ſi par exemple il inſtitue l'un au quart, l'autre au tiers, & un autre en un ſixiéme, & qu'il en inſtitue un ou pluſieurs ſans portion, ce qui reſtera, déduit le quart, le tiers & le ſixiéme pour les héritiers dont les portions ſont fixées, devra appartenir à l'héritier ou aux héritiers ſans portion, qui devront concourir par égales parts à la portion vacante, §. 6, *inſtit. de hered. inſtit.* parce que les héritiers auſquels le Teſtateur n'a point aſſigné de part fixe, prennent tout ce qui ſe trouve vacant, ſuivant le principe renfermé dans la Loi *quotiens* 13, *cod. de hered. inſtit. Ea enim pars data intelligitur, quæ vacat*, §. *ſi plures* 6, *inſtit. eodem tit.* & *L. aſſe toto* 77, *ff. eodem*; auſſi le Juriſconſulte Ulpien décide-t'il dans la Loi 17, *ff. eodem*,

Les heritiers ſans part prennent les portions qui ſont vacantes.

que si le Testateur institue deux héritiers chacun en un quart, & un troisiéme sans portion, celui-ci prendra la moitié qui se trouve vacante, déduit les deux quarts qui sont l'autre moitié, & l'on n'examine point si l'héritier sans portion se trouve institué avant ou après ceux ausquels le Testateur a assigné des portions, *nihil autem interest, quo loco sine portione quis heres instituatur, quò magis assis residuum recepisse videatur*, L. 78, §. 2, *ff. de hered. instit.* L. 20, *ff. eod. & §. si plures 6, instit. eod. tit.*

On n'examine point en quelle partie du testament les heritiers sans part sont instituez.

La Loi 78, §. 1, *ff. de hered. instit.* décide un cas assez particulier. Un Testateur institue deux héritiers en deux parts, & un troisiéme en un quart ; le Jurisconsulte dit que le quart auquel le troisiéme se trouve institué, doit servir à fixer les deux portions des autres, qui devront être d'un quart chacune ; ensorte que l'entiere hérédité devra être composée de neuf onces, dont chacun prendra trois onces, qui équipolleront au tiers de l'hérédité. On doit remarquer dans cette Loi la regle, qui veut que la fixation de la portion de l'un des héritiers, doit servir à fixer les portions des autres qui sont indéterminées, *modum enim duarum partium ex quadrante declarari.*

102. De deux instituez en deux parts, & un troisieme en un quart.

La fixation d'une portion sert à fixer les autres.

Lorsque le Testateur dans la distribution des portions excede le nombre de douze onces, cela peut arriver de plusieurs manieres, 1°. Lorsqu'il assigne à chacun des héritiers certaines portions, dont le total se porte au-delà de 12 onces. 2°. En attribuant à certains héritiers certaines portions qui rempliſſent les douze onces, & en instituant encore un ou plusieurs héritiers sans portion. 3°. En instituant plusieurs héritiers en diverses portions qui excedent les douze onces, & en ajoutant encore d'autres héritiers sans portion. 4°. En fixant les portions à plusieurs héritiers, qui excedent vingt-quatre onces. 5°. En instituant plusieurs héritiers dont les portions excedent vingt-quatre onces, & en ajoutant un ou plusieurs héritiers sans portion. 6°. En attribuant à chacun des héritiers une portion plus forte que ne comporte la totalité, comme en instituant quatre héritiers chacun pour un tiers, ou cinq héritiers par quart, ou six héritiers par cinquiémes & autres semblables. Expliquons ces differens cas.

103. Des cas où le testateur en assignant les portions, excede les douze onces.

De combien de façons cela peut arriver.

Si le Testateur institue plusieurs héritiers dont les portions excedent douze onces, sans y ajouter quelque autre héritier sans portion ; comme si par exemple, Titius est institué héritier en six onces, Mœvius en quatre onces, Sempronius en deux, & Caius en cinq, le total reviendra à dix-sept onces ; alors il faut composer l'hérédité de vingt-quatre onces ; attribuer à chacun des hé-

104. Quand le Testateur excede les douze onces dans la distribution des portions, les heritiers doivent souffrir un décroissement proportionnel.

ritiers les portions qui leur ſont aſſignées, & diſtribuer les ſept onces reſtantes à tous les héritiers, ſelon les portions qui leur ſont aſſignées, & par cet ordre Titius inſtitué en ſix onces, aura ſix dix-ſeptiémes des onces vacantes; Mœvius quatre dix-ſeptiémes; Sempronius deux dix-ſeptiémes, & Caius le reſtant qui conſiſtera en cinq dix-ſeptiémes, parce que comme nous l'avons remarqué, lorſqu'il y a quelque portion vacante, elle accroît aux héritiers par portions héréditaires: ou bien pour ne pas entrer dans ces fractions l'hérédité devra être compoſée de dix-ſept portions, dont chaque héritier prendra celles qui lui ſont aſſignées, *L.* 13, *§.* 4, *ff. de hered. inſtit.* parce que *æquè pro ratâ decreſcit*, on trouve pluſieurs autres exemples dans la même Loi, *§§.* 5, 6, 7.

105. *Quid* s'il joint des heritiers ſans portion à l'inſtitution de pluſieurs heritiers avec des portions qui excedent les douze onces.

Suppoſons qu'un Teſtateur ait inſtitué trois héritiers, l'un en ſix onces; l'autre en quatre; l'autre en deux; voilà l'entier *as* rempli, tout comme lorſqu'il inſtitue deux heritiers, l'un en huit onces, l'autre en quatre. Suppoſons encore que le même Teſtateur ajoute un ou pluſieurs héritiers ſans portion, dans ce cas il faudra compoſer l'hérédité de vingt-quatre onces, donner douze onces aux héritiers dont les portions ſont marquées, & les douze onces reſtantes à l'héritier ou héritiers inſtituez ſans portion, qui ſe les diviſeront entr'eux ſelon leur nombre par égales parts & portions, *L.* 17, *§.* 3, *&* *§.* 4, *&* *L.* 20. *§.* 1, *ff. de hered. inſtit.*

Quid de l'heritier inſtitué au réſidu lorſque l'*as* eſt tout à fait rempli.

mais il faut prendre garde qu'il y a difference entre celui qui eſt ajouté ſans portion, & celui qui eſt ajouté comme inſtitué au reſte de l'hérédité; au premier cas il prendra la moitié de l'hérédité, qui devra être compoſée de vingt-quatre onces; au lieu qu'au ſecond cas ſon inſtitution eſt inutile, *ſed ſi aſſe expleto alium ſine parte heredem ſcripſerit, in alium aſſem veniet, aliter atque, ſi ita ſcripſiſſet expleto aſſe, ex reliqua parte heres eſto; quoniam cum nihil reliquum eſt, ex nulla parte heres inſtitutus eſt*, dit le *§.* 3, déja cité. Cependant ſi dans la premiere diſtribution des portions le Teſtateur avoit excedé le nombre de douze onces, comme s'il avoit inſtitué le premier en ſix onces, & le ſecond en huit; s'il ajoute un troiſiéme qu'il inſtitue au réſidu, ou ſans lui aſſigner ſa portion, dans ce cas l'inſtitution du troiſiéme au réſidu n'eſt pas inutile; mais ou l'hérédité ſera compoſée de vingt-quatre onces, auquel cas le premier en aura ſix, le ſecond huit, & le troiſiéme dix; que ſi l'hérédité demeure au nombre de douze onces, il faudra la diſtribuer par proportion du calcul; ſçavoir, au premier trois onces, au ſecond quatre, & au troiſiéme cinq, *L. ex unciis* 87, *ff. de he-*

Quid s'il n'eſt pas inſtitué au réſidu, mais ſimplement ſans portion.

Réduction du Jugendius à l'As.

red. inſtit. les obſervations que nous venons de faire reglent les deuxiéme & troiſiéme cas; que ſi au lieu d'un ſeul inſtitué au réſidu, ou ſans portion, après que le Teſtateur a excedé les douze onces, il en inſtitue pluſieurs au réſidu, ou ſans portions, ce qui reſte pour remplir les vingt-quatre onces ſera partagé entr'eux par portions égales, ainſi que nous l'avons dit; & ſelon la Loi *Sabinus* 18, *ff. de hered. inſtit.* quand le Teſtateur en diſtribuant des portions à quelques héritiers, excede les douze onces, & qu'il en inſtitue d'autres ſans portion, ceux-ci ne ſont pas appellez pour recueillir un ſecond as, mais ſeulement pour recueillir ce qui manque pour parfaire les vingt-quatre onces, & l'on doit obſerver la même regle dans le ſecond *as* que dans le premier, *eadem ratio in ſecundo aſſe, quæ in primo.*

Pluſieurs inſtituez au réſidu partagent également ce qui reſte.

On obſerve la même proportion dans la diſtribution du ſecond *as* qu'au premier.

106. Du Teſtateur qui excede les deux *as*.

Lorſque le Teſtateur en diſtribuant les portions, a excedé les deux *as*, ou les vingt-quatre onces appellées *Dupondius*, il faut compoſer l'hérédité de trois *as*, ou de trente-ſix onces, & garder la même proportion; enſorte que les héritiers inſtituez ſans portion, ayent ce qui manque pour parfaire les trente-ſix onces, c'eſt la regle qu'établit la Loi *Sabinus* 18, *ff. de hered. inſtit. ut eadem ratio in Dupondio, omnique re deinceps, quæ in aſſe ſervetur.* Et ſi le Teſtateur qui a diſtribué en portions vingt-quatre onces, inſtitue un autre héritier ſans portion, celui-ci devra avoir un tiers de l'hérédité qui ſera compoſée de trente-ſix onces, dont les vingt-quatre appartiendront aux héritiers, auſquels les portions ſeront aſſignées, & les douze onces reſtantes appartiendront à l'héritier inſtitué ſans portion, *L. item* 17, *§. ult. ff. eodem*; que ſi le Teſtateur ne fait que diſtribuer les portions au-delà de vingt-quatre onces, ſans ajouter un héritier ſans portion, comme s'il inſtitue le premier en dix onces, le ſecond en huit, & le troiſiéme en douze, ce qui revient à trente onces, il faudra compoſer l'hérédité de trente onces, dont le premier prendra dix trentiémes, le ſecond huit, & le troiſiéme douze, à cauſe que les trente-ſix onces dont l'hérédité devroit être compoſée, décroîtront pour chacun à proportion; preſque tout ce que nous venons de dire eſt confirmé dans ces paroles du *§. Etſi plures* 8, *inſtit. de hered. inſtit. Etſi plures unciæ quam duodecim diſtributæ ſint, is, qui ſine parte inſtitutus eſt, quod Dupondio deeſt habebit: idemque erit ſi Dupondius expletus ſit, quæ omnes partes ad aſſem poſteà revocantur, quamvis ſint plurium unciarum*: ces dernieres paroles ſignifient que quand l'hérédité eſt compoſée de trente-ſix onces ou de vingt-quatre onces, on peut réduire l'hérédité en ſuivant la regle de proportion à douze on-

Même proportion doit être obſervée qu'au premier *as*.

Décroiſſement proportionnel, quand il n'y a point d'heritier ſans portion.

Réduction de trente-ſix ou vingt-quatre onces à l'*as*.

ces; enſorte que celui qui devroit avoir quinze onces, en compoſant l'hérédité de trente-ſix, ou dix onces en la compoſant de vingt-quatre, ne doit avoir que cinq onces en réduiſant l'hérédité à douze onces; c'eſt ſur cette réduction que le Juriſconſulte raiſonne dans la Loi *ex unciis* 87, *ff. de hered. inſtit.* ceci explique le quatriéme & le cinquiéme cas.

107. De pluſieurs heritiers inſtituez en portions égales qui excecent l'*as*.

Dans le ſixiéme cas, c'eſt-à-dire, quand le Teſtateur inſtitue pluſieurs héritiers en portions égales, dont le total excede les douze onces, comme s'il inſtitue quatre héritiers par tiers, ſans ajouter quelque héritier ſans portion; ces héritiers au lieu du tiers qui leur eſt aſſigné, ne devroient avoir qu'un quart chacun, parce que l'excedant *tacitè ſingulis decreſcit*, §. *videamus* 7, *inſtit. de hered. inſtit. & L.* 13, §. 4, *ff. eod.* & l'on doit dire la même choſe s'il inſtitue cinq héritiers pour un quart chacun, ou ſix héritiers pour un cinquiéme, ou autre portion plus forte, car ils n'auront qu'un cinquiéme, ou un ſixiéme ſelon leur nombre.

Singulis decreſcit.

108. De deux heritiers inſtituez *ex aſſe*.

Il faut voir préſentement quelques cas particuliers qui ſont décidez par la Loi; un Teſtateur inſtitue Titius *ex aſſe*, & Mœvius auſſi *ex aſſe*, ces deux héritiers auront chacun la moitié de l'hérédité, *L.* 13, §. 5, *ff. de hered. inſtit.* Si un héritier eſt inſtitué en douze onces, & un autre en huit onces, l'hérédité devra être compoſée de vingt onces, dont le premier héritier prendra les douze onces à lui aſſignées, & l'autre les huit, ſuivant le §. 6 de la même Loi.

De deux inſtituez, l'un en douze onces, l'autre en huit.

109. De deux inſtituez en onze onces, & deux autres au réſidu; ſi l'un répudie, à qui l'accroiſſement appartiendra-t'il?

Un Teſtateur inſtitue deux héritiers en onze onces, & deux autres ſans portion; l'un de ces deux héritiers ſans portion répudie, on demande à qui doit appartenir la demie once qui lui ſeroit revenuë, s'il avoit accepté l'hérédité? Le Juriſconſulte répond qu'elle doit accroître à tous les héritiers, & qu'elle ne doit pas appartenir au ſeul héritier reſtant ſans portion, *L. item quod* 17, §. 1, *ff. de hered. inſtit.* mais il faut ſuppoſer que pluſieurs inſtituez *ſine parte* le ſont ſéparément, & ne ſont conjoints que *re tantùm*, comme le texte l'inſinue, autrement le conjoint *re & verbis* devroit être préferé, comme nous l'expliquerons dans le *ch.* 9.

110. L'inſtitué qui eſt mort fait part en faveur de ſon conjoint.

Titius dans ſon teſtament inſtitue Caius, qui ne vivoit plus, en quatre onces, & Mœvius, qui eſt vivant, en huit onces, & enſuite un autre ſans portion; l'hérédité devra être compoſée de vingt-quatre onces, dont douze appartiendront à Mœvius, quoiqu'il ne ſoit inſtitué qu'en huit onces, parce que les quatre reſtantes aſſignées à ſon cohéritier lui accroîtront, & les autres douze onces appartiendront au troiſiéme inſtitué ſans portion, *L. quo*

loco 20 §. 1, *ff. de hered. instit.* Que si l'héritier mort, & celui qui est en vie, sont instituez en la moitié, & un troisiéme en l'autre moitié, la portion du mort devant être considerée comme non écrite, devra accroître à son conjoint, ainsi l'hérédité sera divisée en deux portions égales, *L.* 20, §. 2, *ff. de hered. instit.*

III. Plusieurs instituez en la premiere, seconde, troisiéme & quatriéme part, sont heritiers égaux.

J'institue Titius en la premiere part, Seius en la seconde part, Mœvius en la troisiéme part, Sulpicius en la quatriéme part, tous ces héritiers recueilleront l'hérédité par égales portions, parce qu'en exprimant le nombre, je suis censé avoir plutôt suivi l'ordre de l'écriture, que d'avoir assigné des portions diverses, *L. si quis* 14, *ff. de hered. instit.*

II. De plusieurs instituez dont l'un est séparé, & les autres conjoints.

J'institue Titius en la moitié, & Seius en la moitié, & j'institue Sempronius en la même part en laquelle j'ai institué Seius. Titius aura la moitié de l'hérédité, & Seius & Sempronius l'autre moitié, *L. Julianus* 15, *ff. de hered. instit.* parce qu'ils sont instituez pour concourir en la même portion; & cela doit être observé de même, lorsqu'un héritier est institué seul sans portion séparément, & ensuite deux autres conjointement sans portion, comme s'il est dit, *Titius heres esto, Seius & Mœvius heredes sunto*, l'hérédité devra être partagée en deux parts, dont l'une appartiendra à Titius, & l'autre à Seius & à Mœvius à partager entr'eux, *L. liber homo* 59, §. 2, *ff. de hered. instit.* à moins que le Testateur n'ait ajouté qu'il les instituoit *ex æquis partibus*, *l.* 13, *eod. tit.*

Quid si le Testateur ajoute ex æquis partibus.

III. Cas singulier décidé par la Loi 47, §. 1, *ff. de hered. instit.*

On trouve dans la Loi *si ita* 47, §. 1, *ff. eod.* la décision d'un cas assez singulier. Un Testateur institue sa fille en l'entiere hérédité, & il ajoute, s'il me naît un posthume pendant ma vie, ou après ma mort, je l'institue en neuf onces s'il est mâle, & si c'est une fille je l'institue en trois onces; s'il naît un mâle, l'hérédité doit être composée de sept portions, dont quatre devront appartenir à la fille premiere instituée, & les trois onces restantes appartiendront au posthume mâle; si bien que la fille aura un quart de plus que le posthume mâle: que s'il naît aussi une fille posthume, la premiere fille instituée devra avoir autant que les deux posthumes, ensorte que l'hérédité devra être composée de vingt-quatre onces, dont douze appartiendront à la premiere fille, neuf au mâle, & trois à la fille posthume.

IV. Comment doit être divisée l'hérédité lorsqu'un est institué en deux onces, un autre en une part & un autre en deux parts.

Un Testateur dit dans son testament: J'institue Lucius en deux onces, Gaius en une part, Mœvius en une part, & Seius en deux parts. Lucius ne doit avoir que deux onces, & les autres héritiers auront les dix onces restantes, comme s'ils avoient été instituez sans portions: toutefois Seius institué en deux parts, devra pren-

dre la moitié des dix onces, & Caius & Mœvius se partageront les cinq onces restantes, *L. si ita scriptum* 47, *§.* 2, *ff. de hered. instit.*

115. De deux instituez heritiers égaux, & d'un troisiéme institué en deux onces.

Un pere a deux enfans qu'il institue par égales portions, & dans le même testament il institue le fils de son frere en deux onces; le fils du frere n'aura que deux douziémes de l'hérédité, & les dix douziémes restans appartiendront aux enfans; & l'on ne doit pas dans ce cas composer l'hérédité de vingt-quatre onces, parce que le Testateur n'a pas rempli expressément les douze onces, en assignant aux premiers héritiers des portions fixes qui les embrassent, ensorte qu'il ne reste plus rien d'où l'on puisse prendre les deux onces assignées au neveu; mais il faut les prendre sur les douze onces dont l'hérédité doit être composée, *L. qui non militabat* 78, *§. filiis* 2, *ff. de hered. instit.*

116. *Sempronius Plotii heres esto.*

Nous avons expliqué ailleurs le cas de la Loi derniere *cod. de hered. instit.* où un Testateur errant sur son nom propre, institue un héritier par ces paroles: *Sempronius Plotii heres esto*; nous avons aussi expliqué le cas de la Loi derniere *ff. eodem*, d'un Testateur qui institue une personne étrangere, dans la fausse opinion où il est que son successeur légitime, qu'il avoit en vûe d'instituer, étoit mort: il seroit inutile de rappeller ce que nous avons dit.

De l'institution faite dans la fausse opinion de la mort de celui que le Testateur vouloit instituer.

117. De celui qui est institué avec un incapable.

Titius qui est incapable de recevoir, est institué aux deux tiers, & Mœvius au résidu, la portion de Titius devant être regardée comme non écrite, Mœvius quoique institué seulement au résidu, ne laisse pas d'être héritier universel, parce qu'il n'a point de cohéritier capable de concourir, *L.* 2, *cod. de hered. instit.*

118. Du Testateur qui se corrige & qui change sa premiere disposition.

Lorsqu'un Testateur institue d'abord un héritier, & se corrigeant ou retractant, en institue un autre, c'est le second héritier, & non le premier, qui doit recueillir l'hérédité, *Titius, imò Seius heres esto; Seium solum heredem fore respondit; sed si ita, Titius heres esto, imò Seius heres esto, idem dicendum, L. si ita* 47, *ff. de hered. instit.* de même si après une institution conditionnelle le Testateur en fait une seconde de la même personne sans ajouter la condition, l'institution sera pure, parce qu'il faut se regler par la seconde disposition, comme renfermant la premiere, *L. si ita scriptum* 67, *ff. de hered. instit. Tithasus, si in Capitolium ascenderit, heres esto: Tithasus heres esto; secunda scriptura potior erit, plenior est enim quàm prior.* On doit pareillement suivre la derniere disposition, lorsqu'un Testateur après avoir institué plusieurs héritiers en portions inégales, ajoute, je veux que mes héritiers recueillent également mon hérédité, *L. si inæqualibus* 12, *ff. eod.*

Seconde institution pure change l'institution conditionnelle.

La derniere disposition doit être suivie.

La

La Loi 36 du même titre, décide que si un Testateur dit dans son testament, j'institue Titius en la portion que je marquerai dans mon codicile; quoique le Testateur ne fasse point de codicile, ou s'il en fait, & que cette portion ne soit pas marquée, Titius ne laissera pas d'être héritier sans portion, *si quis ita scripserit heredem, ex quâ parte codicillis Titium heredem scripsero, heres esto: etiam si pars in codicillis non fuerit adscripta, erit tamen heres, quasi sine parte;* que si la portion est exprimée dans un codicile, Titius sera héritier *jure directo*, tout de même que si la portion avoit été exprimée dans le testament, parce que la disposition prend sa source dans le testament, *L. asse toto, ff. de hered. instit.* mais il faut prendre garde à la façon dont le Testateur s'est exprimé, & aux differens cas qui peuvent se présenter; car il peut arriver que le Testateur entend faire une institution conditionnelle, comme il est expliqué dans la Loi 2, *ff. de hered. instit.* si par exemple le Testateur dit, *in quâ parte me Titius heredem scripsit, Seius heres esto*, dans ce cas l'institution est conditionnelle; & si le Testateur n'a point été institué par Titius, Seius n'aura aucune part à l'hérédité du Testateur, *tunc enim si non est à Titio scriptus, nec Seius ab eo: nec immeritò, hic enim creditur inesse conditio;* il n'y a pas non plus d'institution s'il est dit, *ex his partibus ex quibus testamento matris scripti fuissent, heredes sunto*, si la mere n'a point fait de testament, & qu'elle soit décedée *ab intestat*; la raison de ces décisions est qu'il faut distinguer où le Testateur s'est expliqué en des termes qui désignent le passé; dans ce cas il n'y a point d'institution, si les portions ne se trouvent pas assignées; mais quand le Testateur s'exprime au futur, le défaut d'assignation des portions ne vicie point l'institution, & les héritiers sont censez appellez par égales parts, comme se trouvant instituez sans portions, *ita heredes instituti sunt, ex partibus quas adscripsero ..... sed magis est ..... si minus, ex æquis: quasi duplici facta institutione ..... Potest autem interesse utrùm ita quis scribat, ex his partibus quas adscripsi, an adscripsero: ut superiori modo dicas, nullis adscriptis partibus, nullam esse institutionem;* ce sont les propres paroles de la Loi 2, *ff. de hered.*

119. De celui qui est institué en la portion qui sera marquée dans un codicile.

Difference entre le passé & l'avenir, *ex his partibus quas adscripsi*, ou *quas adscripsero*.

Un Testateur institue un héritier par son nom propre, & plusieurs autres par un terme collectif, comme s'il est dit, j'institue Primus & les enfans de mon frere; Primus qui fait un chef, doit prendre la moitié de l'hérédité, & les enfans appellez *nomine collectivo* font un autre chef, & par conséquent ils doivent prendre l'autre moitié à diviser entr'eux également, *L. planè 34, ff. de leg.*

120. De plusieurs instituez dont l'un est appellé par son nom, & les autres par un terme collectif.

1 ; mais si le Testateur disoit, j'institue Primus & les enfans de mon frere par égales parts, l'hérédité devroit être divisée entre tous les héritiers, *in viriles*, L. 13, *ff. de hered. instit. interdùm hæc adjectio, æquè heredes sunto, testatoris voluntatem exprimit : ut puta, Primus, & fratris mei filii æquè heredes sunto ; nam hæc adjectio declarat omnes in virilibus partibus institutos, ut & Labeo scribit, quâ detractâ, semissem fratris filii, semissem Primus haberet.*

Quid si l'on dit *æqui hæredes sunto.*

121. *Quid* s'il y a disparité de dégré, & d'affection.

Les Auteurs examinent la question, si lorsqu'il y a disparité de dégré ou d'affection entre l'institué par son nom, & ceux qui sont instituez par un terme collectif, ils doivent concourir ; ou bien s'ils sont appellez *ordine successivo*, & ils font plusieurs distinctions qui ne me paroissent pas fondées sur la disposition de la Loi ; si par exemple un Testateur institue un étranger en ces termes : J'institue Titius & son fils, ou avec son fils, ou j'institue Titius & ses enfans, ou avec ses enfans ; dans ce cas ils sont assez d'accord que les enfans doivent concourir avec leur pere, & qu'ils ne sont pas appellez *ordine successivo*, *Grassus §. institutio, q.* 20, *n.* 10.

De l'institution d'un étranger avec ses enfans.

122. De l'institution du successeur légitime avec ses enfans.

Mais si le pere institué avec son fils ou avec ses enfans est successeur légitime du Testateur, il y a deux opinions contraires ; la premiere est de Bartole, & de quelques autres, qui veulent que le fils, ou les enfans ne soient appellez que *ordine successivo* ; la seconde de Balde & de plusieurs autres, qui décident que les enfans sont appellez pour concourir avec leur pere. Les Auteurs qui ont tenu ces differentes opinions, sont rapportez par Grassus, §. *institutio, quæst.* 20, *n.* 3.

123. De l'institution du fils avec ses enfans, petits-fils du Testateur.

Que si le pere & les enfans, qui sont instituez & unis par la copulative, sont descendans du Testateur, & par conséquent du nombre de ceux qu'il est obligé d'instituer : comme si Titius institue Mœvius son fils & ses enfans ; alors les Auteurs décident que Mœvius fils du Testateur est seul héritier, que les petits fils ne viennent pas en concours, & qu'ils ne sont appellez que *ordine successivo*, *Grassus §. institutio, q.* 20, *n.* 6, *&* 13 ; ce qui a lieu selon les mêmes Auteurs, soit que les petits-fils soient nez ou à naître, & quand même le Testateur auroit changé l'ordre, en mettant les petits-fils avant leur pere, parce qu'il faudroit suivre l'ordre de la nécessité plutôt que celui de l'écriture ; cependant ils pensent que les petits-fils devroient concourir avec leur pere, si le Testateur disoit, *instituo filium simul, vel unà cum nepote, vel filium cum nepote*, Grassus au lieu cité, n. 7, 8, 9.

124. La doctrine des Auteurs est con-

Mais cette doctrine est contraire aux principes établis par les Loix, qui veulent que ceux qui sont instituez conjointement par

la copulative, ſoient appellez pour recueillir l'hérédité en concours, comme le décide nettement la Loi derniere, *cod. de impub. & aliis ſubſtit.* & non pour ſucceder l'un après l'autre, ni par la vulgaire, ni par la fidei-commiſſaire, ſans diſtinguer ſi les héritiers inſtituez ſont deſcendans du Teſtateur, ou ſes parens collateraux, & ſucceſſeurs *ab inteſtat*, ou abſolument étrangers; les raiſons ſont 1°. Que le Teſtateur qui inſtitue, n'entend pas faire pluſieurs dégrez de ſucceſſion; il veut au contraire, que tous les héritiers qu'il nomme prennent de ſa main la ſucceſſion, & concourent tous; & que quand il veut établir un ordre ſucceſſif, & empêcher le concours, il s'explique en des termes propres à caracteriſer la ſubſtitution vulgaire, ou la ſubſtitution fidei-commiſſaire. 2°. Que les Auteurs reconnoiſſant la regle lorſque les héritiers ſont étrangers, on ne peut point faire les exceptions qu'ils ont imaginées, à moins qu'ils ne ſoient autoriſez par quelque texte précis, qui établiſſe l'exception; cependant ils ne peuvent s'appuyer ſur aucune Loi, & leurs déciſions n'ont d'autre fondement que leur imagination. 3°. La diſparité des dégrez parmi les héritiers, ne peut fournir aucun argument, parce que le Teſtateur qui diſpoſe n'eſt pas obligé de ſuivre l'ordre & le rang que la Loi a marqué pour déferer la ſucceſſion légitime, parce que la ſucceſſion teſtamentaire dépend abſolument de la volonté du Teſtateur, lequel pouvant préferer un étranger à ſes parens collateraux, & pouvant à plus forte raiſon préferer un parent plus éloigné à un parent plus proche, peut auſſi faire concourir des parens plus éloignez avec un parent plus proche, & qui eſt le ſucceſſeur légitime; voilà pourquoi s'il les inſtitue enſemble en les uniſſant par la copulative, ce ne peut être que pour les admettre en concours. 4°. Quoique ſuivant les regles du Droit ancien confirmées & amplifiées par la *Novelle* 115, *chap.* 3, les aſcendans ſoient obligez d'inſtituer leurs deſcendans, afin que le teſtament ne ſoit pas compliqué du vice de préterition, cela n'oblige pas le Teſtateur aſcendant à inſtituer ſes deſcendans en l'entiere hérédité, ou en une quotte; une inſtitution en quelque choſe ſuffit, afin que le teſtament ſoit valable de ce côté-là; enſorte qu'on ne peut pas dire qu'un Teſtateur qui inſtitue ſon fils & ſon petit fils, entende faire une inſtitution de précaution & de forme en faveur de ſon petit-fils, ou une inſtitution conditionnelle & ſubordonnée à celle de leur pere. La Loi *Gallus* 29, *ff. de liberis & poſthumis*, & la Loi *cùm in teſtamento* 37, *ff. de hered. inſtit.* preſcrivent la formule de cette inſtitution de précaution & ſubordonnée, & elle eſt

tra ire aux principes, & les petits-fils doivent concourir avec leur pere.

Premiere raiſon du ſentiment de l'Auteur.

Deuxiéme raiſon.

Troiſiéme raiſon.

Quatriéme raiſon.

bien differente de celle qui unit le petit-fils à ſon pere en l'inſtitution d'héritier; ainſi à moins que le Teſtateur ne ſe ſoit exprimé comme ces deux textes le marquent, & que les petits-fils ſoient ſubſtituez ſubordinément, & ſous la condition du décès de leur pere, il n'eſt pas poſſible de penſer que le petit-fils ne ſoit appellé que par la vulgaire, ou par ordre ſucceſſif, parce que les regles y réſiſtent, notamment la Loi derniere *cod. de impuber. & aliis ſubſtit.* qui décide formellement que quand le pere & ſes enfans ſont inſtituez conjointement, ils doivent tous concourir en la portion qui leur eſt aſſignée, *ſi quis heredem ita ſcripſerit: Titius unà cùm filiis ſuis, & Sempronius, heredes mihi ſunto ..... cùm & natura pater & filius eadem eſſe perſona penè intelligantur, dimidiam quidem partem Titio cùm filiis ſuis, alteram autem partem Sempronio adſignari.* La raiſon priſe de l'ordre de l'affection eſt encore très-frivole; car le Teſtateur n'eſt obligé de regler ſa diſpoſition que ſur ſa volonté, & non ſur l'ordre de la nature, puiſqu'il lui eſt permis d'inſtituer un étranger à l'excluſion de ſes deſcendans, pourvû qu'il les inſtitue en leur légitime; ainſi lorſqu'il inſtitue ſes petits-fils avec ſon fils, c'eſt parce que dans ſon eſprit les petits-fils lui ſont auſſi chers que ſon fils, & qu'il veut gratifier les uns & les autres; mais il faut prendre garde qu'il n'y a que les petits-fils qui ſont nez ou conçus lors de la mort du Teſtateur, qui puiſſent concourir avec leur pere, parce que ceux qui ne ſont ni nez ni conçus ne peuvent pas être inſtituez héritiers, ſuivant *l'art. 49 de l'Ordonnance de 1735*, & la Loi 59, §. 6, *ff. de hered. inſtit. nec poteſt intelligi datus ei qui tempore dandi in rerum naturâ non fuit.*

Il n'y a que les petits-fils nez ou conçus lors de la mort du Teſtateur, qui puiſſent concourir.

125. Réponſe aux fondemens de l'opinion contraire.

Accurſe & les autres Interpretes ſur la Loi *Gallus* 29, §. *quidam rectè* 1, *ff. de liberis & poſthumis*, qui ont embraſſé l'opinion que nous combattons, ſe ſont fondez ſur ce texte, & ſur quelques autres, qui ne décident rien moins, & qui ne fourniſſent même aucun argument pour appuyer leur avis. Ils prétendent encore que la Loi derniere, *cod. de impub. & aliis ſubſtit.* qui eſt formelle, ne doit être entenduë que dans le cas où le pere & les enfans inſtituez ſont étrangers au Teſtateur.

126. Paroles de la Loi 29, §. 1, *ff. de lib. & poſthumis.*

On n'a beſoin que de lire les textes citez par Accurſe, autres que le §. 1 de la Loi *Gallus* 29, *ff. de liberis & poſthum.* pour s'appercevoir qu'ils ne font rien à la queſtion. A l'égard de ce §. 1, il y fait encore moins; c'eſt de quoi l'on ſera convaincu, ſi l'on ſe donne la peine d'en pénetrer l'eſprit. Voici de quelle maniere ce texte parle: *Quidam rectè admittendum credunt etiam ſi non*

exprimat de morte filii, ſed ſimpliciter inſtituat (poſthumos nepotes) ut eo caſu valeat qui ex verbis concipi poſſit.

127. Paroles de la Loi 29, *in principio, ff. de liberis & poſthumis.*

Pour entendre ce texte, il faut le joindre avec le commencement de la Loi où le Juriſconſulte *Gallus* propoſe une formule ſelon laquelle les poſthumes pouvoient être inſtituez par un aſcendant, afin que leur naiſſance ne rompît pas le teſtament: *Gallus ſic poſſe inſtitui poſthumos nepotes induxit; ſi filius meus, vivo me, morietur, tunc ſi quis mihi ex eo nepos, ſive quæ neptis poſt mortem in decem menſibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes ſunto.*

128. Si anciennement il étoit permis d'inſtituer les poſthumes, & dans quel cas.

Il eſt encore important de remarquer que du tems de Scœvola, Auteur de la Loi 29, *ff. de liberis & poſthumis*, on ne pouvoit, ſuivant les regles du Droit civil, inſtituer d'autres poſthumes, que ceux qui en naiſſant ſe trouvoient en la puiſſance du Teſtateur; car l'inſtitution & les legs en faveur des poſthumes étrangers, au nombre deſquels on mettoit tous ceux qui ne devoient pas être en la puiſſance du Teſtateur, étoient inefficaces; mais le Préteur leur accordoit la poſſeſſion des biens *ſecundùm tabulas, §. poſthumo 26, inſtit. de leg. & §. 1, inſtit. de bonor. poſſeſſionibus. Nam ſi alienus poſthumus heres fuerit inſtitutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cùm inſtitutio non valebat; honorario tamen jure bonorum poſſeſſor efficiebatur, videlicet cùm à Prætore adjuvabatur.* Mais l'Empereur Juſtinien fait mention dans le même lieu d'une Conſtitution que nous n'avons pas, par laquelle il eſt permis d'inſtituer les poſthumes étrangers, leſquels n'ont plus beſoin de recourir à la poſſeſſion des biens, & au bénéfice du Préteur. C'eſt relativement au texte que nous venons de citer que l'on doit entendre le §. 28, *inſtit. de leg.* où il eſt dit, qu'il étoit permis anciennement d'inſtituer les poſthumes étrangers; car cela n'eſt vrai qu'autant que le Préteur leur accordoit la poſſeſſion des biens.

On met au rang des étrangers tous ceux qui ne ſont pas en la puiſſance du Teſtateur.

Aujourd'hui tous les poſthumes peuvent être inſtituez.

129. Déciſion de la Loi 29, §. 1, *ff. de liberis & poſthumis.*

Cela poſé, il faut revenir au §. 1, de la Loi 29, *ff. de liber. & poſthumis*: Il dit donc que quelques-uns ont fort bien penſé, qu'encore qu'un Teſtateur ne faſſe pas mention de la mort de ſon fils, ainſi qu'il eſt porté dans la formule du Juriſconſulte *Gallus*, & qu'il inſtitue ſimplement ſes petits-fils, cette inſtitution pure en apparence, puiſque la condition de la mort du fils n'eſt point exprimée, doit valoir dans le cas, & de la même maniere que ſi la mort du fils avoit été exprimée. *M. Cujas* donne le précis & la ſubſtance de ce §. en ces termes: *Pura inſtitutio nepotis in eum caſum valet, qui & verbis concipi poteſt,*

Précis du texte par *Cujas.*

putà in casum mortis filii, aut similem : qui casus verbis concipi potest, idem simplici institutioni tacitè inest ; parce que, selon les regles du tems auquel le Jurisconsulte Scœvola écrivoit, un posthume ne pouvoit être valablement institué heritier que dans le cas qu'au moment de sa naissance, il seroit en la puissance du Testateur.

130. Suite.

On voit donc que c'est ici une décision formée sur les principes du Droit ancien, qui regarde uniquement les posthumes, & qui n'a rien de commun avec le cas de l'institution du pere, conjointement avec ses enfans, existans & vivans, qui, sans contredit, peuvent être instituez heritiers seuls, ou en concours avec leur pere, surtout depuis que l'Empereur Justinien dans la Loi, *cùm oportet 6, cod. de bonis quæ liberis*, a abrogé les regles du Droit ancien, dont il est parlé au §. 1, *instit. per quas personas cuique acquir.* & dans les Loix 26 & 36, *ff. de acquir. hered.* qui attribuoit au pere la proprieté des héréditez, & de tous les autres biens qui parvenoient aux enfans de famille, & qui veut que le pere n'en ait que l'usufruit, la proprieté demeurant aux enfans.

Ce qui est acquis aux enfans de famille leur appartient en proprieté.

131. Sentiment de *Cujas*, que les petits-fils instituez avec leur pere doivent concourir.

Aussi M. Cujas, sur la Loi *Gallus 29, §. quidam 1, ff. de liberis & posthumis*, a-t'il improuvé le sentiment *d'Accurse*, qui a crû que les enfans instituez avec leur pere par leur ayeul, ne pouvoient pas concourir avec leur pere. *Cur ergo filium & nepotem superstitem*, dit ce Docteur, *ex institutione simul non admittemus ? Ut tamen per semetipsum partem filius recipiat, partem per nepotem qui in ejus potestatem recidit . . . . . vel si non recidat in potestatem, quòd avus fortè filium aut nepotem vivus emancipaverit, suam sibi quisque partem habebit.*

132. Conclusion que les petits-fils doivent concourir, & comment.

Lors donc que les enfans se trouvent instituez avec leur pere, ils doivent tous concourir, selon les differentes manieres qu'ils sont appellez, ou *in viriles*, lorsqu'ils sont appellez par des termes distributifs ; comme s'il est dit : *Titius unà cùm suis filiis heredes sunto*, ainsi que le décide la Loi derniere, *cod. de impuber. & aliis substitutionibus.* Que s'ils sont appellez de maniere que les enfans fassent un chef & le pere un autre, le pere aura la moitié de l'hérédité, & les enfans l'autre moitié, ainsi qu'il est décidé dans la Loi *interdùm 13, ff. de hered. instit.* mais il faut expliquer ceci plus exactement.

133. Comment peut-on connoître les cas où les heritiers sont appellez *in viriles*.

On ne peut point donner de regle generale pour distinguer les cas où les heritiers sont appellez *in viriles*, de ceux où quelques-uns sont conjoints pour prendre une seule portion, & d'autres

pour en prendre une autre; cela dépend des paroles dont le Teſtateur s'eſt ſervi, & du ſens dans lequel elles doivent être entenduës & expliquées, par ce qui précede ou qui ſuit. Tout ce que l'on peut dire, c'eſt, 1°. Que tous les heritiers doivent recueillir *in viriles*, ſoit qu'ils ſe trouvent conjoints ou ſéparez, ſoit qu'ils ayent été appellez par leurs noms, ou par des termes collectifs, lorſque le Teſtateur les a inſtituez *æquis partibus*, ou bien *æquè*, également, *L. interdum* 13, *ff. de hered. inſtit.* parce que le mot *æquè*, fait la diſtribution par tête, ſuivant la remarque de *Denys Godefroy*; cela ne ſouffre point de difficulté lorſque le mot *æquè* ou également ſe trouve dans la même periode, qui comprend les heritiers, comme dans l'eſpece de la Loi 13, *ff. de hered. inſtit.* mais il y a du doute lorſqu'il ſe trouve dans une periode ſéparée, ſurquoi on peut voir *Barry, de ſucceſſionib. lib.* 2, *tit.* 7, *num.* 3.

Les heritiers viennent *in viriles* lorſque le Teſtateur les appelle *ex æquis partibus*.

134. Pluſieurs heritiers qui ſont conjoints ne repreſentent qu'une ſeule perſonne.

2°. Que pluſieurs heritiers qui ſont conjoints, repreſentent une ſeule perſonne, & doivent recueillir par égales parts la portion en laquelle ils ſont appellez, *L.* 15, *L.* 53, *& L.* 59, *§.* 2, *ff. de hered. inſtit.* & *L. planè* 34, *ff. de leg.* 1°.

135. Ceux qui ſont appellez par leur nom ſont autant de chefs, & ceux qui ſont appellez par un nom collectif ne ſont qu'un chef.

3°. Ceux qui ſont appellez par leur nom, & qui ſont joints par la copulative, avec d'autres qui ſont appellez par des termes collectifs, ſont autant de têtes qu'il y a de perſonnes appellées par leur nom, & ceux qui ſont appellez par un terme collectif, ſont une tête, enſorte que s'il eſt dit: *Primus, & filii fratris mei heredes ſunto*, Primus aura la moitié, *L.* 13, *ff. de hered. inſtit.* & s'il eſt dit: *Attio & Seio, cùm heredibus meis*, ou bien, *Attio & Seio, & heredibus meis*; car il n'y a point de difference entre la copulative, *&*, & la particule, *cùm*, employée pour conjoindre: on devra faire trois portions, dont l'une appartiendra à Attius, l'autre à Seius, l'autre à ceux qui ſont appellez *nomine collectivo*, parce que ces derniers, *vice unius perſonæ funguntur*, *L. ſi quis* 7, *ff. de uſufructu accreſcendo, & L. planè* 34, *ff. de leg.* 1°. La Loi *Lucius* 88, *§. Lucius* 6, *ff. de leg.* 2°. rapporte un cas, où ſelon la volonté du Teſtateur, ceux qui ſont appellez par des termes collectifs, doivent recueillir *in viriles*, tout comme ceux qui ſont appellez par leur nom propre.

Exception portée par la Loi 88, §. 6, *ff. de leg.* 2.

136. Ceux qui ſont appellez par un terme collectif, recueillent par égales parts.

4°. Que ceux qui ſont appellez par un terme collectif ſans mélange d'aucun autre, qui ſoit appellé par ſon nom, doivent recueillir par égales parts & portions, parce que le Teſtateur n'a pas exprimé les portions; qu'ainſi, elles doivent être égales: *§. ſi plures* 6, *inſtit. de hered. inſtit. L.* 9, *§.* 12, *ff. eod.* mais les plus

proches en dégré doivent être admis, à l'exclusion de ceux qui sont plus éloignez, *L. omnia* 32, *§.* 4, *ff. de leg.* 2°. *Grassus*, *§. institutio*, *quest.* 20, *n.* 11 *&* 12.

137. Comment peut-on connoître si plusieurs instituez sont plusieurs chefs, ou un seul.

5°. Que pour sçavoir, si plusieurs heritiers sont plusieurs chefs, ou si plusieurs personnes instituées ne font qu'un seul chef pour recueillir une seule & même portion, il faut voir s'ils sont tous conjoints: auquel cas, ils sont admis *in viriles*, selon la regle du *§.* 6, *inst. de hered. instit.* & de la Loi 9, *§.* 12, *ff. eod.* ou bien s'ils sont séparez par le discours; comme s'il est dit: *Titius heres esto*, *Seius & Mœvius heredes sunto*, Titius est distingué & séparé de Seius & de Mœvius. Voilà pourquoi il forme un chef, & par conséquent, il doit prendre la moitié. Seius & Mœvius sont conjoints, & ne font qu'un chef; ainsi, ils doivent avoir l'autre moitié à partager entr'eux: Chacun aura donc un quart de l'hérédité, tandis que Titius qui fait un chef séparé, aura l'autre moitié, *L. liber homo* 59, *§.* 2, *ff. de hered. instit.* & *L.* 34, *ff. de leg.* 1.

138. Les heritiers appellez par des termes distributifs, succedent *in viriles* avec ceux qui sont appellez par leur nom propre.

6°. Les heritiers qui sont appellez par des termes distributifs, doivent recueillir *in viriles*, quoique le Testateur se serve de quelque terme collectif pour désigner plusieurs personnes; comme s'il est dit: *J'institue Mœvius & chacun des enfans de Sempronius*; c'est de quoi tous les Auteurs conviennent, comme le remarque *Grassus*, *§. institutio*, *quest.* 20, *num.* 16; la Loi derniere, *cod. de impuber. & aliis substitutionibus*, rapporte l'exemple d'un Testateur, qui a institué deux heritiers conjoints par la copulative, lesquels il substitue pupillairement avec Titius par un discours séparé, en ces termes: *Quisquis mihi heres erit & Titius, filio meo heres esto.* Dans ce cas, on doit faire trois portions égales, quoiqu'il y ait deux heritiers conjoints, & qui ne fassent qu'un chef, parce que le mot *quisquis* est distributif, & par conséquent appelle tous les heritiers par égales parts.

139. De l'institution d'un heritier par son nom, & d'un posthume: Comment l'hérédité doit-elle être divisée s'il naît plusieurs posthumes.

Un Testateur institue Titius & un posthume heritier sien ou étranger: On demande comment l'hérédité devra être partagée, s'il naît un, deux ou trois posthumes. La Loi 5, *§.* dernier, la Loi 6, & la Loi 7, *ff. de reb. dub.* décident que s'il ne naît point de posthume, Titius demeure seul heritier, parce qu'il n'a point de co-heritier; que s'il naît un posthume, l'hérédité devra être partagée en deux portions égales, dont l'une appartiendra à Titius & l'autre à Mœvius; mais s'il naît deux ou trois posthumes, chacun viendra *in viriles*, avec Titius; en-

sorte

ſorte que l'hérédité devra être diviſée en autant de portions égales qu'il y aura d'heritiers, en comptant le nombre des poſthumes & Titius. Les Interpretes croyent que ſi au lieu d'un poſthume au ſingulier, le Teſtateur avoit inſtitué les poſthumes au plurier, Titius devroit former un chef, & prendre la moitié de l'hérédité, & les poſthumes en quelque nombre qu'ils ſoient, l'autre moitié, parce qu'ils ſont appellez par un terme collectif, qui fait qu'ils ne forment qu'un chef, & ne repreſentent qu'une perſonne, au lieu que quand le Teſtateur s'exprime au ſingulier, tous les poſthumes ſont cenſez appellez diſtributivement, & cela eſt conforme aux regles que nous avons expliquées ci-deſſus.

Quid ſi l'inſtitution eſt des poſthumes au plurier.

La Loi 4, *cod. de verbor. & rerum ſignif.* décide que quand un Teſtateur inſtituë pluſieurs heritiers disjonctivement, *ille, aut ille mihi heres eſto, Titius aut Sempronius, aut Caius mihi heredes ſunto*, tous les heritiers ſont appellez de la même maniere que s'ils étoient joints par la copulative. Cette Loi étant generale, & ne diſtinguant point les heritiers étrangers inſtituez de cette façon, de ceux qui ſont parens collateraux, ou deſcendans du Teſtateur, ni s'ils ſont de differens dégrez de parenté; malgré le ſentiment des Interpretes, il n'y a pas lieu d'admettre cette diſtinction, & comme nous avons montré que l'opinion des Auteurs qui penſent que quand le fils & les petits-fils ſont inſtituez avec leur pere, les petits-fils ne ſont pas appellez en concours, mais par ordre ſucceſſif, eſt mal fondée: Il faut dire la même choſe, lorſque le fils & les petits-fils ſont appellez par la disjonctive: *J'inſtitue mon fils, ou mes petits-fils*, parce que la regle generale établie par la Loi 4, *cod. de verbor. & rer. ſignificat.* qui n'excepte aucun cas, & qui ne regle pas ſa déciſion ſur la qualité des perſonnes, fait qu'il eſt indifferent que pluſieurs heritiers ſoient appellez par la conjonctive, ou par la disjonctive, & que dans l'un & l'autre cas, les heritiers doivent concourir, & non pas venir par ordre ſucceſſif.

140. Des heritiers inſtituez par la disjonctive.

Quid des petits-fils du Teſtateur inſtituez par la disjonctive avec leur pere.

Voyons préſentement les difficultez qui peuvent naître des diſpoſitions que les aſcendans peuvent faire pour partager leurs biens à leurs enfans & deſcendans, ce qui fait la matiere de la ſeconde partie de cette ſection, en expliquant les formalitez preſcrites par le Droit Romain au ſujet des diſpoſitions faites *inter liberos*. Dans le *chapitre* 2, *ſection* 1, nous avons parlé des diſpoſitions contenant partage; nous avons encore expliqué dans le même chapitre, ſection 3, quelles ſont les formalitez re-

141. Des partages faits par les aſcendans entre leurs deſcendans.

quiſes par *l'Ordonnance de* 1735 ; il eſt néceſſaire d'en rappeller ici la ſubſtance.

141. Quelle eſt la nature des partages *inter liberos*.

Comme les diſpoſitions par leſquelles les aſcendans partagent leurs biens entre leurs enfans & deſcendans, ne ſont pas proprement des teſtamens, & qu'elles ſont conſiderées comme des diſpoſitions *ab inteſtat*, ſuivant la Loi 21, & la Loi derniere, *cod. famil. erciſcundæ*, ainſi que nous l'avons expliqué au *chapitre* 2, *ſection* 1, *nombre* 38 ; ces ſortes de partages n'ont pas beſoin de renfermer une inſtitution héréditaire. *Boniface*, *tome* 2, *livre* 1, *titre* 13, *chapitre* 2, rapporte un Arrêt du Parlement de Provence du 28 Avril 1659, qui l'a jugé ainſi ; il ſuffit que le pere ou tout autre aſcendant faſſe la diſtribution, comme il trouve à propos, ſans que l'inſtitution generale ni particuliere des enfans y ſoit néceſſaire, comme le remarque *Taiſand ſur la Coutume de Bourgogne*, *titre* 7, *article* 6, *not.* 8, pourvû néanmoins qu'il ne donne point d'atteinte au droit de légitime dû à chacun des enfans ; car ſi le lot de quelqu'un ne la rempliſſoit pas, il pourroit demander le ſuplément, en retenant ce qui lui a été aſſigné, ou demander ſa légitime en corps héréditaires, en renonçant à la portion qui lui a été donnée dans l'acte de partage, parce que les enfans prennent leur légitime par le bénéfice de la Loi, & qu'elle ne peut être chargée d'aucune condition, charge ni délai, contre la volonté du légitimaire, *L.* 32, & *L.* 36, *cod. de inoff. teſtam.*

Les aſcendans ne peuvent pas donner atteinte à la légitime des deſcendans.

143. Les actes de partage *inter liberos*, ne doivent pas être confondus avec les teſtamens.

M^e. *Denis le Brun*, *dans ſon Traité des Succeſſions*, *livre* 4, *chapitre* 1, *nombre* 8, a confondu les teſtamens *inter liberos*, dont parle la *Novelle* 107, *chapitre* 1, avec les actes de partage, dont cette Novelle parle dans le *chapitre* 3, lorſqu'il ſuppoſe que le pere qui fait le partage doit inſtituer ſes enfans, & exprimer les onces auſquelles il les fait ſes heritiers ; cela n'eſt requis que dans les teſtamens *inter liberos*, & non dans les actes de partage qui ſont une autre eſpece de diſpoſition approuvée par la Loi 21, & la Loi derniere, *cod. famil. erciſcund.* la Novelle 18, chapitre 7 ; la Novelle 107, chapitre 3 ; & la Loi 8, *cod. de inoff. teſtam.*

144. Diſpoſition de la *Novelle* 18, *chap.* 7 ; & de la *Nov.* 107, *chap.* 3.

La *Novelle* 18, *chapitre* 7, permet aux peres de diviſer leur patrimoine à leurs enfans par teſtament, s'ils le peuvent, ſinon ils peuvent le faire par un acte qui contienne les choſes qu'ils voudront diviſer, & la maniere du partage ; ce qui doit être fait par un écrit que le pere doit ſigner, ou le faire ſigner par tous les enfans entre leſquels le partage ſera fait, ſans qu'il ſoit

besoin d'aucune autre formalité, *aliâque cautelâ non indigens ;* mais si cette formalité n'y est pour le moins observée, l'acte sera nul. La *Novelle* 107, *chapitre* 3, confirme la disposition de la *Novelle* 18, *chapitre* 7, & ajoute qu'il faut que le pere spécifie bien clairement & exactement les biens qu'il assignera à chacun de ses enfans : *Si autem & in divisione ipse subscripserit* (parens) *& clara omnia per suscriptionem suam fecerit, sit & hoc ratum.* Cette Novelle dans la Préface, parle non-seulement du pere, & à l'égard des enfans qui sont en sa puissance ; mais encore de la mere, & des autres ascendans de l'un & de l'autre sexe, & à l'égard des enfans émancipez, & c'est rélativement à cette préface que tous les chapitres de cette Novelle parlent par ces termes généraux, *si quis*, & par conséquent, sa disposition comprend tous les ascendans sans distinction de sexe, & tous les descendans aussi sans distinction de puissance paternelle.

Ces *Novelles* approuvent les partages faits par tous les ascendans.

L'article 17 *de l'Ordonnance de* 1735, parle aussi des enfans & descendans : Ainsi, il n'y a pas lieu de douter que les partages entre descendans, à quelque dégré qu'ils soient, ne soient efficaces, dans les Pays où cette maniere de disposer est reçuë, comme l'explique le même article ; mais il veut que ces partages ne soient valables, s'ils ne sont revêtus de l'une des formes expliquées dans les deux articles précedens, sans entendre néanmoins déroger aux autres formalitez prescrites par les Loix, Coutumes, ou Statuts qui autorisent ces sortes d'actes.

145. Elles sont confirmées par *l'Ordonnance de* 1735.

Ces partages doivent être revêtus des formalitez prescrites par les Coutumes.

Ces deux formes sont, 1°. Que l'acte de partage soit fait en présence de deux Notaires ou Tabellions, ou d'un Notaire & de deux Témoins, ainsi que l'explique *l'article* 15. 2°. Qu'il soit entierement écrit, datté, & signé de la main de celui qui fera l'acte de partage, suivant *l'article* 16 ; mais si les Loix, Statuts, ou Coutumes des lieux exigent de plus amples formalitez, il faut les suivre, afin que l'acte soit valable. *Et seront en outre*, dit l'article 17, *observées les autres formalitez prescrites par les Loix, Coutumes, ou Statuts, qui autorisent lesdits actes.*

146. Formalitez prescrites par *l'Ordonnance de* 1735.

Il faut prendre garde que cet article n'introduit pas ce genre de disposition, dans les lieux où il n'est pas en usage, il ne fait que le confirmer dans les lieux où il est en usage.

147. L'usage des partages n'est pas étendu par l'Ordonnance aux lieux où il n'est pas reçu.

Comme dans les Pays du Droit écrit les actes de partages olographes n'ont pas besoin de l'assistance des Témoins, il n'est pas nécessaire d'y en employer, quoiqu'en ait pensé *M. Cujas*, qui, à cet égard, s'étoit écarté de la disposition de la *Novelle* 107,

148. Si les témoins sont nécessaires aux partages olographes.

chapitre 3. Il suffira donc d'y observer l'une des formes marquées par les articles 15 & 16.

149. Si le partage de partie des biens vaut.

Le partage *inter liberos* peut être fait ou de tous les biens, ou de quelques-uns seulement, comme le prouvent bien clairement la Loi 21, *cod. famil. erciscundæ*, & la Loi 20, §. 3, *ff. eod. Si quis voluerit suas res, aut dividere, aut omnes, aut etiam aliquas fortè relinquere præcipuas*, dit la *Novelle* 18, *chapitre* 7; & dans ce cas, ce qui restera à diviser doit appartenir aux enfans par égales parts & portions *ab intestat*, parce que ce qui est assigné à quelques-uns des enfans, ou à tous, doit être considéré comme un préciput : *Fundos enim vice præceptionis accipiendos*, *L. ex facto* 35, §. 1, *ff. de hered. instit.* ou comme s'explique la Loi 21, *cod. famil. erciscundæ*, *pro virili prætereà portione eorum quæ nulli generaliter, vel specialiter assignavit factâ divisione in adjudicando patris sequitur voluntatem*; & quoique certains Auteurs ayent cru, notamment *Ferrieres*, *sur la Novelle* 107, *chapitre* 3, *nombre* 4, que le partage seroit nul, si quelqu'un des enfans étoit préterit, il est pourtant certain suivant les principes du Droit Romain, que cette disposition ne peut pas être annullée à cause de la préterition; parce que ce n'est point un testament, c'est une disposition *ab intestat*, qui doit valoir, ou comme codicile, ou comme donation à cause de mort, où il n'est pas nécessaire de faire mention de tous les enfans, ni de les instituer, ni de faire un ou plusieurs heritiers universels; mais les enfans préterits pourront demander leur légitime à laquelle les ascendans ne peuvent donner aucune atteinte par leurs dispositions, *L.* 32 *&* 36, *cod. de inoffic. testam.* à laquelle tous ceux qui ont reçu des lots devront contribuer *pro modo emolumenti*, parce que n'y ayant point d'heritier, on ne peut pas diviser les charges héréditaires par portions héréditaires.

Si celui qui dispose doit assigner des lots à tous ses enfans.

Si la préterition de quelqu'enfant annulle le partage.

Le partage vaut comme disposition *ab intestat*, sauf la légitime & par forme de préciput.

Ce qui reste à diviser est adjugé à tous les enfans *in viriles*, qui contribuent au supplément de légitime.

150. Il suffit d'observer la formalité exterieure dans les actes de partage *inter liberos*.

Les actes de partages faits *inter liberos*, doivent donc être exécutez de quelque façon qu'ils soient faits, pourvû que la formalité exterieure requise par les *Novelles*, & par *l'Ordonnance de* 1735, y ait été observée, sauf la légitime dûe aux enfans, *L.* 8, *cod. de inoff. testam. Parentibus arbitrium dividendæ hereditatis inter liberos adimendum non est; dummodò non minus is qui pietatis sibi conscius est, partis quæ ab intestato defuncto potuit ad eum pertinere quartam ex judicio parentis obtineat.* Il résulte clairement de cette Loi que les Interpretes du Droit civil qui ont pensé que l'égalité devoit être gardée dans ces partages, se sont trompez, puisqu'elle décide que les parens peuvent regler le partage comme

L'inégalité dans les lots n'annulle pas le partage fait *inter liberos*.

ils trouvent à propos, en laissant la légitime à leurs autres enfans, sans que ceux qui ont le moindre lot, puissent se plaindre, si leur légitime est remplie, comme nous l'avons remarqué au *chap. 2, sect. 1, n. 36.*

151. Les partages *inter liberos* sont révocables.

Puisque les actes de partage ne sont considerez que comme des dispositions à cause de mort, ils peuvent être révoquez malgré la signature & le consentement des enfans, de la même maniere que les autres dispositions testamentaires & à cause de mort, peuvent être révoquées, *ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum, L. 4, ff. de adim. leg.* C'est ce qui est formellement décidé par rapport aux actes de partage, par *l'article 216 de la Coutume de Bourbonnois*, & par *l'article 560 de celle de Bretagne*, & *le Brun, des Successions, livre 4, chapitre 1, nombre 12.* En est-il de même des partages faits dans le contrat de mariage de l'un des enfans? Et peuvent-ils être révoquez par rapport aux autres enfans qui n'ont pas accepté? Voyez *le Brun au lieu cité, n. 14 & suiv.*

Quid s'ils sont faits en contrat de mariage.

152. Si la faculté de faire les partages *inter liberos*, est un effet de la puissance paternelle.

Il y a plusieurs Auteurs qui ont pensé que la faculté accordée aux parens, de diviser leurs biens entre leurs enfans, étoit un effet de la puissance paternelle; mais il me semble qu'ils ont équivoqué; cela ne peut pas être susceptible de doute dans les Pays de Droit écrit, puisque la *Novelle 107*, accorde cette faculté non-seulement au pere, mais encore à la mere & à tous les ascendans de l'un & de l'autre sexe, sans aucun égard à la puissance paternelle; ainsi, elle est un privilege du lien du sang en ligne directe; aussi les Loix n'ont-elles pas permis de faire des partages semblables entre collateraux.

C'est un privilege du sang en ligne directe.

153. *Quid* dans les Pays Coutumiers.

Cela est encore indubitable dans les Coutumes où cette faculté est accordée à la mere, comme dans celle de Bourbonnois; car si elle dépendoit de la puissance paternelle, elle devroit être refusée à la mere, parce qu'elle n'a pas ses enfans en sa puissance.

154. Differentes Coutumes sur les partages *inter liberos*.

Il y a des Coutumes où les actes de partage *inter liberos* sont expressément autorisez, les unes exigent certaines formalitez ou précautions, les autres en exigent d'autres. Nous n'entrerons pas dans le détail de ces Coutumes; nous nous contenterons d'en indiquer quelques-unes, & de remarquer que les formalitez prescrites par les Coutumes, doivent être gardées, à peine de nullité. Ces Coutumes sont celle de *Bretagne, article 560*; celle de *Poitou, article 219*; celle de *Bourbonnois, article 216*; celle de *Nivernois, chapitre 34, article 17*; celle d'*Amiens*,

articles 49 *&* 94; celle de *Bourgogne*, *titre* 7, *articles* 6 *&* 7; celles de *Peronne*, *Mondidier & Roye*, *article* 107. Parmi ces Coutumes, les unes exigent la ſurvie de quarante jours, les autres de vingt jours ſeulement. Les actes de partage ſont autoriſez dans certaines entre Nobles & Roturiers indiſtinctement, d'autres ne les autoriſent qu'entre Nobles, les unes ne le permettent qu'entre enfans, & les autres même entre collateraux: il y en a qui exigent le conſentement des enfans, pour faire valoir le partage, & les autres n'exigent pas ce conſentement.

De la ſurvie durant quarante ou vingt jours requiſe par certaines Coutumes.

155. Si les partages *inter liberos* ſont admis dans les Coutumes qui n'en parlent pas.

Il y a d'autres Coutumes où ces actes de partage ne ſont pas expreſſément autoriſez, & où il n'en eſt pas même fait mention. On peut demander ſi dans ces Coutumes les actes de partage doivent être admis avec la même faveur que dans celles qui les autoriſent. Il me ſemble que dans les Coutumes où il n'eſt pas permis aux peres & meres d'avantager leurs enfans l'un plus que l'autre, comme le portent *l'article* 303 *de celle de Paris*, & les autres qui ſont indiquées par *M^e. Claude de Ferrieres dans ſa Conference ſur l'article* 303 *de Paris*, ces partages ne doivent y être admis qu'autant qu'on y obſerve une exacte égalité, ou du moins lorſque l'inégalité n'eſt pas conſiderable; parce que ces Coutumes ne lient pas moins les mains aux parens pour les actes de partage que pour les donations & les teſtamens dans leſquels les enfans ne peuvent pas être avantagez, & que ſi les peres & meres avoient la liberté de partager à leur gré leurs biens à leurs enfans, ce ſeroit une voye indirecte pour ſe ſouſtraire à la prohibition de la Coutume; mais dans celles où il n'eſt pas défendu d'avantager les enfans, l'inégalité ne devroit pas les faire rejetter, & l'on ne devroit pas nonplus y donner atteinte, ſous prétexte que le pere auroit diſpoſé des propres autrement que la Coutume le porte; pourvû que les autres enfans ſoient remplacez de leur portion des propres. C'eſt à peu-près le ſentiment de *M^e. Denis le Brun*, *des Succeſſions*, *livre* 4, *chapitre* 1, *nombre* 11. Que ſi celui qui fait l'acte de partage a des biens en une Coutume où il n'eſt pas permis d'avantager, & dans d'autres où il lui eſt permis de tout partager, la légitime, ſauf l'exécution du partage, doit ſe regler par la Coutume où les biens ſont ſituez, ſuivant les regles que nous avons expliquées au commencement de ce chapitre, comme l'a fort bien prouvé, après une longue diſcuſſion, *M^e. Louis Boullenois*, *dans ſes Queſtions ſur les démiſſions des biens*, *queſtion* 6; mais il faut prendre garde que

Coutumes où il n'eſt pas permis d'avantager l'un des enfans.

Quid ſi celui qui fait le partage a voit des biens dans pluſieurs Coutumes qui diſpoſent différemment.

dans quelques Pays que ce ſoit, les actes de partage ne peuvent être valables, ſuivant *l'article* 17 *de l'Ordonnance de* 1735, s'ils ne ſont faits en preſence de deux Notaires ou Tabellions, ou d'un Notaire & deux Témoins, ou s'ils ne ſont entierement écrits, dattez & ſignez de la main de celui qui diſpoſe par forme de partage.

Formalitez des partages dans les Coutumes qui n'en parlent pas.

A l'égard des partages en collaterale, ils ne doivent être admis que dans les Coutumes qui les autoriſent, comme ſont celles d'*Amiens, article* 94, & *de Peronne, Mondidier & Roye, article* 107, & l'on ne doit point les admettre s'ils ne ſont revêtus des formalitez des teſtamens ou des codiciles, même dans les Coutumes qui les autoriſent en ligne directe; & dans ce cas, il faut que celui qui diſpoſe par forme de partage, ſe conforme à la Coutume du lieu au ſujet de la diſtribution des propres: On peut voir *l'Arrêt* 184 *de le Veſt, le Brun, des Succeſſions, livre* 4, *chapitre* 1, *nombre* 11, *& Brodeau ſur M. Louet, lettre P. ſommaire* 24, *nombre* 7.

166. Des partages faits en faveur des ſucceſſeurs collateraux.

Toutefois ſi le partage étoit ſigné par les enfans de celui qui diſpoſe, & qu'ils y fuſſent parties, ils ne pourroient pas y contrevenir à cauſe de leur conſentement, quand même il contiendroit une inégalité conſidérable, par la raiſon de la Loi derniere, *cod. de pactis*, de la Loi 16, §. 1, *cod. de teſtam.* & de la Loi 8, §. 1, *cod. de inoff. teſtam.* Me. Claude de Ferrieres ſur la Novelle 107, ch. 3, n. 8, penſe même que dans les Coutumes qui ne parlent point des diſpoſitions par forme de partage, comme dans celle de Paris, il faut que le partage ſoit fait du conſentement des enfans; c'eſt-à-dire, que tous les enfans ſoient Parties, & ſouſcrivent au partage, auquel cas ils ne peuvent pas le conteſter; il ajoute que quoique les enfans ne l'ayent point ſigné, néanmoins s'il a été exécuté, les enfans ou quelqu'un d'eux n'y peuvent point contrevenir.

167. Des partages faits par le pere, & ſignez par les enfans.

Opinion de Ferrieres.

Dans les Coutumes où les peres & meres peuvent faire le partage de leurs biens entre leurs enfans ſans leur conſentement, la légitime réſervée, il ne leur eſt pas permis de préjudicier aux droits & prérogatives d'aîneſſe, parce que le droit d'aîneſſe a été introduit pour la conſervation des Maiſons illuſtres, & que c'eſt une eſpece de légitime coutumiere à laquelle le pere ne peut donner aucune atteinte, *Brodeau ſur M. Louet, lett. P. ſomm.* 24, *& Ferrieres ſur la Novelle* 107, *chap.* 3, *n.* 9.

168. Si l'on peut déroger au droit d'aîneſſe dans les partages *inter liberos*.

Si les Coutumes ne permettent le partage qu'au pere & à la mere, comme celle *de Bourbonnois, art.* 216, la même faculté ne

169. Si dans les Coutumes qui ne

permettent les partages qu'au pere & à la mere la même faculté eſt accordée aux autres aſcendans.

peut point être étendue à l'ayeul & ayeule, *Me. Auroux des Pommiers ſur cet art. n.* 3, fait mention d'un Arrêt, qu'il dit avoir fixé la Juriſprudence ſur ce point.

160. Partages peuvent être faits par le pere & la mere conjointement.

Le même Auteur au lieu cité nº. 7, dit, que le pere & la mere peuvent faire le partage de leurs biens en faveur de leurs enfans, conjointement ou ſéparément, à quoi il n'a point été dérogé par l'Ordonnance de 1735, quoiqu'elle ait abrogé par l'art. 77 les teſtamens mutuels, ou faits conjointement, ſoit par mari & femme, ou par d'autres perſonnes; car le même article conſerve l'uſage des partages faits conjointement par les pere & mere, & autres aſcendans en faveur de leurs enfans & deſcendans, en ces termes: *ſans préjudice néanmoins de l'exécution des actes de partage entre enfans & deſcendans, ſuivant ce qui a été reglé ci-deſſus.*

161. Si dans le Pays Coutumier, le partage doit être fait entre tous les enfans, & de tous les biens.

Dans le Pays Coutumier le partage doit être fait entre tous les enfans, & de tous les biens; enſorte que ſi quelqu'un des enfans étoit préterit, & qu'il ne lui eût pas été aſſigné un lot, le partage ſeroit nul, à moins que par un ſecond acte, ce qui eſt omis dans le premier ne fût partagé; & dans ce cas celui qui a diſpoſé doit ſurvivre durant le tems preſcrit depuis le dernier acte, autrement il eſt nul de même que le premier s'il y a inégalité, comme le remarque *Me. Auroux des Pommiers ſur l'art.* 216 *de la Coutume de Bourbonnois, n.* 11, 12 *&* 21, quand même l'enfant préterit ne s'en plaindroit point; & ſelon *M. Taiſand ſur la Coutume de Bourgogne, tit.* 7, *art.* 6, *not.* 9, la ſurvenance d'un enfant après le partage le rendroit nul à cauſe de la préterition de l'enfant ſurvenu.

Si la ſurvenance d'un enfant l'annulle.

162. Partage par acte privé dans les Coutumes qui requierent la ſurvie, doit être reconnu devant Notaire.

Lorſque les Coutumes exigent la ſurvivance pour la validité du partage, s'il eſt fait par acte privé écrit, daté & ſigné de la main de celui qui diſpoſe, il faut ou un acte de reconnoiſſance pardevant Notaire, ou bien un acte public de dépôt du partage olographe, autrement on ne pourroit pas connoître ſi celui qui a diſpoſé en cette forme a ſurvêcu durant le tems requis par la Coutume, parce que les écrits privez n'ont pas de date certaine, *Auroux des Pommiers au lieu cité*, nº. 20.

163. Suplément de légitime quand le lot eſt inſuffiſant.

Qui contribue à ce ſuplément.

Quand le lot laiſſé à quelqu'un des enfans ne remplit pas ſa légitime, le partage ne laiſſe pas d'être bon; mais l'enfant qui ſe trouve lezé peut demander le ſupplément de légitime, au payement duquel ſupplément tous les autres enfans doivent contribuer au ſol la livre à proportion chacun de leur portion, comme l'explique *l'art.* 216 *de la Coutume de Bourbonnois*; & cela par mon avis devroit avoir lieu dans les Pays de Droit écrit, parce

Quid en Pays de Droit écrit.

que

que n'y ayant point d'héritier universel, ni par forme de quote, on ne peut pas regler les charges par portions héréditaires, ainsi que nous l'avons dit.

164. De l'acquisition des nouveaux biens depuis le partage.

Que si depuis l'acte de partage, celui qui a ainsi disposé, fait des nouvelles acquisitions, le partage ne sera pas nul, comme incomplet, même dans les Pays Coutumiers, parce qu'il suffit que le pere ou la mere ayent partagé tous les biens qu'ils possedoient alors; mais les biens nouvellement acquis appartiendront à tous les enfans par égales portions, comme héritiers *ab intestat*, *Auroux des Pommiers sur l'art. 216 de la Coutume de Bourbonnois, n°. 33*, à moins que l'acte de partage n'y eût autrement pourvû, & ne renfermât une disposition spéciale des biens à venir.

A qui ces biens doivent appartenir.

165. Si la garantie est dûë en cas d'éviction de partie des lots assignez par le pere.

La garantie est de la nature du partage, quand même elle ne seroit pas stipulée; ainsi si quelqu'un des copartageans est évincé de quelque chose qui est entrée dans son lot, elle doit être remplacée par les consorts, *L. heredes 25, §. item curare 21, ff. familiæ erciscundæ*, à moins qu'on n'y eût expressement renoncé, *L. 14, cod. eodem*, ou que le copartageant qui a été évincé n'eût pris la chose qu'il connoissoit appartenir à autrui; auquel cas la garantie ne seroit dûe, à moins qu'elle n'eût été promise, *L. 7, cod. commun. utriusque jud.* Mais la garantie est-elle dûe dans le cas du partage fait par le pere? Les Auteurs ne sont pas d'accord sur cette question; les uns tiennent que la garantie est dûe, *M. de Catellan, liv. 5, chap. 66, & Duperier, tom. 1, liv. 2, quest. 2*, sont de ce sentiment: les autres comme *Peregrinus de fideicomm. art. 52, n°. 53 & suivans, & Menoch. lib. 4, præsumpt. 118*, soutiennent que la garantie n'est point dûe, à moins que l'éviction n'arrive avant la délivrance du lot de celui qui est évincé; on allegue plusieurs textes du Droit Romain de part & d'autre, pour appuyer ces differentes opinions: ils sont indiquez par *Duperier*.

Diversité d'opinions des Auteurs.

166. Résolution de la question par une distinction.

Premier cas, du partage fait par le Testateur, après une institution de plusieurs heritiers.

Ces deux opinions sont relativement vrayes & fausses; pour trouver la vraye solution de cette difficulté, il faut distinguer deux cas; le premier est d'un Testateur, qui après avoir institué plusieurs héritiers, fait lui-même le partage de la succession, en assignant des lots à chacun des héritiers; dans ce cas le Testateur ne fait autre chose que la fonction d'Expert, que les Loix appellent *arbitrium familiæ erciscundæ*, & il n'y a point de doute que la garantie ne soit dûe, parce que le Testateur en faisant l'institution en faveur de chacun des héritiers, & en fixant la portion qu'il vouloit leur attribuer, les a revêtus d'un droit certain, dont le partage n'est que l'exécution, & c'est une espece d'échange; en-

ſorte que ſi quelqu'un des héritiers ſe trouve évincé de partie de ce qui lui a été aſſigné, la garantie lui ſera dûe, tout de même que ſi le partage avoit été fait entre les cohéritiers après la mort du Teſtateur, & c'eſt ſur ce cas que *Duperier* & *M. de Catellan* raiſonnent en formant leur déciſion, qui eſt conforme à la ſeconde diſpoſition de la Loi *cum pater* 77, *§. evictis prædiis* 8, *ff. de leg.* 2°.

167. Second cas, du ſimple partage ſans inſtitution d'heritier.

Le ſecond cas eſt lorſque celui qui diſpoſe par forme de partage, n'inſtitue point des héritiers, & ne fixe point à chacun une portion héréditaire, ſe contentant de leur diſtribuer des biens dont il forme leur lot; dans cette eſpece, qui eſt celle du vrai partage *inter liberos* autoriſé par certaines Coutumes, & dont *l'Ordonnance de* 1735 parle, ce n'eſt qu'une ſimple diſtribution des biens par des préciputs, ainſi que nous l'avons montré ci-deſſus par la Loi 35, *§.* 1, *ff. de hered. inſtit.* & par la Loi 21, *cod. familiæ erciſcundæ.* Il ne ſe fait point une eſpece d'échange, parce que les portions ne ſont pas originairement aſſignées à des cohéritiers; on n'aſſigne aux enfans que les biens que leur pere trouve à propos; & comme la garantie n'a pas lieu dans les liberalitez par préciput ſuivant la Loi *cùm pater* 77, *§. evictis* 8, *ff. de leg.* 2, la garantie ne peut pas être demandée par celui qui eſt évincé de quelqu'un des effets qui ſont compris dans ſon lot; c'eſt à mon avis par la diſtinction de ces deux cas, que l'on donne au texte que nous venons de citer ſa véritable intelligence, & que l'on fait une juſte application des deux differentes déciſions qu'elle renferme, dont l'une refuſe, & l'autre accorde la garantie; cependant ſi après l'éviction le fils évincé n'avoit pas ſa légitime entiere, il pourroit demander le ſupplément, comme l'enſeigne *M. Cujas ſur la Loi* 77, *§. evictis* 8, *ff. de leg.* 2, non en vertu du partage, mais en vertu de l'action que la Loi lui donne pour demander ſa légitime ou le ſupplément, quand elle n'eſt pas remplie: voilà pourquoi la déciſion de *M. Auroux des Pommiers ſur l'art.* 216 *de la Coutume de Bourbonnois, n.* 37 *&* 38, qui refuſe la garantie, ſauf pour ce qui ſeroit néceſſaire pour remplir la légitime, eſt très-juridique.

Explication de la Loi 77, §. 8, *ff. de legat.* 2.

Si l'évincé n'a pas la légitime entiere, il peut demander le ſupplément.

168. De la démiſſion de biens.

Il nous reſte à parler de la démiſſion de biens, qui fait le troiſiéme chef de la ſection. Cette maniere de diſpoſer par laquelle on défere la ſucceſſion par anticipation, eſt purement du Droit François, tout comme les inſtitutions contractuelles; elle n'a point ſon origine dans le Droit Romain, ſelon lequel on tient pour maxime que *viventis nulla eſt hereditas*; il étoit même défendu par pluſieurs textes de déferer la ſucceſſion par contrat, ſi bien

Cette maniere de diſpoſer eſt purement de Droit François.

Le Droit Romain défend toute délation d'hérédité par contrat.

qu'une telle disposition ne pouvoit pas valoir, même comme donation à cause de mort, à moins qu'elle ne fût faite par un Soldat, *L. pactum* 15, *l. licet* 19, *cod. de pactis*, *l.* 5, *cod. de pactis conventis*, *& l.* 4, *cod. de inutil. stipulationibus*. Le Droit Romain permet la donation universelle à cause de mort, laquelle peut bien transferer la possession des biens pendant la vie du Donateur, lorsqu'il en fait la tradition; mais une telle donation est toujours révocable, & le Donateur retient la proprieté des biens par lui donnez, quoiqu'il en ait fait la tradition, à moins qu'elle ne soit faite sous cette convention que la proprieté sera transferée, comme il est expliqué dans la Loi 2, *ff. de mortis causâ donat.* auquel cas elle est résoluble si la révocation arrive. La donation à cause de mort renferme même cette condition tacite, qu'elle soit confirmée par le silence du Donateur jusqu'à sa mort, & qu'elle ne soit point révoquée.

Donation universelle à cause de mort vaut.

Si la donation à cause de mort peut transferer la proprieté.

Pour développer les principes qui sont propres aux démissions de biens, & les proposer d'une maniere nette & dégagée, il faut envisager les démissions de biens sous plusieurs rapports, & distinguer les differens Pays où elles sont pratiquées; & premierement, eu égard aux Pays du Droit écrit. 2°. Eu égard aux Pays Coutumiers.

169. Examen des démissions par rapport aux differens Pays.

Dans les Pays du Droit écrit, on n'a ni coutume ni usage, du moins au Parlement de Toulouse, qui fasse des démissions, un genre particulier de disposer; cependant, elles y sont autorisées; elles peuvent être faites en la forme d'une donation à cause de mort, ou bien par donation entre-vifs. Dans le premier cas, elles ne constituent pas une espece de disposition differente de la donation à cause de mort, & elles doivent être reglées par les maximes établies pour les donations à cause de mort: & il ne peut y avoir d'autre difference, si ce n'est que communément la tradition n'intervient pas dans la donation à cause de mort, & que le Donateur retient communément la proprieté & la possession des biens, au lieu que dans les démissions, la possession est transferée au Démissionnaire; mais non la proprieté.

170. Dans les Pays du Droit écrit la démission de biens ne peut être considerée que comme donation à cause de mort, ou donation entre-vifs, selon qu'elle est conçue.

Quand la démission est faite par donation entre-vifs & irrévocable, elle doit aussi être reglée par les maximes des donations entre-vifs. Voilà pourquoi elle devra être expressément acceptée & insinuée, à moins qu'elle ne fût faite en contrat de mariage en ligne directe en faveur de l'un des mariez; & elle ne pourra comprendre que les biens presens, & non les biens à

171. Démission entre-vifs, se regle comme les donations entre-vifs.

Ne peut comprendre les biens à venir.

venir, à peine de nullité, excepté qu'elle ne fût faite en contrat de mariage en faveur de l'un des conjoints, depuis l'Ordonnance de 1731; en un mot, comme cette espece de disposition vaut dans les Pays du Droit écrit comme une donation entre-vifs, elle est sujette aux Loix qui reglent la forme & le fonds des donations entre-vifs. Quoiqu'on ne voye pas souvent des actes de cette espece dans le Parlement de Toulouse, où l'on dispose plutôt par forme de donation que par démission, cette maniere de disposer n'y est pas moins considerée comme valable & efficace que la donation entre-vifs. J'ai vû en consultation dans la presente année 1741, une démission de tous les biens presens & à venir, faite long-tems avant l'Ordonnance de 1731, par un Gentilhomme en faveur de son fils, sous la réserve d'une pension, qui fut trouvée bonne & valable par l'avis de trois Avocats du nombre desquels j'étois.

171. Liberté de disposer de tous les biens en Pays de Droit écrit.

Comme dans les Pays du Droit écrit, on a la faculté de disposer de tous les biens, ainsi que le Possesseur le trouve à propos, qu'il a la liberté de les laisser tous à un de ses enfans, à l'exclusion des autres, en leur laissant la légitime, ou sans préjudice de leur légitime, & qu'on y connoît point la distinction des propres d'avec les acquêts; il n'y a point de doute qu'un pere ou une mere, & tout autre ascendant ne puissent faire démission des biens en faveur d'un de leurs descendans à l'exclusion des autres, sauf à ceux-ci à demander leur légitime à laquelle il ne peut point être dérogé par acte entre-vifs, ni de derniere volonté, sans le consentement des Légitimaires. Il n'est donc pas nécessaire, dans les Pays de Droit écrit, que la démission soit faite en faveur de tous les plus proches successeurs légitimes. Il en est autrement dans les Pays Coutumiers, où il n'est pas permis d'avantager un des enfans plus que les autres, où l'on distingue les propres des acquêts, & où la faculté de disposer des propres est limitée à certaines portions, du moins par disposition à cause de mort.

Démission peut être faite en faveur d'un des enfans.

173. Comment la démission de biens est considerée en Bretagne

Disposition de l'article 537 de la Coutume.

En Bretagne la démission est considerée tout autrement que dans les autres Pays Coutumiers. *L'article 537 de la nouvelle Coutume de cette Province* la permet au pere, à la mere & autres personnes, en tout ou en partie, pour la proprieté de leurs biens avec rétention d'usufruit en faveur de l'heritier présomptif, principal & noble. La démission doit être bannie, c'est-à-dire, publiée par trois jours de Dimanches consécutifs, à l'issuë

des grandes Messes, à la Paroisse du domicile de celui qui se démet, & autres Paroisses où il y aura des maisons compriſes dans la démiſſion, & par un jour au prochain Marché du domicile; la démiſſion & les bannies ou publications doivent être certifiées par le Juge du domicile, & en cas que ce Juge ne ſoit pas Royal, la démiſſion & les bannies doivent être rapportées & lûes en Jugement au plus prochain Siége Royal dudit domicile, l'Audience tenant, & enregiſtrées au Greffe du même Siége; après quoi les contrats d'aliénation qui ſeront faits par le démettant ſeront de nulle valeur.

Formalitez néceſſaires.

174. Démiſſion de biens. Ce que c'eſt.

M^e. Perchambaut ſur la Coutume de Bretagne, tit. 23, des ſucceſſions, §. 49, dit que la démiſſion eſt un tranſport que l'on fait de ſes biens à ſes héritiers préſomptifs en avancement de ſucceſſion, & qu'il y en a de deux ſortes; l'une générale, l'autre particuliere, de certains biens qu'on exprime; il ajoute que cette eſpece de contrat eſt ſuſceptible de toutes ſortes de conventions, qu'il ne contient que les biens préſens, qu'il n'empêche pas que le Démettant ne puiſſe acquerir & recevoir des ſucceſſions qui ſont à lui; que tout Démiſſionnaire général & particulier eſt tenu des dettes anterieures à la démiſſion, puiſque ce n'eſt qu'une ſucceſſion avancée; qu'il eſt ordinaire d'exprimer les dettes, & de les ſpécifier dans la démiſſion générale, & que quand cela n'eſt pas, & qu'il paroît des dettes plus qu'on n'avoit penſé, la voye de reſtitution eſt ouverte au Démiſſionnaire; que la démiſſion ne conſiſte pas à poſſeder tous les biens d'un homme, mais elle conſiſte au droit de les poſſeder à titre d'univerſalité: voilà pourquoi l'acceptation d'une démiſſion n'eſt pas proprement une acceptation de ſucceſſion, & il eſt libre au Démiſſionnaire d'accepter ou recevoir par inventaire la ſucceſſion du Démettant après ſa mort: car c'eſt alors ſeulement que la ſucceſſion eſt véritablement ouverte, le Démettant pouvant faire des acquêts tandis qu'il vit; que c'eſt une erreur de croire qu'une démiſſion ſoit nulle, ſi elle n'eſt publiée, cette formalité ne regardant que les créanciers & les dettes qui ſeroient contractées dans la ſuite.

De deux ſortes; l'une générale, & l'autre particuliere.

Eſt ſuſceptible de toutes conventions.

Démiſſionnaire tenu de toutes les dettes paſſives.

La démiſſion n'ouvre pas la ſucceſſion.

Défaut de publication n'annulle pas la démiſſion.

175. Si la démiſſion peut être faite en Bretagne ſans retenir l'uſufruit.

Quoique la Coutume ſemble exiger comme une condition, que le Démettant retienne l'uſufruit des biens, de la proprieté deſquels il ſe démet, toutefois ſelon *M. d'Argentré ſur l'art. 265, cap. 4, de demiſſionibus, & Frain dans le 87 de ſes Plaidoyers & Arrêts*, il n'eſt pas néceſſaire pour la validité de la démiſſion, que le Démettant ſe réſerve l'uſufruit, on peut pourvoir à ſes intérêts par d'autres conditions, comme par la réſervation des alimens ou

d'une penſion fixe ; mais la charge de payer les dettes paſſives regarde le Démiſſionnaire, *in demiſſionibus liberæ ſunt dimittenti cautiones, & conditiones quas pro arbitrio recipere poteſt . . . . . dimiſſiones aut retento uſufructu, aut dimiſſarius ad alimentorum præſtationem obligatur, & æris alieni diſſolutionem*, comme s'explique *d'Argentré.*

176. N'eſt point conſiderée comme une donation à cauſe de mort.

La démiſſion n'eſt point conſiderée en Bretagne comme une diſpoſition à cauſe de mort, ni comme participant de la donation à cauſe de mort. C'eſt un contrat entre-vifs irrévocable, qui n'eſt pas une donation ſimple : *Incidit talis contractus in conventionem do ut des*, dit M. d'Argentré. *Frain*, au lieu cité, rapporte un Arrêt du Parlement de Bretagne du 24 Octobre 1625, qui refuſa à un pere la faculté de révoquer une démiſſion qu'il avoit faite en faveur de ſon fils. Mais ſuivant *M. d'Argentré*, la démiſſion ne peut être faite qu'en faveur du ſucceſſeur *ab inteſtat*, & pour la portion qui competeroit à un chacun, après la mort du Démettant, & non pour plus : *Quod alteri qui bonorum futurus eſt heres, fieri nequit ; quod pro majori portione fieri non poteſt, quàm in quâ quis ſucceſſurus eſt.* Le Brun, *des ſucceſſions, livre* 1, *chapitre* 1, *ſection* 5, *nombre* 4, remarque que cela a lieu dans les autres Coutumes, & que par cette raiſon, un pere ne peut pas, au mépris de ſon fils, diriger ſa démiſſion en faveur de ſes petits-fils, ſi ce n'eſt qu'il exhéréde ſon fils pour juſte cauſe, ou que le fils renonce purement & ſimplement ; mais la renonciation du fils ne vaudroit pas au préjudice de ſes créanciers.

Ne peut être faite qu'en faveur du ſucceſſeur *ab inteſtat*, & pour ſa portion.

Il en eſt de même dans les autres Coutumes.

177. Comment eſt conſiderée la démiſſion dans les autres Coutumes.

Dans les autres Pays Coutumiers on conſidere la démiſſion un peu differemment, au moins quant à ſa nature, & à la révocabilité. *Me. Denis le Brun, des ſucceſſions, livre* 1, *chapitre* 1, *ſection* 5, *nombre* 2, en fait une longue deſcription, qui fait connoître ſa nature, ſes effets, la forme en laquelle elle peut être faite, & en faveur de qui. *La démiſſion des biens*, dit cet Auteur, *eſt un acte par lequel, par une anticipation de ſucceſſion, on abandonne à tous ſes heritiers préſomptifs, la ſimple proprieté ou le ſimple uſufruit, ou la pleine proprieté du total, ou d'une partie de ſes biens, ſous telles conditions qu'on veut impoſer. Ce n'eſt pas une donation entre-vifs ; car dans la plupart des Provinces qui la pratiquent, on la juge toujours révocable. Ce n'eſt pas une donation teſtamentaire ; car elle a un effet preſent, quoique révocable ; d'ailleurs, elle n'eſt point ſujette aux formalitez des teſtamens ; mais c'eſt quelquefois un contrat, ſans nom*, do ut des, do ut facias, *quelque fois c'eſt un abandonnement pur & ſimple.*

Deſcription de la démiſſion, faite par le Brun.

178. Auteurs qui ont traité des démissions de biens.

On trouve la matiere & les difficultez sur les démissions des biens, traitées dans plusieurs Auteurs, notamment dans *M. d'Argentré*, au lieu cité, *Boucheul, des conventions de succeder, chapitre 8; le Brun, des successions, livre 1, chapitre 1, section 5*; mais aucun n'a développé cette matiere avec tant d'exactitude que *Me. Louis Boullenois*, Avocat au Parlement de Paris, dans ses questions sur les démissions de biens. C'est de ce dernier Auteur que nous avons pris la plupart de ce que nous allons dire.

179. Démissions peuvent être considerées sous trois rapports.

Il observe dans la préface, que les démissions peuvent être considerées par rapport à plusieurs sortes de personnes, & qu'elles ont autant de natures differentes, qu'elles ont des regards ou des relations differentes; qu'on peut les considerer par rapport aux Démettans, par rapport aux Démissionnaires, & par rapport aux créanciers du Démettant, & autres tierces personnes.

180. Par rapport au Démettant. Au Démissionnaire. Et aux tierces personnes.

La démission considerée par rapport au Démettant, est une espece de donation à cause de mort. Considerée par rapport aux Démissionnaires, c'est une succession anticipée, une saisine actuelle d'une succession qui ne doit écheoir que dans l'avenir; enfin, par rapport aux créanciers du Démettant, & autres tierces personnes, c'est un contrat, un acte entre-vifs translatif de proprieté.

181. Si la démission peut être faite de la proprieté seulement ou de l'usufruit seulement.

Dans la question préliminaire, il s'éloigne du sentiment de *le Brun*, qui pense que la démission peut être faite de la proprieté seulement, ou de l'usufruit seulement, en ce qu'il soutient que le Démettant doit se dépouiller de la proprieté & de la possession civile, sibien que s'il retient la possession au moyen de la rétention de l'usufruit, il ne doit pas posseder *nomine proprio*; mais à titre de constitut & de précaire, le délaissement de la possession étant une des formalitez qui caracterise & constitue la démission.

182. De l'acceptation de la démission.

Dans le même endroit, il dit que les Démissionnaires doivent accepter la démission; mais leur acceptation differe à cet égard de celle qui est requise dans la donation entre-vifs, qui doit être expresse, au lieu qu'il n'est pas nécessaire que l'acceptation de la démission soit précise & formelle; il suffit que celui au profit duquel la démission est faite, se mette en possession, qu'il exploite les biens, ou qu'il les partage avec les autres heritiers présomptifs en qualité de Démissionnaire. L'acceptation de la démission n'est pas une acceptation de succession, parce que

viventis non est hereditas ; mais le Démissionnaire est saisi par l'acceptation comme simple Proprietaire, & simple Possesseur, & non comme heritier, parce que la démission ne fait pas un heritier par anticipation ; mais un Possesseur & un Proprietaire en prévenant l'ouverture de la succession.

183. Par qui peut être faite la démission.

Les démissions ne peuvent être faites que par ceux qui ont des heritiers légitimes & de droit, descendans ou collateraux ; il faut aussi que le Démettant soit *integri status* : Ainsi, un homme condamné à une peine capitale portant confiscation de biens ne pourroit pas valablement faire une démission, tout comme il ne pourroit point faire une donation entre-vifs au préjudice du fisc, après avoir commis un crime capital, suivant la Loi *post contractum* 15, *ff. de donationibus*, ensorte que la condamnation qui surviendroit, révoqueroit la démission tout comme la donation. La démission ne peut être faite qu'en faveur des heritiers présomptifs, parce qu'il n'y a qu'eux qui soient appellez par la Loi, & dont on puisse anticiper le Droit légal.

Du prévenu de crime capital.

184. En faveur de qui la démission peut être faite.

Et par quels actes.

Les démissions peuvent être faites tant en ligne directe que collaterale par toutes sortes d'actes, pourvû qu'il n'y ait pas lieu de douter de la volonté du Démettant : il importe peu quant à l'interêt du Démettant, que l'acte soit public ou privé ; mais par rapport à l'interêt des tiers, l'acte de démission d'écriture privée n'a pas la même force que l'acte public, parce que les écrits privez n'ont point de datte, pour ce qui concerne les tierces personnes. Comme la démission engage nécessairement au payement des dettes, si le Démissionnaire est mineur, il doit être assisté de son Curateur, quand il accepte la démission.

185. La démission doit être de l'universalité.

Le Démettant peut se réserver l'usufruit.

Dans la question 3, *Me. Boullenois*, soutient contre *le Brun*, que la démission doit être de l'universalité, & de la totalité, & non d'une quote seulement, parce que si la totalité n'est délaissée, la démission n'imite plus la nature en prévenant le cas de la mort, & n'est plus une anticipation du droit successif : Il est vrai que le Démettant peut se réserver l'usufruit ; mais il doit se désaisir de la possession civile, & ne doit retenir qu'une possession à titre de constitut & de précaire ; il peut encore se réserver ou retenir quelques meubles pour son usage, il peut encore se réserver la disposition par testament ou autrement, de quelques effets. L'acte quoique qualifié de démission qui n'est que de certains biens, & non universelle, ne peut être qu'une donation

Rétention de quelque chose particuliere.

donation entre-vifs, s'il en a les formalitez, ou un contrat innommé qui doit être régi par les principes de ces sortes de contrats: *Boullenois, queſtion* 3. Voyez *le Brun, des ſucceſſions, liv.* 1, *chapitre* 1, *ſection* 5, *nombres* 3 *&* 4; & l'on doit dire la même choſe toutes les fois que l'acte quoique qualifié de démiſſion, n'en a pas toutes les qualitez: Alors c'eſt un acte d'une autre nature, duquel il faudra juger par ſes clauſes & par ſon objet.

Comment doit être conſideré l'acte qui n'a pas tous les caracteres de la démiſſion.

186.

Si l'on peut obliger les ſucceſſeurs *ab inteſtat* à accepter la démiſſion.

Tout comme perſonne n'eſt obligé d'accepter une donation ou toute autre libéralité; qu'on n'eſt pas même obligé d'accepter une hérédité déferée, parce que *nul n'eſt héritier s'il ne veut*, les héritiers préſomptifs ne ſont pas obligez d'accepter une démiſſion, qui n'eſt qu'une ſucceſſion anticipée, & on ne peut pas les y forcer en Juſtice; mais lorſque le pere ou la mere qui ont des enfans riches, ne ſont pas en état de s'entretenir avec leurs biens, ils peuvent appeller en Juſtice leurs enfans, pour voir dire qu'ils ſeront tenus de leur faire une penſion alimentaire, demeurant l'offre de leur abandonner tous leurs biens; en ce cas les enfans demandent un état des biens, & des charges, & font leurs offres. Le Juge eſtime ſi les offres ſont raiſonnables, & les reçoit; que ſi elles ne ſont pas raiſonnables, le Juge condamne les enfans à faire à leur pere une penſion alimentaire, en déduction de laquelle les enfans pourront jouir des biens, ſi bon leur ſemble, ou les affermer. Cette penſion s'évalue eu égard aux biens abandonnez, & aux facultez des enfans: la condamnation aux alimens peut être prononcée ſolidairement contre chacun des enfans, ſauf leur recours contre les autres.

Quid ſi le pere ou la mere ſont pauvres, peuvent ils demander les alimens, en ſe démettant de leurs biens.

Penſion. Comment évaluée.

Si la condamnation eſt ſolidaire.

187.

Du partage entre les Démiſſionnaires.

Lorſqu'une ſucceſſion eſt ouverte, il faut proceder au partage des biens. Les démiſſions ſont des ſucceſſions anticipées, & par conſéquent le partage doit en être fait lorſqu'il y a pluſieurs perſonnes qui y prennent part. Les Démettans peuvent eux-mêmes faire le partage, & prévenir l'office du Juge, & des Arbitres, ou Experts; mais quand les Démettans font eux-mêmes le partage, peuvent-ils le faire avec inégalité? Dans les Coutumes qui autoriſent les partages avec inégalité, la légitime ſauve, il ſuffit que le Démettant laiſſe une portion qui rempliſſe la légitime à certains, & il peut gratifier les autres, s'il le fait entre enfans; que s'il le fait entre collateraux, il faut qu'il ſuive la diſpoſition des Coutumes dans la diſtribution de la portion des propres qui eſt deſtinée aux heritiers préſomptifs. Il y a d'autres Coutumes qui requierent l'égalité; dans celles-ci, un partage fait en

Si le Démettant peut faire le partage.

Coutumes qui n'exigent pas l'égalité.

Coutumes qui éxigent l'égalité.

Pour quelle lezion le partage fait par le Démettant, peut être attaqué.

ligne directe par le Démettant, où l'un des enfans seroit lezé d'un sixiéme, pourroit être attaqué par le lezé; mais dans le partage fait en collaterale, il ne seroit pas nécessaire qu'il y eût lezion d'un sixiéme, une moindre lezion seroit suffisante pour operer la nullité du partage, & pour le réduire à l'égalité requise.

188. La démission doit imiter la succession légitime, les portions doivent se regler eu égard au tems du décès du Démettant.

Les démissions étant des successions anticipées, elles doivent imiter les successions légales; ainsi, c'est par rapport au tems de la mort du Démettant que l'on doit déterminer la part & portion que chacun des Démissionnaires doit avoir sur les biens du Démettant.

189 Démissionnaires sujets au payement des dettes.

La succession anticipée déferée par la démission, devant imiter la succession légale, elle doit donc assujettir les Démissionnaires au payement des dettes passives du Démettant antérieures à la démission : ils en sont tenus personnellement; mais comme pendant la vie du Démettant, ils ne peuvent pas être heritiers, & que ce n'est qu'à raison de l'universalité des biens qu'ils ont accepté, qu'ils sont tenus personnellement; cette obligation personnelle ne les lie qu'à concurrence de la valeur des biens. Mais après la mort du Démettant, le Démissionnaire est-il heritier, & doit-il indéfiniment les dettes antérieures au de-là de la valeur des biens, quand il n'a point fait d'inventaire? Le Démissionnaire pourra-t'il renoncer aux biens acquis par le Démettant depuis la démission, pour se charger des dettes posterieures? *M^e. Boullenois* examine toutes ces difficultez dans les *questions 9, 10 & 11.*

En sont tenus personnellement.

Plusieurs questions sur cette matiere.

190. Si les biens reviennent au Démettant, quand le Démissionnaire meurt, ou souffre confiscation avant le Démettant.

Quid s'il y a d'autres Démissionnaires.

Quid si le Démissionnaire décede & laisse des enfans.

Lorsque le Démissionnaire souffre une condamnation qui emporte confiscation, ou s'il meurt avant le Démettant, celui-ci doit reprendre les biens, parce qu'à son égard, la démission n'est considerée que comme une donation à cause de mort, qui devient caduque par le prédécès du Donataire, *§. 1, instit. de donat.* & *L. 29, ff. eod.* ce qui doit néanmoins être entendu lorsque le Démissionnaire est seul; car s'il y en a d'autres qui survivent, la portion du prémourant sans enfans, doit accroître à tous les autres; que si le prémourant laisse des enfans, sa portion doit leur appartenir.

191. Si la démission en faveur des collateraux est révoquée par la survenance d'enfans.

La démission faite en faveur des collateraux est révoquée par la survenance d'un enfant au Démettant, non pas tant à cause que la démission doit être considerée comme une donation entre-vifs révoquée par la survenance d'un enfant, suivant la Loi *si unquam*, ni par la raison que la survenance des enfans annulle

la donation à cauſe de mort; mais principalement parce que les collateraux en faveur deſquels la démiſſion eſt faite, ceſſent d'avoir la qualité d'heritiers préſomptifs, dès auſſitôt que le Démettant a un enfant; qu'ainſi, ils ceſſent d'avoir la qualité ou la capacité pour pouvoir accepter & retenir la démiſſion qui ne peut être faite qu'en faveur des ſucceſſeurs légitimes; mais ſi la démiſſion eſt faite en faveur des enfans, & qu'il en ſurvienne quelqu'autre au Démettant depuis la démiſſion, elle ne ſera pas annullée; l'enfant nouvellement né ſera ſeulement admis au partage avec ſes freres.

190. Si la démiſſion eſt revocable.

La démiſſion des biens devant être conſiderée comme une donation à cauſe de mort, eu égard à la perſonne du Démettant, & comme une ſucceſſion anticipée, il doit par une ſuite néceſſaire, avoir la liberté de la révoquer, ſelon la regle renfermée dans la Loi derniere, *cod. de pactis.* Ricard, *des donations*, *tome* 1, *part.* 1, *nombre* 994, rapporte pluſieurs Arrêts qui l'ont ainſi jugé pour la démiſſion univerſelle faite par un pere en faveur de ſes enfans, toute donation à cauſe de mort étant eſſentiellement révocable, *§.* 1, *inſtit. de donationibus*, *L.* 16, *L.* 30, *& toto titulo*, *ff. de mortis cauſâ donat.* & il en eſt de même des donations qui ſont conçues entre-vifs, & qui ne valent néanmoins que comme donations à cauſe de mort, comme ſont celles qui ſont faites entre mariez, *conſtante matrimonio*, & celles qui ſont faites par les peres en faveur de leurs enfans qu'ils ont en leur puiſſance, *L.* 25, *cod. de donationibus inter virum & uxorem.* Le Brun, *des ſucceſſions*, *livre* 1, *chapitre* 1, *ſection* 5, *nombre* 7, qui ſoutient la révocabilité des démiſſions, raiſonne ſur ces principes; & *Boucheul*, *dans ſon Traité des conventions de ſucceder*, *chapitre* 8, ſoutient pareillement cette révocabilité.

191. Si la donation entre-vifs qui a le caractere de la démiſſion eſt révocable.

Le Brun, au lieu cité, nombre 8, & *Boucheul*, enſeignent encore que non-ſeulement on accorde la faculté de révoquer les démiſſions qui ſont telles par la dénomination que les Parties leur ont donnée; mais encore des actes qualifiez de donations entre-vifs, qui doivent être conſiderez comme des véritables démiſſions, tels que ſont les actes de donation entre-vifs generale en faveur de tous les enfans, ou heritiers préſomptifs, ſans choix ni prédilection entr'eux, parce que la nature & la qualité des actes dépend de l'intention des Parties, plutôt que de la dénomination qu'on affecte de leur donner, & que des donations de cette eſpece ſont plutôt des diſpoſitions de derniere

volonté, que des donations entre-vifs : *Non videri ſimplicem donationem ; ſed potius ſupremi judicii diviſionem*, *L.* 20, *§.* 3, *ff. familiæ erciſcundæ* : On peut voir les autres raiſons, autoritez & préjugez dans la *queſtion* 17 *de M^e. Boullenois.*

194. Si la démiſſion conçue en termes de donation qui n'eſt qu'd'une quote, eſt révocable.

Que ſi la donation n'étoit pas de l'univerſalité des biens, & qu'elle fût ſeulement d'une quote, comme de la moitié, elle ne pourroit pas être conſiderée comme une démiſſion, & par conſéquent, elle ne ſeroit pas revocable, ainſi que l'a jugé l'Arrêt du Parlement de Paris du 2 Mars 1657, rapporté par *Ricard*, *tome* 1, *part.* 1, *nombre* 995. Cet Auteur prétend même que les donations faites en collaterale, quoiqu'elles ayent le caractere d'une démiſſion, ne ſont pas ſujettes à la révocation ; en quoi il ne s'accorde pas avec *le Brun*, qui admet indiſtinctement la révocabilité des donations quand elles ſont univerſelles, en faveur de tous les heritiers préſomptifs, quoique collateraux, l'opinion duquel paroît plus conforme aux regles que celle de *Ricard* : Auſſi *M^e. Boullenois dans ſa queſtion* 17, aſſûre avoir cherché dans les regiſtres du Greffe, l'Arrêt du 30 Mars 1656, qui ſert de fondement à l'opinion de *Ricard*, & ne l'y avoir point trouvé, & *M^e. Boullenois* ſoutient la révocabilité des démiſſions auſſibien en ligne collaterale qu'en ligne directe ; mais la donation ne ſeroit pas révocable quand même elle ſeroit univerſelle, ſi elle n'étoit faite qu'en faveur d'un ſeul des enfans, parce qu'elle n'auroit pas le caractere d'une démiſſion. *Boucheul*, *des conventions de ſucceder*, *chapitre* 8, *nombre* 5.

Quid en collaterale.

195. Cas où les démiſſions ne ſont pas révocables.

Le même *M^e. Boullenois* au lieu que nous venons de citer, remarque pluſieurs cas auſquels les démiſſions ne ſont pas révocables en ligne directe ni collaterale. Le premier eſt, lorſque la démiſſion n'eſt pas univerſelle, qu'elle eſt faite *per modum quotæ*, & qu'elle eſt revêtue des formalitez des donations entre-vifs, parce qu'elle ne ſeroit pas revêtue des conditions néceſſaires pour une vraye démiſſion. Le ſecond, lorſque la révocation eſt faite en fraude. Le troiſiéme, lorſque la démiſſion eſt faite en faveur de mariage ; mais l'irrévocabilité n'a lieu qu'en faveur des mariez, & non en faveur des tierces perſonnes, & la démiſſion pourroit être révoquée par rapport à ceux qui n'auroient pas contracté le mariage en faveur duquel elle auroit été faite. Le quatriéme, lorſqu'un pere pourſuivi pour cauſe de prodigalité, feroit une démiſſion de ſes biens en faveur de ſes enfans.

196. Révocation de la

Lorſque la démiſſion a été faite en faveur de pluſieurs per-

fonnes, il dépend du Démettant de la révoquer pour le tout, ou pour les portions de ceux qu'il veut dépouiller, & elle vaudra pour les portions non révoquées. démission pour partie.

197. En quelle forme la révocation doit être faite.

Les Auteurs Coutumiers ne sont pas d'accord sur la forme de la révocation, afin qu'elle soit jugée suffisante. Faut-il des Lettres en rescision ou restitution envers la démission ? Faut-il du moins un acte de révocation ? Et de quelle nature doit-il être ? Faut-il le signifier ? Suffit-il que le Démettant aliéne ou hypoteque les biens dont il s'est démis, afin que la démission soit censée révoquée à concurrence ? *Le Grand, sur l'article 59 de la Coutume de Troyes, gloſe 2, nombre 18*, dit qu'on permet au Démettant de rentrer dans ses biens, sans autre connoissance de cause, & néanmoins il rapporte un Arrêt du 5 May 1645, par lequel les pere & mere démettans furent restituez en entier contre une démission par eux faite au profit de leurs enfans, & les Parties remises en tel état qu'elles étoient auparavant. Rentrer dans les biens sans connoissance de cause, & être restitué en entier envers un acte, sont-ce des choses compatibles & alliables ? Opinion de *le Grand.*

198. Opinion de *le Brun.*

Le Brun, des ſucceſſions, livre 1, chapitre 1, ſection 5, nombres 22 & 27, soutient que les démissions prévalent sur les aliénations que le Démettant a faites, & sur les hypoteques qu'il a contractées posterieurement ; qu'il faut impetrer des Lettres, à moins que la révocation ne soit fondée sur quelque cause d'ingratitude ; que la révocation tacite résultant des aliénations, & des hypoteques, ne suffit pas, & qu'afin que les aliénations & les hypoteques tiennent, il faut une révocation précedente & formelle de la démission, & que la faculté de révoquer la démission est attachée à la personne du Démettant ; qu'ainsi, ses créanciers ne peuvent pas faire valoir à cet égard le droit du Démettant. Mais ces idées ne paroissent gueres compatibles avec la nature de la démission, qu'on compare à la donation à cause de mort, par rapport à la personne du Démettant ; c'est considerer la démission comme un acte entre-vifs, qui par conséquent ne doit pas être sujet à révocation, à moins que l'on n'ait des bons moyens de rescision, ou de restitution en entier, autres que ceux qui viennent de la seule volonté du Démettant, & de son changement de volonté, parce que les contrats dans l'origine, *ſunt voluntatis* ; mais on doit nécessairement les exécuter quand ils sont passez, parce qu'ils sont *neceſſitatis*, *L. 5, cod. de obligat. & actionib.* Boucheul, *des conventions de ſucceder, chapitre 8, nombre 18*, combat l'opinion de *le Brun*, en Opinion de *Boucheul.*

ce qu'il soutient sur la foi d'un Arrêt du 9 Août 1683, que les aliénations & les hypoteques ne renferment pas une révocation suffisante à concurrence, & il remarque que dans l'espece de cet Arrêt il ne s'agissoit pas des créanciers qui eussent prêté, ou contracté à titre onereux avec la mere qui avoit fait sa démission.

199. Opinion de *Boullenois.*

Me. Boullenois, dont le sentiment s'accorde mieux avec les regles, dit qu'il ne faut point de lettres, & que la révocation peut être faite par testament ou codicile, sans révocation signifiée; néanmoins si celui qui révoque veut dès-à-présent que la révocation ait lieu, il faut qu'elle soit signifiée, afin d'empêcher la continuation des jouissances, & afin de pouvoir rentrer dans l'administration libre & tranquile de ses biens: *v. Boucheul, des conventions, chap.* 8, *n.* 29.

200. Qu'est-ce qui doit être rendu par les Démissionnaires dans le cas de la révocation.

Qu'est-ce que les Démissionnaires dans le cas de la révocation doivent rendre? Les meubles, les immeubles alienez, ou le prix de ces immeubles? La révocation réflêchit-elle sur les créanciers & tiers acquereurs des Démissionaires? On peut voir *M. Boullenois, q.* 17, *&* 18, *le Brun, des successions, liv.* 1, *ch.* 1, *sect.* 5, *n.* 25, *& Boucheul, des conventions de succeder, liv.* 8, *n.* 19. La faculté de révoquer la démission étant inherente, & la révocation arrivant *ex causâ antiquâ*, en vertu d'une condition tacite, qui est de la nature de l'acte, c'est le cas d'appliquer la regle de la Loi 31, *ff. de pignorib. resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, comme nous l'avons prouvé en expliquant la matiere des conditions. C'est le sentiment de le Brun, de Boucheul, & *Me. Boullenois* rapporte plusieurs Arrêts qui l'ont jugé de même.

Si la révocation a un effet rétroactif & si elle résout les aliénations & les hypoteques.

SECTION II.

De l'Exhérédation.

SOMMAIRE.

1. *Exhérédation peut tomber sur trois personnes.*
2. *L'exhérédation n'est qu'une peine dans les Pays Coutumiers; dans les Pays du Droit écrit elle est une peine & une formalité.*
3. *Histoire & sistême du Droit sur l'exhérédation.*

Nécessité de l'exhérédation fondée sur le droit de succeder.

4. *La faculté de succeder dépendoit de la puissance paternelle.*

Les enfans émancipez ne pou-

voient pas succeder.

5. Le Préteur leur accordoit la possession des biens.

Suivant l'Edit du Préteur, les enfans émancipez devoient être instituez ou exhérédez.

6. Pourquoi le Droit ancien n'avoit pas reglé la forme en laquelle les ascendans devoient succeder à leurs enfans qui étoient en leur puissance.

Le pere succedoit à son fils émancipé.

7. Des filles qui étoient en la puissance de leur pere, & si elles devoient être instituées ou exhérédées.

Des petits-fils descendans par mâles.

8. La Loi des douze Tables n'admettoit que deux ordres de succession, celui des heritiers siens, & celui des agnats.

Si les enfans succedoient à leur mere, & vice versâ.

9. Les personnes qui avoient le droit de succeder avoient un droit acquis sur la succession.

Preuves par rapport aux enfans heritiers siens.

Etoient considerez comme maîtres pendant la vie de leur pere.

Il falloit les exclure par une disposition certaine.

Quid des ascendans & des collateraux.

10. Changement du Droit ancien par les Loix du Code & par les Institutes.

Nouveau changement qui retranche la nécessité d'instituer.

11. Correction du Droit du Code par la Novelle 115, par rapport aux ascendans & descendans.

12. Le pere avoit le droit & puissance de vie & de mort, & pouvoit exhéréder ses enfans sans cause.

L'exhérédation devoit être fondée sur une cause présumée.

Les fils qui vouloient attaquer le testament de leur pere, où ils étoient exhérédez, devoient prouver qu'ils avoient été toujours obéissans.

Si le pere avoit exprimé une cause, son heritier devoit la prouver.

Quid de la mere préterite dans le testament de son fils.

13. Si la mere & les autres ascendans maternels étoient obligez d'instituer ou d'exhéréder leurs enfans.

14. Disposition de la Novelle 115, chapitre 3, par rapport aux descendans.

Difference entre la traduction vulgaire & celle d'Haloander.

Nullité du testament à cause de la préterition ou de l'exhérédation injuste d'un enfant.

La plainte d'inofficiosité est inutile dans ce cas.

Confirmation par l'Ordonnance de 1735.

15. Conclusions qui résultent de cette Novelle.

Premiere conclusion.

16. Deuxéme conclusion.

L'hérédité est ouverte ab intestat, lorsque le testament est nul par

préterition ou exhérédation injuste.

17. *Des testamens faits par les descendans, & de l'institution des ascendans.*

Disposition de la Novelle 115, chapitre 4, *selon la traduction vulgaire.*

Nullité de plein droit quant à l'institution.

*Selon la traduction d'*Haloander.

Le testament est nul quand il y a préterition ou exhérédation injuste d'un ascendant.

La plainte d'inofficiosité est inutile dans ce cas.

C'étoit un remede auquel on ne pouvoit recourir que quand on n'en avoit point d'autre.

Nouvelles dispositions & égalitez établies par la Novelle 115.

*Confirmation par l'*Ordonnance de 1735.

18. *Des collateraux, & s'ils doivent être instituez ou exhérédez.*

19. *Les collateraux autres que les freres, ne peuvent pas intenter la plainte d'inofficiosité.*

20. *Quels freres pouvoient intenter cette plainte, suivant le Droit ancien, & dans quel cas.*

Texte de la Loi 1, cod. Theod. de inoff. testam.

Agnation, comment étoit emportée.

21. *Raisons pourquoi les freres uterins n'avoient pas la plainte d'inofficiosité.*

Raisons pourquoi les sœurs n'avoient pas ce droit.

22. *Changemens faits par l'Empereur Justinien.*

Les sœurs consanguines admises à la plainte d'inofficiosité.

Differences entre l'agnation & la cognation, abrogées.

23. *Si les freres doivent être instituez ou exhérédez par leur frere* turpi personâ institutâ.

Disposition de la Loi 30, cod. de inoff. testam.

Qu'elle n'a été corrigée qu'à l'égard des ascendans & des descendans.

Selon l'Ordonnance de 1735 *les collateraux, quand la légitime leur est dûë, doivent être instituez à peine de nullité.*

24. *Quelles sont les personnes viles, & infâmes dont l'institution donne lieu à la plainte d'inofficiosité pour les freres & sœurs consanguins.*

25. *Raisons pourquoi l'Auteur est entré dans le détail des variations du Droit Romain sur la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation.*

26. *Questions controversées parmi les Auteurs.*

Que toutes ces questions sont susceptibles d'une même résolution.

27. *Dans tous ces cas, le testament est radicalement nul.*

La préterition & l'exhérédation renferment une injure, un défaut de forme essentielle, & attaquent la capacité du Testateur.

28. *La*

28. *La nullité eſt établie à raiſon de la prétérition*, par l'Ordonnance de 1735.

29. *Preuves que l'exhérédation injuſte produit également la nullité.*

30. *Suite.*

La plainte d'inofficioſité ſuppoſe que le teſtament eſt revêtu de toute la formalité.

Signification du mot irritum.

Signification du mot evacuatum.

Il y a préterition non-ſeulement pour défaut d'inſtitution ; mais encore quand l'exhérédation n'eſt pas bien faite.

31. *Si la préterition & l'exhérédation injuſte des aſcendans produiſent la nullité.*

Si la préterition des collateraux dans le cas où ils ont droit de légitime, annulle le teſtament.

Comment & en quels cas la plainte d'inofficioſité eſt aujourd'hui néceſſaire.

32. *Réfutation de l'opinion des Auteurs qui ont crû que la préterition ou l'exhérédation ne produiſent que la plainte d'inofficioſité.*

33. *Réfutation de ceux qui ont diſtingué la préterition de l'exhérédation.*

34. *Réfutation de ceux qui ont diſtingué les enfans en la puiſſance de ceux qui n'y ſont pas.*

35. *Réfutation de ceux qui ont crû que les enfans émancipez ne pouvoient demander que la poſſeſſion des biens.*

36. *Suite.*

Le Préteur ne pouvoit pas faire des heritiers, mais des poſſeſſeurs des biens.

37. *Réfutation de ceux qui ont diſtingué la préterition de l'exhérédation, pour faire valoir les diſpoſitions particulieres du teſtament annullé quant à l'inſtitution.*

38. *Suite.*

39. *Confirmation par* l'Ordonnance de 1735.

40. *Quelles ſont les cauſes d'exhérédation.*

41. *Premiere cauſe d'exhérédation des deſcendans.*

Si le fils frappe ſon pere.

42. Quid *s'il le frappe pour ſe défendre.*

43. *Si le fils peut être exhérédé par le pere pour avoir battu la femme du pere.*

La cauſe d'exhérédation eſt perſonnelle à celui qui eſt maltraité.

44. *Seconde cauſe d'exhérédation des deſcendans.*

Injure grave & qui tourne au deshonneur du pere.

Condition afin que cette cauſe ſoit bonne.

L'injure doit être grave par elle-même non rélativement à la perſonne de l'offenſé.

45. *Troiſiéme cauſe d'exhérédation des deſcendans.*

Accuſation criminelle.

Quel doit être le crime qui eſt l'objet de l'accuſation.

Du fils qui dépoſe en Juſtice

contre ſon pere.

Ou qui eſt Avocat contre lui.

Si les cauſes d'exhérédation peuvent être étendues d'un cas à l'autre.

Quid *ſi le fils plaide avec ſon pere en matiere civile.*

46. *Quatriéme cauſe d'exhérédation des deſcendans.*

Aſſociation avec les malfaiteurs.

47. *Cinquiéme cauſe. Attentat ſur la vie du pere.*

48. *Sixiéme cauſe. Habitude criminelle avec la femme ou la concubine du pere.*

49. *Septiéme cauſe. De l'action ou dénonciation faite contre le pere avec dommage ſouffert.*

Conditions néceſſaires, afin que cette cauſe ſoit ſuffiſante.

50. *Huitiéme cauſe. Refus de tirer le pere de priſon.*

Cela ne regarde que les mâles, non les filles.

Conditions néceſſaires.

51. *Neuviéme cauſe. Empêchement de teſter.*

52. *Dixiéme cauſe. Aſſociation avec des Bateleurs.*

Signification du mot arenarios.

53. *Onziéme cauſe. Vie luxurieuſe préferée au mariage par la fille mineure.*

Deux cas, l'un de la fille qui malverſe, l'autre qui ſe marie ſans le conſentement du pere.

54. *Comment doit-on entendre les mots* vitam luxurioſam degere, in corpus peccare.

55. *Réſolution qu'une fille peut être exhérédée, lorſqu'elle mene une vie luxurieuſe, quoiqu'elle ne ſe proſtituë pas à pluſieurs.*

56. Quid *de la fille majeure que les parens ont négligé de marier.*

57. *Concours de quatre conditions afin qu'une fille mineure puiſſe être exhérédée pour avoir mené une vie luxurieuſe.*

58. *Si la mere qui n'a pas été chaſte peut exhéréder ſa fille qui mene une vie luxurieuſe.*

59. *Si les enfans mâles qui vivent luxurieuſement peuvent être exhérédez.*

60. *De la cauſe d'exhérédation pour mariage ſans le conſentement des parens.*

Edit de 1556.

61. *Déclaration de* 1639.

Les enfans qui naiſſent de ceux qui ſe marient ſans le conſentement de leurs parens, ſont incapables de toutes ſucceſſions.

62. *Edit du mois de Mars* 1697.

63. *Deux choſes renfermées dans ces Edits,* 1°. *La faculté d'exhéréder.* 2°. *L'indignité ou incapacité.*

64. *Comment doit être requis le conſentement des parens à Toulouſe.*

Quid *à Paris.*

65. *Si la mere qui a malverſé après la mort de ſon mari peut exhéréder ſon fils qui s'eſt marié ſans ſon conſentement.*

Si le conſentement de la mere remariée eſt requis.

66. *Sur quoi eſt fondée la néceſſité d'obtenir le conſentement des aſcendans pour le mariage des deſcendans.*

Le conſentement des ayeux n'eſt requis que quand le pere & la mere ſont morts.

67. *Le conſentement du pere ſuffit quoique la mere le refuſe.*

68. *Du fils qui s'eſt marié ſans le conſentement de ſes parens, dont le mariage eſt caſſé, & qui ſe remarie avec la même perſonne, s'il peut être exhérédé.*

69. *Si l'exhérédation du fils qui s'eſt marié ſans le conſentement de ſes parens, réflechit ſur les petits-fils.*

Le fils qui s'eſt marié en minorité eſt déclaré indigne & incapable, & ſes enfans auſſi.

70. *Du fils marié en majorité.*

Dans les circonſtances de l'Edit de 1697.

71. *Si l'ayeul peut exhéréder les petits-fils dont le pere s'eſt marié ſans le conſentement de ſes parens.*

Les petits-fils ne peuvent pas venir de leur propre chef, tandis que leur pere exhérédé vit.

72. *Douziéme cauſe d'exhérédation des deſcendans. Négligence des parens furieux.*

73. *Treiziéme cauſe. Négligence ou refus de racheter les parens captifs.*

74. *Quatorziéme cauſe. Héréſie.*

Edit de 1576.

75. *Diſpoſition de l'Edit de Nantes.*

76. *Révocation de l'Edit de Nantes.*

77. *Comment l'exhérédation eſt pratiquée dans les Pays Coutumiers.*

L'exhérédation injuſte annulle toutes les diſpoſitions.

78. *Cauſes d'exhérédation des aſcendans par leurs deſcendans.*

Si le Droit ancien avoit marqué des cauſes d'exhérédation des aſcendans.

79. *Premiere cauſe d'exhérédation des aſcendans.*

S'ils ont mis en danger la vie de leurs deſcendans.

80. *Deuxiéme cauſe. Attentat ſur la vie des enfans.*

81. *Troiſiéme cauſe. Si le pere a ſouillé le lit nuptial de ſon fils.*

82. *Quatriéme cauſe. Empêchement de teſter.*

83. *Cinquiéme cauſe. Si l'un des mariez attente ſur la vie de l'autre, celui qui eſt coupable peut être exhérédé par ſes enfans.*

84. *Sixiéme cauſe. Négligence de ſoigner les enfans en démence.*

85. *Septiéme cauſe. Négligence de racheter les enfans captifs.*

86. *Huitiéme cauſe. Lorſque l'aſcendant eſt Hérétique, & le fils Orthodoxe.*

87. *Comment ſe pratique l'exhé-*

rédation des ascendans au Pays Coutumier.

Propres ne remontent pas.

A quoi succedent les ascendans.

De quoi peuvent disposer les descendans à l'exclusion de leurs ascendans.

Quel est l'objet de l'exhérédation.

L'exhérédation n'est pas nécessaire dans les Pays où l'institution n'a lieu.

88. *Causes d'exhérédation des collateraux.*

Premiere, seconde & troisiéme causes.

L'ingratitude fait priver le frere de la succession de son frere.

89. *Comment les collateraux peuvent être exhérédez en Pays Coutumiers.*

De quoi peut-on disposer dans la Coutume de Paris.

90. *Les collateraux peuvent être privez de la portion des propres pour ingratitude.*

Les regles du Droit Romain sont observées dans le Pays Coutumier.

91. *Si les enfans peuvent être exhérédez* cum elogio.

Quid *des collateraux.*

L'expression de la cause d'ingratitude n'annulleroit pas le testament.

92. *Grandes questions parmi les Interpretes.*

1°. *Si l'on peut exhéréder pour d'autres causes que celles qui sont expliquées dans la* Novelle 115.

2°. *Si l'heritier peut faire la preuve des causes non exprimées dans le testament.*

Résolution de la premiere question qu'on ne peut exhéréder que pour les causes expliquées dans la Novelle *& dans les* Ordonnances.

93. *Résolution de la seconde question, qu'on ne peut prouver que les causes exprimées dans l'acte d'exhérédation.*

Si l'expression de la cause est nécessaire dans l'exhérédation des collateraux,

94. *La preuve & l'expression d'une seule cause suffit.*

95. *Les impuberes ni les posthumes ne peuvent pas être exhérédez non-plus que les imbéciles ou furieux.*

Si le pere peut substituer pupillairement à son fils qu'il exhéréde.

96. *Des cas où l'exhérédation sans cause peut valoir selon les Auteurs.*

Que ces cas ne doivent pas être admis.

97. *Sur quoi les Interpretes fondent l'exhérédation* bonâ mente.

Réponse au fondement des Auteurs.

Changement par le Droit nouveau.

Si le fils n'est institué ou exhérédé comme il faut, le testament est nul, quoique le fils soit substitué par le même testament.

Le premier dégré qui contient l'institution est annullé par la pré-

térition, & le testament est soutenu par la substitution qui est le second dégré.

Le testament ne peut pas être rectifié par l'offre de la légitime.

98. *S'il est permis de réduire le fils au simple usufruit en faveur des petits-fils.*

99. *Si l'exhérédation est confirmée par le consentement du fils de l'exhérédé.*

100. *Cas où l'exhérédation sans cause vaut lorsqu'elle se trouve dans le testament du Soldat.*

101. *Si le fils Soldat peut être exhérédé.*

102. *Des conditions & de la formalité nécessaire pour la validité de l'exhérédation.*

Elle doit être faite pour une des causes expliquées dans la Novelle 115.

103. *Elle doit être exprimée dans l'acte d'exhérédation.*

Si l'exhérédation peut avoir lieu ab intestat.

104. *La cause exprimée doit être prouvée.*

Si la preuve peut être faite par Témoins.

105. *L'exhérédation doit être faite* nominatim.

Comment est-elle censée faite nominatim.

106. *Exhérédation* inter cæteros.

Tous les enfans & descendans sans distinction doivent être exhérédez nominatim.

107. *De l'exhérédation par le silence.*

Elle est abrogée par la Novelle 115.

Excepté dans le testament du Soldat.

On n'a pas besoin d'instituer ni d'exhéréder les petits-fils quand leur pere vit.

108. *Si l'exhérédation doit être conçuë en une certaine formule de paroles.*

Termes qui contiennent l'exhérédation.

109. *Si l'exhérédation peut être faite sous condition.*

110. *Si l'exhérédation peut être faite par quelqu'acte autre qu'un testament.*

Ou dans un testament olographe.

Est-elle inutile quand le testament ne sortit pas effet.

111. *Résolution que dans les Pays de Droit écrit l'exhérédation peut être faite par simple acte devant Notaires.*

Raisons de cette Jurisprudence.

Raison tirée de la difference entre l'ancienne exhérédation, & celle qui se pratique aujourd'hui.

112. *L'exhérédation dépend aujourd'hui de la cause d'ingratitude.*

Il suffit de connoître la volonté de celui qui veut punir l'injure par lui reçûe.

Comparaison des causes d'exhérédation avec les causes d'ingratitude pour révoquer une donation entre-vifs.

113. *Exhérédation faite par dé-*

claration devant le Juge eſt bonne.

114. *De la cauſe d'exhérédation pour mariage contracté ſans le conſentement des parens.*

La révocation d'une donation par ingratitude peut être faite par ſimple acte.

115. *Suivant l'ancien Droit Romain, l'exhérédation ne pouvoit être faite que par teſtament.*

116. *Avis des Auteurs que l'exhérédation ne pouvoit être faite dans un teſtament olographe entre enfans.*

Difference entre les mots ritè *&* rectè.

Correction de cet avis par l'Ordonnance de 1735.

117. *L'exhérédation eſt anéantie ſi le teſtament ne ſortit pas effet, ſelon les Auteurs.*

L'exhérédation ne vaut quand le teſtament n'eſt exécuté que par la clauſe codicillaire.

118. *Le ſentiment des Auteurs étoit conforme aux regles du Droit Romain avant* l'Ordonnance de 1735.

Changement de principes par la Novelle 115.

Raiſons pour prouver que même en Pays de Droit écrit l'exhérédation peut être faite autrement que par teſtament.

119. *L'exhérédation contenuë dans un teſtament caduque, ou quand l'hérédité eſt répudiée, ou quand il ne vaut que comme codicile, eſt bonne.*

120. *L'exhérédation devoit exclure à l'égard de tous les heritiers dans tous les dégrez, & de tous les biens.*

Si l'enfant exhérédé rappellé en quelque choſe, eſt rappellé pour la légitime.

Où peut être faite l'exhérédation.

Dans quelle partie du teſtament.

121. *Exhérédation pour avoir effet après que l'herédité ſera acceptée.*

122. *Le dégré dans lequel l'enfant eſt préterit eſt nul, & le teſtament eſt ſoutenu par le ſecond dégré où le fils eſt ſubſtitué.*

123. *Cas ſingulier de la Loi* 19, ff. de liberis & poſthumis.

124. *Arrêt du Parlement de Toulouſe rapporté par* la Roche.

125. *Autre Arrêt rapporté par* Maynard.

126. *Examen de toutes ces autoritez & Arrêts.*

L'exhérédation d'aujourd'hui porte une excluſion de tous les biens.

Il ſuffit que l'exhérédation ſoit diſertement exprimée ſans expliquer ſur quoi elle doit porter.

127. *Concluſion que l'on doit tirer des Loix rapportées ci-deſſus.*

Le fils eſt préterit, quoiqu'il ſoit ſubſtitué, s'il n'eſt pas inſtitué nommément.

128. *Explication de la Loi* 19, ff. de liberis poſthumis.

129. *Comment doit-on entendre les Arrêts de* la Roche *&* de Maynard.

Préterition, en quoi consiste.

130. *On ne peut pas conclure de ces Arrêts que le fils exhérédé, quand il est Légataire, soit rappellé pour sa légitime.*

On peut faire un legs à l'exhérédé sans donner atteinte à l'exhérédation.

L'exhérédation est une exclusion pour cause d'ingratitude.

L'exhérédant peut adoucir & modifier comme il veut l'exhérédation.

131. *Arrêt du Parlement de Provence qui confirme l'exhérédation, quoiqu'il y ait un legs pour le fils exhérédé.*

132. *Arrêts du Parlement de Paris, qui ont confirmé des exhérédations, quoique les alimens fussent laissez aux fils exhérédez.*

133. *L'Arrêt rapporté par* Bardet *n'est pas contraire.*

Motif de cet Arrêt.

134. *L'exhérédation n'est pas indivisible.*

Exheredatus pro mortuo habetur.

Si le pere qui exhérede son fils peut le charger de fideicommis pour le legs qu'il lui fait.

Si l'exhérédation étoit nulle, le testament seroit nul, & le fils seroit appellé non à la légitime seulement ; mais à la succession ab intestat.

En quel tems le fils exhérédé étoit considéré comme mort.

135. *Arrêt du Parlement de Dijon qui confirme une exhérédation conditionnelle.*

Le pouvoir d'exhéréder demeure au pere, quoique le fils ait obtenu la grace du Prince pour le crime à raison duquel il peut être exhérédé.

136. *De l'exhérédation qui ne doit avoir d'effet qu'après la mort de l'exhérédé.*

Quand est-ce que le fils est exhérédé après sa mort.

137. *Effets de l'exhérédation.*

138. *Droit de légitime accordé aux enfans depuis la Loi* des douze Tables.

Dérogation au droit de légitime.

Faculté de déroger au Droit de légitime retranchée par Justinien.

Faculté aux ascendans de priver leurs enfans de la succession.

139. *Surquoi est fondée l'exhérédation.*

Elle ne peut pas s'étendre aux biens qui n'appartiennent pas à l'exhérédant.

Aujourd'hui l'enfant exhérédé n'est pas considéré comme mort ni comme étranger à la famille.

L'exhérédé conserve le droit de succeder à ses autres parens.

140. *L'exhérédé peut succeder médiatement à l'exhérédant.*

141. *L'enfant exhérédé n'est pas privé des biens qui lui sont substituez, quoique l'exhérédant soit chargé de les rendre.*

S'il y avoit plusieurs enfans appellez, celui qui seroit exhérédé ne pourroit rien prétendre aux

biens ſubſtituez en faveur de la famille.

142. *L'exhérédation prive du droit d'aîneſſe.*

Prive auſſi des alimens.

143. *L'enfant exhérédé fait défaillir la condition* ſi ſine liberis.

144. *Si le fils juſtement exhérédé fait nombre pour le reglement de la légitime.*

Diſtinction des Pays Coutumiers, des Pays du Droit écrit.

145. *Dans la Coutume de Paris, la légitime eſt la moitié de ce que les enfans auroient eu s'il n'y avoit point de diſpoſition.*

L'enfant exhérédé ne fait pas nombre.

146. *Diverſité d'opinions dans les Pays du Droit écrit.*

Sentiment des Auteurs que le fils exhérédé ne fait pas nombre.

Auteurs qui diſtinguent.

147. *Auteurs qui penſent le contraire.*

148. *Réſolution que l'enfant exhérédé fait nombre.*

Explication de la Loi 8, §. 8, ff. de inoff. teſtam.

Cette difficulté doit être décidée ſur la Novelle 18, chapitre 1.

Si la légitime eſt une portion de la portion ab inteſtat.

Fixation de la légitime ſuivant cette Novelle.

Texte de cette Novelle.

Diſpoſition des Loix 32 *&* 36, cod. de inoff. teſtam.

149. *Le tiers ou la moitié des biens ſelon le nombre, ſont retranchez de plein droit du patrimoine pour les Légitimaires.*

Exemple des portions des propres deſtinées aux heritiers du ſang dans les Coutumes.

La portion de l'exhérédé accroît aux autres.

150. *Examen des raiſons & autoritez de l'opinion contraire.*

Comment s'entend que l'enfant émancipé eſt réputé mort.

151. *Explication des Loix oppoſées.*

152. *Réponſe à la* Novelle 1, chap. 1, §. 4.

Réponſe à la Novelle 22, chap. 21.

153. Ricard *a mal appliqué l'Arrêt du Parlement de Toulouſe, rapporté par* la Roche.

Difference entre la Coutume de Paris & le Droit Romain ſur la fixation de la légitime.

Dans le cas de la renonciation, la portion du renonçant appartient à celui en faveur duquel la renonciation eſt faite, ou à ſes heritiers.

154. *Des moyens qui rendent l'exhérédation inefficace.*

155. *La révocation de l'exhérédation la rend inutile.*

Ambulatoria eſt hominis voluntas.

Par quels actes l'exhérédation peut être révoquée.

156. *Du rappel de l'exhérédé.*

La condition impoſée à la légitime ou autre liberalité laiſſée à l'exhérédé devroit être exécutée.

157. *De*

157. *De la reconciliation.*

158. *Sur quoi les Auteurs fondent-ils la reconciliation.*

Texte qui eſt contraire au moyen tiré de la reconciliation.

159. *Du fils reconcilié à ſon pere avant l'exhérédation.*

160. *Du fils déclaré incapable de toute ſucceſſion lorſqu'il ſe marie en minorité ſans le conſentement de ſes parens.*

Ou dans le cas de l'Edit de 1697.

161. *Des cas où la Loi permet ſimplement d'exhéréder.*

Opinion des Auteurs qui n'admettent la reconciliation pour effacer l'exhérédation faite.

Raiſons de ces Auteurs.

La reconciliation peut remettre l'injure, mais ne peut pas emporter l'effet de l'exhérédation.

Arrêts qui ont autoriſé cette opinion.

162. *Opinion contraire qui admet la reconciliation.*

Fondement de cette opinion.

Explication de la Loi 23, ff. de liberis & poſthumis par Dumoulin.

163. *La réponſe de* Dumoulin *n'eſt pas ſuffiſante.*

Réponſe de le Brun *à l'argument que le teſtament ne ſe révoque pas par la ſeule volonté.*

Arrêts qui ont autoriſé cette opinion.

164. *Réſolution pour les Pays du Droit écrit par une diſtinction.*

La réconciliation ne révoque pas l'exhérédation contenue dans un teſtament.

Mais elle anéantit l'exhérédation faite par acte devant Notaire.

Obſervations ſur les Arrêts rapportez par Ricard.

Dans le cas de l'Arrêt du 27 Avril 1660, la mere avoit révoqué expreſſément ſon exhérédation.

165. *Quelle eſt la réconciliation ſuffiſante pour effacer l'exhérédation.*

166. *Les viſites ni la bénédiction à l'article de la mort, ne ſont ſuffiſantes.*

167. *Réſolution de la difficulté.*

Une réconciliation parfaite ſuffit.

La réconciliation imparfaite eſt inſuffiſante.

168. *Si la preuve par Témoins des faits de la réconciliation doit être admiſe.*

Raiſons de douter pour la négative.

Réſolution pour l'affirmative.

Raiſons de cette réſolution.

169. *Si le repentir de l'exhérédé efface l'exhérédation.*

170. *Si les ſervices importans empêchent l'effet de l'exhérédation.*

171. *Si l'exhérédation eſt renduë inutile lorſque l'exhérédé eſt tombé dans la fureur ou dans la démence.*

1. Exhérédation peut tomber sur trois personnes.

L'EXHEREDATION peut tomber sur trois sortes de personnes. 1°. Sur les descendans. 2°. Sur les ascendans. 3°. Sur les collateraux.

2. L'exhéredation n'est qu'une peine dans les Pays Coutumiers ; dans les Pays du Droit écrit elle est une peine & une formalité.

Dans les Pays Coutumiers l'exhéredation n'est qu'une exclusion & une peine, parce que l'institution ni l'exhéredation ne sont pas nécessaires; mais dans les Pays du Droit écrit, elle est non-seulement une exclusion & une peine, mais encore une formalité qui doit être mise à la place de l'institution, nécessaire pour la validité du testament.

3. Histoire & système du Droit sur l'exhérédation.

Pour se mettre à portée de décider sur les vrais principes, tous les doutes qui peuvent se présenter sur la matiere de l'exhéredation, il faut connoître l'histoire & le système du Droit Romain, au sujet de la succession selon le Droit Civil ou Prétorien, parce que la nécessité de l'exhéredation avoit son fondement dans le droit de succeder, comme le prouve le §. *emancipatos*, *instit. de exhered. liber. emancipatos libero jure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes.*

Nécessité de l'exhérédation fondée sur le droit de succeder.

4. La faculté de succeder dépendoit de la puissance paternelle.

Les enfans émancipez ne pouvoient pas succeder.

Le même texte & le §. *emancipati 9, instit. de hered. quæ ab intestato defer.* prouvent encore que la faculté de succeder en ligne directe, dépendoit non du lien du sang, mais du lien civil de la puissance paternelle; voilà pourquoi les enfans émancipez n'avoient aucun droit ni qualité pour succeder à leur pere : *emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent; neque enim sui heredes sunt, qui in potestate parentis esse desierunt : neque ullo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur*, dit le §. 9, déja cité.

5. Le Préteur leur accordoit la possession des biens.

Mais le Préteur par un motif d'équité, avoit temperé la rigueur de la Loi des *douze Tables*, en accordant aux enfans émancipez non le droit de succeder, ce qui n'appartenoit qu'à la puissance de la Loi, qui seule pouvoit faire des héritiers, mais la possession des biens appellée *unde liberi*, de la même maniere que si l'émancipation n'étoit pas intervenue; enforte que le Préteur mettoit les enfans émancipez au niveau de ceux qui étoient en la puissance du défunt, en rendant inutile à cet égard l'émancipation; si bien que les enfans émancipez devenus capables par le bénéfice de l'Edit du Préteur, de recueillir les biens de leur pere, au moyen de la possession des biens, devoient nécessairement être instituez ou exhéredez, afin que le testament fût efficace, suivant le §. 3, *instit. de exhered. liber.* & le §. 9, *instit de hered. quæ ab intestato deferuntur.*

Suivant l'Edit du Préteur les enfans émancipez devoient être instituez ou exhéredez.

6. Pourquoi le Droit ancien n'a

Comme par le Droit ancien les enfans de famille ne pouvoient rien posseder ni acquerir en proprieté, & que tout ce qu'ils ac-

queroient appartenoit dès l'instant à leur pere, à l'exception du pecule castrense, §. 1, *instit. per quas personas cuique acquiritur*, le Droit Civil n'avoit point reglé la forme en laquelle les ascendans devoient succeder à leurs descendans, qui étoient en leur puissance, on déferoit seulement le pécule castrense du fils, en quoi consistoient tous les biens qu'il pouvoit avoir en proprieté, à son pere, *jure peculii*, à raison de la puissance paternelle, & non à titre d'héredité, *L.* 1, *&* *L.* 2, *ff. de castrensi peculio*; mais lorsque le fils défunt avoit été émancipé, le pere étoit appellé à la succession légitime, §. *ad legitimam* 8, *instit. de legitima agnator. successione.*

voit pas reglé la forme en laquelle les ascendans devoient succeder à leurs enfans qui étoient en leur puissance.

Le pere succedoit à son fils émancipé.

7.

Quoique les filles qui étoient en la puissance de leur pere eussent la capacité nécessaire pour succeder, on les distinguoit néanmoins des mâles, il n'étoit pas nécessaire de les instituer ou exhereder, & quoiqu'elles fussent préterites, le testament de leur pere n'étoit pas nul, mais on leur attribuoit une portion des biens de leur pere, *instit. de exheredat. liberor. in princip.* laquelle portion consistoit en une virile, lorsque les héritiers siens se trouvoient instituez, ou en la moitié lorsqu'un étranger se trouvoit héritier, comme l'enseigne *Ulpien dans ses fragmens*, *tit.* 22, §. 14, ensorte que les filles qui étoient préterites, augmentoient le nombre des héritiers instituez; c'est ce que l'Empereur marque par ces paroles: *jus tamen accrescendi eis ad certam portionem præstabatur*, & l'on en usoit de la même maniere à l'égard des petits-fils, mâles ou filles, & des enfans descendans par mâle: *sed non ita de filiabus, & aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus antiquitati fuerat observatum: sed si non fuerant scripti heredes, scriptave, vel exheredati exheredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, jus tamen adcrescendi eis ad certam portionem præstabatur*, dit l'Empereur Justinien, aux institutes *de exhered. lib. in princip.*

Des filles qui étoient en la puissance de leur pere, & si elles devoient être instituées ou exhérédées.

Des petits fils descendans par mâles.

La Loi des douze Tables n'avoit admis que deux ordres de succession; sçavoir, celui des héritiers siens, c'est-à-dire, de ceux qui étoient en la puissance du défunt, & celui des agnats, c'est-à-dire, des parens collateraux descendans par mâle; delà vient que les enfans ne succedoient pas à leur mere, ni la mere à ses enfans; mais le Préteur leur accordoit la possession des biens appellée, *undè cognati*, Ulpien dans ses fragmens, *tit.* 26, *in princip. & instit. de Senatusconsulto Tertulliano in princip.* Dans la suite l'Empereur Claude accorda à la mere la succession de ses enfans, & le Senatusconsulte Tertullien, fait durant le regne de l'Empereur Adrien, confirma & expliqua la Constitution de l'Empereur

8.

La Loi des douze Tables n'avoit admis que deux ordres de succession, celui des heritiers siens, & celui des agnats.

Si les enfans succedoient à leur

mere, & vice versâ. Claude, §. 1 & 2, *inſtit. de S. C. Tertull.* & par le Senatuſconſulte Orficien, porté durant le regne de l'Empereur Marc Aurele, la ſucceſſion de la mere fut déferée à ſes enfans, *inſtit. de Senatuſconſulto Orficiano, in princip.*

9. Les perſonnes qui avoient le droit de ſucceder, avoient un droit acquis ſur la ſucceſſion.

Ce ſont-là les differentes ſources du droit de ſucceder, qui ont donné lieu à la néceſſité d'inſtituer, ou d'exhéreder pour la validité du teſtament, à cauſe que les perſonnes auſquelles la Loi déferoit la ſucceſſion, avoient une eſpece de droit formé, pour réſoudre lequel droit l'exhéredation étoit néceſſaire, afin que les ſucceſſeurs légitimes fuſſent valablement exclus; les Loix s'en ſont clairement expliquées par rapport aux héritiers ſiens, qu'elles conſideroient moins comme héritiers, lorſqu'ils recueilloient la ſucceſſion de leur pere, que comme acquerant la libre adminiſtration des biens dont ils étoient réputez les maîtres, même du vivant de leur pere; enſorte que la délation de l'héredité n'eſt qu'une continuation de proprieté, *L. in ſuis* 11, *ff. de liberis & poſthumis*; il falloit donc une diſpoſition expreſſe & litterale pour les exclure de ce droit acquis par le bénéfice de la Loi, *certo enim judicio liberi à parentum ſucceſſione removendi ſunt*, comme s'explique la Loi 18, *ff. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas*; c'eſt-là l'origine, la ſource & la cauſe de la néceſſité d'inſtituer ou d'exhéreder, introduite d'abord par rapport aux enfans en la puiſſance du Teſtateur, & enſuite communiquée aux aſcendans, auquel le droit de ſucceder à leurs deſcendans *turbato ordine mortalitatis* fut attribué, *L.* 15, *ff. de inoff. teſtam.* & encore aux collateraux en certains cas, que nous expliquerons dans la ſuite.

Preuves par rapport aux enfans heritiers ſiens.

Etoient conſiderez comme maîtres pendant la vie de leur pere.

Il falloit les exclure par une diſpoſition certaine.

Quid des aſcendans & des collateraux.

10. Changement du Droit ancien par les Loix du Code & par les Inſtitutes.

L'Empereur Juſtinien dans le §. *ſed hæc quidem* 5, *inſtit. de exheredat. liberorum*, & dans la Loi *maximum vitium* 4, *cod. de liberis præteritis*, changea en partie la diſpoſition du Droit ancien. Premierement, il abrogea la diſtinction & la différence des ſexes, & il ordonna que les filles de même que les mâles qui étoient en la puiſſance du Teſtateur fuſſent inſtituées ou exhéredées nommément, & non par une diſpoſition générale, *inter cæteros*, comme il étoit permis auparavant. En ſecond lieu, que les filles émancipées ſeroient miſes au niveau des fils émancipez. En troiſiéme lieu, que les petits-fils & autres deſcendans par mâle, repréſentant le premier dégré, auroient les mêmes avantages que les enfans au premier dégré; de maniere toutefois que les filles, & les autres deſcendans par mâles, qui ſont en la puiſſance du Teſtateur, & qui ne ſont pas inſtituez ou nommément exhéredez rendent le teſtament de leur pere nul de plein droit, tout comme

les Loix antérieures l'avoient établi par rapport aux mâles du premier dégré, & que les filles, & les petits-fils deſcendans par mâles émancipez, pourroient demander la poſſeſſion des biens *contra tabulas*, s'ils n'étoient inſtituez ou nommément exhéredez, comme cela ſe pratiquoit à l'égard des enfans au premier dégré mâles & émancipez. En quatriéme lieu, comme anciennement on uſoit de diſtinction à l'égard des poſthumes femelles, & des filles déja nées: car il étoit permis d'exhéreder les filles nées ſans leur laiſſer aucun legs, & ſans faire mention expreſſe d'elles, *& inter cæteros*; au lieu que les filles poſthumes ne pouvoient être exhéredées qu'en leur faiſant un legs; l'Empereur Juſtinien veut, que ce qui eſt établi pour les poſthumes mâles, ait lieu pour les poſthumes femelles, & que les uns & les autres ſoient inſtituez, ou nommément exhéredez, en faiſant mention des poſthumes mâles ou femelles. Le même Empereur changea encore cette diſpoſition par la Loi 30, *cod. de inoff. teſtam*, & la Novelle 18, *ch.* 1, en retranchant la néceſſité d'inſtituer les enfans & les autres perſonnes qui avoient le droit d'intenter la plainte d'inofficioſité, ou de demander la poſſeſſion des biens *contrà tabulas*, c'eſt-à-dire, les deſcendans par femme, & les enfans émancipez & leurs deſcendans, comme nous l'expliquerons dans la Section ſuivante, les aſcendans & les freres germains ou conſanguins, *turpi perſonâ inſtitutâ*, & en ordonnant qu'il ſuffiroit de leur avoir laiſſé la légitime à quelque titre que ce fût; qu'il ſuffiroit même qu'il fût fait à ces perſonnes quelque liberalité, quoiqu'elle ne remplît pas la légitime, pour que le teſtament ne pût point être attaqué, & que la plainte d'inofficioſité & la demande de la poſſeſſion des biens *contrà tabulas*, ne puſſent être propoſées que quand les enfans & les perſonnes de la qualité ci-deſſus exprimée auroient été totalement oubliez, & qu'il ne leur auroit été rien laiſſé; car à l'égard des enfans que le Teſtateur avoit en ſa puiſſance, cette Loi ne fit aucun changement, puiſqu'elle ne parle que de ceux qui avoient droit de faire renverſer un teſtament bon dans ſon principe, & qui devoit être reſcindé par la plainte d'inofficioſité, ou quelqu'autre moyen: *& in certis caſibus in quibus de inofficioſis defunctorum teſtamentis vel alio modo ſubvertendis moveri ſolebat actio*, dit cette Loi, ce qui ne peut pas convenir aux teſtamens, où les enfans en la puiſſance du Teſtateur ſe trouvoient préterits, à cauſe qu'ils étoient tellement nuls de plein droit, qu'ils ne pouvoient pas devenir valables, même par le prédecès des enfans préterits, *inſtit. de exheredat. liberor. in princip.*

Nouveau changement qui retranche la néceſſité d'inſtituer.

11. Correction du Droit du Code par la Novelle 115, par rapport aux aſcendans & deſcendans.

L'Empereur Juſtinien ayant ſenti l'imperfection de cette Juriſprudence, y a mis la derniere main, par la *Novelle* 115, où il a reglé la néceſſité de l'inſtitution, & de l'exhérération en ligne directe deſcendante & aſcendante; mais avant d'expliquer le droit nouveau ſur ce point, il importe de voir ce qui ſe pratiquoit ſelon le Droit ancien ſur la faculté d'exhéréder, & ſur l'obligation d'inſtituer par rapport à la mere, & aux autres aſcendans maternels.

12. Le pere avoit le droit & puiſſance de vie & de mort, & pouvoit exhéréder ſes enfans ſans cauſe.

Selon *la Loi des douze Tables*, le pere avoit la puiſſance de vie & de mort ſur les enfans; par une ſuite de cette même puiſſance, il avoit le droit d'exhéréder ſes enfans, ſans exprimer, ni alleguer aucune cauſe d'exhérédation; cela eſt clairement marqué dans la Loi *in ſuis* 11, *ff. de liberis & poſthumis*; cependant, il étoit néceſſaire que l'exhérédation fût fondée ſur une cauſe légitime, & ſi les enfans prétendoient avoir été injuſtement exhérédez, ils étoient reçus à impugner le teſtament de leur pere & des autres aſcendans, en prouvant qu'ils ne s'étoient jamais écartez du reſpect paternel, & qu'ils avoient été toujours obéïſſans à leur pere, à moins que les heritiers inſtituez n'aimaſſent mieux prouver l'ingratitude des enfans exhérédez. *Liberi de inofficioſo querelam contra teſtamentum parentum moventes, probationem debent præſtare quod obſequium debitum jugiter prout ipſius naturæ religio flagitabat, parentibus adhibuerint, niſi ſcripti heredes oſtendere maluerint ingratos liberos contra parentes extitiſſe*, dit la Loi 28, *cod. de inoff. teſtam.* mais ſi le pere avoit exprimé dans ſon teſtament quelque cauſe d'ingratitude ſur laquelle il avoit fondé l'exhérédation, l'heritier étoit obligé d'en faire la preuve, *L.* 30, *cod. de inoff. teſtam. ſi tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos ſcilicet ingratos circa ſe fuiſſe teſtator dixerit.* La Loi 2, *cod. Theod. de inoff. teſtam.* veut auſſi que quand le fils qui avoit teſté n'avoit pas laiſſé la légitime à ſa mere, il falloit s'enquerir ſi la mere avoit offenſé ſon fils, ſans expliquer ſi c'eſt à la mere préterite ou aux heritiers du fils, que la néceſſité de faire la preuve devoit être impoſée. *Jacques Godefroy* croit que la preuve devoit être faite par la mere comme elle n'avoit point offenſé ſon fils, parce qu'il faut préſumer pour le fils Teſtateur: *Accurſe*, *Bartole*, & les autres Interpretes ſur la Loi 28, *cod. Juſtin. de inoff. teſtam.* croyent que la preuve de l'ingratitude devoit être faite par les heritiers du fils, & que l'on doit préſumer pour la mere: ce qui eſt conforme au Droit nouveau.

L'exhérédation devoit être fondée ſur une cauſe préſumée.

Les fils qui vouloient attaquer le teſtament de leur pere, où ils étoient exhérédez, devoient prouver qu'ils avoient été toujours obéïſſans.

Si le pere avoit exprimé une cauſe, ſon heritier devoit la prouver.

Quid de la mere préterite dans le teſtament de ſon fils.

13. Si la mere & les autres aſcendans

D'autre part, la mere & l'ayeul, & autres aſcendans mater-

nels, n'étoient pas obligez d'instituer ou d'exhéréder leurs enfans & descendans; mais ils pouvoient les passer sous silence, ensorte que leur silence operoit à leur égard le même effet que l'exhérédation faite par le pere. Voilà pourquoi le testament n'étoit pas nul; même le Préteur n'accordoit point la possession des biens aux enfans préterits par la mere ou par les autres ascendans maternels, il ne leur restoit d'autre ressource, que d'attaquer le testament par la plainte d'inofficiosité, en prouvant qu'ils avoient été injustement préterits, §. *mater* 7, *instit. de exhered. liber.* L. 4, §. 2, *ff. de bonor. possess. contr. tab.* L. 8, *ff. cod. & instit. de inoff. testam. in principio.*

maternels étoient obligez d'instituer ou d'exhéréder leurs enfans.

Il faut voir presentement ce que l'Empereur Justinien a ordonné par la *Novelle* 115, *chapitre* 3; il impose aux peres & meres, ayeuls & ayeuls, & autres ascendans, la nécessité d'instituer leurs enfans & descendans; il déclare qu'il ne suffit pas qu'ils leur ayent laissé la légitime à quelque titre que ce soit, autre que celui d'institution, comme de legs, de fideicommis ou de donation, il leur défend de les passer sous silence, & de les exhéréder, à moins qu'ils ne soient tombez dans quelques-unes des causes d'ingratitude exprimées dans la même Novelle, dont le Testateur devra faire mention expresse dans le testament: & son heritier devra en faire la preuve, autrement le testament sera nul quant à l'institution; la succession sera déferée *ab intestat*, demeurant néanmoins le legs & fideicommis particuliers & les autres dispositions particulieres dans leur entier, pour être exécutées par les enfans devenus heritiers *ab intestat*. *Sancimus igitur non licere penitus patri, vel matri, avo, vel avia, proavo, vel proavia, suum filium, vel filiam, vel cæteros libros præterire, aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quemlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum, eis dederit legibus debitam portionem; nisi forsan probabuntur ingrati & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento . . . si autem hæc observata non fuerint, nullum exheredatis liberis prejudicium generari.* C'est ainsi que s'explique le texte suivant la traduction vulgaire; mais celle d'*Haloander* porte: *Si hæc ita observata non fuerint, nullum liberis præjudicium fiat, qui heredes instituti non sunt;* ce qui comprend, & les enfans préterits & les enfans exhérédez; au lieu que l'autre lecture ne parle que des enfans exhérédez, & laisse dans l'incertitude, les enfans préterits, quoique les premieres paroles du *chapitre* 3 de cette *Novelle*, faissent comprendre d'une

144. Disposition de la *Novelle* 115, *chapitre* 3, par rapport aux descendans.

Difference entre la traduction vulgaire & celle d'*Haloander*.

maniere indubitable, que l'Empereur parle des enfans préterits tout comme des exhérédez, & que la préterition doit produire le même effet que l'exhérédation ſans juſte cauſe légalement prouvée. Le texte continuë en diſant : *Sed quantum ad inſtitutionem heredum pertinet teſtamento evacuato ad parentum hereditarem liberos tanquam ab inteſtato ex æquâ parte pervenire.* Il y a encore cette difference dans la tradition *d'Haloander*, qu'au lieu des mots *teſtamento evacuato*, on lit *ad irritum recidente teſtamento* : termes qui prouvent que le teſtament eſt déclaré nul, & anéanti, quant à l'inſtitution, par la Loi même, & non pas inofficieux ſeulement, comme l'ont penſé mal-à-propos quelques Auteurs, toutes les fois qu'un enfant eſt préterit ou injuſtement exhérédé par un aſcendant de quelque ſexe, & de quelque dégré qu'il ſoit, & qu'aujourd'hui la plainte d'inofficioſité eſt abſolument inutile à l'égard des deſcendans préterits ou exhérédez ſans cauſe, ou avec une cauſe qui n'eſt pas prouvée, parce que la formalité intrinſeque n'eſt pas remplie; c'eſt ainſi que l'ont fort bien penſé *Martinus*, ancien Gloſſateur, dont le ſentiment eſt rapporté par *Accurſe* ſur la *Novelle* 115, *chapitre* 3, *verb. nominatim.* C'eſt encore ainſi que l'ont penſé *Me. Duval*, très-habile Profeſſeur en Droit François à Toulouſe, dans ſes *Inſtitutions au Droit François*, *livre* 2, *chapitre* 14, *pages* 454, 455, & *Carondas*, dans ſes *Pandectes*, *livre* 3, *chapitre* 12, *page* 160, *de l'édition de* 1610, qui remarque que la plainte d'inofficioſité a été révoquée par la *Novelle* 115, & la nullité de plein droit réſulte bien clairement de ces paroles du *chapitre* 4 de la même *Novelle. Si autem hæc omnia non fuerint obſervata, nullam vim hujuſmodi teſtamentum quantum ad inſtitutionem heredum habere ſancimus.* Le texte de cette Novelle qui avoit été mal expliqué par pluſieurs Interpretes, ſe trouve aujourd'hui rétabli dans ſa pureté par une explication très-exacte dans les *articles* 50 *&* 53 *de l'Ordonnance de* 1735, qui prononcent la nullité de l'inſtitution & des diſpoſitions univerſelles, lorſque ceux qui ont droit de légitime, ne ſe trouvent pas inſtituez en ce qui leur eſt laiſſé par le Teſtateur.

Nullité d'un teſtament à cauſe de la préterition ou de l'exhérédation injuſte d'un enfant.

La plainte d'inofficioſité eſt inutile dans ce cas.

Confirmation par *l'Ordonnance de* 1735.

Il réſulte de cette Novelle, 1°. Qu'il n'y a aucune difference entre les aſcendans qui ont leurs deſcendans en leur puiſſance, & ceux qui n'ont point cette puiſſance, & que ce qui avoit été ordonné par rapport aux heritiers ſiens, a été communiqué à toutes ſortes de deſcendans ſans diſtinction de puiſſance paternelle : Ainſi, tout comme le pere devoit, ſelon le Droit ancien, inſtituer

1°. Concluſions qui réſultent de cette *Novelle.*

Premiere concluſion.

instituer ou exhéréder ses enfans pour la forme intrinseque du testament, le pere, la mere & les autres ascendans devoient aussi instituer, ou exhéréder leurs enfans & descendans, sans aucune difference de sexe, de dégré & de puissance paternelle, parce que tous les enfans sont aujourd'hui vrais heritiers siens, à cause que suivant la *Novelle* 118, le droit de succeder ne dépend plus du lien civil de la puissance paternelle; mais il est attaché au lien du sang.

16. Deuxiéme conclusion.

2°. Que les enfans, & descendans mâles ou femelles, émancipez ou non, ont tous les mêmes avantages, qu'ils sont heritiers légitimes, & qu'ils n'ont pas besoin de demander la possession des biens *contrà tabulas*, lorsqu'ils sont préterits, ou injustement exhérédez, puisqu'ils sont tous appellez indistinctement pour recueillir la succession *ab inteſtat*, lorsque le testament est infecté du vice de préterition, ou que quelqu'un des enfans ou descendans qui auroit dû être institué a été exhérédé sans cause, ou avec cause non justifiée; car la possession des biens n'étoit accordée qu'à ceux qui ne pouvoient pas succeder en vertu de la Loi, à cause de l'émancipation qui emportoit le lien civil de la puissance paternelle.

L'hérédité est ouverte *ab inteſtat*, lorsque le testament est nul par préterition, ou exhérédation injuste.

17. Des testamens faits par les descendans, & de l'institution des ascendans.

Par rapport aux enfans & descendans, il ne leur est pas permis de passer sous silence leurs ascendans, & de les exclure de leurs biens; mais ils doivent ou les instituer ou les exhéréder pour quelqu'une des causes qui sont exprimées dans le *chapitre* 4, de la même *Novelle:* laquelle cause doit être exprimée dans le testament, & prouvée, autrement le testament est nul quant à l'institution, & la succession est déferée *ab inteſtat* : néanmoins les legs & fideicommis particuliers & autres dispositions doivent être entretenus. *Sancimus itaque non licere liberis parentes ſuos præterire, aut quolibet modo à rebus propriis in quibus habent teſtandi licentiam, eos omninò alienare, niſi cauſas quas enumeravimus in ſuis teſtamentis ſpecialiter nominaverint . . . . ſi tales igitur cauſas, vel certas, vel unam ex his liberi in ſuis teſtamentis inſcripſerint, & ſcripti ab eiſdem heredes . . . probaverint, teſtamentum in ſuâ firmitate manere præcipimus. Sin autem hæc omnia non fuerint obſervata, nullam vim hujuſmodi teſtamentum, quantum ad inſtitutionem heredum, habere ſancimus.* Il est donc clair que le testament du fils ou de tout autre descendant, dans lequel un ascendant se trouve préterit ou exhérédé sans cause, ou pour juste cause non prouvée, est nul deplein droit quant à l'institution d'heritier; ce qui est marqué

Disposition de la *Novelle* 115, *chapitre* 4, selon la traduction vulgaire.

Nullité de plein droit, quant à l'institution.

bien nettement par ces termes : *Nullam vim*, que nous avons transcrits : *Sed rescisso testamento, eis qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus ;* ou comme s'explique la traduction *d'Haloander*, plus exacte que la vulgaire : *Si hæc ita observata non sint ; neque vigorem hujusmodi testamentum (quantum ad institutionem heredum) habeat sancimus, quin subverso testamento, his qui ab intestato ad defuncti hereditatem vocantur, illius res assignari disponimus ;* & par conséquent, on doit dire dans ce cas comme dans celui de la préterition & de l'exhérédation des descendans, que la plainte d'inofficiosité est abrogée, parce que l'on peut faire déclarer nul le testament à cause de la préterition des ascendans ou de leur injuste exhérédation, ce qui exclut la plainte d'inofficiosité, qui étoit un remede auquel l'on ne pouvoit avoir recours que quand on n'en avoit aucun autre, *L. 4, cod. de liber. præter.* vû que la *Novelle* 115 introduit un droit nouveau, & une nouvelle formalité intrinseque, qui consiste en la nécessité d'instituer les ascendans, ou de les exhéréder pour juste cause légalement prouvée ; & le sentiment des Auteurs qui ont pensé le contraire n'a aucun fondement, parce qu'ils ne l'appuyent que sur le Droit ancien corrigé & confirmé par la Novelle qui a mis les filles au niveau des mâles, en la puissance du Testateur, qui a égalé les descendans par femme à ceux qui sont descendans par mâle, & les enfans émancipez à ceux qui sont en la puissance de leur pere, en imposant aux ascendans la nécessité d'instituer leurs descendans sans distinction, ou de les exhéréder pour juste cause, exprimée & prouvée, suivant le *chapitre* 3 ; qui a aussi imposé la nécessité aux descendans d'instituer ou d'exhéréder pour juste cause exprimée & prouvée les ascendans, par le *chapitre* 4 ; qui par le *chapitre* 5, a mis de niveau les ascendans & les descendans, & communiqué aux ascendans préterits, ou exhérédez injustement, le même avantage que le Droit ancien avoit accordé aux heritiers siens ; & qui enfin a établi toutes ces égalitez, afin que les enfans ne fussent pas exposez à souffrir du tort par le caprice de leurs ascendans, & que réciproquement ceux-ci ne fussent pas exposez à recevoir du tort par les dispositions de leurs enfans. *Hæc autem disposuimus ut & parentes & filios à testamentorum injuriâ liberos reddamus*, dit le *chapitre* 5 de la *Novelle* 115, laquelle a été ainsi expliquée par les *articles* 50 *&* 53 *de l'Ordonnance de* 1735.

Selon la traduction d'*Haloander*.

Le testament est nul quand il y a préterition ou exhérédation injuste d'un ascendant.

La plainte d'inofficiosité est inutile dans ce cas.

C'étoit un remede auquel on ne pouvoit recourir que quand on n'en avoit point d'autre.

Nouvelles dispositions & égalitez établies par la Novelle 115.

Confirmation par l'Ordonnance de 1735.

28. Des collateraux,

A l'égard des collateraux, le Droit nouveau n'a fait d'autre

changement, sinon qu'il a fixé & marqué les causes pour lesquelles ils pouvoient être exhérédez, comme il paroît de la *Novelle* 22, *chapitre* 47, n'en étant point parlé dans la *Novelle* 115.

& s'ils doivent être instituez ou exhérédez.

Il faut d'abord observer que suivant la Loi 21, *cod. de inoff. testam.* & le §. 1, *instit. eod.* les fils des freres ou des sœurs ni les oncles, non-plus que les autres parens collateraux plus éloignez, ne peuvent pas impugner le testament de leur parent par la plainte d'inofficiosité, encore moins par la possession des biens *contrà tabulas*, puisque ce dernier remede n'étoit accordé qu'aux enfans émancipez & à leurs enfans qui representoient le premier dégré lors du décès du Testateur.

19. Les collateraux autres que les freres ne peuvent pas intenter la plainte d'inofficiosité.

Nous voyons dans la Loi 1, *cod. Theod. de inoff. testam.* que l'Empereur Constantin n'avoit permis qu'aux seuls freres germains, tandis qu'ils conservoient le droit d'agnation, *agnatione durante*, parce qu'il donnoit le droit de succeder suivant le Droit ancien, & non aux uterins ni aux sœurs germaines, le droit de se plaindre du testament de leur frere, qui avoit institué une personne infâme. Par les freres germains, on entendoit, selon la remarque de *Jacques Godefroy* sur cette Loi, non-seulement les freres nez d'un même pere & d'une même mere, mais encore ceux qui étoient nez seulement d'un même pere, que l'on appelle aujourd'hui consanguins. Voici de quelle maniere cette Loi étoit conçuë : *Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur, & germanis tantummodo fratribus adversus eos dumtaxat institutos heredes, quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnatione durante, sine auxilio Prætoris, petitionis aditus referetur.* Il falloit donc le concours de trois conditions, suivant la remarque de *Jacques Godefroy* : 1°. Que les freres fussent consanguins & non uterins seulement. 2°. Qu'une personne infâme fût instituée seule. 3°. Que l'agnation durât, & qu'elle ne fût point emportée, & elle étoit emportée par l'exil, la captivité ou l'émancipation, selon le même Auteur.

20. Quels freres pouvoient intenter cette plainte, suivant le Droit ancien, & dans quel cas.

Texte de la Loi 1, *cod. Theod. de inoff. testam.*

Agnation, comment étoit emportée.

La raison pourquoi les freres uterins étoient exclus de cette faculté est, parce que dans le tems auquel cette Loi fut portée, c'est-à-dire en 319, il n'y avoit, selon la Loi des douze Tables, que deux ordres de succession ; celui des enfans en la puissance du défunt, & celui des agnats, au nombre desquels les freres uterins n'étoient pas mis. A l'égard des sœurs germaines, cette faculté leur étoit refusée, parce qu'on ne leur accordoit pas par le Droit ancien la faculté d'intenter la plainte

21. Raisons pourquoi les freres uterins n'avoient pas la plainte d'inofficiosité.

Raisons pourquoi les sœurs n'avoient pas ce droit.

d'inofficioſité contre le teſtament de leur pere, ni le droit de demander la poſſeſſion des biens *contrà tabulas*, ni même celui de faire déclarer le teſtament nul, quoiqu'elles fuſſent en ſa puiſſance : *Inſtit. de exhered. liberorum in princip.*

22. Changemens faits par l'Empereur Juſtinien.

L'Empereur Juſtinien a porté quelques changemens à cette Juriſprudence, puiſqu'il a accordé la faculté d'intenter la plainte d'inofficioſité non-ſeulement aux freres conſanguins, mais encore aux ſœurs conſanguines, & encore, non-ſeulement tandis que le Droit d'agnation duroit; mais encore après qu'il avoit ceſſé, *durante agnatione vel non*, à cauſe qu'il avoit abrogé la difference établie par le Droit ancien, entre le Droit d'agnation & de cognation; mais il exige qu'une perſonne infâme ait été inſtituée au préjudice des freres. Cela paroît du §. 1, aux *inſtit. de inoff. teſtam.* & par les additions qu'il a faites à la Loi 2, *cod. Theod. de inoff. teſtam.* en l'inſerant dans ſon code. C'eſt la 27^e^. du même titre.

Les ſœurs conſanguines admiſes à la plainte d'inofficioſité.

Differences entre l'agnation & la cognation, abrogées.

23. Si les freres doivent être inſtituez ou exhéréder par leur frere, *turpi perſonâ inſtituâ.*

Nous ne trouvons dans aucun texte qu'on ait impoſé au frere la néceſſité d'inſtituer ou d'exhéréder ſes freres. Le ſeul défaut de n'avoir pas laiſſé la légitime à ſes freres, ou de n'avoir pas fait mention d'eux en leur faiſant quelque legs ou autre liberalité, ſert de fondement à la plainte d'inofficioſité, comme le prouve la Loi 30, *cod. de inoff. teſtamento*, qui parlant des enfans & des autres perſonnes auſquelles il étoit permis d'intenter la plainte d'inofficioſité n'exige autre choſe, afin que la plainte d'inofficioſité ſoit excluë, ſinon que la légitime ſoit laiſſée à quelque titre que ce ſoit, ou que quelque liberalité leur ait été faite ſans exprimer que la légitime ſeroit ſuppléée; enſorte que cette plainte n'étoit accordée que quand il n'étoit fait aucune mention des perſonnes; laquelle Loi qui fut confirmée par la *Novelle* 18, *chapitre* 1, a été corrigée par rapport aux aſcendans & aux deſcendans, mais non à l'égard des collateraux, par la *Novelle* 115, *chapitre* 3 & 4, qui ne parle que des enfans & des aſcendans, & laiſſe par conſéquent dans ſon entier ce qui avoit été ordonné par les Loix du Code à l'égard des collateraux; mais aujourd'hui ſelon *l'Ordonnance de* 1735, *articles* 50 & 53. Dans les cas où la légitime eſt dûe aux collateraux ſur les biens du frere, *turpi perſonâ inſtitutâ*, ils doivent être inſtituez au moins en ce que le Teſtateur leur laiſſera, & en cas de préterition le teſtament ſera déclaré nul, quant à l'inſtitution, par où les collateraux qui ont droit de légitime dans les Pays où l'inſtitution eſt néceſſaire, ſont mis au niveau des aſcendans, & des deſcendans ſur ce point.

Diſpoſition de la Loi 30, *cod. de inoff. teſtam.*

Qu'elle n'a été corrigée qu'à l'égard des aſcendans & des deſcendans.

Selon *l'Ordonnance de* 1735, les collateraux, quand la légitime leur eſt dûë, doivent être inſtituez à peine de nullité.

Les personnes viles & infâmes dont parle la Loi 27, *cod. de inoff. testam.* sont assez bien désignées par ces paroles de la Loi *si scripti heredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ maculâ aspergantur*; ce qui comprend, 1°. Ceux qui sont notez d'infamie, ou qui ont souffert une condamnation portant note d'infamie de droit. A l'égard de l'infamie de fait, les Interpretes pensent qu'elle donne lieu à la plainte d'inofficiosité; mais en France on ne connoît point cette infamie. 2°. Les personnes qui menent une mauvaise vie, comme sont les femmes & filles débauchées, *meretrices*, comme l'explique l'Interprete de la Loi 1, *cod. Theod. de inoff. testam.* comme aussi celles qui exercent une profession vile & infâme, tels sont les Bateleurs, les Operateurs, Danseurs de corde, & autres personnes de théâtre. 3°. Les personnes qui sont nées d'une conjonction illégitime, *Jacques Godefroy* sur cette même *Loi*. 4°. Les affranchis qui sont tombez dans le cas d'ingratitude envers leurs Patrons. Cette derniere espece de personnes est marquée dans la Loi 27, *cod. de inoff. testam.* qui fait comprendre aussi que les esclaves étoient dans le même rang, à moins qu'ils ne fussent instituez par leurs maîtres comme heritiers nécessaires; mais cette Loi n'entend pas parler des personnes indignes ou incapables; car on n'a pas besoin de recourir à la plainte d'inofficiosité pour les faire priver de l'institution faite en leur faveur: Nous en avons parlé au *chapitre 6, sections 2 & 3.*

24. Quelles sont les personnes viles, & infâmes, dont l'institution donne lieu à la plainte d'inofficiosité pour les freres & sœurs consanguins.

Rien n'étoit plus nécessaire que d'entrer dans un détail exact de l'histoire des variations du Droit Romain, au sujet de la nécessité de l'institution, ou de l'exhérédation des enfans, & des ascendans; parce que c'est l'unique moyen de découvrir la verité, parmi cette grande varieté dans les opinions des Auteurs qui se sont partagez sur plusieurs questions importantes, lesquelles sont, pour ainsi dire, la clef de toute la matiere, & cette diversité est si grande, & les argumens qu'ils employent pour soutenir leurs décisions, sont si multipliées, que l'on se perd & l'on s'abîme quand on les suit, & la verité demeure ensevelie dans les ténebres les plus épaisses.

25. Raisons pourquoi l'Auteur est entré dans le détail des variations du Droit Romain, sur la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation.

Telle est, par exemple, cette fameuse question: Si la préterition produit une nullité radicale du testament, ou s'il faut venir par la plainte d'inofficiosité. Telle est cette autre question: Si la préterition de la mere & des ascendans maternels, differe de celle du pere, qui a ses enfans en sa puissance. Telle est cette autre question: Si l'exhérédation sans cause ou avec

26. Questions controversées parmi les Auteurs.

une cauſe exprimée, mais qui n'eſt pas juſtifiée, produit une nullité, ou ſeulement l'action pour intenter la plainte d'inofficioſité. Telle eſt enfin cette autre queſtion : Si la préterition des enfans émancipez dans le teſtament de leur pere, donne à ces enfans émancipez d'autre droit que celui de demander la poſſeſſion des biens, s'ils peuvent intenter la plainte d'inofficioſité, ou attaquer le teſtament par nullité. Toutes ces queſtions ſont ſans contredit des plus importantes; elles ſe preſentent journellement dans les Tribunaux, & on les voit juger tantôt d'une façon, tantôt de l'autre, non-ſeulement dans les differens Tribunaux; mais encore dans un même Tribunal, parce que les Auteurs les décident diverſement, & que l'on abandonne la regle renfermée dans le texte, pour s'attacher à l'opinion des Auteurs qui ont acquis le plus de credit dans l'eſprit des Juges; cependant elles ſont toutes ſuſceptibles d'une ſeule & unique réſolution. Il me ſemble que je l'ai démontré en remontant à la ſource de la Juriſprudence Romaine, en la ſuivant dans ſon progrès & dans ſes variations, en la conſiderant dans ſon dernier periode, & en découvrant par ces operations ce qui demeure en vigueur après les differentes abrogations, & corrections qu'elle a ſouffertes.

Que toutes ces queſtions ſont ſuſceptibles d'une même réſolution.

27. Dans tous ces cas, le teſtament eſt radicalement nul.

Nous diſons donc que dans les quatre cas que nous venons de propoſer, le teſtament eſt eſſentiellement & radicalement nul quant à l'inſtitution, que l'hérédité eſt déferée *ab inteſtat*, qu'on n'a pas beſoin d'intenter la plainte d'inofficioſité, ni de demander la poſſeſſion des biens, & que la préterition & l'exhérédation injuſte, ou dont la cauſe n'eſt pas juſtifiée, renferment non-ſeulement une injure faite aux enfans préterits ou exhérédez, ſuivant la Loi 24, *cod. de leg.* & la Loi 31, *cod. de fideicommiſſ.* mais encore une nullité intrinſeque du côté de la forme eſſentielle, *inſtit. de exhered. liberor.* Dumoulin, ſur la Loi *commodiſſimè*, *num.* 29, *ff. de liber. & poſthum.* & qui de plus attaquent la capacité du Teſtateur : *Tanquam non fuerit ſanæ mentis*, *L.* 2, *L.* 5, *ff. de inoff. teſtam. L.* 36, *ff. de leg.* 3, *& inſtit. de exhered. liberor. in princip.*

La préterition & l'exhérédation renferment une injure, un défaut de forme eſſentielle, & attaquent la capacité du Teſtateur.

28. La nullité eſt établie à raiſon de la préterition, par l'*Ordonnance de* 1735.

Cela ne peut point aujourd'hui ſouffrir de doute pour la préterition, depuis que l'*Ordonnance de* 1735 a tranché toutes les difficultez, lorſqu'elle a déclaré dans les *articles* 50 *&* 53, que *dans les Pays où l'inſtitution eſt néceſſaire pour la validité du teſtament, ceux qui ont droit de légitime ſeront inſtituez heritiers au moins en ce que le Teſtateur leur donnera, & qu'en cas de préteri-*

tion d'aucun de ceux qui ont droit de légitime, le teſtament ſera déclaré nul quant à l'inſtitution d'heritier ; & en cela, l'Ordonnance n'a fait que rendre très-exactement l'eſprit de la *Novelle* 115, comme nous le montrerons bientôt.

29. Preuves que l'exhérédation injuſte produit également la nullité.

Par rapport à l'exhérédation ſans cauſe, ou avec cauſe qui ne ſoit pas prouvée, dont l'Ordonnance ne parle pas expreſſément, la choſe eſt également certaine & indubitable, ſelon la *Novelle* 115 : En effet, quand cette *Novelle* défend au pere & à la mere, & autres aſcendans paternels & maternels, de paſſer ſous ſilence, ou d'exhéréder leurs deſcendans mâles ou femelles, ſans aucun égard à la puiſſance paternelle, quand même ils leur laiſſeroient la légitime à titre de legs, de fideicommis, de donation ou de quelqu'autre titre que ce ſoit. Qu'entend-donc faire cette Loi ? Sinon impoſer aux aſcendans la néceſſité d'inſtituer les deſcendans, de les mettre tous dans le même dégré de faveur, d'abroger la Loi 30, *cod. de inoff. teſtam.* & la *Novelle* 18, *chapitre* 1, qui avoient retranché la néceſſité de l'inſtitution, & permis de laiſſer la légitime *quovis veluti titulo* à ceux qui n'étoient pas en la puiſſance du Teſtateur, d'ôter toutes les differences que le Droit ancien avoit introduites entre les enfans en la puiſſance du Teſtateur, & ceux qui n'y étoient pas ; entre les deſcendans par mâle & les deſcendans par fille ; entre le pere & la mere, & les autres aſcendans paternels, & de communiquer aux enfans émancipez, & aux deſcendans par femme, la même faveur & le même privilege que le Droit ancien avoit accordé aux enfans qui étoient en la puiſſance du Teſtateur. A moins de vouloir renoncer aux lumieres de la droite raiſon, on ne peut pas conteſter ces conſéquences, qui réſultent nettement des diſpoſitions de la *Novelle*, quand on l'examine ſans prévention.

30. Suite.

Lorſque la même *Novelle* défend à tous les aſcendans, ſans diſtinction de ſexe, ni de dégré, d'exhéréder leurs deſcendans mâles ou filles, deſcendans par mâles ou par femmes, ſans une cauſe légitime du nombre de celles qui y ſont renfermées, laquelle doit être exprimée dans le teſtament, & prouvée par l'heritier ; quand elle ajoute que ſi l'on obſerve ce qu'elle preſcrit, le teſtament ſera bon & valable : *Teſtamentum ſuam habere firmitatem ſancimus*, & que dans le cas contraire, les enfans exhérédez n'en pourront ſouffrir aucun préjudice ; mais le teſtament étant emporté, l'hérédité ſera déferée *ab inteſtat*, par égales parts & portions : Qu'entend-t'elle ? Sinon que le teſtament ſera

annullé en vertu de la disposition même ; sans qu'il soit nécessaire de demander la possession des biens, puisque la *Novelle* déclare la succession ouverte *ab intestat*, ce qui est incompatible avec la possession des biens, qui n'étoit accordée par le Préteur que quand les enfans émancipez ne pouvoient pas recueillir la succession légitime, & sans qu'il soit nécessaire d'intenter la plainte d'inofficiosité, qui suppose que le testament est revêtu de toutes les formalitez de Droit, & qu'il est seulement contraire à la pieté: *Si rectè quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis, L. 2, ff. de inoff. testam. & instit. eod. tit. in princip.* au lieu que la *Novelle* introduit & établit comme une formalité, que l'exhérédation soit faite pour une juste cause, & qu'elle soit prouvée, faute de quoi elle annulle, ou rend inutile elle-même le testament : *Sed quantùm ad heredum institutionem attinet ad irritum recidente testamento*, comme s'explique la traduction *d'Haloander* (le même terme *irritum* étant répeté dans *l'Auth. ex causâ cod. de liberis præteritis*, qui est un précis de cette Novelle fait par *Irnerius*) de la même maniere que si l'hérédité n'étoit point acceptée, ou que si le Testateur avoit souffert une mort civile, qui l'eût rendu incapable de tester; car ce sont les cas où le testament *fit irritum*, suivant la Loi 1, & la Loi 6, *§. 5, ff. de injusto rupto*, ce qui se faisoit de plein droit, & sans qu'on eût besoin ni de demander la possession des biens, ni d'intenter la plainte d'inofficiosité; & les mots *evacuato testamento*, que l'on trouve dans la traduction vulgaire, ont la même signification, comme le prouve la Loi 4, *cod. de solutionibus*, où les mots *evacuatæ obligationis*, sont employez pour signifier une obligation éteinte, emportée & anéantie de plein droit par le payement; & c'est ce que l'*Ordonn. de 1735, articles 50 & 53*, a confirmé du moins tacitement; car l'institution & l'exhérédation sont deux contraires, qui doivent se regler par les mêmes maximes, *contrariorum eadem est disciplina*; & comme l'Ordonnance déclare le testament nul dans le cas de la préterition, qui n'est autre chose que le défaut d'institution ou d'exhérédation faites comme il faut : *Neque heredibus institutis, neque ut oportet exheredatis, §. eadem 12, instit. de hered. quæ ab intestato defer.* il doit donc être également nul dans le cas de l'exhérédation sans cause, ou pour cause non justifiée, puisqu'il y a préterition, aux termes du texte des Institutes que nous avons cité, lorsque l'exhérédation n'est pas bien faite.

La plainte d'inofficiosité suppose que le testament est revêtu de toutes les formalitez.

Signification du mot *irritum*.

Signification du mot *evacuatum*.

Il y a préterition non-seulement pour défaut d'institution ; mais encore quand l'exhérédation n'est pas bien faite.

On

On doit raisonner de la même maniere par rapport aux testamens des descendans, où les ascendans sont préterits sans cause ou pour cause non prouvée, parce que la *Novelle* 115, *chapitre* 4, renferme les mêmes dispositions & les mêmes effets au sujet des testamens des descendans que pour ceux des ascendans, & que l'*Ordonnance de* 1735, *articles* 50 *&* 53, a confondu les uns & les autres, & a attaché la peine de nullité dans le cas de la préterition à l'égard de tous ceux auxquels le droit de légitime est dû, dans les Pays où l'institution est nécessaire pour la validité du testament : Ainsi, il n'y a aucune difference à faire entre la préterition & l'exhérédation des descendans, & la préterition & exhérédation des ascendans. Cette même Ordonnance a encore abrogé la difference que le Droit Romain faisoit entre les collateraux & les descendans ou ascendans, comme nous l'avons observé ci-dessus : Ainsi, il est de la derniere évidence, que la nullité du testament est acquise de plein droit à cause de la préterition & de l'exhérédation des enfans ou des ascendans, par la *Novelle* 115 & par *l'Ordonnance de* 1735, & qu'elle est pareillement acquise de plein droit en vertu de l'*Ordonnance de* 1735, à cause de la préterition des collateraux dans le cas où le droit de légitime leur est dû ; au lieu que par le Droit Romain les collateraux ne pouvoient agir que par la plainte d'inofficiosité. De tout ce que nous venons de dire, il s'ensuit, 1°. Que la plainte d'inofficiosité suivant le Droit Romain, n'est plus nécessaire ni aux ascendans, ni aux descendans pour attaquer les testamens. 2°. Que suivant le même droit, elle n'étoit nécessaire que quand il s'agissoit d'impugner le testament d'un frere, *turpi personâ institutâ*. 3°. Que suivant l'*Ordonnance de* 1735, elle n'est nécessaire en aucun cas, pour attaquer le testament par préterition. Voyez *suprà, chap. 6, sect. 3, n.* 169, 170.

31. Si la préterition & l'exhérédation injuste des ascendans produisent la nullité.

Si la préterition des collateraux dans le cas où ils ont droit de légitime, annulle le testament.

Comment & en quels cas la plainte d'inofficiosité est aujourd'hui nécessaire.

Les raisons que nous avons expliquées ci-dessus prouvent combien l'opinion des Auteurs qui ont pensé que ceux qui sont préterits ou exhérédez sans cause ou pour cause non prouvée, n'avoient d'autre droit que d'intenter la plainte d'inofficiosité, est mal fondée, puisque nous avons démontré que le testament est déclaré nul ; qu'ainsi, la plainte d'inofficiosité, qui est un remede extraordinaire & *ultimum adjutorium*, ne peut pas être intentée, *L.* 4, *cod. de liberis præteritis ;* ils peuvent & ils doivent faire valoir la nullité, qui est un moyen plus avantageux, qui dure plus long-tems, & qui n'est pas

32. Réfutation de l'opinion des Auteurs qui ont crû que la préterition ou l'exhérédation ne produisent que la plainte d'inofficiosité.

ſujet aux fins de non-recevoir réſultant de l'approbation qu'on peut tirer de la réception du legs, que la plainte d'inofficioſité qui ne dure que cinq ans, & qui ne peut plus être propoſée dès que le teſtament a été approuvé par la réception du legs, comme nous l'avons montré au chapitre 6, ſection 3. Du reſte, on ne trouve dans la *Novelle* 115, aucun mot d'où l'on puiſſe conclure qu'elle ne traite que de la plainte d'inofficioſité; on voit au contraire, par ſes diſpoſitions, qu'elle rétablit la néceſſité de l'inſtitution, en faveur des enfans, ſans diſtinction, par leurs aſcendans, & en faveur des aſcendans par leurs deſcendans qui teſtent, laquelle inſtitution avoit été abrogée par la *Novelle* 18, & par la Loi 30, *cod. de inoff. teſtam.* à l'égard de ceux qui n'étoient pas en la puiſſance du Teſtateur, & qu'elle attache la peine de nullité au défaut d'obſervation de cette formalité; d'ailleurs, il ſuffiroit que la Novelle eût établi la formalité, afin que la contravention dût néceſſairement produire la nullité, indépendamment de la clauſe irritante, qui ſe trouve à la fin du *chap. 3 & du chap. 4 de la Novelle* 115.

33. Réfutation de ceux qui ont diſtingué la préterition de l'exhérédation.

Les mêmes raiſons ſervent encore à faire voir que les Auteurs qui ont penſé que ceux qui ſont exhérédez ſans cauſe ou pour cauſe non juſtifiée, devoient intenter la plainte d'inofficioſité, ſans pouvoir faire valoir la nullité, ſe ſont éloignez de l'eſprit de la *Novelle* 115, & que la diſtinction qu'ils font entre la préterition & l'exhérédation, eſt contraire à la diſpoſition de cette Novelle, qui établit une Juriſprudence égale & uniforme dans le cas de l'exhérédation, comme dans celui de la préterition.

34. Réfutation de ceux qui ont diſtingué les enfans en la puiſſance de ceux qui n'y ſont pas.

Les Auteurs qui ont diſtingué la préterition du pere qui a ſes enfans en ſa puiſſance, de celle de la mere & des deſcendans maternels, qui ont ſoutenu que la préterition dont parle la *Novelle* 115, s'entend non de celle du pere, mais de celle de la mere; & qui ont prétendu que les enfans préterits par la mere ne pouvoient agir que par la plainte d'inofficioſité, ſuivant le *§. mater 7, inſtit. de exhered. liberorum*, ſe ſont fondez ſur un texte abrogé & corrigé par la *Novelle* 115, qui, comme nous l'avons montré, met tous les enfans ſans aucun égard à la puiſſance paternelle, dans le même dégré de faveur, & communique aux uns, ce que le Droit ancien avoit accordé aux autres, en impoſant la néceſſité aux aſcendans de les inſtituer ou de les exhéréder pour cauſe exprimée & prouvée, à peine de nullité du teſtament ſans aucune diſtinction.

35. Réfutation de ceux qui ont crû que les enfans émancipez ne pouvoient demander que la poſſeſſion des biens.

A l'égard de ceux qui ont crû que les enfans émancipez & préterits par leur pere, n'avoient d'autre reſſource que de demander la poſſeſſion des biens, ſans pouvoir oppoſer la nullité du teſtament, tandis que les enfans en la puiſſance du pere pouvoient attaquer de nullité le teſtament, ſuivant le §. *emancipatos* 3, *le* §. *ſed hæc* 5, *inſtit. de exhered. liberor.* & la Loi 4, *cod. de liberis præteritis*; ils ſe ſont encore plus éloignez que les autres de l'eſprit du Droit Romain; car ils ne ſe ſont pas apperçu qu'avant la *Novelle* 115, les textes ſur leſquels ils fondent leur opinion, ne ſubſiſtoient plus, puiſque s'il faut s'en rapporter à l'opinion de quelques-uns de ces Auteurs, ils avoient été corrigez par la *Novelle* 18, *chapitre* 1, qui retranche la néceſſité de l'inſtitution, à l'égard de tous les enfans indiſtinctement, & qui déclare qu'il ſuffit que la légitime leur ſoit laiſſée à titre de legs, de fideicommis, ou autre quel qu'il ſoit, par où les enfans en la puiſſance, n'ont pas plus de privilege ni d'avantage que les émancipez ou ceux qui deſcendent par femme, & par conſéquent, on ne peut plus ſe ſervir des textes faits avant la *Novelle* 18, pour diſtinguer les enfans en la puiſſance du Teſtateur, de ceux qui ne ſont pas en ſa puiſſance; enſorte que dès qu'ils conviennent que la *Novelle* 115, en dérogeant à la *Novelle* 18, a rétabli le Droit ancien, la *Novelle* 115 ne faiſant aucune diſtinction entre les enfans heritiers ſiens, & ceux qui ne ſont pas en la puiſſance du Teſtateur: elle ne peut pas avoir rétabli une diſtinction déja abrogée par la *Novelle* 18; mais l'abrogation de cette diſtinction, ſubſiſtant, il faut néceſſairement que la *Novelle* 115, qui rétablit la néceſſité d'inſtituer tous les enfans indiſtinctement, ait communiqué aux enfans émancipez & aux deſcendans par femme, le privilege que le Droit ancien accordoit aux enfans qui devoient être inſtituez, de faire déclarer nul le teſtament où ils avoient été préterits: & par conſéquent, ſelon l'eſprit de la *Novelle* 115, tous les enfans ſont conſiderez comme heritiers ſiens, & la préterition d'un enfant émancipé, ou d'un deſcendant par femme, n'annulle pas moins le teſtament que la préterition d'un enfant qui eſt en la puiſſance du Teſtateur. Du reſte, je ſuis bien éloigné de croire que la Novelle 18, chapitre 1, ait abrogé la néceſſité de l'inſtitution à l'égard des enfans qui étoient en la puiſſance du Teſtateur. Cette Novelle qui eſt rélative à la Loi 30, *cod. de inoff. teſtam.* dont nous avons expliqué le veritable ſens dans cette ſection, nombre 10, ne dit autre choſe, ſinon que quand

le Teſtateur a laiſſé quelque choſe à ſes enfans, ſoit à titre d'inſtitution ou de legs, ou de fideicommis, il pourra demander le ſupplément de la légitime, ſi elle ne ſe trouve pas remplie avec la liberalité, ſelon la fixation que l'Empereur fait par cette Novelle: Ainſi, il eſt clair qu'elle ne fait aucun nouveau reglement ſur la néceſſité de l'inſtitution des enfans, ou la liberté de ne point les inſtituer, & tout cela eſt laiſſé par cette Novelle dans la diſpoſition du Droit anterieur.

36. Suite. En ſecond lieu, ils ne ſe ſont pas apperçu que la *Novelle* 115 déclare que le teſtament étant emporté par la préterition ou l'exhérédation ſans cauſe, ou pour cauſe non prouvée, d'un enfant quel qu'il ſoit, la ſucceſſion eſt déferée *ab inteſtat* à tous les enfans par égales portions. Si donc tous les enfans, ſoit qu'ils ſe trouvent en la puiſſance du Teſtateur, ſoit qu'ils ayent été émancipez, ou qu'ils ſoient deſcendans par femme, ſont déclarez ſucceſſeurs légitimes & *ab inteſtat* par cette Novelle, il eſt abſurde de dire qu'ils ſoient obligez de demander la poſſeſſion des biens, qui eſt un remede que le Préteur avoit introduit, pour faire paſſer aux enfans émancipez, les biens de leur pere, qu'ils ne pouvoient pas recueillir à titre de ſucceſſion, à cauſe que l'émancipation avoit rompu le lien d'où le droit de ſucceder dépendoit, & le Préteur avoit pris cet expedient, parce qu'il ne pouvoit pas faire des heritiers légitimes, ni des ſucceſſeurs *ab inteſtat*: *Quoniam Prætor heredem facere non poteſt; per legem enim tantùm vel ſimilem juris conſtitutionem heredes fiunt, veluti per Senatuſconſultum & conſtitutiones principales, inſtit. de bonor. poſſeſſ. in principio;* lequel remede doit néceſſairement ceſſer, dès que la Loi ouvre & défere la ſucceſſion *ab inteſtat*, comme elle le fait dans le cas de la préterition, ou de l'exhérédation ſans cauſe, ou pour cauſe non prouvée: D'ailleurs la poſſeſſion des biens & toutes les autres manieres de ſucceder introduites par le Préteur, ſont expreſſément abrogées par le texte précis de la *Novelle* 118, dans la préface, qui corrige & anéantit toutes les Loix antérieures au ſujet de la ſucceſſion légitime, & veut qu'il n'y ait d'autre Loi en vigueur que cette Novelle.

Le Préteur ne pouvoit pas faire des heritiers; mais des poſſeſſeurs des biens.

37. Réfutation de ceux qui ont diſtingué la préterition de l'exhérédation, pour faire valoir les diſpoſitions particulieres du te-

Enfin, les Auteurs ſe ſont auſſi éloignez de l'eſprit & de la diſpoſition de la *Novelle* 115, lorſqu'ils ont diſtingué la préterition de l'exhérédation, & qu'ils ont prétendu que la préterition des enfans en la puiſſance du Teſtateur annulloit de plein droit le teſtament, non-ſeulement quant à l'inſtitution, mais en-

core, à l'égard de toutes les autres dispositions particulieres renfermées dans le testament; au lieu que les dispositions particulieres ne devoient subsister que dans le cas de l'exhérédation sans cause, ou pour cause non justifiée, suivant les principes du Droit ancien, *L.* 8, *§.* 16, *L.* 13, *L.* 30, *ff. de inoff. testam. L.* 17, *ff. de injusto rupto, & L.* 36, *ff. de leg.* 3, sous prétexte que la *Novelle* 115, *chapitre* 3, *in fine*, selon la traduction vulgaire, ne parle point des enfans préterits; mais seulement des enfans exhérédez: *Nullum exheredatis liberis præjudicium generari;* car la Novelle ayant compris dans la même disposition, les enfans préterits, tout comme les exhérédez, au commencement du *chapitre* 3, ce qui est dit à la fin du même chapitre ne convient pas moins aux enfans préterits qu'aux exhérédez. Dailleurs il paroît que ce n'est qu'une omission du Traducteur, puisque les enfans préterits, de même que les exhérédez, sont compris dans la même disposition, selon la traduction *d'Haloander*, qui s'explique ainsi, *cæterum si hæc ita observata non fuerint, nullum liberis præjudicium fiat qui heredes scripti non sunt:* Termes qui comprennent d'une maniere plus expresse, les enfans préterits que les enfans exhérédez. C'est aussi dans ce sens qu'*Irnerius* a donné le précis de cette Novelle dans l'Auth. *ex causâ, cod. de liberis præteritis: ex causâ exheredationis vel præteritionis irritum est testamentum quantùm ad institutiones, cætera namq; firma permanent.*

Testament annullé quant à l'institution.

38. Suite.

C'est ainsi que l'*Ordonnance de* 1735, *article* 53, a expliqué la *Novelle* 115, lorsqu'elle dit: *En cas de préterition d'aucun de ceux qui ont droit de légitime, le testament sera déclaré nul, quant à l'institution d'heritier, sans même qu'elle puisse valoir comme fideicommis: & si elle a été chargée de substitution, ladite substitution demeurera pareillement nulle, le tout encore que le testament contînt la clause codicillaire, laquelle ne pourra produire aucun effet à cet égard, sans préjudice néanmoins de l'exécution du testament, en ce qui concerne le surplus des dispositions du Testateur*: Ainsi, dans le cas de la préterition, tout comme dans celui de l'exhérédation, les dispositions du testament, autres que les substitutions directes universelles, & les fideicommis universels, doivent être exécutées.

39. Confirmation par l'*Ordonnance de* 1735.

Après avoir éclairci ces questions difficiles & embrouillées dans les écrits des Interpretes, il faut voir quelles sont les causes pour lesquelles l'exhérédation peut être faite; elles sont differemment reglées par rapport aux descendans, aux ascendans, & aux collateraux auxquels la légitime appartient.

40. Quelles sont les causes d'exhérédation.

41. Premiere cause d'exhérédation des descendans. Si le fils frappe son pere.

Commençons par les causes d'exhérédation des enfans, qui sont reglées par la *Novelle* 115, *chapitre* 3. La premiere est lorsque le fils ou autre descendant a mis la main sur son pere ou autre ascendant pour le frapper; celui qui aura été ainsi maltraité, pourra exhéréder l'enfant ou descendant qui l'aura maltraité: *Si quis parentibus suis manus intulerit*, §. 1. Puisque la *Novelle* exige que l'ascendant ait été maltraité par quelqu'excès réel, la simple menace, sans avoir mis la main & frappé, ne seroit pas une cause suffisante d'exhérédation.

42. *Quid* s'il le frappe pour se défendre.

Les Auteurs exceptent le cas où le descendant frapperoit son ascendant en se défendant, ou en défendant la Patrie. Cette seconde exception paroît juste, parce que l'amour & la défense de la Patrie est le premier & principal devoir du Citoyen, & doit même prévaloir sur l'amour & sur le respect paternel; ensorte que si un fils frappoit son pere ennemi de la Patrie, & en la défendant en guerre juste, il ne pourroit pas être exhérédé; mais il seroit très-dangereux d'admettre la premiere limitation; à moins que le fils ne se trouvât dans un tel état, qu'il ne pût pas garantir sa vie, que son pere s'efforceroit de lui ôter, s'il ne le frappoit pour se dégager, en se tenant néanmoins dans les bornes étroites d'une défense légitime, & en supposant qu'il ne resteroit au fils aucune autre ressource pour garantir sa vie; car d'admettre que le fils pourroit frapper son pere en se défendant dans tous les cas, ce seroit ôter aux peres le droit de corriger leurs enfans, & accorder aux enfans la liberté de se soustraire à la discipline du pere.

43. Si le fils peut être exhérédé par le pere pour avoir battu la femme du pere.

Le pere pourroit-il exhéréder son fils qui batteroit sa propre mere, ou sa belle-mere, seconde femme du pere? Il n'y a point de doute que la mere maltraitée par son propre fils, ne pût l'exhéréder en vertu de cette Novelle; mais le pere ne le pourroit pas, parce que le fils n'auroit pas mis les mains sur lui; sauf à le faire punir à raison de son impieté, parce que cette cause est personnelle à ceux qui sont maltraitez, & ne doit pas passer d'une personne à une autre.

La cause d'exhérédation est personnelle à celui qui est maltraité.

44. Seconde cause d'exhérédation des descendans. Injure grave & qui tourne au deshonneur du pere. Condition afin que cette cause soit bonne.

La seconde cause est lorsque le descendant a fait quelqu'injure grave à son ascendant qui tourne à son deshonneur: *Si gravem & inhonestam injuriam eis ingesserit*, §. 2. Afin que l'injure soit une cause suffisante, il faut, 1°. Qu'elle soit grave, *gravem*. 2°. Qu'elle blesse l'honneur de celui qui est offensé, *inhonestam*, & comme le §. précedent parle nommément de l'injure réelle par des mauvais traitemens, il faut que l'injure dont

il eſt parlé dans ce §. 2, ſoit d'une nature differente, & il importe peu qu'elle ſoit verbale, ou qu'elle réſulte de quelqu'autre fait, qui renferme une injure grave, & qui tourne au deshonneur de l'offenſé; il faut encore prendre garde que ſelon l'eſprit de la Novelle, l'injure doit être grave par elle-même, & par la nature des paroles ou des faits, & non par rapport à la qualité de la perſonne offenſée ſeulement; car ſi on la meſuroit de ce côté-là, elle devroit toujours être conſiderée comme grave, parce qu'on ne peut pas conſiderer comme legere une injure faite par un fils à ſon pere, ou à tout autre aſcendant, à raiſon du reſpect qui leur eſt dû, *L.* 7, §. 8, *ff. de injuriis*: cependant la Loi exige encore que l'injure ſoit grave d'elle-même, & qu'elle tourne au deshonneur de l'offenſé.

L'injure doit être grave par elle-même non rélativement à la perſonne de l'offenſé.

45. Troiſiéme cauſe d'exhéédation des deſcendans. Accuſation criminelle.

La troiſiéme, ſi le fils a accuſé en Jugement ou intenté quelqu'action criminelle contre ſon pere, à moins que ce ne fût pour crime de leze-Majeſté ou qui regardât l'Etat ou la République: *Si eos in criminalibus cauſis accuſaverit, quæ non ſunt adverſus Principem vel Rempublicam*, §. 3. Le texte n'explique pas quelle doit être la nature du crime dont le fils accuſe ſon pere, pour ſervir de cauſe à l'exhérédation. Certains Auteurs prétendent que le crime doit être d'une nature à pouvoir faire infliger au pere accuſé par ſon fils, une peine corporelle ou infamante, ce qui ne paroît pas conforme à l'eſprit de la Novelle, qui comprend toutes ſortes d'accuſations criminelles, ſans en fixer la qualité. Les Auteurs prétendent qu'il en doit être de même lorſque le fils dépoſe contre ſon pere, ou qu'il prête ſon miniſtere comme Avocat contre ſon pere accuſé de crime; cependant, la Novelle ne comprend point ces cas; & dans une matiere pénale, on ne doit pas faire extenſion d'un cas à l'autre, d'autant mieux que comme nous le montrerons ci-après, la Novelle n'admet d'autres cauſes que celles qu'elle exprime; mais ce ne ſeroit point une cauſe d'exhéréda-tion ſi le fils plaidoit contre ſon pere en matiere civile, & à raiſon de quelqu'interêt civil, parce que *juris executio non habet injuriam*, *L.* 55, *L.* 155, §. 1, *ff. de regul. jur. & L. injuriarum* 13, §. 1, *ff. de injuriis*. On peut voir ce que nous avons dit au *chapitre 6, ſection 3, nombre 97*, au ſujet de l'indignité à raiſon des injures proferées contre le défunt.

Quel doit être le crime qui eſt l'objet de l'accuſation.

Du fils qui dépoſe en Juſtice contre ſon pere. Ou qui eſt Avocat contre lui.

Si les cauſes d'exhéédation peuvent être étendues d'un cas à l'autre.

Quid ſi le fils plaide avec ſon pere en matiere civile.

46. Quatriéme cauſe d'exhérédation des deſcendans.

La quatriéme, s'il ſe mêle & s'aſſocie avec les malfaiteurs pour mener la même vie qu'eux: *Si cum maleficis hominibus, ut maleficus converſatur*, §. 4. Il y a des Auteurs qui entendent ce

Association avec les malfaiteurs.

texte, des enfans qui s'associent avec des personnes qui usent de sortilege; d'autres l'entendent de ceux qui menent une mauvaise vie, comme sont les voleurs, les brigands, & autres gens de même sorte; mais l'esprit de la Novelle comprend l'association avec toutes sortes de personnes qui menent une mauvaise vie, & qui font quelque commerce infâme, & défendu par les Loix, comme le désigne le mot *maleficus*, qui comprend toutes sortes de malfaiteurs.

47. Cinquiéme cause. Attentat sur la vie du pere.

La cinquiéme cause est si le fils ou autre descendant a attenté sur la vie de son pere, par poison ou autrement, *vel vitæ parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverint*, §. 5; la seule tentative peut être punie dans ce cas de la peine de l'exhérédation, quoique le fait ne s'en soit pas suivi; mais il faut que la tentative soit prouvée, & qu'on en soit venu aux actes prochains, & que l'intention soit manifestée par quelque démarche exterieure. De-là vient qu'il ne suffiroit pas d'avoir préparé le poison dans le dessein de le donner, s'il n'avoit été fait quelque tentative pour le donner, parce que la Loi exige une tentative, *insidiari tentaverint*.

48. Sixiéme cause. Habitude criminelle avec la femme ou la concubine du pere.

La sixiéme est si le fils a une habitude criminelle avec la femme ou la concubine de son pere: *Si novercæ suæ aut concubinæ patris filius sese immiscuerit*, §. 6. La concubine est ici au niveau de la femme légitime du pere, parce que le concubinage étoit permis chez les Romains, comme on peut le voir dans le titre *de concubinis*, au digeste, & que nous l'avons expliqué ailleurs: Mais comme le concubinage n'est pas permis parmi nous, l'habitude que le fils pourroit avoir avec la concubine de son pere ne seroit pas une juste cause d'exhérédation, vû que selon la remarque de *M^e. Claude de Ferriere*, *sur la Novelle* 115, *chapitre* 3, *nombre* 19, le pere ne pourroit fonder l'exhérédation que sur la turpitude, & sur sa mauvaise conduite; mais il en seroit autrement si le fils souilloit le lit nuptial de son pere par un inceste avec sa marâtre, connoissant la personne; car l'ignorance de la qualité de la personne l'excuseroit à cet égard, parce que l'ignorance d'une qualité, ou circonstance qui aggrave le crime, excuse de la peine dûe au crime, à raison de la circonstance aggravante: *cap. si vero* 4, *extrà de sentent. excommun.*

49. Septiéme cause. De l'action ou dénonciation faite contre le

La septiéme cause est, si le fils se rend dénonciateur de son pere, & que par sa dénonciation ou délation, il lui ait fait souffrir un dommage considerable: *Si delator contrà parentes filius extiterit*,

titerit, & per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere, §. 7. La Novelle exige donc cumulativement, & la délation ou dénonciation, & le dommage souffert par le pere, & que ce dommage soit considerable. Si quelqu'une de ces circonstances manquoit, la peine ne devroit pas avoir lieu: On peut voir ce que nous avons dit au sujet de la délation au *chapitre 6, section 3, nombre 98*.

pere avec dommage souffert.

Conditions nécessaires, afin que cette cause soit suffisante.

La huitiéme est, si l'enfant mâle a refusé de cautionner pour son pere détenu prisonnier, pour le délivrer de prison: *Si quemlibet de prædictis parentibus inclusum esse contigerit, & liberi qui possunt ab intestato ad ejus successionem venire, petiti ab eo, vel unus ex his in suâ eum noluerit fidejussione suscipere, vel pro personâ, vel pro debito, in quantum esse qui petitur probatur idoneus. Hoc tamen quod de fidejussione censuimus ad masculos tantummodò liberos pertinere*, §. 8. Ce texte parle non-seulement du pere emprisonné pour dette; mais encore de celui qui est emprisonné pour crime, auquel on peut accorder l'élargissement sous caution. Mais afin que le fils puisse être exhérédé pour avoir refusé de cautionner pour son pere prisonnier, afin de lui procurer sa liberté, il faut, 1°. Que le fils ait des biens suffisans pour pouvoir être reçu caution, ou que le créancier veuille le recevoir volontairement. 2°. Que le fils soit sommé de faire le cautionnement pour son pere, & qu'il le refuse; cela résulte clairement de ces paroles: *Petiti ab eo*, & de ces autres paroles, *in quantum esse qui petitur probatur idoneus*. 3°. La nécessité de cautionner n'est imposée qu'aux mâles; & non aux filles. 4°. Selon la remarque de *Claude de Ferriere, sur la Novelle 115, chapitre 3, nombre 19*: Si les dettes pour lesquelles le pere est détenu en prison sont grandes, & que le fils ne pût pas les payer facilement sans s'incommoder beaucoup, & déranger les affaires de sa famille, le pere ne pourroit pas prendre occasion du refus du fils pour l'exhéréder; mais cette limitation n'est pas conforme à l'esprit de la Loi, qui ne détermine point la somme, & qui n'examine point si le fils sera incommodé ou non par le cautionnement, elle exige seulement que le fils soit caution bonne & suffisante: *probatur idoneus*. On ne doit donc pas admettre le sentiment de *Ferriere*. Nous avons parlé du refus du fils de tirer son pere de prison, comme d'une cause d'indignité, dans le *chapitre 6, sect. 3, nombre 284*.

50. Huitiéme cause. Refus de tirer le pere de prison.

Cela ne regarde que les mâles, non les filles.

Conditions nécessaires.

La neuviéme cause d'exhéredation est, si l'enfant empêche

51. Neuviéme cause

Empêchement de tester.

son pere de tester, *si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo quia prohibuerit parentes suos condere testamentum, §. 9.* Comme nous avons expliqué fort au long cette cause, qui est aussi un moyen d'indignité, au *chap. 6, sect. 3, n. 99, 104, & suivans, jusqu'au n°. 125,* il nous suffit de renvoyer à ce que nous avons dit dans cet endroit.

52. Dixiéme cause. Association avec des Bateleurs.

La dixiéme est, si le fils contre la volonté de son pere, s'est associé avec des Bateleurs & autres gens de Spectacle & de Théâtre, ou parmi les Gladiateurs, & qu'il ait perseveré dans ce métier, à moins que le pere ne fût de la même profession : *si præter voluntatem parentum, inter arenarios, vel mimos sese filius sociaverit, & in hac professione permanserit, nisi forsitan parentes ejusdem professionis fuerint, §. 10;* le mot *arenarios* signifie les Gladiateurs qui combattoient dans l'arene contre les bêtes, desquels il est parlé dans la Loi 1, *§. 1, ff. de Ædilit. Edict.* & dans la Loi 11, *cod. de inoff. testam.* Comme on ne connoît plus ces sortes de Gladiateurs, la Novelle ne peut pas avoir d'application parmi nous pour ce cas, mais elle peut en recevoir une juste par rapport aux Bateleurs, & autres gens de Théâtre, mais non aux Comediens, parce que selon l'Abbé d'Aubignac dans sa pratique du Théâtre, la profession de Comedien n'est pas si deshonorante parmi nous que la Loi Romaine & le commun du peuple l'estiment ; & que d'ailleurs la Novelle ne parle que des Mimes, qui étoient differens de ceux qui représentent aujourd'hui des Comedies ou des Tragédies.

Signification du mot *arenarios.*

53. Onziéme cause. Vie luxurieuse préferée au mariage par la fille mineure.

L'onziéme cause est, si une fille mineure que le pere a voulu marier, & lui constituer une dot convenable, a refusé ce parti, & a aimé mieux mener une vie desordonnée & luxurieuse ; mais si le pere a differé de procurer un parti à sa fille jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis, elle ne pourra pas être exhéredée, quoiqu'elle tombe en faute, & qu'elle fasse brêche à son honneur, ou qu'elle se marie avec une personne de libre condition, sans le consentement de ses parens. *Si alicui ex prædictis parentibus volenti suæ filiæ, vel nepti maritum dare, & dotem secundum vires substantiæ suæ pro eâ præstare, illa non consenserit ; sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si verò usque ad 25 annorum ætatem pervenerit filia, & parentes distulerint eam marito copulare, & forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito se libero conjungere : hoc ad ingratitudinem filiæ nolumus imputari, quia non suâ culpâ, sed parentum id commisisse cognoscitur, §.* 11. Il y a dans ce texte deux cas qu'il ne faut pas confondre ; le

Deux cas, l'un de la fille qui

premier, est celui de la fille qui malverse ; le second, est de celle qui se marie après vingt-cinq ans, contre la volonté de ses parens.

malverse, & l'autre de celle qui se marie sans le consentement du pere.

La difficulté la plus considérable qui puisse naître de ce texte, consiste à sçavoir, de quelle maniere on doit entendre les mots, *luxuriosam degere vitam elegerit*, & ces autres, *in suum corpus peccare ;* une fille peut-elle être exhéredée quand elle est devenue mere, ou à cause de quelque galanterie avec un seul homme, qui lui a fait perdre son honneur : ou bien faut-il qu'elle ait mené une vie scandaleuse, qu'elle se plonge dans la débauche, & qu'elle se prostitue au premier venu ? Il y a des Auteurs qui tiennent pour la premiere explication, parce que l'injure que la fille fait à ses parens, quand elle perd son honneur par une grossesse ou par quelqu'autre galanterie, mérite cette peine, quoique sa faute n'aille pas jusqu'à la prostitution. D'autres croyent qu'on doit entendre les mots *luxuriosam vitam*, non d'une simple faute ou galanterie, mais d'une vraye débauche, *meretricio more*. A l'égard des mots *in corpus peccare*, certains Auteurs prétendent qu'il faut les entendre de maniere, qu'une fille qui fait une faute après l'âge de vingt-cinq ans, ne peut pas être exhéredée, mais qu'il en est autrement si elle se prostitue. D'autres sont d'avis, que dans le même cas la fille ne peut pas être exhéredée, quoiqu'elle donne dans la débauche.

54. Comment doit-on entendre les mots, *vitam luxuriosam degere, in corpus peccare.*

L'opinion qui me paroît la plus conforme à l'esprit du texte, est celle des Auteurs qui pensent, que dans le premier cas, c'est-à-dire, quand la fille mineure refuse les partis que son pere lui offre, pour mener une vie luxurieuse, cela doit s'entendre non d'une fille qui se prostitue à tout venant, & qui donne dans la débauche, ainsi qu'il est expliqué dans la Loi 19, *cod. de inoff. testamento* ; mais d'une fille qui perd son honneur en menant une vie luxurieuse, quand même elle ne se prostitueroit pas à plusieurs personnes : car une fille ne laisse pas de mener une vie luxurieuse, quoiqu'elle ne vive impudiquement qu'avec un seul homme, & par conséquent elle est dans le cas de l'exhéredation.

55. Résolution qu'une fille peut être exhérédée, lorsqu'elle mene une vie luxurieuse, quoiqu'elle ne se prostitue pas à plusieurs.

Quant à celle que les parens ont differé de marier jusqu'à vingt-cinq ans, elle ne peut pas à la vérité être exhéredée, ni pour une faute qui l'auroit rendue mere, ni quand elle donneroit dans la débauche : car la Novelle qui est la seule Loi qui doit servir de regle sur cette matiere, sans qu'on puisse recourir aux Loix antérieures, comme abrogées, ainsi qu'il est dit au commencement du chap. 3, ne constitue que deux cas ; l'un de la fille mi-

56. *Quid* de la fille majeure que les parens ont négligé de marier.

neure, qui peut être exhéredée ; l'autre de la fille majeure, qui ne peut point être exhéredée, *licet in corpus peccaverit*, de quelque façon que cela arrive, & l'on ne doit pas induire la faculté d'exhéreder la fille majeure qui donne dans la débauche, de la Loi 19, *cod. de inoff. testamento*, parce que cette Loi se trouve abrogée par le droit nouveau dans la distinction qui est faite par la Novelle 115, *chap.* 3, *§.* 11. Que si l'Empereur Justinien avoit voulu permettre d'exhéreder la fille majeure dans quelque cas à cause de sa mauvaise vie, il l'auroit dit expressément ; ainsi les Auteurs qui pensent que la fille majeure peut être exhéredée lorsqu'elle se prostitue *meretricio more*, s'éloignent de la disposition de la Novelle, en se fondant sur un texte abrogé.

57. Concours de quatre conditions afin qu'une fille mineure puisse être exhéredée pour avoir mené une vie luxurieuse.

Afin qu'une fille mineure puisse être exhéredée à cause de sa vie luxurieuse, il faut que quatre choses concourent ; la premiere, que ses parens ayent voulu la marier, & lui procurer un parti sortable ; la seconde, qu'ils ayent voulu en même tems lui constituer une dot proportionnée à la portée de leurs biens ; la troisiéme, que la fille ait refusé les partis qui lui ont été offerts ; & la quatriéme, qu'elle ait préferé la vie luxurieuse au mariage ; tout cela résulte clairement de la disposition de la Novelle, & doit nécessairement être prouvé, afin que l'exhéredation soit valable.

58. Si la mere qui n'a pas été chaste peut exhéreder sa fille qui mene une vie luxurieuse.

Du reste, quoique certains Auteurs ayent cru que la mere qui a vêcu luxurieusement ne peut pas exhéreder sa fille, qui a aussi vêcu luxurieusement, par un argument tiré de la Loi *in arenam* 11, *cod. de inoff. testam.* qui décide que l'enfant ne doit pas être exhéredé quand il suit l'exemple de ses parens, cette doctrine ne peut pas être admise, parce que la Novelle permet aux ascendans d'exhéreder leurs descendans dans les cas qui sont exprimez, sans examiner la conduite des parens, & que suivant la regle vulgaire *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* ; d'autant mieux que la même Novelle *§.* 10, en permettant au pere d'exhéreder son fils qui s'associe avec des Bateleurs, excepte le cas où le pere seroit de la même profession, & le *§.* 11, qui permet aux parens d'exhéreder leur fille mineure qui vit luxurieusement, ne fait pas une exception pareille, du cas où la mere auroit vêcu luxurieusement ; la raison est, que ce n'est pas aux enfans à contrôler la conduite de leurs ascendans, & qu'une fille ne peut pas alleguer pour excuse qu'elle a imité la conduite de sa mere.

59. Si les enfans mâles qui vivent luxurieusement peuvent être exhéredez.

La Novelle ne mettant point au rang des causes d'exhéredation la vie luxurieuse des enfans mâles, ils ne peuvent pas être exhéredez pour une telle cause.

A l'égard de l'exhéredation pour un mariage contracté par le fils sans le consentement de ses parens, les Auteurs avoient crû que cette cause pouvoit être établie contre la fille mineure par un argument tiré *à contrario sensu* de la Novelle 115, *chap.* 3, *§.* 11; ils avoient encore pensé sur le fondement de la Loi 3, *§. si emancipatus* 5, *ff. de bonor. possess. contrà tab.* que le fils qui sans le consentement de son pere, épousoit une femme qui fait deshonneur à la famille, pouvoit être exhéredé. Quoiqu'il en soit du Droit Romain, les Ordonnances ont clairement établi cette cause d'exhéredation, non-seulement par rapport aux filles, mais encore à l'égard des mâles; *l'Edit du mois de Février* 1556, *art.* 1, veut que les enfans de famille qui contractent mariage contre le gré, vouloir & consentement, & à l'insçû de leurs peres & meres, puissent être exhéredez par lesdits peres & meres & aucuns d'eux, & exclus de leurs successions, sans esperance de pouvoir quereler l'exhéredation, qui ainsi aura été faite; mais l'art. 4 déclare n'entendre comprendre les mariages qui seront contractez par les fils, excedant l'âge de trente ans, & les filles ayant vingt-cinq ans passez & accomplis, pourvû qu'ils se soient mis en devoir de requerir l'avis & conseil de leurs peres & meres, ce qui doit être gardé même à l'égard des meres qui se remarient; ensorte que les enfans ainsi âgez, & qui auront requis le consentement de leurs peres & meres, ne seront pas tenus d'attendre leur consentement.

60. De la cause d'exhérédation pour mariage sans le consentement des parens.

Edit de 1556.

La Déclaration du Roi Louis XIII. du 26 Novembre 1639, confirme dans l'art. 2 le contenu en l'Edit de 1556, & porte en termes exprès: *Enjoignons aux fils qui excedent l'âge de trente ans, & aux filles qui excedent celui de vingt-cinq, de requerir par écrit l'avis & conseil de leurs peres & meres pour se marier, sous peine d'être exhéredez par eux, suivant l'Edit de* 1556. Le même art. porte encore, *& avons déclaré & déclarons les veuves, fils & filles moindres de vingt-cinq ans, qui auront contracté mariage contre la teneur desdites Ordonnances, privez & déchûs 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.*

61. Déclaration de 1639.

Les enfans qui naissent de ceux qui se marient sans le consentement de leurs parens, sont incapables de toutes successions.

L'Edit du mois de Mars 1697, confirme toutes ces dispositions, & en fait encore de nouvelles en ces termes: *Ajoutant à l'Ordonnance de l'an* 1556, *& à l'art.* 2 *de celle de* 1639, *permettons aux peres & aux meres d'exhereder leurs filles veuves, même majeures de vingt-cinq ans, lesquelles se marieront sans avoir requis par écrit*

62. Edit du mois de Mars 1697.

leurs avis & conseil ; déclarons lesdites veuves, & les fils & filles majeurs, même de vingt-cinq ans & de trente ans, lesquels demeurans actuellement avec leurs peres & meres, contractent à leur insçû des mariages, comme habitans d'une autre Paroisse, sous prétexte de quelque logement qu'ils y ont pris peu de tems auparavant leurs mariages, privez & déchûs par le seul fait, ensemble les enfans qui en naîtront, des successions de leursdits peres & meres, ayeuls & ayeules, & de tous autres avantages qui pourroient leur être acquis, en quelque maniere que ce puisse être, même du droit de légitime.

63. Deux choses renfermées dans ces Edits, 1°. La faculté d'exhéréder. 2°. L'indignité ou incapacité.

Ces Edits & Déclarations renferment deux choses, 1°. La faculté de pouvoir exhéreder les enfans qui se marient sans le consentement des parens, en certains cas. 2°. La privation par le seul fait dans d'autres cas, des successions directes & collatérales, & des autres avantages ; nous avons expliqué les cas de l'indignité ou de la privation dans le *chap. 6, sect. 3*, il seroit inutile d'y revenir ; il suffira de nous fixer à l'exhéredation.

64. Comment doit être requis le consentement des parens à Toulouse.

Au Parlement de Toulouse lorsque les fils majeurs de trente ans, & les filles majeures de vingt-cinq ans veulent se marier malgré l'opposition, & contre le gré de leurs peres & meres, on pratique de requerir leur consentement par trois differens actes, qu'on appelle sommations respectueuses, sans qu'ils ayent besoin d'en demander la permission à aucun Tribunal ; mais par un Arrêt du Parlement de Paris en forme de Reglement du 27 Août 1692, sur le requisitoire de M. le Procureur Général, la Cour a ordonné que les sommations se feroient en vertu de la permission qui en seroit demandée au Juge Royal du domicile des peres & meres, qui seroit accordée sur Requête, & que ces sommations feroient faites à Paris par deux Notaires, & partout ailleurs par deux Notaires, ou par un Notaire, en présence de deux témoins domiciliez.

Quid à Paris.

65. Si la mere qui a malversé après la mort de son mari, peut exhéréder son fils qui s'est marié sans son consentement.

Graverol sur M. la Roche, liv. 2, verb. *mariage*, *Arrêt 36*, rapporte un Arrêt après partage de l'année 1638, qui a jugé que quand la mere a malversé après la mort de son mari, le fils peut se marier sans requerir le consentement de sa mere, quand même le pere l'auroit institué héritier, sous la condition qu'il ne pourroit point se marier sans le consentement de sa mere, & ce à cause de l'injure que cette femme avoit faite à la mémoire de son mari & à son fils ; mais il me semble que cette injure ne suffit pas pour dégager le fils de l'obligation d'obtenir ou de requerir le consentement de sa mere, surtout depuis que la Jurisprudence des nouveaux Arrêts que nous avons rapportez au *chap. 6, sect. 2 & 3*, ne

fait rien perdre à la veuve qui a malverſé après l'an du deüil. Le même Auteur remarque encore, que le conſentement de la mere doit être requis, quoiqu'elle ait paſſé à des ſecondes nôces, ce qui eſt conforme à l'art. 4 de l'Edit de 1556.

Si le conſentement de la mere remariée eſt requis.

Comme ſuivant nos uſages & l'eſprit des Ordonnances, la néceſſité d'obtenir ou de requerir le conſentement des peres & meres, eſt fondée non ſur la puiſſance paternelle, mais ſur le reſpect qui eſt dû aux aſcendans; on exige le conſentement des ayeux & ayeules & autres aſcendans, parce que la même raiſon milite en leur faveur; mais le conſentement des ayeux n'eſt requis, que quand celui qui veut ſe marier n'a ni pere ni mere; car il lui ſuffiroit d'obtenir ou de requerir le conſentement du pere & de la mere, *v. Deſmaiſons, lett. E. chap.* 8.

66.
Sur quoi eſt fondée la néceſſité d'obtenir le conſentement des aſcendans pour le mariage des deſcendans.

Le conſentement des ayeux n'eſt requis que quand le pere & la mere ſont morts.

Dans le concours du pere & de la mere, dont l'un veut le mariage & l'autre s'y oppoſe, il eſt juſte & naturel que la volonté du pere prévaille, ſoit qu'il conſente ou qu'il s'oppoſe au mariage; mais quand le pere conſent, la mere ne pourroit pas exhéreder ſon fils ſous prétexte qu'il ſe ſeroit marié ſans requerir ni obtenir ſon conſentement; le pere eſt le chef de ſa famille, & les droits de la mere ne doivent entrer en conſidération, que quand ſa volonté concourt avec celle de ſon mari, ou quand elle n'eſt pas éclipſée par une volonté contraire du mari; la Loi *in conjunctione*, 20, *cod. de nuptiis*, eſt expreſſe ſur ce point, & *Me. Claude Horri dans ſon Traité du Mariage Chrétien, pag.* 61, le décide de même; la Loi 3, *ff. de ritu nupt.* eſt également formelle en faveur de l'ayeul: *ſi nepotem ex filio & neptem ex altero filio in poteſtate habeam, nuptias inter eos, me ſolo autore, contrahi poſſe, Pomponius ſcribit, & verum eſt.* Il eſt vrai que ces deux textes parlent des enfans qui ſont en la puiſſance du pere ou de l'ayeul; mais on doit dire la même choſe du pere & de l'ayeul dans les cas où ils n'ont pas les enfans en leur puiſſance par émancipation, ou s'ils deſcendent par fille, parce qu'il faut toujours conſidérer la prééminence du ſexe de l'homme, & qu'il eſt le maître & le chef de ſa femme, ſuivant le langage de l'Ecriture Sainte.

67.
Le conſentement du pere ſuffit, quoique la mere le refuſe.

Un fils ſe marie à l'inſçû & ſans le conſentement de ſon pere, lequel inſtruit du mariage, en appelle comme d'abus, le fait déclarer par Arrêt non valablement contracté, avec défenſes aux mariez de ſe hanter & fréquenter. Le fils devenu majeur de trente ans, fait acte à ſon pere pour requerir ſon conſentement au mariage, qu'il vouloit contracter & célébrer de nouveau avec la même perſonne; alors le pere fit un acte devant Notaire, pour dé-

68.
Du fils qui s'eſt marié ſans le conſentement de ſes parens, dont le mariage eſt caſſé, & qui ſe remarie avec la même perſonne, s'il peut être exhérédé.

clarer qu'il exhéredoit son fils en cas qu'il célébrât de nouveau son mariage, & le privoit de sa succession, & lui donna néanmoins une pension annuelle pendant sa vie. Le fils célébre de nouveau le mariage dans les formes prescrites; le pere étant mort, le fils demandoit le partage de la succession avec ses freres; mais par Arrêt du Parlement de Paris du 27 Avril 1660, rapporté *au Journal des Audiences, tom.* 1, *liv.* 11, *chap.* 21; l'exhéredation fut confirmée, malgré le pardon que le pere lui avoit accordé au lit de la mort, & la bénédiction qu'il lui avoit donnée.

69. Si l'exhéredation du fils qui s'est marié sans le consentement de ses parens, réflechit sur les petits-fils.

M. Maynard, liv. 8, *ch.* 73, *Mornac sur la Loi* 11, *ff. de statu hominum*, *Carondas* & quelques autres soutiennent, que quoique le fils se soit marié sans avoir obtenu ni requis le consentement de son pere, & que par cette raison il puisse être exheredé; néanmoins si ce fils en mourant laisse des enfans, son ayeul ne pourra pas les exhéreder; mais cette Jurisprudence qui avoit lieu autrefois ne peut plus être d'aucun usage, parce que les regles ont changé par la Déclaration de 1639, & par l'Edit de 1697. Il faut donc dire que si le fils s'est marié en minorité sans le consentement de son pere, il est déchû par le seul fait de toutes successions de ses peres, meres & ayeuls, & ses enfans sont indignes & incapables de toutes autres successions directes & collatérales, suivant l'art. 2 de la Déclaration de 1639, & par conséquent les petits-fils ne peuvent prétendre aucune part à la succession de leurs ayeuls, & ils en sont exclus, même sans que l'exhéredation soit nécessaire.

Le fils qui s'est marié en minorité est déclaré indigne & incapable, & ses enfans aussi.

70. Du fils marié en majorité. Dans les circonstances de l'Edit de 1697.

2°. Lorsque le fils s'est marié en majorité, & qu'il se trouve dans les circonstances expliquées dans l'Edit de 1697, dont nous avons rapporté ci-dessus la teneur, *n.* 62, les enfans de ce fils sont pareillement exclus par le seul fait de la succession de leur ayeul, sans que l'exhéredation soit nécessaire.

71. Si l'ayeul peut exhéréder les petits fils dont le pere s'est marié sans le consentement de ses parens.

3°. Lorsque le fils s'est marié en majorité sans le consentement de son pere, hors des circonstances marquées par l'Edit de 1697, quoique le fils soit décedé laissant des enfans, l'ayeul peut les exhéreder; bien plus, si pendant la vie du fils le pere l'a exheredé, une telle exhéredation refléchit sur ses petits-fils, quoiqu'ils n'y soient pas litteralement compris; que si le fils a survêcu à son pere qui l'a exheredé, les petits fils ne peuvent pas venir de leur chef, parce que leur pere, qui est encore vivant, leur fait obstacle, *L.* 6, *ff. de injusto rupto*, vû qu'il ne peut point y avoir de representation d'une personne vivante. C'est ainsi que le décide M. l'Avocat General, dont le plaidoyer est rapporté au *Jour-*

Les petits fils ne peuvent pas venir de leur propre chef, tandis que leur pere exheredé vit.

nal

nal des Audiences, tome 5, livre 1, chapitre 31, de la nouvelle édition; on peut en voir les raisons dans l'endroit que nous avons cité, où l'on trouve cette remarque, qu'il faut distinguer l'exhérédation pour un mariage contracté sans consentement, des autres causes d'exhérédation marquées par les Loix: On peut voir encore les Arrêts des 3 Septembre 1683 & 19 Juillet 1695, rapportez au *Journal des Audiences, tome 3, livre 9, chapitre 23, & tome 4, livre 10, chapitre 17, Fevret, livre 5, chap. 2, n. 14, avec l'Auteur des additions, tome 2, page 318* de la nouvelle édition, *& Ferriere sur la Coutume de Paris, art. 319, n. 47, 48 & suiv.*

72. Douziéme cause d'exhérédation des descendans. Négligence des parens furieux.

La douziéme cause d'exhérédation est, si les enfans négligent d'avoir soin de leur pere, mere, ou autre ascendant furieux, suivant la *Novelle 115, chapitre 3, §. 12.* Comme nous avons expliqué cette cause, qui est aussi un moyen d'indignité, dans le *chapitre 6, section 3, nombre 283*, il nous suffit d'y renvoyer.

73. Treiziéme cause. Négligence ou refus de racheter les parens captifs.

La treiziéme est, lorsque les enfans négligent de racheter leurs ascendans qui sont détenus en captivité, *§. 13*; nous avons pareillement expliqué cette cause au même endroit, nombre 284.

74. Quatorziéme cause. Hérésie.

Enfin, l'héréticité ou l'héterodoxie forment la derniere cause d'exhérédation; il étoit permis à un pere ou autre ascendant Orthodoxe, d'exhéréder ses enfans & autres descendans Hérétiques, *Novelle 115, chapitre 3, §. 14.* Quoiqu'il y eût dans le Royaume des Hérétiques faisant profession ouverte de la Religion prétenduë réformée, l'héréticité n'étoit pas une cause d'exhérédation; le malheur des tems & les guerres civiles qui désoloient le Royaume, avoient donné occasion à des Edits qui abrogeoient cette cause d'exhérédation. Voici comme parle l'article 31 de l'Edit de 1576: *Les exhérédations ou privations, soit par dispositions entre-vifs ou testamentaires, faites en haine de la Religion, ou des troubles, n'auront lieu, tant pour le passé que pour l'avenir, au préjudice des Catholiques de l'union, ni de ceux de la Religion prétendue réformée, pourvû qu'il n'y ait d'autre cause que du fait d'icelle Religion, ou prise des armes. Entendons aussi que le semblable soit gardé pour le regard des exhérédations ou privations faites en haine de la Religion Catholique.*

Edit de 1576.

75. Disposition de l'Edit de Nantes.

La disposition de cet article a été renouvellée par l'article 26 du fameux Edit de Nantes, qui porte: *Les exhérédations ou*

privations, soit par dispositions entre-vifs ou testamentaires, faites seulement en haine, ou pour cause de Religion, n'auront lieu tant pour le passé que pour l'avenir entre nos Sujets. On n'y parle point de l'union que l'on appelloit par une espece d'impieté, *la sainte Ligue*, parce qu'en 1598, que l'Edit de Nantes fut fait, & plusieurs années auparavant, toutes les têtes de cette hidre formidable & si pernicieuse à la France, avoient été coupées par la valeur & la prudence du Roi Henry IV. de très-glorieuse mémoire.

76. Révocation de l'Edit de Nantes.

L'Edit de Nantes & tous les autres Edits, Déclarations & Arrêts en faveur des prétendus Réformez, ayant été révoquez par un autre Edit du mois d'Octobre 1685, & tout exercice de la Religion prétenduë réformée ayant été interdit & défendu, on en est revenu à la disposition du Droit Romain; & selon la remarque de *Me. Claude de Ferriere, sur la Novelle* 115, *chapitre* 3, *nombre* 33, un pere Orthodoxe qui auroit des enfans Hérétiques, pourroit les exhéréder valablement pour une telle cause; mais comme tous les Habitans du Royaume sont convertis ou censez tels, & qu'on n'y professe plus qu'une seule Religion, qui est la Catholique, Apostolique & Romaine, cette cause d'exhérédation ne peut plus être d'aucun usage.

77. Comment l'exhérédation est pratiquée dans les Pays Coutumiers.

Quoique l'institution n'ait pas lieu dans les Pays Coutumiers, ainsi que nous l'avons remarqué ci-devant, on y observe néanmoins l'exhérédation des enfans, quand ils se sont rendus indignes de la succession de leur pere, ou de quelqu'autre ascendant, & cela pour les mêmes causes, qui sont exprimées dans la *Novelle* 115, & dont nous avons fait le détail; on y déclare même absolument nuls les testamens faits *ab irato patre, vel ab iratâ matre*, lorsque leurs enfans y sont préterits, & la succession est déclarée ouverte *ab intestat*, sans même que l'on conserve aucune disposition particuliere; on pense, & avec raison, qu'une personne préoccupée par une passion aussi violente que la colere, n'a pas la liberté d'esprit nécessaire pour faire des dispositions où les regles de la justice & de l'équité soient gardées. On y observe encore, que quand le testament est déclaré nul pour cause d'exhérédation des enfans sans cause légitime, il est déclaré entierement nul pour toutes les dispositions, si ce n'est à l'égard des legs pieux, faits pour le repos de l'ame du défunt, pourvû qu'ils soient modiques, & qu'ils n'absorbent pas les biens du défunt, ou une grande partie. *Me.*

L'exhérédation injuste annulle toutes les dispositions.

Claude de Ferriere, ſur la *Novelle* 115, *chapitre* 3, *nombre* 36, & ſur les *Inſtitutes*, titre *de exhered. liberor. in princip.*

78. Cauſes d'exhérédation des aſcendans par leurs deſcendans.

Les aſcendans peuvent auſſi être exhérédez par leurs deſcendans, ſuivant la *Novelle* 115, *chapitre* 4; mais le nombre des cauſes d'exhérédation n'eſt pas ſi grand que celui des cauſes d'exhérédation des deſcendans. La Novelle les réduit au nombre de huit. Le Droit ancien du Digeſte & du Code, ne contient aucune cauſe pour laquelle il fût permis au fils d'exhéréder ſon pere; à l'égard de la mere, la Loi 28, *cod. de inoff. teſtam.* en exprime quelques-unes: celles qui ſont ſpécifiées dans la *Novelle* 115, *chapitre* 4, regardent également le pere, la mere, & les autres aſcendans paternels & maternels.

Si le Droit ancien avoit marqué des cauſes d'exhérédation des aſcendans.

79. Premiere cauſe d'exhérédation des aſcendans. S'ils ont mis en danger la vie de leurs deſcendans.

La premiere cauſe eſt, ſi le pere a expoſé & mis en danger ſes enfans de perdre la vie, par quelqu'accuſation capitale, ou autrement, à moins que ce ne ſoit pour crime de leze-Majeſté: C'eſt ainſi qu'il faut rendre les paroles du §. 1 de la Novelle: *Si parentes ad interitum vitæ liberos ſuos tradiderint: citrà cauſam tamen quæ ad Majeſtatem pertinere cognoſcitur.* Et ce n'eſt pas rendre tout ce que ces paroles contiennent, que de les renfermer au cas où les aſcendans ont procuré la mort de leurs deſcendans.

80. Deuxiéme cauſe. Attentat ſur la vie des enfans.

La deuxiéme: S'ils ont attenté à la vie de leurs enfans par poiſon ou ſortilege, ou autrement: *Si venenis, aut maleficiis, aut alio modo parentes filiorum vitæ inſidiati probabuntur*, §. 2.

81. Troiſiéme cauſe. Si le pere a ſouillé le lit nuptial de ſon fils.

La troiſiéme: Si le pere a ſouillé le lit nuptial de ſon fils en commettant un inceſte avec ſa belle-fille, ou en ſe mêlant par un commerce criminel avec la concubine de ſon fils, §. 3. Nous devons appliquer ici ce que nous avons dit par rapport à la concubine du pere, & que nous avons remarqué en expliquant la ſixiéme cauſe d'exhérédation des enfans, nombre 48.

82. Quatriéme cauſe. Empêchement de teſter.

La quatriéme: Si les aſcendans ont empêché leurs enfans de teſter des biens dont la Loi leur permet la diſpoſition, & l'on doit obſerver dans ce cas, tout ce qui eſt ordonné par rapport à la cauſe d'exhérédation des enfans pour le même ſujet, §. 4. Voyez *ſuprà*, nombre 51.

83. Cinquiéme cauſe. Si l'un des mariez attente ſur la vie de l'autre, celui qui eſt coupable peut être exhérédé par ſes enfans.

La cinquiéme: Si le mari attente par poiſon ou autrement pour procurer à ſa femme ou la mort, ou l'aliénation d'eſprit; & réciproquement, ſi la femme attente de même ſur ſon mari, les enfans de ces deux perſonnes pourront exhéréder celle qui ſera coupable d'un tel attentat, §. 5.

84. Sixiéme cause. Négligence de soigner les enfans en démence.

La sixiéme : Si le pere ou autre ascendant néglige d'avoir soin de son fils, ou autre descendant, qui est tombé dans la démence, ou dans la fureur, & l'on doit pareillement observer tout ce qui est prescrit par rapport à une semblable cause d'exhérédation des enfans, *§. 6.*

85. Septiéme cause. Négligence de racheter les enfans captifs.

La septiéme : Si l'ascendant néglige de racheter son fils, ou autre descendant qui est retenu en captivité, sur quoi on doit pareillement observer ce qui est prescrit en pareil cas à l'égard des enfans qui tombent dans la même négligence à l'égard de leurs ascendans, *§. 7.*

86. Huitiéme cause. Lorsque l'ascendant est Hérétique, & le fils Orthodoxe.

Enfin, le fils Orthodoxe peut exhéréder ses pere & mere, ou autre ascendant Hérétique ; à quoi il faut appliquer ce qui est dit en pareil cas, par rapport aux enfans Hérétiques, & que nous avons expliqué dans la quatorziéme cause, nombres 74 & suivans.

87. Comment se pratique l'exhérédation des ascendans au Pays Coutumier.

Dans les Pays Coutumiers où les ascendans n'ont pas un droit de légitime sur les biens de leurs descendans, les enfans ne sont pas tenus de les exhéréder, parce qu'ils n'ont aucun droit acquis sur les biens de leurs descendans, que ceux-ci ne puissent leur ôter par disposition : vû que l'opinion qui leur refuse la légitime a prévalu par la Jurisprudence des Arrêts, & qu'ils n'ont aucune part aux propres possedez par leurs enfans ; parce qu'on observe que les propres ne remontent point : ils succedent seulement à leurs enfans décedez sans posterité, aux meubles, acquêts & conquêts immeubles, & dans les choses par eux données à leurs enfans, suivant les *articles 311 & 313 de la Coutume de Paris*, & les enfans peuvent disposer de la totalité de leurs meubles, acquêts & conquêts immeubles, sans être obligez de rien laisser à leurs ascendans, suivant *l'article 292 de la même Coutume* ; & comme l'exhérédation n'est nécessaire que pour deux objets, l'un pour remplir une formalité prescrite, & l'autre pour priver par indignité, d'un droit déferé malgré la volonté du Testateur, par la Loi ou par la Coutume, & qu'au Pays Coutumier, l'institution n'étant pas nécessaire, l'exhérédation qui est son contraire, n'est pas non-plus requise comme une formalité ; que de plus, les ascendans n'ont ni légitime ni portion sur les propres de leurs descendans ; il est clair que l'exhérédation n'est pas nécessaire à leur égard. Voyez *Renusson, Traité des propres, chapitre 2, section 2*, où l'on trouve les differentes dispositions des Coutumes au sujet de la succession des ascendans aux biens de leurs descendans.

Propres ne remontent.

A quoi succedent les ascendans.

De quoi peuvent disposer les descendans à l'exclusion de leurs ascendans.

Quel est l'objet de l'exhérédation.

L'exhérédation n'est pas nécessaire dans les Pays où l'institution n'a lieu.

88. Cause d'exhérédation des collateraux.

Venons presentement aux causes d'exhérédation des collateraux. Le Droit ancien du Digeste & du Code avoit bien établi la nécessité de laisser la légitime aux freres & sœurs germains ou consanguins, lorsque le frere instituoit une personne infâme; mais il n'avoit point reglé les causes pour lesquelles les collateraux pouvoient être exhérédez dans ce cas pour les exclure de la plainte d'inofficiosité; c'est ce qui a été fait par la *Novelle* 22, *chapitre* 47; elles sont bornées à trois: sçavoir, 1°. Si le frere a attenté sur la vie de son frere. 2°. S'il a intenté contre lui une accusation criminelle pour un cas capital. 3°. S'il lui a causé ou occasionné la perte d'une partie considerable de son bien: *participari hoc lucrum non concedimus, qui mortem voluit fratri, aut criminalem inducere contrà eum inscriptionem, aut substantiæ ei properavit inferre jacturam.* Dans tous ces cas, non-seulement le frere ingrat peut être exhérédé & privé du droit de légitime qui peut lui competer quand son frere a institué une personne infâme; mais encore il peut être privé par indignité de la succession *ab intestat* de son frere, qui est dévoluë aux autres heritiers *ab intestat* non ingrats; mais si le frere Testateur n'instituë point une personne infâme pour recueillir son hérédité, il n'est pas nécessaire ni qu'il laisse la légitime à ses freres, ni qu'il les instituë ou exhéréde; il peut valablement tester & disposer de ses biens sans faire absolument aucune mention de ses freres, ni leur rien laisser à quelque titre que ce soit, *L.* 21, & *L.* 27, *cod. de inoff. testam.* il est même nécessaire, afin que les freres ayent un droit de légitime à prétendre sur les biens de leur frere, qu'il n'ait institué que des heritiers infâmes; car s'il y en avoit qui ne fussent pas de cette qualité, avec d'autres qui fussent infâmes, les freres n'auroient aucune légitime à demander, ni aucun droit d'attaquer le testament où ils auroient été préterits.

Premiere, seconde & troisiéme causes.

L'ingratitude fait priver le frere de la succession de son frere.

89. Comment les collateraux peuvent être exhérédez en Pays Coutumiers.

De quoi peut-on disposer dans la Coutume de Paris.

Mais dans la France Coutumiere, c'est une maxime generale, qu'il n'est pas nécessaire d'exhéréder les collateraux pour les biens dont on peut disposer. Prenons pour exemple, la *Coutume de Paris*, qui en l'*article* 292 permet de disposer par testament de tous les meubles, acquêts & conquêts immeubles, & du quint des propres; on peut disposer au profit de toute personne capable, sans laisser autre chose à ses parens collateraux que les quatre quints des propres; & s'il n'y a point de propres, on peut disposer generalement de tous ses biens sans leur rien laisser, & sans que l'exhérédation soit nécessaire pour rendre la disposition valable. L'exhérédation ne peut donc être nécessaire

que pour priver les collateraux de la portion des propres, que la Coutume leur deſtine, & dont le Teſtateur ne peut librement diſpoſer.

90. Les collateraux peuvent être privez de la portion des propres pour ingratitude.

Quelque droit acquis que les collateraux puiſſent avoir ſur les propres, on ne peut pas le conſiderer avec plus de faveur que la légitime que les Loix attribuent aux enfans ſur les biens de leurs aſcendans; & comme les enfans peuvent être privez de leur légitime quelque favorable qu'elle ſoit, quand ils ſe rendent ingrats envers leurs aſcendans, il eſt également juſte que les collateraux qui tombent dans le cas d'ingratitude envers leurs collateraux, puiſſent être exclus & privez de ce que la Coutume leur deſtine, qui n'eſt autre choſe qu'une eſpece de légitime Coutumiere introduite pour conſerver les biens dans les familles; mais cette exhérédation quant aux propres, ne peut être faite que pour cauſe légitime & ſuffiſante, comme pour des mauvais traitemens ou des injures atroces faites au défunt, & non pour des choſes legeres & de peu de conſéquence: *Me. Claude de Ferriere ſur la Coutume de Paris, article* 318, *de la renonciation aux ſucceſſions*, §. 5, *nombre* 13, & ſur la *Novelle* 22, *chapitre* 47, *nombres 6 & 7*: Il ſeroit même naturel de prendre pour regle les cauſes exprimées dans la *Novelle* 22, *chapitre* 47, parce que les Coutumes ne reglent point les cauſes d'exhérédation & d'excluſion, & que dans les Pays Coutumiers on ſe ſert de la diſpoſition du Droit Romain, pour les cas qui ne ſont pas décidez par la Coutume.

Les regles du Droit Romain ſont obſervées dans le Pays Coutumier.

91. Si les enfans peuvent être exhérédez *cum elogio*.

Quid des collateraux.

Le même Auteur ſur la *Novelle* 22, *chapitre* 47, *nombres* 8 & 9, après *Mornac*, ſur la Loi 21, *cod. de inoff. teſtam.* & quelques autres Auteurs, obſervent que quoique les enfans puiſſent être exhérédez *cum elogio*, c'eſt-à-dire, avec des termes injurieux, on ne peut pas en uſer de même à l'égard des collateraux; & s'ils ſont exhérédez *cum elogio*, le teſtament eſt caſſé: il rapporte pluſieurs Arrêts qui l'ont ainſi jugé; mais l'expreſſion de la cauſe pour laquelle les collateraux ſont exhérédez, ne doit pas être conſiderée *tanquàm elogium*, & n'annulleroit pas le teſtament, puiſque cette *expreſſion* eſt néceſſaire pour ſoutenir l'exhérédation. Mornac rapporte même des Arrêts qui ont confirmé pluſieurs teſtamens où le Teſtateur avoit mêlé des injures parmi les cauſes d'exhérédation.

L'expreſſion de la cauſe d'ingratitude, n'annulleroit pas le teſtament.

92. Grandes queſtions parmi les Interpretes. 1°. Si l'on peut exhéréder pour d'autres cauſes

Les Interpretes du Droit civil ont formé deux grandes queſtions, pour ſçavoir ſi l'exhérédation peut être faite pour d'autres cauſes, que celles qui ſont exprimées dans la *Novelle* 115, &

si la cause ne se trouvant pas exprimée dans le testament, l'heritier est recevable à faire la preuve d'une cause qui se trouve veritable, & qui peut servir de fondement à l'exhérédation. Il me semble qu'il y a une témerité inexcusable dans les doutes que les Auteurs ont voulu élever sur ces deux points; car rien n'est plus clair, ni moins susceptible de doute que la Novelle. En effet, elle dit d'abord au commencement du *chapitre* 3, que les Loix précedentes n'avoient parlé des causes d'exhérédation que d'une maniere obscure & imparfaite; qu'elles avoient mis au rang des causes d'exhérédation, quelques-unes qui ne méritoient pas d'y avoir une place, & qu'elles en avoient omises plusieurs autres qui meriteroient qu'on y eût égard; c'est pourquoi l'Empereur Justinien déclare qu'il va ramasser & exprimer toutes celles qui devront être suffisantes, & qu'il ne sera plus permis d'en alleguer ni faire valoir aucune autre, que celles qui se trouvent exprimées dans la nouvelle Loi qu'il porte: *Sed quia causas ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas, & non apertè declaratas invenimus, quarum aliquæ nec dignæ nobis ad ingratitudinem visæ sunt; aliquæ verò cum essent dignæ, prætermissæ sunt; ideò necessarium esse perspeximus, eas nominatim præsenti lege comprehendere, UT PRÆTER IPSAS NULLI LICEAT, ex alia lege ingratitudinis causas opponere, NISI QUÆ IN HUJUS CONSTITUTIONIS SERIE CONTINENTUR.* Après une exclusion si formelle, & si claire de toutes les autres causes d'ingratitude & d'exhérédation qui ne se trouvent pas compriſes dans la *Novelle* 115, il est, à mon avis, absurde que les Interpretes ayent voulu en introduire d'autres contre la défense expresse de la Loi. N'est-ce pas choquer de front la puissance & l'autorité respectable de la Loi, & faire illusion au Législateur? Il suffit donc de répondre aux faux argumens de ces Auteurs, que la Loi les rejette d'une maniere expresse & litterale, & que c'est une témerité inexcusable à des Docteurs particuliers, qui doivent une entiere & parfaite soumission à l'autorité de la Loi, de s'élever au-dessus de sa puissance, & de vouloir admettre ce qu'elle a nommément rejetté.

que celles qui sont expliquées dans la *Novelle* 115.

2°. Si l'heritier peut faire la preuve des causes non exprimées dans le testament.

Résolution de la premiere question, qu'on ne peut exhéréder que pour les causes expliquées dans la *Novelle* & dans les *Ordonnances*.

A l'égard du second point, la *Novelle* 115, *chapitre* 3, le décide d'une maniere aussi nette & aussi claire par ces paroles: *Nisi forsan probabuntur ingrati; & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento*, dit le chap. 3, par rapport à l'exhérédation des descendans, ou comme s'explique le chap. 4, sur l'exhérédation des ascendans: *Nisi causas quas enu-*

91.

Résolution de la seconde question qu'on ne peut prouver que les causes exprimées dans l'acte d'exhérédation.

meravimus in ſuis teſtamentis ſpecialiter nominaverint. C'eſt donc une condition que la cauſe ſoit nommément exprimée, & qu'elle ſoit prouvée. Voilà pourquoi l'heritier ne peut être admis à la preuve d'aucune cauſe d'ingratitude, ſi elle n'eſt exprimée *nominatim*, ce qui doit avoir lieu ſans difficulté par rapport à l'exhérédation des enfans ou des aſcendans, parce que la *Novelle* 115 exige nommément l'expreſſion de la cauſe; mais à l'égard de l'exhérédation des collateraux, la *Novelle* 22, *chapitre* 47, ni aucune autre Loi n'exige point l'expreſſion de la cauſe. Ainſi, l'exhérédation ſeule ſuffira pourvû que l'heritier prouve quelqu'une des cauſes qui ſuffiſent pour exhéréder les collateraux.

Si l'expreſſion de la cauſe eſt néceſſaire dans l'exhérédation des collateraux.

94. La preuve & l'expreſſion d'une ſeule cauſe ſuffit.

Mais il faut prendre garde qu'il n'eſt pas néceſſaire, pour la validité de l'exhérédation, d'exprimer, & de prouver pluſieurs cauſes; une ſeule du nombre de celles qui ſont détaillées dans la Novelle ſuffit, & quoique le Teſtateur en ait exprimé pluſieurs, on n'aura pas beſoin de les prouver toutes; mais la preuve d'une ſeule ſera ſuffiſante pour exclure l'exhérédé: *Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis cauſas, ſive certas ex his, ſive unam quamlibet, parentes in teſtamento ſuo inſeruerint, & ſcripti heredes nominatam, vel nominatas, vel unam ex his veram eſſe monſtraverint, teſtamentum ſuum habere firmitatem decernimus*, dit la *Novelle* 115, *chap.* 3, *in fin.* Le chapitre 4 s'explique à peu-près en mêmes termes.

95. Les impuberes ni les poſthumes ne peuvent pas être exhérédez, non-plus que les imbéciles ou furieux.

Puiſqu'il n'eſt plus permis aujourd'hui d'exhéréder ſans une des cauſes d'ingratitude exprimées dans la *Novelle* 115, ou dans l'Edit de 1556, & autres Ordonnances poſterieures, il eſt clair que ceux qui ne ſont pas capables par leur âge, ou par défaut de bon ſens, de tomber dans quelqu'une des cauſes d'ingratitude, ne peuvent pas être exhérédez; & par conſéquent l'exhérédation ne peut pas tomber ſur des perſonnes impuberes, encore moins ſur des poſthumes, ni ſur des imbéciles ou furieux. La Loi 24, *cod. de legatis*, vouloit que le pere pût ſubſtituer pupillairement à ſon fils, quoiqu'il l'exhérédât; mais cela ne peut plus avoir lieu, parce qu'il n'eſt pas permis au pere d'exhéréder ſon fils impubere, & qu'une telle exhérédation devant annuller le teſtament, la ſubſtitution pupillaire devroit être nulle & inefficace, ſans pouvoir être ſoutenuë par *l'Auth. ex cauſâ, cod. de liberis præteritis*, comme nous le prouverons dans la ſection ſuivante.

Si le pere peut ſubſtituer pupillairement à ſon fils qu'il exhéréde.

96. Des cas où l'exhérédation ſans

Selon quelques Auteurs, l'exhérédation ſans cauſe peut valoir

loir en trois cas : Le premier eſt, ſi elle eſt faite *bonâ mente, non in odium, ſed beneficium ipſius filii.* Le ſecond, ſi le fils conſent à l'exhérédation. Le troiſiéme, ſi le fils eſt exhérédé, & que les enfans de ces fils ſoient inſtituez heritiers. Mais ces reſtrictions & limitations que les Auteurs ont voulu donner à la Novelle, ſont contre ſon eſprit, & par conſéquent elles ne doivent pas être admiſes, parce qu'elles choquent la diſpoſition de la Loi, qui n'admet en aucun cas l'exhérédation ſans cauſe légitime exprimée & prouvée; & tous les argumens que l'on peut tirer du Droit ancien doivent être conſiderez pour rien, parce que ce Droit ancien a été corrigé & abrogé par la *Novelle* 115, qui forme une nouvelle Juriſprudence, dont elle fixe l'uſage & les conditions, enſorte que l'on ne peut plus s'en écarter ſans faire illuſion à la Loi & au Legiſlateur. Cependant examinons chacun de ces cas en particulier.

cauſe peut valoir ſelon les Auteurs.

Que ces cas ne doivent pas être admis.

97

Les Interpretes fondent l'exhérédation ſans cauſe, *bonâ mente*, ſur la Loi 18, *ff. de liberis & poſthumis*, qui porte: *Multi non notæ cauſâ exheredant filios, nec ut eis obſint, ſed ut eis conſulant, ut putà impuberibus, eiſque fideicommiſſam hereditatem dant;* mais du tems du Juriſconſulte Ulpien, Auteur de cette Loi, l'exhérédation n'étoit requiſe que pour la forme, & le Teſtateur n'étoit pas obligé d'exprimer la cauſe d'exhérédation: ainſi, il n'eſt pas ſurprenant qu'un pere pût exhéréder ſon fils impubere, & lui laiſſer ſon hérédité par fideicommis. Aujourd'hui tout cela eſt changé, on ne peut point faire d'exhérédation ſans cauſe exprimée & prouvée; quoique le fils exhérédé ſe trouve gratifié de quelque legs, donation, ou fideicommis, ſoit particulier ou univerſel, le teſtament n'en eſt pas moins nul, ſi le fils ne ſe trouve inſtitué en quelque choſe, ſuivant la *Novelle* 115, *chapitre* 3, *in princip.* par ces paroles: *Aut exheredes in ſuo facere teſtamento, nec ſi per quamlibet donationem, vel legatum vel fideicommiſſum, vel alium quemcumque modum, eis dederit legibus debitam portionem;* & le dégré dans lequel le fils ſe trouve préterit eſt nul, quoiqu'il ſe trouve ſubſtitué à l'heritier inſtitué, *L. ex facto* 43, *§. Lucius* 2, *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Voilà pourquoi nonobſtant la ſubſtitution ou le fideicommis fait en faveur du fils, l'inſtitution ſera nulle ſi le fils n'eſt inſtitué purement & ſans condition, en quelque choſe: Ainſi, on ne peut plus admettre l'exhérédation *bonâ mente*, qui étoit permiſe par le Droit ancien; auſſi voit-on que par un Arrêt du Parlement de Paris du 31 May 1680, rapporté *au Journal des Audiences*,

Sur quoi les Interpretes fondent l'exhérédation *bonâ mente.*

Réponſe au fondement des Auteurs.

Changement par le Droit nouveau.

Si le fils n'eſt inſtitué ou exhérédé comme il faut, le teſtament eſt nul, quoique le fils ſoit ſubſtitué par le même teſtament.

Le premier dégré qui contient l'inſtitution, eſt annullé par la préterition, & le teſtament eſt ſoutenu par la ſubſtitution qui eſt le ſecond dégré.

tome 3, livre 6, chapitre 15 de la nouvelle édition, le teſtament d'un pere qui pour de bonnes & juſtes conſiderations, avoit réduit un de ſes enfans à l'uſufruit de ſa portion héréditaire, en lui ſubſtituant les enfans qui naîtroient de lui de légitime mariage, & à leur défaut ſes freres & ſœurs, fut déclaré nul, parce qu'une telle diſpoſition en faveur du fils, devoit paſſer pour une veritable exhérédation ſans cauſe certaine, & que le teſtament ne pouvoit pas être rectifié en offrant la légitime ſans charge de ſubſtitution.

Le teſtament ne peut pas être rectifié par l'offre de la légitime.

98. S'il eſt permis de réduire le fils au ſimple uſufruit en faveur des petits-fils.

Ce que les Auteurs diſent, que, ſuivant les Loix, il eſt permis à un pere de réduire ſon fils à un uſufruit *bonâ mente*, en inſtituant ou ſubſtituant les enfans de ce fils, n'eſt point vrai : La Loi *humanitatis 9, cod. de impub. & aliis ſubſtit.* qui permet au pere & à la mere de ſubſtituer exemplairement, leur ordonne de laiſſer la légitime au fils imbécile ; & la *Novelle 18, chapitre 3*, veut que la légitime ſoit laiſſée en toute proprieté & uſufruit : *Non licebit igitur de cætero ulli omninò filios habenti tale aliquid agere ; ſed modis omnibus eis hujus legitimæ partis, quam nunc deputavimus, & uſumfructum inſuper, & proprietatem relinquat :* Laquelle légitime ne peut point être laiſſée, *quovis relicti titulo*, comme la Loi 30, *cod. de inoff. teſtam.* le permettoit dans certains cas expliquez ci-deſſus, nombre 20; mais le titre honorable d'inſtitution doit y être ajouté, ſuivant la *Novelle 115, chapitre 3*. Dans les paroles que nous avons tranſcrites plus haut, on n'a pas expliqué ſelon ſon veritable eſprit, la Loi 16, §. 2, *ff. de curator. furioſ.* lorſque les Auteurs ont appuyé leur propoſition ſur cette Loi ; d'ailleurs, quand elle ſeroit favorable à leur prétention, elle ſe trouveroit corrigée par la *Novelle 18, chap. 3*, & par la *Novelle 115, chap. 3*.

99. Si l'exhérédation eſt confirmée par le conſentement du fils exhérédé.

Pour ce qui eſt du conſentement donné par le fils à ſon exhérédation, les Auteurs fondent leur déciſion ſur la Loi 8, §. 6, *ff. de bonor. poſſeſſ. contrà tabul.* ce texte ne décide pas que le conſentement du fils autoriſe une exhérédation mal faite, elle décide ſeulement que ſi le fils a écrit lui-même le teſtament, qui contient ſon exhérédation, cette diſpoſition ne doit pas être conſiderée comme non écrite, ainſi que le ſeroit une diſpoſition faite en ſa faveur par le Senatuſconſulte Libonien, qui aſſujettit à la peine du faux ceux *qui ſibi adſcribunt in teſtamento.* Ainſi, rien n'eſt plus mal appliqué que cette Loi ; l'exhérédation valant en ce cas, non en vertu de l'écriture & du conſentement du fils ; mais parce que le pere avoit la liberté d'ex-

héreder ſes enfans ſans cauſe, & que l'exhéredation ſuffiſoit pour les exclure du bénéfice de la poſſeſſion des biens que le Préteur accordoit aux enfans émancipez, qui avoient été préterits, ſuivant la même Loi 8, *in principio*. D'ailleurs il eſt indubitable qu'un enfant ne peut pas renoncer à une ſucceſſion future, ni approuver pendant la vie du pere le teſtament qui l'exclud de ſa ſucceſſion; il peut ſeulement renoncer après que la ſucceſſion & la légitime ſont ouvertes, & non plutôt, *L. 4, cod. de inutil. ſtipulat. & L. 35, §. 1, cod. de inoff. teſtamento.*

100. Cas où l'exhéredation ſans cauſe vaut: lorſqu'elle ſe trouve dans le teſtament du Soldat.

Il y a néanmoins un cas où l'exhéredation ſans cauſe vaut; ſçavoir, lorſqu'elle ſe trouve dans le teſtament d'un Soldat qui teſte dans le Camp, *jure militari*; bien plus, lorſque le Soldat qui ſçait qu'il a des enfans, n'en fait pas mention dans ſon teſtament, ni pour les inſtituer, ni pour les exhéreder, ſon ſilence eſt conſideré comme une exhéredation légitime, *§. 6, inſtit. de exheredat. liberor. L. 9, & L. 24, cod. de inoff. teſtam. & L. 9 & 10, cod. de teſtam. militis*; ce qui doit avoir lieu à plus forte raiſon à l'égard du pere & des autres aſcendans du Soldat, *L. 24, cod. de inoff. teſtam.* La *Novelle* 115 n'a rien changé à cet égard, parce qu'elle ne parle & ne doit être entendue que des teſtamens paganiques, vû que le teſtament militaire a des privileges auſquels il n'eſt point dérogé, à moins qu'il n'en ſoit fait mention expreſſe. *L'Ordonnance de* 1735 ne touche pas non plus à cet égard au teſtament militaire; au contraire, *l'art.* 54, porte en termes exprès, *& en ce qui concerne les teſtamens militaires, n'entendons rien innover à ce qui eſt porté par les Loix Romaines à cet égard.*

101. Si le fils Soldat peut être exhéredé.

Par le Droit ancien des Romains, il n'étoit pas permis au pere d'exhéreder ſon fils Soldat; cette faculté lui avoit été interdite par un Edit de l'Empereur Auguſte, mais cela fut changé, comme il paroît de la Loi 26, *ff. de liberis & poſthumis*; ſi bien que ſelon le Droit moyen du Digeſte, le fils de famille, quoique Soldat, pouvoit être exhéredé par ſon pere tout comme celui qui ne ſeroit point dans les Armées: *filiusfamilias ſimiliter ut paganus, nominatim à patre aut heres ſcribi, aut exheredari debet, jam ſublato Edicto divi Auguſti, quo cautum fuerat, ne pater filium militem exheredet.* Du tems du Juriſconſulte Paul, des écrits duquel cette Loi a été priſe, l'exhéredation dépendoit de la volonté du pere, & n'étoit qu'une excluſion & une formalité; aujourd'hui que l'exhéredation eſt fondée ſur des moyens d'indignité, il doit être à plus forte raiſon permis d'exhéreder le fils Soldat; car il ſeroit tout-à-fait indécent d'accorder au Soldat le privilege de tomber impunément dans le cas d'ingratitude.

102. Des conditions & de la formalité néceſſaires pour la validité de l'exhéredation.

Les Auteurs ont ramaſſé juſqu'au nombre de quinze conditions néceſſaires pour la validité de l'exhéredation, on peut les voir en détail dans le Traité *de teſtamento valido vel invalido de Gaſpard Manzius, tit.* 10, *queſt.* 1; nous rapporterons d'abord celles que nous croyons néceſſaires & indiſpenſables; enſuite nous examinerons les autres, & nous diſcuterons ſi le Droit nouveau n'a pas porté quelque changement. Afin qu'une exhéredation vaille, il faut premierement qu'elle ſoit faite pour une des cauſes exprimées dans la Novelle 115, *ch.* 3 *&* 4, & dans la Novelle 22, *ch.* 47, ſelon la differente qualité des perſonnes qui ſont exhéredées: car ſi elle étoit faite pour quelque autre cauſe, elle ſeroit nulle, à moins que par quelque Loi du Pays, la cauſe à raiſon de laquelle l'exhéredation ſeroit faite, ne fût approuvée.

Elle doit être faite pour une des cauſes expliquées dans la *Novelle* 115.

103. Elle doit être exprimée dans l'acte d'exheréda-tion.

En ſecond lieu, que la cauſe d'exhéredation ſoit nommément exprimée; car, comme nous l'avons déja remarqué, il ne ſuffiroit pas d'exhéreder une perſonne qui le mériteroit pour être tombée dans quelque cas d'ingratitude, ſi celui qui exhérede n'en a exprimé nommément la cauſe, & fondé l'exhéredation ſur cette expreſſion; & ſi la cauſe avoit été omiſe dans l'exhéredation des aſcendans & des deſcendans, car il en eſt autrement des collateraux, ainſi que nous l'avons montré plus haut, l'héritier ne ſeroit pas recevable pour ſoutenir la diſpoſition & faire valoir l'exhéredation, à prouver une cauſe qui pourroit être vraye & ſuffiſante pour exclure l'exhéredé de la ſucceſſion du défunt & de ſa légitime, comme nous l'avons déja obſervé. Ceci ſert à décider une queſtion aſſez controverſée chez les Auteurs, qui conſiſte à ſçavoir, ſi les cauſes d'exhéredation peuvent avoir leur effet *ab inteſtat*, c'eſt-à-dire, ſans que l'offenſé ſe ſoit plaint de l'injure; laquelle queſtion a été agitée par *Manzius de teſtamento valido vel invalido, tit.* 10, *q.* 16, car il réſulte clairement de la Loi 30, *cod. de inoff. teſtam.* & de la Novelle 115, que ſi l'offenſé ne s'eſt pas plaint de l'injure, ſes héritiers ne peuvent pas la faire valoir: il faut néanmoins excepter les cas où il y a indignité prononcée par les autres Loix, à raiſon deſquels l'indignité peut être oppoſée, ſans qu'il y ait aucune plainte précedente de la part du défunt; nous avons expliqué cette matiere au *chap.* 6, *ſect.* 3.

S'il exhérédation peut avoir lieu *ab inteſtat.*

104. La cauſe exprimée doit être prouvée.

En troiſiéme lieu, que la cauſe nommément exprimée, du nombre de celles qui ſont approuvées par la Loi, ſoit prouvée d'une maniere légale par l'héritier: car le défaut de preuve légitime rendroit l'exhéredation nulle. Ces trois conditions ſont di-

fertement exprimées dans la Novelle 115, *ch.* 3; ainſi il ne peut y avoir aucun doute à leur égard. Quoique ſuivant *l'art.* 54 *de l'Ordonnance de Moulins, & l'art.* 2, *du tit. des faits qui giſſent en preuve, de l'Ordonnance de* 1667, la preuve par témoins ne puiſſe pas être reçûe pour les choſes excedant la valeur de cent livres; néanmoins ces Ordonnances n'empêchent pas que l'on ne puiſſe être reçû à prouver par témoins les cauſes d'exhéredation exprimées, parce qu'elles ne conſiſtent qu'en fait, dont la preuve ne peut communément être faite que par témoins; & que les Ordonnances prohibent bien la preuve teſtimoniale des contrats & des conventions, mais elles n'interdiſent pas la preuve teſtimoniale des purs faits: ſans cela ce ſeroit en vain que la Loi permettroit d'exhéreder: l'exhéredation ne pourroit preſque jamais avoir ſon effet, faute de preuve des faits ſur leſquels l'exhéredation ſeroit fondée; d'ailleurs les faits qui doivent ſervir de fondement à l'exhéredation tenant de la nature du crime, puiſqu'ils produiſent des moyens d'ingratitude, la preuve en eſt recevable par témoins, parce que la défenſe portée par les Ordonnances ne porte que ſur le civil.

Si la preuve peut être faite par témoins.

En quatriéme lieu, l'exhéredation doit être faite nommément; il convient d'abord d'obſerver, que l'on diſtinguoit anciennement trois ſortes d'exhéredations. La premiere, étoit celle qui ſe faiſoit *nominatim*; c'étoit de cette façon que les enfans mâles & les poſthumes qui en naiſſant devoient tomber en la puiſſance du Teſtateur, & ſe trouvoient au premier dégré, devoient être exheredez, *inſtit. de exhered. liberor. in principio, & §.* 1, *l.* 26, *& tot. tit. ff. de liberis & poſthumis*; les enfans émancipez devoient auſſi être exhéredez *nominatim*, pour empêcher qu'ils ne puſſent demander la poſſeſſion des biens, *§.* 3, *inſtit. de exhered. liberor.* en exprimant le nom, le prénom & le ſurnom, ou bien l'un ou l'autre, *L.* 1, *ff. de liberis & poſthum.* ou bien par une déſignation univoque, comme ſi un pere qui n'a qu'un fils unique, diſoit *filius meus exheres eſto, l.* 2, *ff. eod. & inſtit. de exhered. liberor. in principio.*

105. L'exhéredation doit être faite *nominatim.*

Comment eſt-elle cenſée faite *nominatim.*

La deuxiéme maniere d'exhéreder, étoit quand on le faiſoit par une expreſſion vague & générale, *inter cæteros.* C'étoit de cette façon qu'on pouvoit exhéreder les filles & les petits-fils de l'un & de l'autre ſexe, qui étoient en la puiſſance du Teſtateur. *Ulpien dans ſes fragmens, tit.* 22, *§.* 17, 18, *&* 19, *& inſtit. de exhered. liberor. in principio*; mais par le Droit nouveau des Inſtitutes, *tit. de exhered. liberor. §.* 5, & du Code dans la Loi 4, *de*

106. Exhéredation *inter cæteros.*

Tous les enfans & descendans sans distinction doivent être exhérédez *nominatim*.

liberis præteritis, tous les enfans soit mâles ou filles, même émancipez, & les petis-fils descendans par mâle devoient être nommément instituez, ou nommément exhéredez ; ensorte qu'il ne suffisoit pas de les exhéreder *inter cæteros* ; de plus la Novelle 115, *ch.* 3, ayant communiqué aux descendans par femme, ce que le droit précedent avoit accordé aux descendans par mâle, il faut nécessairement aujourd'hui que l'exhéredation de ceux-ci soit faite nommément, tout comme celle des autres.

107. De l'exheredation par le silence.

La troisiéme maniere d'exhéreder, se pratiquoit par le seul silence, comme lorsque la mere, ou les ascendans maternels testoient ; car ils n'avoient pas besoin d'instituer ni d'exhéreder leurs enfans, & leur silence avoit la même force que l'exhéredation faite *nominatim* par le pere ; mais cette espece d'exhéredation a été abrogée par la Novelle 115, *ch.* 3, qui impose à la mere & aux autres ascendans maternels la nécessité d'instituer ou d'exhéreder nommément leurs enfans & descendans, avec expression de cause ; cependant cette espece d'exhéredation tacite se pratiquoit par rapport au testament du Soldat qui testoit militairement, *in expeditione occupatus*, suivant le §. 6, aux Institutes *de exhered. liberor.* la Loi 9, la Loi 10, & la Loi 24, *cod. de inoff. testam.* ce qui n'a point été abrogé, ni corrigé par la Novelle 115, ni par l'Ordonnance de 1735, ainsi que nous l'avons observé ci-dessus. Il résulte de ce que nous venons de dire, que l'une des conditions essentielles de l'exhéredation est, qu'elle soit faite *nominatim*, à l'égard de tous les descendans, sans aucune distinction, lorsqu'ils sont au premier dégré, ou qu'ils représentent le premier dégré ; car on n'a pas besoin d'instituer ni d'exhéreder les petits-fils, lorsque leur pere est en vie, *L.* 6, *ff. de injusto rupto.*

[Elle est abrogée par la *Novelle* 115.

Excepté dans le testament du Soldat.

On n'a pas besoin d'instituer ni d'exheréder les petits-fils, quand leur pere vit.

108. S'il'exherédation doit être conçuë en une certaine formule de paroles.

En cinquiéme lieu, tout comme l'institution d'héritier ne dépend pas d'une certaine formule de paroles, & qu'il suffit que le Testateur se soit servi de quelques expressions qui soient capables de faire connoître sa volonté, *L.* 15, *& L.* 26, *cod. de testamentis* ; il n'est pas non plus nécessaire de concevoir l'exhéredation par une certaine formule ; mais il faut que le Testateur se soit expliqué de façon qui fasse comprendre qu'il a voulu exclure la personne exhéredée. Si par exemple le Testateur dit, *ille filius meus, alienus meæ substantiæ fiat*, il sera suffisamment exhéredé, *L.* 3, *cod. de liberis præteritis* : on peut voir un autre exemple, d'une exhéredation qui n'est pas conçue en termes diserts dans la Loi 61, *ff. de hered. instit.*

Termes qui contiennent l'exherédation.

109. Si l'exhérédation peut être faite sous condition.

Nous avons examiné dans le *chap.* 7, *sect.* 7, *n°.* 85 *&* 86, si l'exhérédation pouvoit être faite sous condition : on peut voir ce que nous avons dit dans cet endroit. Nous ajouterons, que comme l'institution peut être faite sous une condition potestative, *L.* 4, *ff. de hered. instit.* l'exhérédation qui est son contraire pourroit également être faite suivant les regles du Droit ancien, sous une condition potestative, & qu'aujourd'hui l'exhérédation étant une exclusion fondée sur une cause d'ingratitude, rien ne peut empêcher qu'elle ne puisse être faite sous toutes sortes de conditions, parce qu'elles ne peuvent aboutir qu'à l'avantage du fils exhérédé pour le rappeller, en cas que l'évenement de la condition lui soit favorable. Il y a plusieurs Arrêts du Parlement de Paris, qui ont confirmé des exhérédations conditionnelles, notamment celui du 27 Avril 1660, rapporté *au Journal des Audiences*, & c'est le sentiment de *le Brun, des Successions, liv.* 3, *chap.* 10, *sect.* 4, *n.* 11 *&* 12, & de *M^e. Charles Dumoulin, sur la Loi* Commodissimi, *n.* 43, *ff. de lib. & posthum.*

110. Si l'exhérédation peut être faite par quelqu'acte autre qu'un testament.

Ou dans un testament olographe.

Est-elle inutile quand le testament ne sortit pas effet.

Mais l'exhérédation doit-elle être faite dans un testament, sans qu'on puisse la faire dans quelque autre acte ? Peut-on la faire dans un testament olographe, ou dans toute autre disposition qui n'est pas revêtue de toutes les formalitez de Droit ? L'exhérédation devient-elle inutile lorsque le testament est caduc ou nul, ou que l'hérédité n'est pas acceptée en vertu du testament qui renferme l'exhérédation ? Nous avons crû devoir unir toutes ces difficultez, parce qu'elles ont une très-grande affinité, qu'elles dépendent des mêmes principes, & qu'elles sont susceptibles de la même résolution.

111. Résolution que dans les Pays de Droit écrit l'exhérédation peut être faite par simple acte devant Notaires.

Il n'y a point de doute que dans les Pays Coutumiers, l'exhérédation ne puisse être faite par acte devant Notaire, qui ne contienne aucune disposition des biens, & qui se renferme à la seule exhérédation. Tous les Auteurs sont de cet avis, notamment *Ricard, des Donations, tom.* 1, *part.* 3, *n.* 971 ; *Claude de Ferriere sur la Novelle* 115, *ch.* 3, *n.* 17 ; *Tronçon sur l'art.* 299 *de la Coutume de Paris, & Bretonnier sur Henrys, liv.* 5, *quest.* 101, de la nouvelle Edition. Ces Auteurs rapportent plusieurs Arrêts, & il y en a encore plusieurs autres dans *le Journal des Audiences*, qui l'ont jugé ainsi, principalement ceux des 8 Juin 1638, 27 Avril 1660, & 3 Septembre 1683. Les raisons de cette Jurisprudence, sont, ainsi que le remarque *Ricard*, parce que les exhérédations ne contenant en elles le principe d'aucune liberalité, elles n'ont rien de commun avec les testamens, & si l'on a accoutumé de

Raisons de cette Jurisprudence.

les inserer dans les testamens, ce n'est que par accident, & non par obligation, étant assez qu'elles soient contenues dans un acte qui soit capable de faire foi de la volonté de celui qui exhérede; & selon *Ferriere*, il ne seroit pas juste d'assujettir la vengeance légitime d'un pere aux formalitez d'un testament, & de soustraire le coupable à la punition qu'il mérite, par ses désobéissances envers celui auquel il est redevable de sa naissance. Mais la meilleure raison que ces Auteurs ont omises, est qu'il y a une grande difference entre l'exhéredation qui étoit en usage, selon l'ancien Droit Romain, & celle qui se pratique aujourd'hui, en conséquence de la Novelle 115. Dans les premiers tems, & avant la Novelle, l'exhéredation dépendoit absolument de la volonté de celui qui disposoit; elle n'étoit qu'une formalité, qui avoit été introduite pour la validité des testamens, afin d'exclure les enfans auxquels la Loi donnoit la succession de leurs peres, & par conséquent elle ne pouvoit être faite que dans le testament contenant la disposition de l'hérédité, qui devoit être déferée à une personne, à même tems qu'elle étoit ôtée à une autre, à laquelle la Loi la destinoit.

Raison tirée de la difference entre l'ancienne exhérédation, & celle qui se pratique aujourd'hui.

VII. L'exhérédation dépend aujourd'hui de la cause d'ingratitude.

Mais à présent que l'exhéredation ne dépend plus de la volonté, qu'elle doit être fondée sur une cause d'ingratitude qui doit être exprimée & prouvée, & qu'elle est la peine d'une espece de crime, qui produit l'indignité en la personne de celui qui tombe dans le cas d'ingratitude, il suffit que celui qui a souffert l'injure, & qui veut punir l'indigne, fasse connoître sa volonté par quelque acte capable de la prouver sans équivoque, & qu'il se serve des voyes qui seroient suffisantes pour faire révoquer une donation par ingratitude, ainsi qu'il est marqué dans les Loix 1, 7 & 10, *cod. de revocand. donationib.* c'est-à-dire, qu'il n'ait pas gardé le silence pendant sa vie, & qu'il ait témoigné quelque ressentiment & la volonté de faire punir l'injure par l'exhéredation; car s'il ne se plaignoit point, les héritiers ne pourroient pas faire valoir l'ingratitude, comme ayant été remise par le défunt, *etenim si ipse qui hoc passus est, tacuerit: silentium ejus maneat semper*, selon les expressions de la Loi 10, *cod. de revocand. donat.* c'est ce que la Loi 3, *cod. de inoff. testam.* fait comprendre par ces paroles, *si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cùm eos scilicet ingratos circà se fuisse testator dixerit: nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare, & hujusmodi quæstionem introducere.*

Il suffit de connoître la volonté de celui qui veut punir l'injure par lui reçuë.

Comparaison des causes d'exhérédation avec les causes d'ingratitude pour révoquer une donation entre-vifs.

VIII. Exhérédation

Delà vient qu'il ne peut y avoir aucun doute, que si un pere ou toute

toute autre personne offensée par celui qui a quelque esperance sur sa succession, & qui a un droit de légitime à prétendre, va faire sa déclaration devant le Juge, en la forme judiciaire, qu'il entend l'exhéreder, après avoir exprimé & détaillé les causes d'ingratitude, une telle exhérédation ne dût avoir la même force & le même effet que celle qui seroit faite par un testament revêtu de toutes les formalitez les plus scrupuleuses de Droit; & c'est ainsi qu'on le pratique constamment dans le Pays Coutumier: & avec raison, parce que s'agissant d'une cause d'ingratitude, qui doit produire l'indignité, & d'une espece de crime qui doit être puni; la voye judiciaire est sans doute la plus naturelle & la plus légitime pour produire l'effet qu'on veut faire opérer à l'exhéredation; l'injure est alors réalisée, parce que l'action en est portée en Jugement, & cela suffit afin qu'elle passe aux héritiers, suivant les regles triviales en cette matiere.

faite par déclaration devant le Juge, est bonne.

Il y a encore moins de doute par rapport à la cause d'exhéredation introduite par les Ordonnances, lorsque le fils ou la fille se marient sans le consentement de leur pere ou mere, parce que les Ordonnances en accordant la permission d'exhéreder dans ce cas les enfans qui ont manqué à leur devoir, n'assujettissent pas les ascendans à faire l'exhéredation dans leur testament; ils peuvent donc la faire, soit devant le Juge, soit par quelque acte devant Notaire, qui soit capable de constater leur volonté & leur déclaration, pourvû qu'ils expriment la cause d'exhéredation dans l'acte, d'autant mieux que l'Edit de 1556 permet de faire l'exhéredation en la même forme, & par les mêmes actes par lesquels on pourroit révoquer une donation pour cause d'ingratitude; & les Auteurs, notamment *Guy Pape*, *Ranchin & Ferriere*, *qu.* 219, enseignent que pour révoquer valablement une donation par ingratitude, il suffit que le Donateur en fasse sa déclaration & protestation par simple acte devant Notaire; c'est ainsi que le décide *Me. Duval*, *dans ses Institutions au Droit François*, *liv.* 2, *chap.* 12, *pag.* 397, par rapport à l'exhéredation pour mariage contracté sans consentement, même dans les Pays du Droit écrit.

114. De la cause d'exhérédation pour mariage contracté sans le consentement des parens.

La révocation d'une donation par ingratitude peut être faite par simple acte.

Suivant les principes de l'ancien Droit Romain, il est incontestable que l'exhéredation ne pouvoit être faite que par testament, si bien qu'elle ne pouvoit être faite même par codicile: *Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest: ne confundatur jus testamentorum & codicillorum, & ideò* NEC EXHEREDATIO SCRIBI, dit le §. 2, *instit. de codicillis*, & selon les expressions

115. Suivant l'ancien Droit Romain, l'exhérédation ne pouvoit être faite que par testament.

de la Loi 30, *ff. de liberis, & posthumis : inter cætera quæ ad ordinanda testamenta desiderantur, principale jus est de liberis instituendis, vel exheredandis ;* & la Novelle 115, *ch.* 3, *in principio*, semble supposer cette nécessité de faire l'exhéredation par testament, lorsqu'elle défend aux peres, meres, ayeuls & autres ascendans d'exhéreder leurs enfans dans leur testament, *aut exheredes in suo facere testamento . . . . . nisi forsitan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas, parentes suo inseruerint testamento ;* c'est le sentiment commun des Auteurs du Droit écrit, *M^e. Corras, in centuria, cap.* 24, *Mornac sur la Loi* 28, *cod. de inoff. testam. Henrys, liv.* 5, *quest.* 107, *Duval, instit. du Droit François, liv.* 2, *ch.* 12, *pag.* 396, *Claude de Ferriere*, & plusieurs autres.

116. Avis des Auteurs que l'exhéredation ne pouvoit être faite dans un testament olographe entre enfans.

Certains Auteurs soutiennent encore, que l'exhéredation doit être faite, non dans un testament olographe ou imparfait entre enfans, mais dans un testament revêtu de toutes les formalitez de Droit, *Zoesius dans son Commentaire sur le digeste, tit. qui testamenta facere possunt ;* ce qu'ils fondent sur ce que la *Novelle* 107, veut que dans le testament imparfait le pere exprime les portions auxquelles il institue ses enfans ; ce qu'il ne fait pas, quand il en exhérede quelqu'un ; & sur ce que selon la Loi 8, §. 2, *ff. de bonorum possess. contr. tabulas*, il n'y a que l'exhéredation faite avec toutes les formalitez, qui puisse exclure le fils exhéredé de la possession des biens, *non quævis exheredatio summovet filium à contrà tabulas bonorum possessione, sed quæ ritè facta est ;* sur lequel texte *M. Cujas* dit, *ea exheredatio tantùm nocet quæ ritè facta est, id est ut oportet, & secundùm solemnia juris ;* & le même Docteur remarque la difference que l'on doit faire entre les mots *rectè & ritè* ; le premier signifie que l'exhéredation doit être faite selon l'équité & avec cause : & le second se rapporte à la solemnité, *solemnia & ritus ;* mais en supposant que l'exhéredation ne puisse être faite que dans un testament, ce que nous examinerons bientôt, il ne pourroit point y avoir de doute qu'elle ne peut être faite dans un testament entre enfans, retenu par un Notaire, en présence de deux témoins ; ou dans un testament olographe écrit entierement, daté & signé par le Testateur ou la Testatrice, parce que *l'Ordonnance de* 1735, *art.* 15 *&* 16, qui forme aujourd'hui le Droit commun du Royaume dans les Pays du Droit écrit, autorise ces testamens, & en fait une maniere de disposer *jure communi* ; ainsi le testament qui a l'une ou l'autre de ces deux formes, est inconteſtablement revêtu de la solemnité requise, & par con-

Difference entre les mots *ritè & rectè*.

Correction de cet avis par *l'Ordonnance de* 1735.

séquent l'exhéredation peut être faite dans un tel testament, comme devant valoir *jure communi*.

117. L'exhéredation est anéantie si le testament ne sortit pas effet, selon les Auteurs.

Quelques Auteurs soutiennent encore, que l'exhéredation qui se trouve dans un testament qui est caduc par le prédécès de l'héritier, & qui ne peut valoir qu'en vertu de la clause codicillaire, ou quand l'hérédité n'est pas acceptée en vertu de testament, est inefficace & inutile, & qu'en un mot, afin que l'exhéredation puisse exclure l'exhéredé, il faut que le testament qui la renferme sorte à effet, *Henrys, liv. 5, q. 101*, de la nouvelle édition, ce qui est fondé sur plusieurs principes de Droit. En effet, lorsque l'hérédité n'est pas acceptée, toute la force du testament est évacuée, *si nemo subiit hereditatem omnis vis testamenti solvitur, l. 181. ff. de reg. juris*, ou comme dit la Loi 20, *ff. de bonor. possess. contr. tabulas*, le testament qui est emporté pour les autres dispositions, ne peut pas valoir pour la seule exhéderation: *absurdum est enim in hoc tantum valere testamentum, ut exheredatio vigeat, cùm aliùs non valeat . . . . . Sed cùm exheredatio, non aditâ hereditate, ex testamento nullius sit momenti, ideo non obstat quominus filius exheredatus contrà tabulas patris accipiat bonorum possessionem, Julianus rectè respondit ne testamentum per omnia irritum ad notam exheredationis solam processisse videatur;* & puisque l'exhéredation ne peut pas être faite par codicile, *§. 8, instit. de jure codicil.* il s'ensuit que quand le testament ne peut valoir que comme codicile, en vertu de la clause codicillaire, l'exhéredation y contenue est nulle & inefficace. Ce même Auteur rapporte un Arrêt du Parlement de Paris du 7 Juillet 1631, qui a jugé que l'exhéredation renfermée dans un testament, qui contenoit l'institution d'héritier d'une personne qui étoit morte avant le Testateur, étoit nulle, quoiqu'il y eût un acte fait devant le Juge portant la même exhéredation; mais au moyen de la ruine du testament supposée par la caducité de l'institution, le nouvel acte d'exhéredation étoit inutile, puisqu'il faut qu'elle se fasse par un testament, & non par *équipollant*, comme dit *Henrys* au lieu cité.

L'exhérédation ne vaut quand le testament n'est exécuté que par la clause codicillaire.

118. Le sentiment des Auteurs étoit conforme aux regles du Droit Romain avant *l'Ordonnance de 1735.*

Changement de principes par la *Novelle 115.*

On ne peut pas contester que ce que les Auteurs disent au sujet de la nécessité de faire l'exhéredation dans un testament, sans pouvoir être faite dans aucun acte équipollant, & qu'il faut que le testament sorte à effet, afin que l'exhéredation y contenue soit efficace, ne soit conforme aux regles du Droit Romain qui précede la Novelle 115: il étoit nécessaire, comme nous l'avons déja remarqué, que dans le même instant que le testateur excluoit quelqu'un de ses enfans de son hérédité, au moyen de l'exhéredation,

il déferât cette même succession à une autre personne; ce qui ne pouvoit se faire que par testament, parce que c'étoit l'unique maniere de déferer une hérédité par la volonté de celui qui disposoit; mais si l'on considere les changemens que le Droit nouveau a faits, il me semble qu'on ne peut pas s'empêcher de reconnoître qu'il n'est pas nécessaire que l'exhéredation soit faite par testament, & qu'elle doit être aussi valable, lorsqu'elle est faite par déclaration devant le Juge ou par acte devant Notaire, qui exprime nommément la cause d'exhéredation, par les raisons que nous avons expliquées ci-dessus, tirées de la difference qu'il y a entre l'exhéredation qui se pratiquoit anciennement, & celle qui se pratique aujourd'hui, qui ne dépend plus comme autrefois de la volonté nuë de l'exhéredant, & qui doit avoir son fondement sur une cause d'ingratitude, du nombre de celles que la Loi a choisies & déclarées suffisantes; ce qui est si vrai, que les *Loix 32 & 36, cod. de inoff. testam.* & la *Novelle* 18, *cap.* 3, défendent expressément de donner atteinte à la légitime, & d'y apposer aucune condition, charge ni délai, tout cela étant rejetté de plein droit, comme non écrit par le ministere de la Loi. Que l'exhéredation est la peine d'une espece de crime; que celui qui tombe dans quelqu'un des cas pour lesquels l'exhéredation peut être prononcée, s'exclut & se rend indigne par son propre fait; voilà pourquoi il suffit, que l'exhéredant offensé, ait témoigné par quelque acte probatoire le ressentiment de l'injure, & qu'il ait fait connoître qu'il ne vouloit point la pardonner; car on n'attribue point aujourd'hui l'effet de l'exhéredation au testament, en tant qu'il contient une disposition, puisqu'elle est incapable de priver de la légitime; mais en tant qu'il contient l'expression d'une cause d'ingratitude; qu'il en doit être des causes d'ingratitude capables d'exclure de la succession & de la légitime, tout de même que des causes d'ingratitude capables de faire révoquer une donation entre-vifs, à l'égard desquelles il suffit que l'offensé n'ait pas gardé le silence pendant sa vie, & qu'il ait protesté par quelque acte fait devant le Juge, ou devant Notaire, qui soit suffisant pour constater sa volonté & son ressentiment; car ce n'est que par un silence constant que l'injure résultant des causes d'ingratitude, peut être censée remise, & l'on ne peut pas penser que celui qui a été offensé, & qui a protesté expressément par acte, qu'il vouloit faire punir l'ingrat de la peine statuée par les Loix, ait eu l'intention de pardonner & de remettre l'injure, parce que *factum contrariam voluntatem declarat*; que si la *Novelle* 115, *ch.* 3,

Raisons pour prouver que même en Pays de Droit écrit l'exhérédation peut être faite autrement que par testament.

parle de l'exhérédation par testament, & si elle enjoint d'exprimer la cause dans le testament, ce n'est que parce que c'étoit la voye la plus ordinaire qui étoit pratiquée auparavant, & non pour borner au seul testament la voye que l'offensé pourroit prendre pour faire punir la personne ingrate; que la *Novelle* mettant les causes d'exhérédation au niveau des causes d'ingratitude capables de faire révoquer une donation entre-vifs, n'a pas voulu exclure les expediens que les Loix précedentes permettoient de mettre en usage pour punir un Donataire ingrat, ni empêcher qu'on ne pût les pratiquer dans les cas d'ingratitude capables de servir de fondement à l'exhérédation, & qu'ayant mis l'exhérédation au niveau de la révocation des donations par ingratitude, l'intention du Législateur a été de permettre à celui qui exhéréde de le faire par les mêmes actes, & de la même maniere qu'il l'avoit précedemment permis au Donateur offensé; qu'enfin l'exhérédation renferme non un principe de liberalité, mais une exclusion pour cause d'ingratitude. Voilà pourquoi elle ne peut plus avoir qelque chose de commun avec une disposition des biens, comme elle en avoit autrefois, ensorte que ne pouvant pas considerer la volonté, comme devant former une disposition; mais seulement pour témoigner que la personne n'a pas remis l'injure, il est indifferent que l'on trouve la manifestation de la volonté dans un testament, ou dans quelqu'autre acte, pourvû qu'il soit capable de faire preuve, & qu'il exprime la cause d'ingratitude; si bien que la faculté d'exhéréder, les regles & les motifs de l'exhérédation ayant changé, on ne doit plus consulter les Loix anciennes, qui en avoient prescrit la forme. Par toutes ces raisons, la Jurisprudence du Pays Coutumier, qui permet de faire l'exhérédation devant le Juge, ou par acte devant Notaire, est plus exacte & plus conforme à l'esprit de la *Novelle* 115, & à la parité que cette Novelle a mise entre l'exhérédation & la révocation des donations entre-vifs par ingratitude, que la décision des Auteurs qui ont écrit sur le Droit Romain; & je suis persuadé que si les Auteurs du Droit Civil avoient fait attention à ces raisons, & si elles s'étoient presentées à leur esprit, ils n'auroient pas décidé, comme ils ont fait, que l'exhérédation ne pouvoit être faite que par testament.

Je pense encore qu'ils auroient été introduits à croire par voye de conséquence, que quoique le testament soit caduc par le prédécès de l'heritier institué, ou inutile à cause de la

* 1191 L'exhérédation contenuë dans un testament caduc, ou quand l'herédité est ré-

pudiée, ou quand il ne vaut que comme codicile, est bonne.

répudiation de l'herédité, ou qu'il ne sorte pas à effet par quelqu'autre obstacle; néanmoins, l'exherédation qui s'y trouve renfermée avec expression d'une cause légitime, n'en devroit pas moins être valable, parce qu'un tel testament suffiroit pour prouver que le Testateur s'est ressenti de l'injure par lui soufferte, qu'il a voulu faire punir l'ingrat selon que les Loix le permettent, & que l'exherédation devroit valoir comme une protestation suffisante pour réaliser l'action, & la faire passer à l'heritier, pour faire déclarer la peine d'indignité encourue par le fait de celui qui s'est rendu indigne en tombant dans le cas de l'ingratitude; car ce n'est plus par la seule volonté de l'exherédant, c'est à cause de l'ingratitude, que l'exherédé doit être exclus, du moins pour ce qui regarde la légitime qui est un benefice de la Loi, auquel on ne peut attacher aucune condition, charge ni délai, *L.* 32, *cod. de inoff. testam.* On ne considere la volonté que pour connoître si l'offensé s'est ressenti de l'injure, ou s'il l'a remise; ensorte qu'il est très-indifferent que cette volonté soit manifestée par un testament qui a son effet, ou par quelqu'autre acte; il suffit qu'elle soit manifestée par un acte probatoire, & l'ingratitude qui dérive du fait & de la cause exprimée par le défunt, doit nécessairement produire l'exclusion par indignité, dès aussi-tôt qu'elle est justifiée par l'heritier, indépendamment de la validité du testament, & sans examiner si la disposition est efficace, puisque l'exclusion de la légitime ne peut jamais dépendre de la volonté du Testateur, vû que la Loi lui défend d'y imposer aucune charge, condition, ni délai, *L.* 30, *L.* 32, *L.* 36, *cod. de inoff. testam. & Novell.* 18, *cap.* 3; s'il en étoit autrement, l'ingrat seroit traité avec la même faveur que celui qui est exempt de ce vice, quoique le Testateur eût témoigné expressément, autant qu'il dépendoit de lui, qu'il ne vouloit point remettre l'injure & l'offense, & qu'il souhaitoit qu'elle fût punie de la peine infligée par les Loix.

120. L'exherédation devoit exclure à l'égard de tous les heritiers dans tous les dégrez, & de tous les biens.

Si l'enfant exherédé rappellé en quelque chose, est rappellé pour la légitime.

Suivant la disposition du Droit ancien, l'exherédation devoit être faite pour exclure l'exherédé, 1°. Par rapport à tous les heritiers instituez. 2°. Pour tous les dégrez. 3°. De tous les biens selon la décision de quelques Auteurs; ensorte que si le Testateur faisoit quelque legs à l'exherédé, il étoit rappellé pour la légitime entiere, & l'exherédation ne pouvoit plus avoir son effet; mais ce dernier point est faux comme le prouve la Loi 4, §. 3, *ff. de vulg. & pupill. substit.* & les autres meritent des éclairciſſemens. La Loi 3, §. 2, *ff. de liberis & posthumis*, dit que le fils peut

être exherédé, *inter medias heredum inſtitutiones*, & qu'il ſera exclus dans tous les dégrez, à moins qu'il n'ait été exherédé qu'à l'égard d'une ſeule perſonne, auquel cas l'exherédation ſera nulle: *Niſi forte ab unius perſonâ eum Teſtator exheredaverit; nam ſi hoc fecit, vitioſa erit exheredatio.* On trouve la même déciſion dans la Loi 8, §. 3, *ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab.*

Où peut être faite l'exherédation.

Dans quelle partie du teſtament.

Le même §. 2 de la Loi 3, *ff. de liberis & poſthumis*, décide encore que ſi l'exherédation eſt faite pour avoir ſon effet après que l'herédité aura été acceptée par l'exherédé, ce qui eſt impoſſible, elle eſt nulle, *quemadmodum ſi ita exheredaverit, quiſquis mihi erit filius exheres eſto; nam ut Julianus ſcribit hujuſmodi exheredatio vitioſa eſt, quoniam poſt aditam hereditatem voluit eum ſummotum, quod eſt impoſſibile*, à cauſe de la regle, *qui ſemel eſt heres, non poteſt deſinere eſſe heres.* L'exherédation eſt pareillement nulle, ſi elle eſt faite pour avoir ſon effet ſeulement, lorſque l'heritier inſtitué aura accepté l'herédité, comme s'il eſt dit: *Titius heres eſto, & cum heres erit, Titius filius exheres eſto, L. ſi quis 68, in fine ff. de hered. inſtit.*

121. Exherédation pour avoir effet après que l'herédité ſera acceptée.

Mais ſi le fils eſt préterit au premier dégré d'inſtitution, & exherédé au ſecond ſeulement, le premier dégré eſt emporté par la préterition, & le teſtament prendra ſa force du ſecond dégré d'inſtitution, dans lequel le fils a été exherédé, *L.* 3, §. 6, *ff. de liberis & poſthumis.* Un Teſtateur inſtitue ſa femme heritiere & lui ſubſtitue ſes enfans & ceux du Teſtateur: l'inſtitution ſera nulle, comme faiſant le premier dégré dans lequel les enfans du Teſtateur ne ſont ni inſtituez ni exherédez, & le teſtament ne vaudra que pour le ſecond dégré; c'eſt-à-dire, pour la ſubſtitution faite en faveur des enfans, *L. ex facto* 43, §. *Lucius* 2, *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. Lucius Titius cùm haberet filios in poteſtate, uxorem heredem ſcripſit, & ei ſubſtituit; quæſtum eſt, an inſtitutio uxoris nullius momenti ſit, eò quod ab eo gradu filii non eſſent exheredati: Reſpondi eum gradum in quo filii præteriti ſunt, nullius eſſe momenti, & ideò cùm iidem ſubſtituti proponantur, ex teſtamento eos heredes extitiſſe videri*, deſquels textes les Auteurs tirent cette regle, que l'exherédation doit être faite pour tous les dégrez: autrement les enfans ſe trouvant préterits dans le dégré pour lequel ils n'ont pas été exherédez ni inſtituez, ce dégré ſera emporté par la préterition. La même regle réſulte encore de la Loi 8, §. 5, *ff. de bonor. poſſeſſ. contrà tabul.*

122. Le dégré dans lequel l'enfant eſt préterit, eſt nul, & le teſtament eſt ſoutenu par le ſecond dégré où le fils eſt ſubſtitué.

La Loi *cùm quidam* 19, *ff. de liberis & poſthumis*, dit que

123. Cas ſingulier de

la Loi 19, *ff. de liberis & postumis.*

si un pere qui a un fils & une fille, instituë la fille en l'entiere herédité, legue dix écus à son fils, & l'exheréde pour le surplus, l'exherédation est nulle, parce qu'elle ne porte pas sur l'entiere herédité, en laquelle la fille étoit instituée, & que l'exherédation n'étoit appliquée qu'à une autre portion qui n'existoit pas, & qui n'étoit pas vacante: *Cùm quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat decem legasset, adjecit, & in cæterâ parte exheres mihi erit, & quæreretur an rectè exheredatus videretur? Scævola respondit, non videtur.* De-là les Interpretes ont conclu que l'exherédation devoit être faite pour exclure de l'entiere herédité, & non d'une partie.

124. Arrêt du Parlement de Toulouse, rapporté par *la Roche.*

C'est sur cette raison que le Parlement de Toulouse a jugé par un Arrêt du 15 Mars 1580, rapporté par *Me. la Roche, liv. 2, verb. exheredation*; que si le pere fait un legs à son fils, & veut qu'il s'en contente sans pouvoir demander rien plus, & en cas qu'il ne s'en contenteroit pas, qu'il l'exherédoit, ce fils pouvoit demander l'entier droit de légitime.

125. Autre Arrêt rapporté par *Maynard.*

M. Maynard, livre 6, chapitre 12, rapporte un autre Arrêt dans cette espece. Un pere testant entre enfans, déclara qu'il avoit cause d'exheréder un fils qu'il nommoit, pour des injures atroces proferées contre lui par ce fils, sans les specifier, & néanmoins, il lui legua cent livres, à la charge de ne pouvoir plus rien demander sur ses biens après son décès. Ce fils ayant répudié ce legs, demanda sa légitime sur tous les biens de son pere, & cette légitime lui fut adjugée, nonobstant l'offre que l'autre frere heritier institué faisoit de prouver les injures proferées contre son pere par son frere.

126. Examen de toutes ces autoritez & Arrêts.

Examinons presentement toutes ces autoritez, & voyons quel est l'usage que l'on peut en faire. Dans quelque lieu que l'exherédation soit faite, qu'elle se trouve avant ou après les institutions, ou bien entre deux institutions, cela est indifferent comme il l'étoit autrefois; mais aujourd'hui l'exherédation devant être fondée sur une cause d'ingratitude, elle doit nécessairement exclure l'exherédé de tous les biens & dans tous les dégrez, parce que comme nous l'avons dit, ce n'est plus par la volonté du Testateur que l'exherédation exclut; mais par l'ingratitude renfermée dans la cause qui est exprimée. Il suffit donc aujourd'hui que l'exherédation soit difertement exprimée avec sa cause, sans qu'il y ait une application à tous les dégrez, ni à tous les biens, afin qu'elle doive produire son effet, & sans que l'on doive examiner si l'exheredé n'est exclus que de certains biens.

L'exherédation d'aujourd'hui porte une exclusion de tous les biens.

Il suffit que l'exherédation soit difertement exprimé sans expliquer sur quoi elle doit porter.

Tout

Tout ce que nous pouvons conclure de la Loi 3, §. 6, *ff. de liberis & posthumis*, & de la Loi 43, §. 2, *ff. de vulg. & pupill. substit.* c'est qu'encore que le fils soit substitué, même en l'entiere herédité, l'institution est nulle, si le fils n'a pas été institué en quelque chose, parce qu'il est censé préterit, dès-là qu'il n'est point institué : & cela n'a point été corrigé par la *Novelle* 115, ni par *l'Ordonnance de* 1735, la décision de ces textes se trouvant au contraire confirmée par la Novelle & par l'Ordonnance qui exigent que ceux qui ont droit de légitime soient instituez en quelque chose, quoique le Testateur leur laisse la légitime à quelque titre que ce soit, autre que d'institution.

117. Conclusion que l'on doit tirer des Loix rapportées ci-dessus.

Le fils est préteri, quoiqu'il soit substitué, s'il n'est pas institué nommément.

Les Interpretes n'ont pas bien entendu la Loi 19, *ff. de liberis & posthumis*, lorsqu'ils ont crû qu'elle décidoit que l'exhérédation ne pouvoit être faite pour exclure d'une certaine partie de l'hérédité. La Loi ne dit pas cela : elle déclare l'exhérédation nulle, parce qu'elle ne s'applique à rien, vû qu'elle ne porte point sur l'herédité en laquelle la fille étoit instituée, & qu'elle ne tombe que sur une autre portion, *& in cæterâ parte exheres mihi erit*, laquelle portion n'existoit point, vû qu'il n'y avoit point de portion vacante, à cause que la fille étoit instituée *ex asse*. On tire donc de cette Loi une décision ou une regle qu'elle ne renferme pas.

118. Explication de la Loi 19, *ff. de liberis & posthumis.*

A l'égard des Arrêts rapportez par *MM. la Roche & Maynard*, non-seulement les enfans dont il est parlé dans ces Arrêts devoient avoir leur légitime, parce qu'ils n'avoient pas été exhéredez avec expression de cause ; bien plus, dans l'espece de l'Arrêt de *Maynard*, le fils n'avoit pas été exhéredé, le pere s'étant contenté de dire qu'il avoit des causes d'exhéredation, sans pourtant exhéreder actuellement ; mais encore, si ces enfans avoient demandé la cassation du testament, & leur portion de l'hérédité *ab intestat*, ils auroient dû y être admis, parce qu'ils n'étoient point ni instituez ni exhéredez pour juste cause ; voilà pourquoi ils étoient véritablement préterits, parce que la préterition consiste dans le défaut d'institution ou d'exhéredation, comme il faut, *neque heredibus institutis neque ut oportet exheredatis*, §. 12, *instit. de hered. quæ ab intestato deferuntur*, ainsi que nous l'avons dit ailleurs.

119. Comment doit-on entendre les Arrêts de *la Roche* & de *Maynard.*

Préterition, en quoi consiste.

On ne peut donc pas conclure de ces Arrêts que le Testateur ne puisse faire quelque legs à son fils, soit en proprieté ou pour des alimens, sans donner atteinte à l'exhéredation, & sans que le fils puisse demander sa légitime nonobstant l'exhéredation,

130. On ne peut pas conclure de ces Arrêts que le fils exheredé quand il est légataire, soit rappellé pour sa légitime.

quoique certains Auteurs l'ayent penſé ; il n'y a aucun texte dans le Droit qui le décide ainſi : il y en a au contraire pluſieurs qui diſent nettement, que ſans donner atteinte aux effets de l'exhéredation, le pere peut faire quelque legs à l'enfant qu'il exhérede ; la Loi 4, *ff. de dotis collatione*, la Loi 61, *ff. de hered. inſtit.* la Loi 16, §. 2, *ff. de curator. furioſi*, & la Loi 41, §. 3, *ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* ſont formelles, & bien loin que le legs fait à l'enfant exhéredé donnât atteinte à l'exhéredation, lorſque les poſthumes filles, & les autres deſcendans pouvoient être exhéredez *inter cæteros*, il étoit indiſpenſable de leur leguer quelque choſe, comme nous l'apprenons d'*Ulpien dans ſes fragmens*, *tit.* 22, §. 18, *dummodo inter cæteros exheredatio aliquid legetur*. D'ailleurs l'exhéredation n'eſt autre choſe, comme nous l'avons dit pluſieurs fois, qu'une excluſion qui dérive d'une cauſe d'ingratitude ; il dépend donc du pere offenſé, ou de la faire ſubir à toute rigueur, ou de la modifier & adoucir de la maniere qu'il le trouve à propos : voilà pourquoi l'exhéredation devra toujours avoir l'effet que l'offenſé voudra lui attribuer, *Dumoulin ſur la Loi Commodiſſimè*, *n.* 43 & 47, *le Brun des Succeſſions*, *liv.* 3, *ch.* 10, *ſect.* 4, *n.* 11 & 12, parce que l'exhéredation eſt aujourd'hui ſuſceptible de condition.

On peut faire un legs à l'exhéredé ſans donner atteinte à l'exhérédation.

L'exhérédation eſt une excluſion pour cauſe d'ingratitude.

L'exhérédant peut adoucir & modifier comme il veut l'exhérédation.

Auſſi trouve-t'on pluſieurs Arrêts qui l'ont jugé de même ; *Duperrier tom.* 2, *liv.* 4. *n.* 342, en rapporte un du Parlement de Provence du 22 Décembre 1663, qui déclara bonne une exhéredation que le pere avoit fait de ſon fils, pour s'être marié ſans ſon conſentement, après néanmoins lui avoir fait un legs, & l'avoir exhéredé pour tous ſes autres biens.

131. Arrêt du Parlement de Provence qui confirme l'exhérédation, quoiqu'il y ait un legs pour le fils exhéredé.

Il y a encore un grand nombre d'Arrêts du Parlement de Paris rapportez au *Journal des Audiences*, qui ont confirmé des exhéredations des enfans, quoique le pere leur eût à même tems laiſſé une penſion viagere pour leurs alimens ; *Ricard des Donations*, *tom.* 1, *part.* 3, *n.* 971, *pag.* 647, rappelle celui du 27 Avril 1660 : & *Bretonnier ſur Henrys*, *liv.* 5, *q.* 101, remarque qu'il eſt d'un uſage journalier d'ajouter à l'acte d'exhéredation une penſion pour les alimens de l'enfant exhéredé, & que les Juges approuvent avec plaiſir ce parti de douceur & de moderation de la part des peres ; ce qui eſt fondé ſur la diſpoſition de la Loi 16, §. 2, *ff. de curator. furioſ.* qui eſt dans le cas d'un pere qui exhérede ſon fils, & inſtitue ſes petits-fils, à la charge de fournir les alimens à leur pere exhéredé.

132. Arrêts du Parlement de Paris, qui ont confirmé des exhérédations, quoique les alimens fuſſent laiſſez aux fils exhéredez.

On trouve dans *Bardet tom.* 2, *liv.* 8, *ch.* 16, un Arrêt du 29

133. L'Arrêt rappor-

Mars 1639, qui semble avoir jugé en Pays du Droit écrit, que le testament d'un pere étoit nul, & que sa succession devoit être ouverte *ab intestat*, pour avoir exhéredé un de ses fils, & en cas que l'exhéredation n'eût pas lieu, il lui avoit legué une somme de 600 liv. pour tous les droits qu'il pourroit prétendre; mais il paroît du Plaidoyer de M. l'Avocat Général Bignon, que le pere étoit d'une humeur fort bizarre, que son testament étoit conçû en termes extraordinaires; qu'il contenoit des injures atroces sans aucun sujet, & qu'il étoit irrité contre son fils; qu'il étoit même décedé aux Champs dans la maison de son gendre, & que l'institution de la fille étoit un effet du pouvoir & de l'autorité qu'elle avoit sur l'esprit de son pere; ensorte que cet Arrêt ne peut pas être tiré à conséquence pour le cas que nous traitons.

té par Bardet, n'est pas contraire.

Motif de cet Arrêt.

C'est un raisonnement qui me paroît très-faux, de dire que l'exhéredation est indivisible, qu'elle doit exclure de tout, ou qu'elle doit être inefficace, & qu'en faisant la plus petite liberalité au fils exhéredé, on le rappelle du moins à l'entiere légitime, vû que l'exhéredation doit faire regarder comme mort l'enfant qui est exhéredé, *nam exheredatus . . . . . pro mortuo habetur, L. 1, §. 5, ff. de conjung. cum emancip. lib.* & qu'on ne peut pas regarder comme mort l'enfant exhéredé auquel le pere fait un legs; car ce raisonnement manque dans son fondement, même selon les principes du Droit ancien, qui permettoit de faire des legs aux enfans exhéredez, sans qu'ils fussent rappellez, ni à la succession ni à la légitime. Bien plus, la Loi 41, §. 3, *ff. de vulg. & pupill. substit.* décide que si le pere qui exhérede son fils, lui fait un legs, il peut le gréver de fidei-commis à concurrence de ce legs; il n'est donc pas vrai que l'exhéredation soit indivisible, & qu'elle doive renfermer une exclusion totale & absolue; que si l'argument étoit bon, l'exhéredation étant nulle & mal faite, l'enfant exhéredé devroit être rappellé non à la légitimité seulement, mais à la succession pour sa part; parce que la nullité de l'exhéredation devroit nécessairement entraîner la nullité du testament, quant à l'institution universelle, & donner lieu à l'ouverture de la succession *ab intestat*, suivant la *Novelle* 115; que si le fils exhéredé étoit consideré comme mort, ce n'étoit que pour faire admettre ses enfans, petits-fils du défunt, en la puissance duquel ils étoient en concours avec leur oncle, fils du défunt, suivant les principes du Droit ancien, qui faisoient dépendre le droit de succeder du lien civil de la puissance paternelle, & qui a été abrogé par la *Novelle* 118, qui fait dépendre le droit de suc-

134. L'exhérédation n'est pas indivisible.

Exheredatus pro mortuo habetur.

Si le pere qui exhérede son fils peut le charger de fidei-commis pour le legs qu'il lui fait.

Si l'exhérédation étoit nulle, le testament seroit nul, & le fils seroit appellé non à la légitime seulement; mais à la succession *ab intestat*.

En quel sens le fils exherédé étoit consideré comme mort.

ceder du lien du sang & de la proximité du dégré ; ensorte que le fils exhéredé étant retranché de la famille, & le droit de *suite* étant rompu par l'exhéredation, il devoit être regardé comme étranger par rapport à la succession ; mais en le regardant comme étranger à la famille, n'est-il pas permis de lui faire quelque legs, comme il est permis d'en faire à ceux qui sont étrangers réellement & sans fiction ? Cependant le fils exhéredé n'est pas en tout regardé comme mort ni comme étranger à la famille, puisque la Loi 6, *ff. de injusto rupto*, décide que l'ayeul n'est pas obligé d'instituer ses petits-fils lorsque leur pere est vivant, quoiqu'il soit exhéredé, parce que l'exhéredation n'empêche pas que le fils exhéredé ne tienne le premier dégré de parenté, & ne précede ses enfans.

135. Arrêt du Parlement de Dijon, qui confirme une exhéredation conditionnelle.

Me. Perrier dans son Recueil d'Arrêts du Parlement de Dijon, tom. 1, *quest.* 61, en rapporte un du dernier Avril 1668, qui a jugé deux points importans ; le premier, que le pere peut exhéreder son fils, & qu'en cas que l'exhéredation n'ait pas lieu, il l'institue en sa légitime ; le deuxiéme, que la puissance d'exhéreder demeure au pere, quoique le crime du fils à raison duquel il a été exhéredé ait été remis par grace du Prince ; cette grace ne pouvant avoir d'autre effet que de soustraire le coupable à la peine corporelle qu'il méritoit à raison de son crime, & non de remettre la vengeance personnelle que son pere avoit droit d'exercer pour faire punir le fils pour l'injure qu'il lui avoit faite.

Le pouvoir d'exhéréder demeure au pere, quoique le fils ait obtenu la grace du Prince pour le crime, à raison duquel il peut être exhéredé.

136. De l'exhéredation qui ne doit avoir d'effet qu'après la mort de l'exheredé.

Quand est-ce que le fils est exhérédé apres sa mort.

La Loi *si ita scriptum* 13, §. 2, *ff. de liberis & posthum.* décide que l'exhéredation est nulle, si elle ne doit avoir son effet qu'après la mort du fils exhéredé, lequel pourra demander la possession des biens *contrà tabulas ; nam frustrà exheredabitur post mortem suam*, L. 29, §. 10, *ff. eod.* Le fils est censé exhéredé après sa mort, s'il est dit : *j'institue Titius mon héritier après la mort de mon fils, & j'exhérede mon fils*, & dans ce cas le testament est nul : *testamentum quod hoc modo scribitur, Titius post mortem filii mei heres esto, filius meus exheres esto, nullius momenti*, dit la Loi 13, §. 2, *ff. de liberis & posthumis ;* des difficultez de cette espece ne peuvent guere se présenter dans notre usage, parce que les exhéredations ne sont plus arbitraires, comme elles l'étoient selon le Droit ancien, & qu'elles doivent être fondées sur une cause d'ingratitude exprimée, & qui doit être prouvée pendant la vie du fils.

137. Effets de l'exhéredation.

Le premier & le principal effet de l'exhéredation, suivant le Droit nouveau, est d'exclure l'exhéredé, non-seulement de la suc-

ceſſion, mais encore de la légitime qu'il auroit pû prétendre ſur les biens de celui qui l'a exhéredé : c'eſt la ſuite naturelle de l'ingratitude ſur laquelle l'exhéredation doit être fondée. Par le Droit des *douze Tables*, le fils exhéredé n'avoit rien à demander ſur la ſucceſſion de ſon pere ; l'exhéredation lui ôtoit le droit *de ſuité*, en quoi conſiſtoit la faculté de ſucceder, il devenoit étranger à la famille & aux biens de ſon pere ; en un mot, il étoit conſideré comme mort quant à la ſucceſſion, *L. 1, §. 5, ff. de conjung. cum emancip. liberis* ; ce qui eſt ſi vrai, que quand le pere en exhéredant ſon fils, lui faiſoit un legs, il pouvoit le charger de fideicommis pour ce legs, *L. 41, §. 3, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.*

138. Droit de légitime accordé aux enfans depuis la Loi *des douze Tables*.

Dans la ſuite l'on adoucit, & l'on modifia la rigueur de la Loi des *douze Tables*, en accordant aux enfans une portion des biens de leur pere à titre de légitime. D'abord le pere eut la liberté de déroger au droit de légitime, ſans qu'il fût prouvé que le fils s'étoit écarté du reſpect dû à ſon pere ; mais l'Empereur Juſtinien par les Loix 30, 32, & 36, *cod. de inoff. teſtamento*, défendit de donner atteinte au droit de légitime, & de lui impoſer des conditions, charges ou délais, à moins qu'il ne fût prouvé que les enfans étoient tombez dans l'ingratitude, de laquelle le pere devoit même s'être plaint, ſans quoi ſes héritiers ne pouvoient pas faire valoir la prétendue ingratitude dont le pere n'avoit témoigné aucun reſſentiment pendant ſa vie, à cauſe qu'il étoit cenſé avoir remis l'injure par lui ſoufferte, *nam ſi nullam quaſi ingratorum fecerit mentionem, non licebit ejus heredibus, ingratos eos nominare, & hujuſmodi quæſtionem introducere*, dit la Loi 30, *cod. de inoff. teſtam.* Dans tous les tems il a été permis aux peres & autres aſcendans, de priver leurs deſcendans de leur ſucceſſion, & de la déferer même à des perſonnes étrangeres, à l'excluſion de leurs enfans ; c'étoit une ſuite du pouvoir indéfini qui étoit accordé par la Loi des *douze Tables* ; dans la ſuite les Loix ayant attribué aux enfans une certaine portion des biens, malgré la volonté de leur pere ; cette portion n'a pû leur être ôtée que pour cauſe d'ingratitude, que l'on fait valoir aujourd'hui par l'exhéredation, ſuivant la *Novelle* 115 ; mais dans ce cas l'exhéredation produit l'excluſion de la légitime, tout comme du reſte de la ſucceſſion.

Dérogation au droit de légitime.

Faculté de déroger au droit de légitime, retranchée par Juſtinien.

Faculté aux aſcendans de priver leurs enfans de la ſucceſſion.

139. Surquoi eſt fondée l'exheredation.

Elle ne peut pas s'étendre aux biens qui n'ap-

Mais comme l'exhéredation n'eſt fondée que ſur l'injure qui eſt ſoufferte par l'exhéredant, elle ne peut s'étendre au-delà des biens qui lui appartiennent, & l'injure étant perſonnelle entre celui qui la reçoit & celui qui la cauſe, la vengeance qui en peut être priſe

partiennent pas à l'exherédant.

doit être renfermée dans la seule personne, & dans les biens de celui qui la souffre, & le droit de succeder ne dépendant plus du lien civil de la puissance paternelle, mais étant attaché au droit du sang & à la proximité du dégré, ainsi que nous l'avons remarqué plusieurs fois, l'exhéredation ne peut plus faire considerer l'exhéredé ni comme mort, ni comme étranger à la famille : les droits du sang subsistent toujours, parce que *jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt*, *L.* 8, *ff. de regul. jur.* voilà pourquoi l'exhéredé conserve le droit de succeder à tous ses parens, autres que celui par lequel il a été justement exhéredé.

Aujourd'hui l'enfant exheredé n'est pas considereé, comme mort ni comme étranger à la famille.

L'exherédé conserve le droit de succeder à ses autres parens.

140. L'exherédé peut succeder médiatement à l'exhe'rédant.

Bien plus, rien n'empêche que le fils justement exhéredé ne puisse succeder médiatement aux biens de celui qui l'a exhéredé, lorsque ces biens se trouvent confondus dans la succession d'un frere, ou de quelque autre personne qui avoit été instituée par l'exhéredant, de laquelle l'exhéredé est successeur légitime ou héritier testamentaire, parce que *mutatâ personâ mutatur conditio bonorum*, *L. per curatorum* 90, *ff. de acquir. hered.* c'est ce que Ricard a fort bien observé dans son *Traité des Donations*, *part.* 3, *n.* 971. *pag.* 647.

141. L'enfant exheredé n'est pas privé des biens qui lui sont substituez, quoique l'exherédant doit chargé de les rendre.

Le même Auteur remarque encore, que le pere ne peut pas en vertu de l'exhéredation, priver son fils des biens qu'il étoit obligé de lui rendre en mourant à titre de fideicommis, cela est fondé sur la Loi *filiusfamilias* 114, *§. sed etsi* 16, *ff. de leg.* 1; la raison est, parce que les biens qu'un héritier est chargé de rendre sont regardez dans son patrimoine comme une dette, *L. unum ex familiâ* 67, *§.* 1, *ff. de leg.* 2, *& L. irritum* 8, *cod. ad L. falcid.* & le substitué les prend comme une liberalité de celui qui a fait le fideicommis, & non de celui qui est grevé de les rendre à titre de fideicommis; mais s'il y avoit plusieurs enfans appellez au fideicommis en faveur de la famille, & que l'héritier grevé eût justement exhéredé l'un d'eux, & institué les autres, l'exhéredé ne devroit prendre aucune part au fideicommis qui devroit appartenir aux autres, *L.* 114. *§.* 18, *ff. de leg.* 1. On peut voir *Henrys & Bretonnier*, *liv.* 5, *quest.* 69; il semble que *Ricard* ne s'est pas expliqué assez exactement, lorsqu'il a dit au même endroit, que l'exhéredant peut révoquer tous les bienfaits que l'exhéredé tient de lui à titre de donation entre-vifs; car il est bien vrai que l'exhéredant peut à même tems priver l'exhéredé des autres liberalitez qu'il lui a faites, & révoquer les donations entre-vifs, lorsque la cause d'exhéredation est du nombre de celles qui sont suffisantes pour révoquer les donations entre-vifs, & qui sont exprimées

S'il y avoit plusieurs enfans appellez, celui qui seroit exherédé ne pourroit rien prétendre aux biens substituez en faveur de la famille.

dans la Loi derniere, *cod. de revocand. donat.* ou lorsque l'exhérédation est fondée sur le mariage contracté sans le consentement du pere ou de la mere Donateurs, suivant l'Edit de 1556; mais si l'exhérédation est fondée sur d'autres causes, elle ne peut pas donner atteinte aux donations entre-vifs.

142. L'exhérédation prive du droit d'aîneſſe.

Le droit d'aîneſſe qui a lieu dans les Pays Coutumiers étant déféré *jure hereditario*, l'enfant qui est justement exhéredé en est exclu tout comme du reste de la succession, & ce droit n'étant pas à beaucoup près si favorable que la légitime, puisque celle-ci est fondée sur la nature, au lieu que le droit d'aîneſſe n'a d'autre fondement que la Loi municipale: si l'exhérédation juste fait perdre la légitime, elle doit à plus forte raison faire perdre le droit d'aîneſſe, *Dumoulin sur la Coutume de Paris, §. 13, gloss. 3, n. 12, Bretonnier sur Henrys, liv. 5, quest. 69*; même l'enfant justement exhéredé ne peut pas demander les alimens. La Loi 4, *§. 11, ff. de liberis agnoscendis*, le décide ainsi contre un fils qui avoit été délateur de son pere, & *Boniface tom. 2, liv. 1, tit. 16, ch. 3*, rapporte un Arrêt du Parlement de Provence du 3 Décembre 1665, qui a jugé que les alimens n'étoient pas dûs au fils justement exhéredé; il a jugé néanmoins que le pere devoit payer les frais funeraires & ceux de la derniere maladie de son fils exhéredé; il y a un Arrêt semblable par rapport aux alimens dans le *Journal des Audiences, tom. 1, liv. 2, ch. 29.*

Prive auſſi des alimens.

143. L'enfant exhéredé fait défaillir la condition *ſi ſine liberis.*

Du reste, l'enfant justement exhéredé fait défaillir la condition du fideicommis dont son pere est chargé en cas qu'il décede sans enfans, parce qu'en matiere de conditions on ne considere que le pur fait de l'existence de l'enfant, sans examiner s'il est ou s'il peut être héritier de son pere, suivant la décision textuelle de la Loi *filiusfamilias* 114, *§. cum erit* 13, *ff. de leg.* 1, *conditio defeciſſe videbitur ſi patri ſupervixerint liberi, nec quæritur an heredes extiterint*; c'est l'opinion de *Benedicty sur le chap. Raynutius*, 1. *verb. ſi abſque liberis, num.* 21. Nous avons traité cette question plus amplement au *chap.* 7, *sect.* 6, *n.* 170, & suivans; *v. Henrys, liv.* 5, *question* 69.

144. Si le fils juſtement exhérédé fait nombre pour le reglement de la légitime.

Mais le fils justement exhéredé fait-il part pour regler la légitime, quoiqu'il n'y prenne aucune part, à cause de l'exclusion produite par l'exhérédation? C'est une grande question diversement décidée par les Auteurs. Pour former une résolution exacte & conforme aux regles, je crois qu'il faut distinguer le Pays Coutumier où la légitime est une portion de ce que l'on auroit eu *ab inteſtat*, si les peres, meres & autres ascendans n'avoient pas dis-

Diſtinction des Pais Coutumiers des Pais du Droit écrit.

posé par donations entre-vifs ou teſtamentaires, d'avec les Pays du Droit écrit, où la Loi deſtine le tiers des biens ou la moitié, ſelon le nombre des perſonnes, à partager également entre les légitimaires.

145. Dans la Coutume de Paris, la légitime eſt la moitié de ce que les enfans auroient eu s'il n'y avoit point de diſpoſition.

Dans la Coutume de Paris, où ſuivant *l'art.* 298, *la légitime eſt la moitié de telle part & portion que chacun enfant eût eu en la ſucceſſion deſdits pere & mere, ayeul ou ayeule, ou autres aſcendans, ſi leſdits pere & mere ou autres aſcendans n'euſſent diſpoſé par donation entre-vifs ou derniere volonté*, ſur le tout déduit les dettes & frais funeraires, il eſt inconteſtable que l'enfant exhéredé non-ſeulement n'eſt pas admis en part, mais encore ne fait ni part ni nombre, parce que la légitime ſe regle de la même maniere que la ſucceſſion *ab inteſtat*, & que celui qui ne peut pas ſucceder *ab inteſtat* ne fait pas nombre; on doit compter ſeulement ceux qui ont la faculté de recueillir, & je reconnois que dans ce cas les raiſonnemens de *Ricard des Donations*, *tom.* 1, *part.* 3, *n.* 1059, ſont exacts; il faut même dire, comme il a été jugé par un Arrêt du premier Février 1620, rapporté par *M. Bouguier*, *lett. R. ch.* 3, que les filles qui ont renoncé en faveur de mariage moyennant une dot qu'elles ont reçûe, non-ſeulement ne ſont pas admiſes à prendre part, mais encore qu'elles ne ſont point de part, & ne ſont pas comptées pour le reglement de la légitime, à moins qu'elles n'euſſent renoncé en faveur de leur frere, ainſi qu'il a été jugé par un autre Arrêt du 2 Juin 1607, rapporté par le même Auteur, *lettre R. ch.* 2.

L'enfant exheredé ne fait pas nombre.

146. Diverſité d'opinions dans les Pays du Droit écrit.

Mais dans les Pays du Droit écrit, il y a des Auteurs qui penſent que l'enfant exherédé ne fait pas nombre. *M. Cujas*, *ſur la Novelle* 18, *Jacques de Ferriere*, *ſur la queſtion* 295 *de Guypape*, *Ricard*, au lieu déja cité, *Bretonnier ſur Henrys*, *livre* 5, *queſtion* 69, & quelques autres ſont de cet avis; ils ſe fondent ſur ce que l'enfant exherédé eſt conſideré comme mort, *L.* 1, *§.* 5, *ff. de conjung. cum emancip. liberis*, ſur la Loi *ſi poſt mortem* 10, *§. liberis* 4, *ff. de bonor. poſſeſſ. contrà tabul.* la Loi *qui repudiantis* 17, la Loi *ſi ponas* 23, *§.* dernier, *ff. de inoff. teſtam.* La *Novelle* 1, *chapitre* 1, *§.* 4, *la Novelle* 22, *chapitre* 21, & quelques autres textes, & il y a d'autres Auteurs qui font pluſieurs diſtinctions expliquées par *Merlinus de legitimâ*, *lib.* 1, *tit.* 4, *queſt.* 3.

Sentiment des Auteurs que le fils exheredé ne fait pas nombre.

Auteurs qui diſtinguent.

147. Auteurs qui penſent le contraire.

Au contraire pluſieurs Auteurs, notamment *Accurſe*, *ſur la Novelle* 18, *chapitre* 1, verb. *octuncium*, *Charondas*, *dans ſes Pandectes*, *livre* 7, *chap.* 12, *page* 160, de l'édition de 1610, & quelques

quelques autres qui ſont indiquez par *Graſſus*, *§. legitima*, *queſt.* 7, *n.* 7, ſont d'avis que quoique l'enfant exherédé ne prenne point de part à la légitime, il doit néanmoins être compté pour la fixation de la quotité de la légitime, tout comme s'il n'étoit exherédé, & ils ſe fondent les uns ſur *la Novelle* 18, *chapitre* 1, les autres ſur la Loi *Papinianus* 8, *§. quoniam* 8, *ff. de inoff. teſtam.*

148. Reſolution que l'enfant exheredé fait nombre.

L'avis de ces derniers Auteurs me paroît ſans contredit le mieux fondé ſur le veritable eſprit du Droit Romain nouveau, & ſur la nature & la fixation de la légitime. Ce n'eſt pas que je penſe que l'on puiſſe tirer quelqu'argument de la Loi 8, *§.* 8, *ff. de inoff. teſtam.* Ce texte me paroît étranger, parce qu'il ne décide pas notre queſtion : il dit ſeulement que dans le cas qui y eſt expliqué, le fils exherédé qui garde le ſilence, & qui ne ſe plaint pas, doit être compté dans le nombre de ceux qui peuvent intenter la plainte d'inofficioſité pour faire renverſer le teſtament, par où l'on voit que ce cas eſt different de la difficulté que nous examinons. Je me fonde ſur la diſpoſition de la *Novelle* 18, *chapitre* 1, à laquelle les Auteurs n'ont pas fait aſſez d'attention, ou du moins n'en ont-ils pas bien penetré l'eſprit, ni par conſéquent, connu la veritable nature de la légitime dans les Pays du Droit écrit ; car quoique ſuivant les principes de l'ancien Droit Romain, dans la Loi *Papinianus* 8, *§.* 6, *ff. de inoff. teſtam.* les Loix 8 & 31, *cod. eod.* & quelques autres textes, la légitime fût une portion de la portion *ab inteſtat*, cela a été changé par la *Novelle* 18, *chapitre* 1, en conformité de laquelle l'opinion la plus commune des Auteurs, eſt que le légitimaire ne doit pas avoir une portion de la ſucceſſion ; mais une portion des biens quitte des dettes, dont l'heritier eſt chargé : ce qui paroît avoir été confirmé par *l'article* 61 *de l'Ordonnance de* 1735. Cette Novelle 18, parle dans la préface, des Loix précedentes, qui fixoient la légitime des enfans à quelque nombre qu'ils fuſſent, au quart des biens du défunt ; ce que l'Empereur a trouvé trop modique, enſorte qu'en abrogeant cette Loi qu'il trouvoit injuſte, il fixe la légitime au tiers de la propre ſubſtance du défunt, qui laiſſe quatre enfans, ou un moindre nombre, & à la moitié à l'égard de celui qui laiſſe cinq enfans ou plus, & il aſſigne ce tiers ou cette moitié de la ſubſtance ou des biens, à tous les enfans, pour en faire la diviſion entr'eux par égales parts & portions : *Ut ſi quidem unius eſt filii pater, aut mater ; aut duorum vel trium, vel quatuor, non triuncium eis relinqui ſolum, ſed etiam tertiam propriæ ſubſtantiæ partem ; hoc eſt uncias qua-*

Explication de la Loi 8, §. 8, *ff. de inoff. teſtam.*

Cette difficulté doit être décidée ſur la *Novelle* 18, *chap.* 1.

Si la légitime eſt une portion de la portion *ab inteſtat.*

Fixation de la légitime ſuivant cette *Novelle.*

Texte de cette *Novelle.*

tuor ; & hanc esse definitam mensuram usque ad prædictum numerum. Si verò ultrà quatuor habuerint filios mediam eis totius substantiæ relinqui partem, ut sexuncium sit omninò quod debetur singulis ex æquo quadriuncium, vel sexuncium dividendo ; ensuite l'Empereur permet au pere & à tout autre ascendant de disposer librement de tout le reste de son patrimoine, même en faveur des personnes étrangeres, à l'exclusion de leurs enfans ; il faut encore prendre garde que par la Loi 32 *&* la Loi 36, *cod. de inoff. testam.* ausquelles l'Empereur Justinien ne déroge point à cet égard, la portion des biens qui est assignée pour la légitime des enfans, n'est pas sous la disposition du Testateur, il ne peut y apposer aucune condition, charge ni délai ; mais tout cela est rejetté comme non écrit par le ministere de la Loi : *si conditionibus quibusdam vel dilationibus, aut aliquâ dispositione moram, vel modum, vel aliud gravamen introducente eorum jura, qui ad memoratam actionem vocabuntur imminuta esse videantur : ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio, moram, vel quodcumque onus introducens tollatur : & ita res procedat quasi nihil eorum testamento additum esset.*

Disposition des Loix 32 & 36, *cod. de inoff. testam.*

149. Le tiers ou la moitié des biens selon le nombre des enfans, sont retranchez de plein droit du patrimoine pour les Legitimaires.

Il résulte bien clairement des textes que nous avons rapportez, que le tiers ou la moitié du patrimoine du défunt, quelle que soit la disposition, sont retranchez du patrimoine en faveur des enfans pour leur légitime, à diviser entr'eux par égales portions ; que ce tiers ou cette moitié sont assignez aux légitimaires contre la volonté du défunt auquel toute disposition, condition, charge & délai sont expressément interdits ; la fixation de la légitime n'a aucun rapport ni aucune liaison avec la faculté de succeder *ab intestat :* il n'y a d'autre regle que le nombre des enfans existans ; si donc il y a des enfans qui ne puissent pas prendre part aux biens assignez pour la légitime, le retranchement qui est fait de plein droit sur le patrimoine du défunt, du tiers ou de la moitié de toute la substance, fait que tandis qu'il y a quelque enfant capable de recueillir cette portion, il n'en doit jamais rien accroître à l'hérédité, ni rentrer dans la succession ; mais le partage en doit être fait par égales portions entre les enfans qui se trouvent existans & capables, tout comme on le voit pratiquer dans les Pays Coutumiers à l'égard des quatre quints, ou autre portion des propres, que les Coutumes destinent & assignent aux héritiers du sang, dont la disposition est interdite, & qu'on peut regarder comme une espece de légitime coutumiere ; car si parmi les successeurs *ab intestat*, qui sont appellez pour recueillir cette portion, il s'en trouve quelqu'un qui

Exemple des portions des propres destiné aux heritiers du sang dans les Coutumes.

soit tombé dans quelque cas d'ingratitude, & qu'il ait été justement exhéredé, la part qui auroit dû revenir à l'exhéredé ne revient pas au légataire universel, qui au Pays Coutumier représente l'héritier testamentaire du Droit Romain; mais elle accroit à tous les autres, qui sont capables de recueillir : il n'y a à cet égard aucune difference à faire entre les portions destinées par les Coutumes & les portions que la Loi destine pour les légitimes, parce que dans l'un & l'autre cas cette destination est faite par forme de quote des biens qui est retranchée par la Loi, ou la Coutume du patrimoine du défunt, pour l'assigner à ceux qui sont appellez, & pour en interdire toute disposition au Testateur; aussi voyons-nous que *l'art. 61 de l'Ordonnance de 1735*, veut que la quotité de la légitime des ascendans dans les Pays où elle leur est dûe, doit être reglée eu égard au total des biens, & non sur le pied de la portion qui leur auroit appartenu *ab intestat* sur les biens de leurs descendans : ce qui fait conséquence pour la légitime des descendans sur les biens de leurs ascendans, parce qu'elle ne doit pas être traitée moins favorablement que celle des ascendans sur les biens des descendans.

La portion de l'exheredé accroît aux autres.

Examinons présentement les raisons & les autoritez de l'opinion contraire ; si la Loi 1, *§. 5, ff. de conjung. cum emancip. liberis*, dit que l'enfant exhéredé est regardé comme mort, ce n'est que quant à la faculté de succeder, ou de demander la possession Prétorienne des biens de l'exhéredant, mais non pour dire que l'enfant émancipé ne doit pas être compté au nombre des enfans, parce que l'exhéredation n'emporte point la filiation, & n'efface point les droits du sang ni le dégré, *jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt*, & d'ailleurs la Loi *6, ff. de injusto rupto*, & la Loi *3, ff. de conjung. cum emancip. lib.* décident clairement que le fils exhéredé conserve son droit de filiation & la préference du dégré ; si bien que l'ayeul n'a pas besoin d'instituer ni d'exhéreder ses petits-fils, tandis que leur pere, quoique émancipé & exheredé, est en vie.

150. Examen des raisons & autoritez de l'opinion contraire.

Comment s'entend que l'enfant émancipé est réputé mort.

Les Loix 16, 17 & 23, §. 2, cod. de inoff. testam. & la Loi *10, §. 4, cod. de bonor. possess. contr. tab.* décident bien que le fils émancipé & exhéredé, qui répudie ou qui laisse passer le tems, ou qui est justement exhéredé ne fait point part, & ne vient point en concours avec ses freres, ni pour intenter la plainte d'inofficiosité, ni pour partager la succession, laquelle doit appartenir aux autres enfans, quand le testament est cassé comme inofficieux ; mais cela ne conclut rien par rapport au point de notre

151. Explication des Loix opposées.

queſtion, qui conſiſte à ſçavoir, ſi l'enfant exhéredé conſerve ſa qualité de fils, & s'il fait nombre pour regler la moitié ou le tiers, que la Loi deſtine pour les légitimes; car autre choſe eſt avoir droit de prendre part à une ſucceſſion, autre choſe eſt faire nombre, & rien n'empêche qu'on ne puiſſe faire nombre ſans être admis en part. On doit faire la même réponſe au §. 1, *inſtit. de ſucceſſ. libert.* qui dit que les enfans exhéredez de l'affranchi n'excluoient pas le patron de la portion que la Loi lui aſſignoit, *exheredati nullo modo repellebant patronum.*

151. Réponſe à la *Novelle* 1, *chap.* 2, §. 4.

La Novelle 1, *ch.* 1, §. 4, eſt tout-à-fait étrangere, & ne conclut rien. L'Empereur Juſtinien regle dans cet endroit à quelles perſonnes doit être dévolue l'hérédité, quand l'héritier teſtamentaire en doit être privé, lorſqu'il refuſe ou néglige d'accomplir la volonté du défunt, & il dit qu'elle doit venir aux conjoints, aux ſubſtituez, aux légataires, ou fidei-commiſſaires qui voudront accomplir & exécuter la volonté du défunt, & à leur défaut au fiſc à l'excluſion des exhéredez, parce que le défunt a voulu, non les appeller, mais les exclure; cela ne prouve que l'incapacité des exhéredez, mais ne décide pas qu'ils ne doivent pas faire nombre, ni qu'ils ne puiſſent pas être comptez parmi les enfans, ils demeurent toujours fils, quoique fils incapables. La *Novelle* 22, *ch.* 21, ne porte non plus autre choſe qu'une excluſion de la part que les enfans exhéredez auroient pû prendre aux gains nuptiaux, laquelle doit accroître à tous les autres qui ne ſont pas ingrats.

Réponſe à la *Novelle* 22, *chap.* 21.

153. *Ricard* a mal appliqué l'Arrêt du Parlement de Toulouſe rapporté par *la Roche.*

Du reſte, Ricard n'a pas bien entendu l'Arrêt du Parlement de Toulouſe rapporté par M. *la Roche, livre* 6, *tit.* 59, *art.* 4, & il en fait une mauvaiſe application. Cet Arrêt juge que la portion de la fille qui a renoncé à la légitime, appartient à l'heritier qui a accepté la renonciation, ce qui eſt vrai; parce que la fille revêtue de ſon droit a pu le tranſporter & le ceder comme elle a trouvé à propos; mais on ne doit pas en conclure que les enfans legitimaires doivent être contens, pourvu qu'ils ayent leur portion, telle qu'ils pourroient prétendre, s'il n'y avoit aucun enfant exhéredé; comme s'il y a cinq enfans il leur ſuffit qu'ils ayent un dixiéme des biens. Cette maniere de raiſonner eſt très-bonne dans la Coutume de Paris, comme nous l'avons remarqué, mais elle eſt mauvaiſe dans le Pays du Droit écrit: parce que la *Novelle* 18 fixe la légitime autrement que la Coutume de Paris. Cette Coutume aſſigne la moitié ou le tiers de la totalité de la ſubſtance du défunt à tous les légiti-

Difference entre la Coutume de Paris & le Droit Romain ſur la

maires *in globo*, pour les partager entre eux, & ne leur assigne point de portion à chacun en particulier : voilà pourquoi si parmi les légitimaires il s'en trouve quelqu'un qui soit exclu par l'exhérédation, tous les autres doivent profiter de la moitié ou du tiers, selon le nombre des enfans existans, & se le partager entr'eux, sans que la portion de l'exhérédé puisse accroître ni demeurer dans l'hérédité ; mais il en est autrement dans les cas de la renonciation de l'un des enfans moyennant une certaine somme, parce que le renonçant prend sa portion au moyen du prix qu'il reçoit, & la transporte à celui en faveur duquel il renonce. Si *Ricard* avoit jetté les yeux sur un autre endroit de M. *la Roche*, c'est-à-dire, au *liv. 6, tit. 63, Arr. 11*, où cet Arrestographe dit, que les supplémens des légitimes des enfans qui ont quitté & renoncé appartient aux heritiers de ceux en faveur de qui la renonciation est faite, & non à l'hérédité, ainsi que le remarque *Graverol* au même endroit, il se seroit apperçu que l'Arrêt du Parlement de Toulouse du 20 Juillet 1583, ne faisoit rien pour son opinion : au surplus *Graverol* remarque la contradiction dans laquelle *Jacques de Ferriere* est tombé en soutenant des propositions toutes contraires. D'ailleurs en admettant le raisonnement de Ricard, on n'en pourroit pas conclure que l'enfant exhérédé ne doive pas faire nombre, il s'ensuivroit tout au plus que la portion dont l'exhérédé auroit dû profiter, si l'exhérédation ne lui faisoit pas obstacle, devroit appartenir à l'heritier; mais on ne pourroit pas en induire que l'exhérédé ne dût pas être compté. Si par exemple, un Testateur laisse cinq enfans & qu'il en ait exhérédé un justement, chacun des légitimaires doit avoir un dixiéme des biens, tout comme si aucun n'avoit été exhérédé ; au lieu que si l'exhérédé ne faisoit pas nombre, les enfans étant réduits à quatre, & les légitimes se trouvant fixées à un tiers des biens, chacun des enfans ne devroit avoir qu'un douziéme au lieu d'un dixiéme que Ricard reconnoît devoir appartenir à chaque enfant : par où le propre raisonnement de cet Auteur prouve la vérité de l'avis que nous embrassons, que l'enfant exhérédé doit faire nombre.

fixation de la légitime.

Dans le cas de la renonciation, la portion du renonçant appartient à celui en faveur duquel la renonciation est faite, ou à ses heritiers.

Il nous reste à parler des moyens qui rendent l'exhérédation inefficace, lorsqu'elle a été faite dans les regles, & pour juste cause. On peut en remarquer trois : le premier est la revocation de l'exhérédation : le second, le rappel de la personne exhéredée : & le troisiéme, la reconciliation de l'exhérédé avec l'exhéredant.

154. Des moyens qui rendent l'exhérédation inefficace.

155. La révocation de l'exhérédation la rend inutile.

La revocation de l'exhéredation doit, ſans contredit la rendre inutile, par cette raiſon generale que la volonté de l'homme étant ſujette à variation, *ambulatoria eſt hominis voluntas uſque ad extremum vitæ exitum.* Celui qui a uſé de l'exhéredation peut la revoquer quand il veut, & remettre l'injure ; & il ſuffit que cette revocation ſoit conſtatée par quelqu'acte ou écrit capable de prouver le fait de la revocation, ſans avoir beſoin d'aucune des formalitez requiſes aux diſpoſitions teſtamentaires, quand même l'exhéredation ſeroit renfermée dans un teſtament revêtu de toutes les formalitez de Droit ; parce que l'exhéredation qui eſt une peine ne doit pas être traitée favorablement, & que toute la force de l'exhéredation venant plutôt de l'injure ſoufferte, que de la volonté de l'exhéredant, laquelle n'eſt requiſe que pour faire voir qu'il n'a pas voulu pardonner l'offenſe; il ſuffit que l'écrit revocatoire puiſſe juſtifier le pardon de l'injure, pour que tout l'effet de l'exhéredation ſoit emporté. Notre propoſition peut être établie ſur l'argument que l'on tire de la Loy 5. *cod. famil. erciſc.* & ſur l'opinion de *Bretonnier ſur Henrys, liv. 5, queſt.* 112, *n.* 20.

Ambulatoria eſt hominis voluntas.

Par quels actes l'exheredation peut être révoquée.

156. Du rappel de l'exheredé.

Le rappel de l'exheredé doit opérer le même effet. Comme ſi celui qui a exheredé ſon fils, déclare par Acte qu'il veut que ſon fils ſuccede, ainſi qu'il auroit pû faire avant l'exhéredation. *Le Brun, des Succeſſions, liv. 4, chap.* 20, *ſect.* 4, *n.* 1 : Ou ſi par un codicile ou autre diſpoſition valable, poſtérieure à l'acte d'exhéredation, l'exhéredant laiſſe la légitime à l'exheredé ou lui fait quelqu'autre liberalité, dans l'intention de le rappeller ; dans ce cas l'exheredé ſeroit rappellé à concurrence de ſa légitime ; mais il faut prendre garde que ſi par la derniere diſpoſition, l'exhéredant qui feroit quelque liberalité à l'exheredé en proprieté, uſufruit ou penſion, déclaroit qu'il vouloit que l'exhéredation fût executée pour le ſurplus, l'exheredé ne ſeroit rappellé que pour ce qui lui auroit été laiſſé & non pour la légitime ; parce que comme nous l'avons montré cy-deſſus, l'exhéredant peut modifier l'exhéredation comme il trouve à propos : & que le legs ainſi limité par diſpoſition expreſſe ne pourroit pas induire le pardon de l'offenſe, attendu que la proteſtation prouveroit le contraire : mais le legs doit être conſideré tout comme s'il avoit été fait par une perſonne étrangere ; de même ſi l'exhéredant impoſoit quelque condition à la légitime qu'il laiſſeroit à l'exheredé, cette condition devroit être executée, *le Brun*, au lieu cité, *n.* 11 & 12.

La condition impoſée à la légitime ou autre liberalité laiſſée à l'exheredé, devroit être executée.

A l'égard de la reconciliation, *la Novelle* 115. qui permet l'exhéredation, & qui explique les causes légitimes pour lesquelles elle peut être faite, ne parle point de la reconciliation & il n'y a aucune Loi qui en fasse mention, comme d'un moyen capable de détruire l'exhéredation deja faite. Aussi voit-on que cette matiere a été diversement traitée & decidée, parceque les Loix ne l'ont pas reglée; les Auteurs en ont été chercher les principes dans les Loix qui ont parlé de la remise des injures par la réconciliation.

157. De la reconciliation.

On fonde ce moyen principalement sur la *Loi* 5, *cod. familiæ erciscundæ*, qui dit, que si un Maître mécontent de deux esclaves a ordonné dans son testament, que l'un seroit mis aux fers pour toute sa vie, & que l'autre seroit vendu pour être transporté dans un autre pays; si depuis il a reçu ces esclaves en grace, la preuve des faits servant à établir que le maître a fait grace à ses esclaves, pourra être faite par témoins, & que la derniere volonté du Testateur doit être executée quoique non-écrite. *In ipsius mariti sui fuit potestate mutare quod in servos suos iratus testamento caverat ut unus quidem in perpetuis vinculis moreretur, alter verò exportandus venundaretur: proindè si offensam istam clementia flexit, quod licet scriptura non probetur, aliis tamen rationibus doceri nihil impedit, præsertim cùm posteriora eorum talia merita deprehenduntur, ut ira Domini potuerit mitigari, novissimam ejus voluntatem arbiter familiæ erciscundæ sequetur.* Mais on oppose à ce texte, qui ne parle pas de l'exhéredation, un autre texte plus precis, puisqu'il parle de l'exhéredation: c'est la Loi *Filio* 23, *ff. de liberis & posthumis*, qui decide que si un pere a exhéredé son fils émancipé, quoiqu'il l'adopte, l'exhéredation subsistera, & ne sera point révoquée. *Filio quem pater post emancipationem à se factam iterùm adrogavit, exheredationem antè scriptam nocere dixi.*

158. Sur quoi les Auteurs fondent-ils la reconciliation.

Texte qui est contraire au moyen tiré de la reconciliation.

159. Du fils reconcilié à son pere avant l'exheredation.

Il est encore moins douteux, que si le fils est tombé dans le cas où il est déclaré incapable de toute succession du pere, & des autres ascendans pour s'être marié en minorité sans le consentement de ses pere & mere, comme il est porté par l'*article* 2 *de la Déclaration de* 1639; ou s'il a contracté mariage sans le consentement de ses parens dans les circonstances exprimées par l'Edit de 1697, non-seulement il ne peut point être rappellé par une reconciliation tacite, mais encore par une disposition expresse du pere ou de la mere, ou de tout autre ascendant: parce que la Loi publique qui déclare le fils, dans ce cas, indigne

160. Du fils déclaré incapable de toute succession lorsqu'il se marie en minorité, sans le consentement de ses parens. Ou dans le cas de l'Edit de 1697.

& incapable y fait obſtacle, & que ce ſeroit en fraude de la Loy qu'une telle diſpoſition ſeroit faite. Voilà pourquoi elle ne pourroit être d'aucune conſideration, comme nous l'avons prouvé en parlant de l'incapacité & de l'indignité *au chapitre 6, ſect. 2 & 3.*

161. Des cas où la Loi permet ſimplement d'exhéréder.

A l'égard des cas où les Loix permettent ſeulement d'exhéréder ſans déclarer aucune indignité, ni incapacité : on demande, ſi l'exhéredation étant déja faite, ſon effet peut être emporté par la réconciliation; & ſi, dans ce cas, le teſtament qui la contient doit être caſſé, & la ſucceſſion ouverte *ab inteſtat* ? Il y a des Auteurs qui ont ſoutenu la négative, à moins qu'il n'y eût quelqu'acte portant révocation de l'exhéredation : *Menoch. de præſumpt. lib. 4, præſumpt. 30, n. 3*, eſt de cet avis, & rapporte pluſieurs Docteurs qui l'ont penſé de même; ils ſe fondent ſur la *Loi 23, ff. de liberis & poſthumis*, qui déclare que l'exhéredation du fils émancipé n'eſt pas revoquée par l'adoption que le pere fait de ce même fils; cependant l'adoption par laquelle le pere établit une nouvelle filiation, eſt ſans contredit de toutes les marques d'affection & de reconciliation la plus forte; ils diſent encore que ſi l'exhéredation étoit emportée par la reconciliation, l'exhéredation n'ayant plus de cauſe ni de fondement, le teſtament devroit être annullé & revoqué; d'où il s'enſuivroit, que le Teſtateur pourroit revoquer un teſtament parfait par une ſimple déclaration de volonté: ce qui ſeroit contraire à la diſpoſition formelle des Loix, qui veulent qu'un teſtament parfait ne puiſſe être revoqué que par un teſtament poſterieur également parfait, & non par le ſimple changement de volonté, *§. ex eo 7. inſtit. quibus modis teſtamenta infirmentur*, à moins qu'après un laps de dix ans depuis le teſtament, le Teſtateur n'ait fait une déclaration devant trois temoins pour revoquer le teſtament, *l. 27, cod. de teſtamentis.* Ils ajoutent, que quoique ſelon le droit du Digeſte, l'exhéredation dépendît de la volonté du Teſtateur, qui n'étoit pas obligé d'exprimer la cauſe, néanmoins on reconnoiſſoit encore une autre exhéredation pour cauſe d'injure; ainſi la deciſion de la Loi 23, *ff. de liberis & poſthumis*, doit avoir lieu, même dans le cas où l'exhéredation eſt faite pour juſte cauſe : parce que la reconciliation peut bien remettre l'injure, mais elle ne peut pas revoquer l'effet de l'exhéredation, à moins qu'il n'y ait une revocation expreſſe par écrit: l'exhéredation écrite étant un Jugement domeſtique & une eſpece de Sentence qui doit être emportée

Opinion des Auteurs qui n'admettent la reconciliation pour effacer l'exherédation faite.

Raiſons de ces Auteurs.

La reconciliation peut remettre l'injure, mais ne peut pas emporter l'effet de l'exhéredation.

portée de la même maniere qu'elle a été faite ; c'eſt-à-dire, par un écrit exprès, ſuivant cette regle, *nihil tam naturale eſt quàm eo genere quidve diſſolvere quo colligatum eſt*, *l.* 35, *ff. de Regul. jur.* On trouve dans les queſtions illuſtres de *Peleus*, *queſt.* 24, un Arrêt du Parlement de Paris du 8 Juillet 1597, qui l'a jugé ainſi dans le cas d'un fils unique que ſon pere avoit exhéredé pour s'être marié ſans ſon conſentement ; & quoiqu'il y eût une reconciliation à cauſe que le pere avoit permis à ſon fils, à ſa femme & à ſes enfans de le viſiter dans ſa maiſon, & quoiqu'il les eût bien accueillis, néanmoins l'exhéredation fut confirmée. Et M^e. *Claude de Ferriere dans ſes Inſtitutions du Droit François*, *liv.* 2, *titre* 13, en rapporte pluſieurs autres qui ſont conformes.

Arrêts qui ont autoriſé cette opinion.

162. Opinion contraire qui admet la reconciliation.

Au contraire, pluſieurs Auteurs ont crû que la reconciliation ſans aucune revocation, ſuffit pour détruire l'effet de l'exhéredation, *Dumoulin ſur le conſeil* 159 *d'Alexandre*, *vol.* 7. *Ricard des donations*, *tome* 1, *partie* 3, *n.* 963 ; *le Brun des ſucceſſions*, *liv.* 3, *chap.* 10, *ſect.* 4, & pluſieurs autres. Ils fondent leur avis ſur l'argument de *la Loi* 5, *cod. famil. erciſc.* ſur *la Loi* 3, *§.* 11, *& la Loi* 4, *ff. de adimend. legatis*, qui décident, que quoique le legs ſoit revoqué de plein droit à cauſe d'une inimitié capitale ſurvenue entre le Teſtateur & le Légataire, il eſt rétabli de plein droit par leur reconciliation : *quod ſi iterùm in amicitiam redierunt*, *& pœniteat Teſtatorem prioris offenſæ*, *legatum vel fideicommiſſum relictum redintegratur.* Que l'injure ſoufferte par le pere étant remiſe par la reconciliation, l'exhéredation ſe trouve par-là ſans cauſe & ſans fondement. *Dumoulin* répond à la Loi 23, *ff. de liberis & poſthumis*, en obſervant que du tems du Juriſconſulte Auteur de cette Loi, le pere avoit la liberté d'exhéreder ſans cauſe ſes enfans ; c'étoit un effet de la grande puiſſance que la Loi *des douze Tables* avoit attribuée aux peres ; que cette Loi ne dit pas, & ne fait pas même entendre que l'exhéredation eût été faite pour quelqu'injure ; qu'il s'agiſſoit ſeulement de ſçavoir ſi l'adoption faite par le pere, de ſon fils émancipé, n'avoit pas anéanti le teſtament par une eſpece de naiſſance nouvelle d'un enfant : & en effet, c'eſt ſur cela ſeul que porte la réponſe du Juriſconſulte, en faiſant voir qu'un pere n'augmente pas les droits de ſon fils en l'adoptant ; que la fiction introduite par la Loi ne pouvoit rien ajouter à la nature, & que cette adoption devoit être regardée comme non-avenue ; qu'ainſi l'exhéredation n'ayant pas été faite pour cauſe

Fondement de cette opinion.

Explication de la Loi 23, *ff. de lib. & poſth.* par *Dumoulin.*

d'ingratitude, mais par la seule volonté du Testateur & en vertu de la puissance que la Loi lui donnoit, on ne pouvoit pas induire une revocation de l'exhéredation par la remise d'une injure qui lui servît de fondement : voilà pourquoi cette exhéredation devoit subsister jusqu'à ce qu'elle eût été revoquée par une autre disposition.

163. La réponse de *Dumoulin* n'est pas suffisante.

La réponse de *Dumoulin* est juste, & fait voir que la Loi 23, *ff. de liberis & posthumis*, ne peut rien conclure par rapport à l'exhéredation fondée sur une cause d'ingratitude ; mais elle ne satisfait pas à l'argument des Auteurs, qu'ils prennent de ce que s'il falloit admettre la revocation de l'exhéredation par une simple reconciliation, le fils se trouvant vraiement préterit, puisqu'il ne seroit ni institué ni exhéredé, le testament se trouveroit nul, & par-là il dependroit d'un Testateur de revoquer son testament par la seule volonté : ce qui est manifestement contraire aux principes du Droit Romain, qui sont en vigueur dans les Pays du Droit écrit. *Le Brun* qui a senti cette difficulté répond que par rapport aux Pays coutumiers, où l'institution n'est pas nécessaire, & où le testament peut valoir sans que le fils soit ni institué ni exhéredé, il n'y a aucun inconvenient que l'effet de l'exhéredation soit emporté par la reconciliation. Les Auteurs, entr'autres *Mornac* sur la Loi 8, *§. Si Imperator. ff. de inoff. testam. Claude de Ferriere sur l'article* 318 *de la Coutume de Paris, §. 5, de l'exhéredation, n.* 21 *& suivans* ; *& Ricard, tom.* 1. *partie* 3, *n.* 964, 969 *&* 970, rapportent quelques Arrêts qui ont autorisé cette opinion : c'est même la derniere Jurisprudence du Parlement de Paris.

Réponse de *le Brun* à l'argument que le testament ne se révoque pas par la seule volonté.

Arrêts qui ont autorisé cette opinion.

164. Résolution pour le Pays du Droit écrit par une distinction.

Il me semble néanmoins que l'avis des Auteurs qui pensent que la seule reconciliation sans revocation, ne suffit pas pour emporter l'effet de l'exhérédation, est plus exact, & plus conforme aux principes du Droit Romain ; & que si l'on ne doit pas la suivre dans les Pays coutumiers où la Jurisprudence contraire a prévalu, il faudroit s'y conformer dans les Pays du Droit écrit, au moins dans les Parlemens où il n'y a pas une Jurisprudence constante des Arrêts qui ait donné cet effet à la seule reconciliation : à moins que selon la remarque de *Duval dans ses institutions du Droit François, liv.* 2, *chap.* 12, *pag.* 398 *&* 399, il ne fût question d'une exhéredation contenue, non dans un testament, mais dans un simple acte devant Notaire : car un acte de cette espece peut être plus facilement revoqué qu'un testament. Nous devons néanmoins faire deux observa-

La reconciliation ne révoque pas l'exhéredation contenue dans un testament.

Mais elle anéantit l'exhéredation faite pardevant Notaire.

tions au sujet des Arrêts rapportez par *Ricard*. La premiere, que l'Arrêt de 1644 qui est dans l'espece d'un fils, lequel s'étoit marié à l'âge de vingt-deux ans sans le consentement de son pere, ne peut pas être tiré à conséquence, à cause de l'Ordonnance de 1639 qui déclare dans ce cas le fils incapable & indigne de toute succession des ascendans: qu'ainsi aucune reconciliation ni même aucune disposition expresse ne peut rétablir le fils déclaré incapable & indigne. La seconde, que dans le cas de l'Arrêt de Riolan du 27 Avril 1660. la mere avoit revoquée par disposition expresse l'exhéredation de son fils, & ce fut par cette raison que l'Arrêt ordonna le partage de la succession de la mere en confirmant l'exhéredation faite par le pere; cette circonstance qui a été obmise par l'*Auteur du Journal des Audiences*, par *Ricard* & par *le Brun*, qui rapportent cet Arrêt, a été remarquée par *Desmaisons, dans son Recueil d'Arrêts, lettre* E, *chap.* 6.

Observation sur les Arrêts rapportez par *Ricard*.

Dans le cas de l'Arrêt du 27 Avril 1660. La mere avoit révoqué expressément son exhérédation.

Mais quelle doit être la reconciliation afin d'emporter l'effet d'une exhéredation précedente selon la Jurisprudence qui admet ce moyen? *Le Brun, des successions, liv.* 3, *chap.* 10, *section* 4, *n.* 5, examine cette difficulté, & remarque qu'il faut tâcher de penétrer dans les intentions du pere, & considerer s'il ne s'est reconcilié que pour mettre sa conscience en repos, sans avoir le dessein de rappeller son fils à la succession, ou s'il lui a véritablement & sincerement pardonné l'injure, & l'a reçu en grace, & cet Auteur entre dans un grand détail.

165. Quelle est la reconciliation suffisante pour effacer l'exheredation.

Il remarque encore qu'on ne pourroit pas considerer comme une reconciliation suffisante pour emporter l'exhéredation, la visite que le pere souffriroit, & la benédiction qu'il donneroit à son fils à l'article de la mort: l'Arrêt du 27 Avril 1660, rapporté au journal des Audiences a nettement jugé ce point; & il y a dans ceux de *Cambolas, liv.* 4, *chap.* 6, un Arrêt semblable du Parlement de Toulouse.

166. Les visites ni la benédiction à l'article de la mort, ne sont suffisantes.

Le doute sur la nature & la qualité de la reconciliation capable d'effacer l'exhéredation, se trouve resolu d'une maniere nette & précise par une distinction très-judicieuse de M. d'Aguesseau, aujourd'hui Chancelier de France, en portant la parole en qualité d'Avocat General dans une cause sur laquelle fut rendu l'Arrêt du Parlement de Paris du 19 Juillet 1695, rapporté *au Journal des Audiences, tom.* 4, *liv.* 10, *chap.* 17: *le pere*, est-il dit, *peut remettre la peine encourue par son fils; que la Loi ne l'obligeoit pas de la faire durer après sa mort, & que d'a-*

167. Résolution de la difficulté.

Une reconciliation parfaite suffit.

La reconciliation imparfaite eſt inſuffiſante.

bord qu'il y a une reconciliation parfaite tout eſt effacé: mais *que quand il n'y a qu'une ſimple reconciliation à l'article de la mort, & que le pere a ſeulement donné ſa benédiction, cela ne fait pas voir qu'il y ait une reconciliation parfaite, mais croire ſeulement, que cela s'eſt fait pour ſatisfaire au devoir du Chriſtianiſme; qu'ainſi les Arrêts dans ce cas n'avoient pas jugé que la remiſe de la peine eût lieu.* La reconciliation ne peut donc operer ſon effet, que quand elle eſt parfaite.

168. Si la preuve par Témoins des faits de la reconciliation doit être admiſe.

Raiſons de douter pour la négative.

Mais la preuve des faits de reconciliation peut-elle être faite par témoins? Il ſemble d'abord qu'elle ne doit point être admiſe, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit, parce que *contrà ſcriptum teſtimonium, teſtimonium non ſcriptum non fertur, l.* 1, *cod. de teſtibus*; & que *l'Ordonnance de* 1667, *tit. des faits qui giſent en preuve, art.* 2, qui porte, *ne ſera reçu aucune preuve par témoins contre & outre le contenu aux actes, ni ſur ce qui ſeroit allegué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agit d'une ſomme ou valeur moindre de cent livres*, y fait obſtacle; que c'eſt expoſer la foi des actes & l'ordre des ſucceſſions à la ſuſpicion de la preuve vocale. Cependant il faut nonobſtant ces raiſons décider que la preuve par témoins eſt admiſſible, quoiqu'il n'y ait aucun commencement de preuve par écrit. La Loi 5, *cod. familiæ erciſcundæ*, déclare que la preuve teſtimoniale doit être reçue pour le changement de volonté d'un maître qui avoit ſtatué des peines dans ſon teſtament contre deux de ſes eſclaves: il s'agit de purs faits qui n'ont aucun rapport avec des conventions & des actes ſynalagmatiques, auſquels la prohibition de l'Ordonnance ſe borne, & c'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du Parlement de Paris, du 19 Juillet 1695, rapporté au *Journal des Audiences, tome* 4, *liv.* 10, *chap.* 17, par lequel Arrêt un fils exhéredé fut admis à prouver par témoins les faits contenus en ſa requête, & qui conſiſtoient en ce que ſon pere lui avoit entierement pardonné, & même qu'il avoit fait promettre à ſon frere qu'il ne ſe prévaudroit point contre lui de l'exhéredation. *V. Ferriere ſur l'art.* 318 *de la Coutume de Paris, §.* 5, *de l'exhéredation, n.* 20, *tom.* 4, *pag.* 771.

Réſolution pour l'affirmative.

Raiſons de cette réſolution.

169. Si le repentir de l'exheredé efface l'exheredation.

Quoique certains Auteurs ayent mis parmi les moyens capables d'emporter l'effet de l'exhéredation, le repentir du fils exhéredé, & le pardon demandé à ſon pere: néanmoins leur ſentiment ne doit pas être ſuivi, parce que le repentir n'efface pas l'effet de l'offenſe & n'empêche pas que la perſonne offen-

sée n'en puisse poursuivre la punition. Il faut que ce repentir soit accompagné du pardon accordé par l'offensé, autrement il ne peut pas empêcher que l'exhérédation n'ait son effet; s'il en étoit autrement, ce seroit faire illusion à la Loi, & une espece d'attrait au mal, à cause que le fils seroit assuré de son impunité en témoignant un repentir de la faute où il seroit tombé. La Loi *65, ff. de furtis*, décide que la peine est encourue par le seul fait, & qu'on ne peut pas s'y soustraire par le repentir, *nemo enim tali peccato pœnitentiâ suâ nocens esse desit*, dit cette Loi.

170. Si les services importans empêchent l'effet de l'exhérédation.

Quelques Auteurs mettent encore, parmi les moyens capables de rendre inutile l'exhérédation, les services importans que l'exhéredé rend à l'exhéredant: mais ce moyen n'a aucun fondement dans la Loi; ainsi on ne pourroit pas le considérer comme suffisant, à moins qu'il ne parût que l'exhéredant en avoit témoigné quelque reconnoissance, & qu'il fût intervenu quelque reconciliation; il devroit se faire dans ce cas une espece de compensation de l'offense avec le service important.

171. S'il l'exhérédation est renduë inutile lorsque l'exhéredé est tombé dans la fureur ou dans la démence.

Enfin il y a des Auteurs qui prétendent que quand le fils qui est tombé dans quelque cas d'ingratitude qui merite l'exhérédation, tombe dans la fureur ou dans la démence, il ne peut plus être exhéredé; mais il y en a d'autres qui soutiennent avec raison le contraire, & leur sentiment est le mieux fondé sur ce principe de la Loi *65, ff. de furtis*, que la peine est encourue par le seul fait: qu'ainsi quelqu'évenement qui puisse arriver en la personne de l'offensant, l'offensé peut toujours s'en ressentir, & faire valoir l'indignité une fois encourue lorsqu'il ne s'agit point d'une peine corporelle, & qu'on n'a pas besoin d'en faire la poursuite en Justice, comme dans le cas où il ne s'agit que de prononcer l'exhérédation: *Fernand Vasquius, illustr. controvers. lib. 3, cap. 96, n°. 12*, soutient cette derniere opinion qui est la meilleure.

SECTION III.

De la Préterition.

SOMMAIRE.

1. *La matiere de la préterition eſt fort embrouillée chez les Auteurs.*
Auteur à voir pour connoître les differentes opinions.
2. *Route qu'il faut prendre pour éclaircir cette matiere.*
Sçavoir l'hiſtoire du Droit.
Et ſe faire une idée exacte de la préterition.
Renvoy à ce qui eſt dit dans la ſection précedente.
3. *La Loi* des douze Tables *ne fait que deux dégrez de ſucceſſion.*
Les Loix poſterieures ou le Préteur ont introduit les autres ſucceſſions.
4. *Faculté de ſucceder attachée à la puiſſance paternelle par la Loi* des douze Tables.
Le Préteur accordoit la poſſeſſion des biens aux enfans émancipez.
5. *Le pere occupoit* jure peculii *les biens caſtrenſes de ſon fils qu'il avoit en ſa puiſſance.*
Comment ſuccedoient les peres à leurs enfans émancipez.
Quid *de l'ayeul.*
6. *L'ordre des agnats n'étoit admis qu'en défaut des enfans en la puiſſance du défunt.*
La ſucceſſion appartenoit aux enfans en la puiſſance.
7. *Les enfans en la puiſſance du défunt étoient ſes heritiers néceſſaires.*
Le Préteur leur accorda le bénéfice d'abſtention.
Ces enfans devoient être nommément inſtituez, ou exheredez nommément pour être exclus.
En quoi conſiſtoit la préterition.
Nullité radicale cauſée par la préterition.
Raiſons pourquoi le teſtament nul dans ſon principe n'étoit pas validé.
De la préterition du poſthume conçu après le teſtament.
Point fixe dans lequel on doit conſiderer la matiere de la préterition.
8. *Diſtinction entre les mâles & les filles qui étoient en la puiſſance du Teſtateur.*
La préterition des filles ne rendoit pas le teſtament nul.
Idem *des petits-fils ou autres deſcendans par mâle.*
9. *Des enfans émancipez.*
Le Préteur accordoit la poſſeſſion

des biens aux émancipez préterits.

Quand ils étoient exherédez, ils pouvoient intenter la plainte d'inofficioſité.

Le Préteur accorda la poſſeſſion des biens aux petits-fils, & autres deſcendans par mâles, qui étoient préterits.

10. *Droit moyen des Inſtitutes & du Code qui égale les filles & les petits-fils aux enfans mâles au premier dégré.*

Nullité par la préterition de ceux qui étoient en la puiſſance.

Poſſeſſion des biens accordée aux émancipez préterits.

11. *Deſcendans par femme, le ſilence de la mere & de l'ayeul maternel valoit exhérédation.*

Plainte d'inofficioſité quand ils étoient injuſtement préterits.

Cette plainte faiſoit paſſer le Teſtateur pour imbécile.

12. *De la préterition des enfans du Soldat.*

De la préterition des enfans du Soldat faite ignoranter.

13. *Correction faite par la Loi 30,* cod. de inoff. teſtam. *& par la* Novelle 18, chap. 1.

Néceſſité d'inſtituer retranchée à l'égard des enfans autres que ceux qui étoient en la puiſſance du Teſtateur.

Il n'y avoit préterition que quand il ne leur étoit rien laiſſé par le teſtament.

Nouvelle correction faite par la Loi 36, §. 1, cod. de inoff. teſt. *par rapport aux enfans en la puiſſance.*

14. *Dernier état de la Juriſprudence Romaine avant la* Novelle 115.

Récapitulation. Point de néceſſité d'inſtituer les enfans émancipez ni les deſcendans par femme.

15. *Point de préterition, s'il y avoit quelque legs en leur faveur.*

16. *Néceſſité d'inſtituer retranchée pour conſerver les teſtamens.*

17. *La préterition des enfans mâles ou filles en la puiſſance du Teſtateur, rendoit le teſtament nul de plein droit.*

Le fideicommis conditionnel tenoit lieu d'inſtitution.

18. *Les enfans mâles ou filles émancipez, ne pouvoient venir que par la poſſeſſion des biens, quand ils étoient préterits.*

Plainte d'inofficioſité, remede ſubſidiaire, ultimum adjutorium.

19. *De la préterition de la mere & des ayeux maternels.*

Ne donnoit que la plainte d'inofficioſité, quand ils étoient entiement préterits.

20. *De la préterition des enfans de Soldat.*

Il n'a été rien changé à cet égard.

21. *Ce qui ſubſiſtoit ſur la préterition avant la* Novelle 115.

Changemens & corrections faits par cette Novelle.

22. *Néceſſité d'inſtituer tous les enfans & deſcendans indiſtinctement.*

Ne ſuffit pas de laiſſer la légitime

à quelque titre que ce ſoit, autre que l'inſtitution, même par fideicommis univerſel.

Communication à tous les enfans. Ce que le Droit ancien avoit accordé aux enfans en la puiſſance.

Abrogation du Droit précedent.

23. *Défaut d'inſtitution des enfans indiſtinctement, annulle le teſtament quant à l'inſtitution.*

Succeſſion déferée ab inteſtat *par égales parts.*

Abrogation de la poſſeſſion des biens en accordant la ſucceſſion légitime.

Abrogation de la plainte d'inofficioſité.

Plainte d'inofficioſité ultimum adjutorium.

La plainte d'inofficioſité ne tend point à réduire la ſucceſſion ab inteſtat.

Les enfans préterits étant appellez ab inteſtat, *ne peuvent plus intenter la plainte d'inofficioſité.*

24. *Préterition, en quoi conſiſte. Elle a toujours conſiſté au défaut d'inſtitution ou d'exhérédation,* ut oportet, *à l'égard des enfans en la puiſſance.*

25. *Préterition des enfans émancipez, & des deſcendans par femme, conſiſtoit en un oubli abſolu par le Droit moyen. Aujourd'hui indiſtinctement la préterition conſiſte au défaut d'inſtitution ou d'exhérédation* ut oportet.

Réfutation des Auteurs qui ſuppoſent deux eſpeces de préteritions, l'une propre & l'autre impropre.

26. *De la préterition des aſcendans.*

Occupation jure peculii.

Poſſeſſion des biens contrà Tabul.

Quid *en faveur de l'ayeul.*

27. *La ſucceſſion des deſcendans ne peut arriver aux aſcendans que par un renverſement de l'ordre naturel.*

28. *Si le droit de ſucceder accordé aux aſcendans ne vient pas de l'Edit du Préteur.*

Néceſſité impoſée aux enfans de laiſſer partie de leur bien à leurs aſcendans.

Plainte d'inofficioſité accordée aux parens préterits.

Le mot parens, *que comprend.*

29. *Qu'eſt-ce qui ſuffiſoit pour exclure les parens de la plainte d'inofficioſité.*

La légitime pouvoit être laiſſée aux aſcendans, quovis relicti titulo.

30. *Changemens faits par la* Novelle 115.

31. *Inſtitution des parens en quelque choſe couvre le vice de préterition, quoique la légitime ne ſoit pas remplie.*

32. *Nullité du teſtament quant à l'inſtitution, en cas de préterition.*

La ſucceſſion eſt déferée ab inteſtat.

33. *Les aſcendans ſont mis au niveau des deſcendans, quant à la néceſſité de les inſtituer, & pour la préterition.*

34. *L'Ordonnance de* 1735 *a mis au même dégré de faveur tous ceux qui ont droit de légitime.*

35. *Comment doit être faite l'inſtitution de ceux qui ont droit de légitime.*

36. *Quelque modique que ſoit la choſe laiſſée à titre d'inſtitution, on eſt à l'abri du vice de préterition.*

Sauf à demander le ſupplément de légitime.

37. *La préterition produit une nullité.*

Abrogation du remede de la poſſeſſion des biens.

Et de la plainte d'inofficioſité dans tous les cas où elle avoit lieu ſuivant le Droit Romain.

38. *Nullité par préterition, quoique le teſtament ſoit entre enfans.*

39. Quid *dans les Coutumes ou Statuts qui permettent de laiſſer la légitime à autre titre.*

De quelles Coutumes cela doit-il s'entendre?

40. *La préterition annulle le teſtament par rapport aux aſcendans & aux deſcendans.*

41. Quid *de la préterition dans le teſtament du Soldat.*

La légitime peut être demandée nonobſtant la préterition du Soldat.

De la préterition faite ignoranter *par le Soldat.*

42. *Droit ancien ſur la nullité de toutes les diſpoſitions, quand il y avoit préterition.*

Diſpoſition de la Loi 17, ff. de injuſto rupto.

Si la ſubſtitution vulgaire tient lieu d'inſtitution.

43. *Changemens faits par la* Novelle 115.

Les ſubſtitutions directes ou fideicommiſſaires univerſelles ſont nulles par la préterition.

44. *Ancienne Juriſprudence des Arrêts qui faiſoient valoir tout, excepté l'inſtitution univerſelle.*

Diſtinction entre la préterition ſcienter *ou* ignoranter.

La ſucceſſion eſt déferée ab inteſtat *aux enfans par égales parts.*

La diſpoſition univerſelle ne doit porter aucun préjudice aux enfans préterits.

Le pere dans le cas de préterition, ne peut pas charger ſes enfans de fideicommis.

45. *Fauſſeté de la diſtinction au ſujet de la préterition* ſcienter *ou* ignoranter.

Loix qui parlent de cette diſtinction, mal appliquées au teſtament paganique.

46. *Nullité de l'inſtitution des ſubſtitutions, & des fideicommis univerſels par l'Ordonnance de* 1735.

47. *Abrogation des Loix qui dans le cas de la préterition, faiſoient valoir le teſtament par la ſubſtitution.*

48. *Fauſſeté de la déciſion de* Fernand *&* de Benedicti.

Le fils quoique légataire, prend ſa

part à la ſucceſſion ab inteſtat, *dans le cas de la préterition.*

49. *Réfutation de la doctrine de* Catellan.

On n'a point égard à la volonté expreſſe ni préſumée du Teſtateur, quand il y a préterition.

Regles du Droit ancien pour la poſſeſſion des biens & plainte d'inoffic oſité ab ogées.

50. *Si les enfans non préterits peuvent ſe ſervir de la préterition des autres.*

Celui qui répudie eſt conſideré comme s'il n'avoit jamais exiſté.

La volonté du Teſtateur eſt ſoutenuë dans le cas de la Loi 17, ff. de injuſto rupto.

51. *Réſolution que les enfans non préterits peuvent faire valoir la préterition des autres.*

52. *Explication de la Loi* 17, ff. de injuſto rupto.

53. *Les freres non préterits & réduits à la légitime, ſont intereſſez à faire valoir la nullité.*

Quoique le préterit ne ſe plaigne pas.

Et quoiqu'il ait approuvé le teſtament.

54. *Diſtinction de* Taiſand.

Réfutation de cette diſtinction.

55. *La préterition n'annulle pas les codiciles, ni les donations à cauſe de mort.*

Quid de la donation à cauſe de mort, réſultant de la clauſe codicillaire.

56. *La préterition n'opere aucun effet dans le Pays Coutumier.*

Exceptions.

57. *Comment doit être faite l'inſtitution pour éviter le vice de préterition.*

Deux qualitez de l'inſtitution; qu'elle ſoit expreſſe & pure.

58. *L'inſtitution doit être expreſſe* nominatim.

En appellant par leurs noms, ou en déſignant de maniere que tous y ſoient compris.

59. *De l'inſtitution* inter cœteros.

Le legs de la légitime ſans titre d'inſtitution, n'empêcheroit pas la préterition.

Quid des poſthumes.

Ils doivent tous être déſignez, de maniere qu'ils ſoient tous compris dans l'inſtitution.

Correction du Droit Romain.

La déſignation rélative ne peut pas être étenduë hors de ſon cas.

60. *Il n'y a point de formule de paroles pour l'inſtitution.*

61. *Si la ſubſtitution & le fideicommis univerſel tiennent lieu d'inſtitution.*

Nullité du premier dégré à cauſe de la préterition.

A cauſe que la ſubſtitution fait une inſtitu tion conditionnelle.

Le fideicommis univerſel n'eſt pas une inſtitution.

62. *Objection que les Auteurs tirent de la Loi* 36, §. 1, cod. de inoff. teſtam.

Réponſe.

L'inſtitution doit être actuelle &

venir de la disposition du Testateur.

Le fils ne tient sa légitime que de la Loi.

Difference entre l'Institué in re certâ, *& le Fideicommissaire universel, sous condition.*

63. *Sistême de* Justinien, *quand il porta la Loi* 36, §. 1, cod. de inoff. testam.

64. *Changement de sistême par la* Novelle 115.

Abrogation de la Loi 36, §. 1, cod. de inoff. testam. *en ce qu'elle décide que le fideicommis universel tient lieu d'institution.*

65. *Réfutation de l'opinion de* Ferriere.

Preuves que la Novelle 115 *exclut le fideicommis universel tout comme le fideicommis particulier.*

S'il suffisoit d'avoir la légitime, il n'y auroit jamais de préterition.

66. *Confirmation par* l'Ordonnance de 1735.

L'institution & le fideicommis universel sont differens.

Le Fideicommissaire n'est ni institué ni heritier.

67. *Quand le fideicommis seroit une institution, elle seroit nulle comme conditionnelle.*

Autorité de Dumoulin.

Autre chose est que les enfans ayent la légitime sans charge ni condition; autre chose est la nécessité de les instituer purement.

L'institution est une formalité substantielle.

Celui qui est institué sous une condition non potestative est censé préterit.

Arrêt du Parlement de Toulouse qui juge que le fils est préterit, quoiqu'il soit appellé par fideicommis pour recueillir l'hérédité.

68. *Seconde qualité de l'institution, qu'elle soit pure.*

Quid *s'il y a une institution potestative.*

69. *A l'égard de quelles personnes la préterition produit-elle son effet.*

70. *L'institution n'est nécessaire qu'à l'égard des personnes qui tiennent le premier dégré, ou le representent.*

Des petits-fils qui ne representoient pas le premier dégré lors du testament, & dont le pere est mort avant le Testateur.

71. *Des posthumes.*

La préterition de ceux qui sont conçus lors du testament rend nul sans retour le testament.

72. *La préterition de ceux qui sont conçus & nez depuis le testament, le rompt.*

Il reprend sa force par la mort du posthume avant son pere.

L'Ordonnance ne corrige pas cette distinction.

73. *De la préterition des bâtards.*

74. *De la préterition des enfans légitimes par mariage ou par rescrit.*

La légitimation survenue rompt

le testament.

75. De la préterition.

De ceux qui ont souffert la mort civile.

La préterition a son effet quand les condamnez par défaut sont absous.

76. De la préterition des Moines.

77. De la préterition de la fille qui a renoncé ou qui est exclusе par statut, & de ses enfans.

Auteurs qui traitent cette question.

Que toutes les distinctions des Auteurs sont fausses.

Si le fils ou la fille qui ont reçu leur légitime pendant la vie du pere peuvent être préterits.

78. La préterition de la fille qui a renoncé annulle le testament.

79. De quel point dépend la nécessité d'instituer pour éviter le vice de préterition.

La légitime ne dépend pas de la faculté de succeder.

Quel peut être l'effet de la renonciation ou de l'exclusion par statut.

Droit de légitime, comment doit s'entendre.

80. De la préterition des enfans des filles qui ont renoncé ou sont exclusеs par statut.

Jurisprudence du Parlement de Provence.

81. De la préterition des mâles qui ont renoncé.

82. Objection.

Réponse.

83. La préterition opere son effet, soit que l'heritier soit enfant ou étranger.

L'institution n'est pas nécessaire dans les lieux où il y a Coutume contraire.

84. De la préterition des ascendans aux testamens des descendans.

L'institution des ascendans n'est nécessaire que quand il n'y a point des descendans.

85. Il n'est nécessaire d'instituer que ceux qui sont plus proches en dégré.

On ne considere point la difference des sexes ni la puissance paternelle.

86. Explication de la regle.

Si la préterition de l'ayeule, la mere étant au milieu, annulle dans les Pays où l'on observe l'Edit des meres.

87. Si les ascendans remariez doivent être instituez.

88. De la mere remariée non petitis tutoribus.

89. De la mere qui se remarie ou qui malverse dans l'an du deuil.

Quid de la mere qui a malversé après l'an.

90. De la préterition de la mere exclusе par statut comme à Toulouse.

91. De la préterition des ascendans, quand la cause pie est instituée.

92. On doit appliquer à la préterition des ascendans les mêmes regles qu'à la préterition des enfans.

93. *De la préterition des freres* turpi personâ institutâ.

Doutes agitez par les Auteurs, résolus par l'Ordonnance de 1735.

94. *De la préterition des autres collateraux.*

95. *De la préterition de la femme dans le testament du mari, &* vice versâ.

96. *De la préterition du Patron dans le testament de son Affranchi.*

97. *Si l'émancipation du fils préterit après le testament, rend inutile la préterition.*

98. *Si la clause codicillaire fait valoir le testament, nonobstant la préterition.*

Auteurs qui tiennent l'affirmative.

99. *Auteurs qui distinguent la préterition des ascendans de celle des descendans.*

100. *De la clause codicillaire conçue en termes du tems present ou du futur.*

101. *De la préterition faite* scienter *ou* ignoranter.

102. *Distinctions rapportées par* Catellan.

103. *Avis de* la Roche, *que la clause codicillaire n'opere rien quand l'heritier est étranger.*

Arrêt contraire.

104. *Avis de* Catellan *que l'usage de la clause codicillaire doit dépendre de la volonté présumée du Testateur.*

105. *Résolution que la clause codicillaire ne fait pas valoir le testament comme codicile.*

106. *Réfutation des distinctions des Auteurs par* Faber *&* Henrys.

107. *La Loi derniere,* cod. de codicillis, *n'est pas dans le cas de la préterition.*

La préterition rompt le testament & le codicile qui en dépend.

La clause codicillaire est plus intimement unie au testament qui la contient, que le codicile n'est uni au testament séparé.

La clause codicillaire ne couvre que les défauts de forme exterieure.

Vices que produit la préterition.

108. *En haine de la préterition, la Loi ôte au pere la faculté de charger ses enfans de fideicommis, quoiqu'ils soient ses heritiers.*

En quoi ces Loix ont été corrigées par la Novelle 115.

La Novelle veut qu'il ne soit fait aucun préjudice aux enfans par l'institution.

109. *Explication de la Loi* 24, §. 11, ff. de fideicommiss. libert.

110. *Reponse à la Loi* 16, ff. de jure codicillor.

Le codicile ab intestat *& indépendant d'aucun testament, n'est pas rompu par l'agnation d'un posthume; mais il est rompu quand il dépend d'un testament.*

Quid *si le codicile renferme une disposition universelle.*

111. *Réfutation du raisonne-*

ment de Catellan.

Dans le cas de la préterition, on n'a aucun égard à la volonté expresse ou tacite du Testateur.

112. *Conclusion que la clause codicillaire ne peut operer aucun effet indistinctement.*

113. *Confirmation de cette doctrine par* l'Ordonnance de 1735.

La clause codicillaire qui s'étendroit à la donation à cause de mort, ne doit operer aucun effet.

Voyez sup. n. 55.

114. *Si l'institution en ce qui a été donné est suffisante.*

Résolution pour l'affirmative.

L'Ordonnance n'a pas dérogé à cette Jurisprudence.

115. *Si les heritiers étrangers du pere qui a préterit son fils, peuvent faire valoir la nullité.*

Voyez infr. n. 118.

116. *Dans quel tems la nullité résultante de la préterition peut être proposée.*

Toujours par exception.

On ne peut pas vendiquer sans un bon titre.

In re pari melior est conditio possessoris.

117. *Nullité par action ne peut être proposée que dans les trente ans.*

118. *Si le fils préterit qui survit à son pere & meurt sans se plaindre, transmet à ses heritiers étrangers le droit de faire déclarer nul le testament.*

Voyez sup. n. 115.

119. *Si le fils est censé préterit, quand il n'est institué qu'en l'usufruit.*

120. *Des cas où il y a préterition par rapport à un dégré.*

121. *De la préterition dans le testament du fils qui teste dans son pécule* quasi castrense.

122. *Comment l'approbation du fils préterit peut couvrir le vice de préterition.*

L'approbation du testament pendant la vie du pere ne sert de rien.

123. *L'approbation donnée par le fils préterit après la mort du pere, ne nuit pas aux autres enfans.*

Si elle nuit aux heritiers du fils unique.

Opinion de Ferriere *pour l'affirmative.*

Résolution pour la négative.

A moins qu'il n'y ait transaction ou cession des droits du fils.

Raisons de cette résolution.

124. *La Loi* 17, ff. de injusto rupto, *n'est pas contraire à cette résolution.*

125. *De la préterition lorsque le testament est fait dans un Pays où l'institution n'a pas lieu.*

1. La matiere de la préterition eſt fort embrouillée chez les Auteurs.

IL n'y a point de matiere dans tout le Droit qui ſoit ſi embrouillée, ſi on l'examine dans les Auteurs, que celle de la préterition : on ſe perd & l'on ſe noye, pour ainſi dire, dans la varieté de leurs déciſions, & dans les fauſſes réſolutions qu'ils ont tirées des regles du Droit ancien, auſquelles ils ſe ſont mal-à-propos imaginé que le droit des Novelles n'avoit pas dérogé. Quiconque voudra entrer dans ce labyrinthe inextricable, n'a qu'à ſe donner la peine de lire le Traité *de teſtamento valido vel invalido, de Gaſpard Manzius, tit.* 8, *&* 9; on ne ſçauroit s'empêcher de demeurer étonné de cette multitude d'idées contraires des Auteurs, qui raiſonnant ſur les mêmes textes, ſe ſont diviſez en ſept à huit differentes opinions ſur les mêmes difficultez, pour n'avoir pas ſçu prendre la route qui pouvoit les conduire à la connoiſſance de la verité.

Auteur à voir pour connoître les differentes opinions.

2. Route qu'il faut prendre pour éclaircir cette matiere.

Pour tirer cette importante matiere des obſcuritez & des tenebres dans leſquelles la plûpart des Auteurs l'ont plongée & enveloppée; & pour découvrir leurs mauvaiſes déciſions & leurs diſtinctions frivoles, il ne faut que connoître l'Hiſtoire du Droit Romain ſur ce point, les changemens qui y ſont arrivez, & fixer le dernier état de la Juriſprudence par la *Novelle* 115; ſur-tout, il faut ſe faire une idée exacte de la préterition : ſans quoi il eſt impoſſible de connoître les effets qu'elle doit produire, & de diſtinguer ce qu'il y a de vrai dans les déciſions des Auteurs d'avec ce qu'il y a de faux. Nous avons developpé cette Hiſtoire dans la ſection precédente, en expliquant celle de l'exhéredation, qui a une liaiſon ſi étroite avec la préterition, que les mêmes Loix ont reglé l'une & l'autre, & que les mêmes changemens que l'on trouve dans l'une ſe trouvent pareillement dans l'autre. En ſuppoſant donc ce que nous avons dit au ſujet de l'exhéredation, nous n'avons beſoin que de le rappeller en abregé pour en faire l'application à la préterition en particulier.

Sçavoir l'hiſtoire du Droit.

Et ſe faire une idée exacte de la préterition.

Renvoi à ce qui eſt dit dans la ſection précedente.

3. La Loi *des douze Tables* ne fait que deux dégrez de ſucceſſion.

La Loi *des douze Tables* n'avoit fait que deux degrez de ſucceſſion, ſçavoir, celui des enfans & deſcendans qui étoient en la puiſſance du défunt au tems de ſa mort, & celui des agnats. Toutes les autres manieres de ſucceder ont été introduites par d'autres Loix; & dans les cas où les Loix n'y avoient pas pourvu, le Préteur accordoit la poſſeſſion des biens, parce qu'il n'avoit pas la puiſſance de faire des heritiers.

Les Loix poſterieures ou le Préteur, ont introduit les autres ſucceſſions.

4.
Faculté de succeder attachée à la puiſſance paternelle par la Loi *des douze Tables*.

Dans la ligne directe deſcendante la Loi *des douze Tables* faiſoit dépendre le droit & la faculté de ſucceder, du lien civil de la puiſſance paternelle : voilà pourquoi les enfans émancipez ne ſuccedoient pas à leur pere, les enfans ne ſuccedoient pas non-plus à leur mere, ni aux autres aſcendans maternels; & les agnats, c'eſt-à-dire, les parens collateraux deſcendans par mâle leur étoient préferez; mais le Préteur accordoit la poſſeſſion des biens aux enfans émancipez, lorſqu'ils n'avoient pas été inſtituez ou exhéredez par leur pere, & les Senatuſconſultes Orphitien & Tertyllien établirent le droit de ſucceſſion entre la mere & les enfans.

Le Préteur accordoit la poſſeſſion des biens aux enfans émancipez.

5.
Le pere occupoit *jure peculii* les biens caſtrenſes de ſon fils qu'il avoit en ſa puiſſance.

Le pere prenoit par droit de pecule les biens que ſes enfans morts *ab inteſtat*, avoient acquis à la guerre ou à l'occaſion de la guerre, qu'on appelloit pecule caſtrenſe. Ce pecule & celui qu'on appelloit quaſi-caſtrenſe étoient les ſeuls biens qui ne fuſſent pas acquis de plein droit au pere, & dont le fils de famille pouvoit diſpoſer; & à l'égard des peres qui avoient des enfans émancipez le droit de ſucceder leur fut accordé, à l'exemple du Patron qui en affranchiſſant ſon eſclave retenoit le droit de lui ſucceder, lorſque l'émancipation avoit été faite *contractâ fiduciâ*, & par le droit des Inſtitutes on preſumoit toujours que l'émancipation avoit été faite *contractâ fiduciâ*. On ne connoît pas preciſément le tems auquel fut accordé au pere, le droit de ſucceder à ſes enfans émancipez; il eſt fait mention de ce droit dans le §. 8, *aux Inſtitutes, de legitimâ agnator. ſucceſſ.* & dans la *Loi derniere, cod. de emancip.* ce que nous avons dit du pere s'obſervoit auſſi en faveur de l'ayeul paternel.

Comment ſuccedoient les peres à leurs enfans émancipez.

Quid de l'ayeul.

6.
L'ordre des agnats n'étoit admis qu'en défaut des enfans en la puiſſance du défunt.

Les enfans qui étoient en la puiſſance du défunt & les agnats, étoient donc les ſeuls capables de lui ſucceder: mais l'ordre des agnats n'étoit admis que quand il n'y avoit point des enfans en la puiſſance, il y avoit même cette difference entre ces deux ordres, que la Loi *des douze Tables* ne faiſoit ſimplement que déferer la ſucceſſion aux agnats, mais elle donnoit aux enfans en la puiſſance, & qui étoient appellez *ſui hæredes*, les biens de leur pere, & ils en étoient conſiderez en quelque façon comme maîtres du vivant de leur pere, ſi bien que quand ils recueilloient la ſucceſſion c'étoit une continuation de proprieté & une libre adminiſtration, plûtot qu'une ouverture ou une delation de ſucceſſion : *in ſuis hæredibus evidentius apparet continuationem dominii & rem perducere ut nulla videatur hæreditas fuiſſe: quaſi olim hi domini eſſent, qui vivo patre quodammodo exiſtimantur . . .*

La ſucceſſion appartenoit aux enfans en la puiſſance.

tur ..... itaque post mortem patris non hæreditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur, dit la Loi, *in suis* 11, *ff. de liberis & posthumis.*

7.

Les enfans en la puissance du défunt étoient ses heritiers necessaires, c'est-à-dire, malgré eux; mais dans la suite le Préteur leur accorda le benefice d'abstention, & la faculté de se dégager des dettes passives en renonçant à l'herédité. De-là vient encore que les enfans heritiers siens, ayant une espece de droit acquis sur la succession de celui en la puissance duquel ils étoient, devoient necessairement être par lui instituez nommément, pour recueillir la portion de l'herédité ou les biens que leur pere vouloit leur laisser, ou exhéredez nommément pour les exclure du droit que la Loi leur attribuoit, même pendant la vie de leur pere; c'est ce qu'on trouve répandu dans une infinité de textes du Droit, notamment dans les *Loix* 26 *&* 30, *ff. de liberis & posthumis hæredibus instituendis:* ensorte que le défaut d'institution ou d'exhéredation comme il faut, en quoi consistoit la préterition, rendoit le testament nul de plein droit, d'une nullité tellement essentielle & radicale, que quoique l'enfant préterit vînt à déceder pendant la vie du Testateur, la nullité subsistoit toujours, & le testament ne pouvoit jamais devenir valide, comme l'Empereur le déclare aux Institutes, *de exhered. liberor. in princip. Non tamen, ut omninò valeat testamentum, sufficit hæc observatio, quam suprà exposuimus; sed qui filium in potestate habet curare debet ut eum hæredem instituat, vel exheredem eum nominatim faciat. Alioqui si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeò quidem ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constituerit testamentum.* La Loi 7, *ff. de liberis & posthumis*, contient les dernieres dispositions du texte des Institutes; ce qui est fondé sur la regle Catoniene, qui veut qu'un testament, qui ne seroit pas bon si le Testateur décedoit au moment qu'il l'a fait, ne puisse pas devenir bon quelqu'évenement qui puisse arriver, à la difference de la pretérition d'un posthume, c'est-à-dire d'un enfant qui n'étoit ni né, ni conçû lors du testament; car quoique sa naissance l'annullât & l'anéantît, toutesfois si le posthume pretérit décedoit pendant la vie du Testateur, l'effet de cette annullation étoit emportée; parce que le testament n'étoit pas nul dans son principe, *l. posthumus* 12, *ff. de injusto rupto & irrito facto testamento*, à cause que la regle Catonienne ne fait pas obstacle à ce que le testament ne

Les enfans en la puissance du défunt étoient ses heritiers nécessaires.

Le Préteur leur accorda le bénefice d'abstention.

Ces enfans devoient être nommément instituez, ou exhéredez nommément pour être exclus.

En quoi consistoit la préterition.

Nullité radicale causée par la préterition.

Raisons pourquoi le testament nul dans son principe n'étoit pas validé.

De la préterition du posthume conçu après le testament.

reprenne sa force : *posthumo ..... præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi sive posthumæ rumpitur, & eâ ratione totum infirmatur. §. Posthumum 1, instit. de exheredat. liberor.* Il est si vrai, malgré le sentiment de quelques Auteurs, que le testament compliqué du vice de pretérition est essentiellement & radicalement nul par un défaut de solemnité essentielle, que la Loi 3, §. 3, *ff. de injusto, rupto & irrito facto testamento*, le décide d'une maniere très-expresse, en ce qu'elle dit que la pretérition d'un enfant né ou conçu rend le testament injuste; au lieu que la survenance d'un enfant non-conçû lors du testament ne fait que le rompre. *Ex his apparet aliam causam esse filiorum superstitum, aliam posteriorum : illi injustum faciunt, hi rumpunt, illi semper, hi si nascantur, nec inveniant se exheredatos.* Si certains Auteurs qui ont cru que la pretérition ne fournissoit d'autre moyen que la plainte d'inofficiosité pour faire rescinder le testament, avoient fait attention à ce texte, ils n'auroient eu garde d'avancer une proposition si fausse; car les Loix & les Auteurs appellent *injustum* le testament, qui manque des solemnitez du Droit, *non jure factum*, & qui est par conséquent nul de plein droit, comme l'ont fort bien remarqué M. Cujas sur le titre *de injusto rupto*, & Vinnius, *dans ses notes sur les Institutes*, tit. *Quibus mod. testam. infirm. in principio.* C'est là le point fixe dans lequel nous devons envisager la pretérition; parce qu'il n'a jamais été fait aucun changement à cet égard par les Loix posterieures : la Loi 30, *cod. de inoff. testam.* n'ayant retranché la nécessité de l'institution que par rapport aux enfans dont la pretérition pouvoit faire renverser le testament par la plainte d'inofficiosité, ou par la possession des biens *contrà tabulas*, & non par rapport aux enfans qui étoient en la puissance du Testateur, sauf que la Loi 36, §. 1, *cod. de inoff. testam.* ordonna contre les regles du Droit precédent, que le fideicommis universel auquel le fils seroit appellé, lui tiendroit lieu d'institution; & ce sera encore le point fixe auquel il faudra revenir pour tous les autres enfans & descendans, sans distinction de sexe, ni de puissance paternelle, & encore par rapport aux ascendans : après que nous aurons expliqué l'histoire du droit qui regarde en particulier les filles qui étoient en la puissance du Testateur & les descendans par femme; comme aussi pour ce qui regarde les ascendans pretérits dans les testamens de leurs descendans.

Point fixe dans lequel on doit considerer la matiere de la pretérition.

§.

Distinction entre

Commençons par les enfans. Quoique la Loi *des douze*

Tables ne fit aucune distinction entre les mâles & les filles qui étoient en la puissance de leur pere ou ayeul, & que les filles eussent tout comme les mâles, la qualité nécessaire pour succeder à ceux en la puissance desquels elles étoient ; néanmoins on distingua dans la suite les mâles d'avec les filles : ensorte que quand elles étoient préterites dans le testament de leur pere, le testament n'étoit pas nul, mais on leur accordoit une portion de l'héredité de leur pere, sçavoir, une portion virile quand un ou plusieurs heritiers siens étoient instituez heritiers universels, & la moitié de la succession lorsque des étrangers étoient instituez, & l'on observoit la même chose à l'égard des petits-fils & des autres descendans mâles ou filles, venans par mâle : *Ulpien, dans ses fragmens, titre* 22, §. 14, *liv.* 4, *cod. de liberis præteritis, & instit. de exhered. liber. in principio.*

les mâles & les filles qui étoient en la puissance du Testateur.

La préterition des filles ne rendoit pas le testament nul.

Idem des petits-fils ou autres descendans par mâle.

9.

Des enfans émancipez.

Les enfans qui avoient été émancipez n'ayant plus la qualité nécessaire pour succeder suivant la Loi des *douze Tables*, laquelle faisoit dépendre la succession du lien civil de la puissance paternelle : il n'étoit pas nécessaire de les instituer ni de les exhéreder ; mais le Préteur tempera la rigueur de la Loi *des douze Tables*, & feignant que les enfans n'avoient pas été émancipez, ou mettant ceux qui l'étoient au niveau des enfans heritiers siens, leur accorda la possession des biens lorsqu'ils n'avoient pas été exhéredez *ritè*, c'est-à-dire, avec les solemnitez : mais quand ils avoient été exhéredez *ritè, sed non rectè*, c'est-à-dire, injustement, ils n'avoient d'autre ressource que d'intenter la plainte d'inofficiosité, *L.* 8, *cum* §. 2, *ff. de bonor. possess. contr. tab. & instit. de exhered. liberor.* §. *emancipatos* 3.

Le Préteur accordoit la possession des biens aux émancipez préterits.

Quand ils étoient exhéredez ils pouvoient intenter la plainte d'inofficiosité.

Le Préteur accorda aussi la possession des biens aux filles qui étoient en la puissance du Testateur & aux petits-fils ou autres descendans par mâle, lorsqu'ils n'avoient pas été instituez ou exhéredez ; au lieu que par le Droit precédent les filles & les petits fils descendans par mâle, n'étoient admis qu'en une portion de la succession ; ainsi que nous l'avons marqué, selon la différence des heritiers instituez.

Le Préteur accorda la possession des biens aux petits-fils, & autres descendans par mâles qui étoient préterits.

10.

Droit moyen des Institutes & du Code, qui égale les filles & les petits-fils aux enfans mâles, au premier degré.

Mais l'Empereur Justinien, dans la Loi 4, *cod. de liberis præteritis*, & dans le §. 5, *instit. de exhered. liberor.* imposa la nécessité d'instituer ou d'exhéreder les filles & les petits-fils ou descendans par mâle, & les posthumes de la même qualité & descendans par mâle, même les enfans émancipez : autrement la pré-

Nullité par la préterition de ceux qui étoient en la puissance.

térition des filles, des posthumes & des autres descendans par mâle, & qui étoient en la puissance du Testateur, rendoit le testament nul de plein droit, tout comme la pretérition des enfans mâles au premier degré qui étoient en la puissance du Testateur le rendoit nul; & à l'égard des enfans émancipez mâles ou filles au premier ou second degré, quand ils représentoient le premier degré à cause de la mort de leur pere, leur pretérition leur donnoit le droit de rendre le testament inutil, au moyen de la possession des biens qu'ils pouvoient demander.

Possession des biens accordée aux émancipez préterits.

II.

Descendans par femme, le silence de la mere & de l'ayeul maternel valoit exhérédation.

Pour ce qui est des descendans par femme, le silence de la mere de l'ayeul, & des autres ascendans maternels ne donnoit aucune atteinte au testament; & il ne restoit à ces enfans pretérits d'autre ressource que de l'attaquer par la plainte d'inofficiosité, en prouvant qu'ils avoient été injustement pretérits, c'est-à-dire, qu'ils avoient été toujours obéissans & respectueux envers leur mere & les autres ascendans maternels, dans les testamens desquels ils se trouvoient pretérits; mais s'ils vérifioient qu'ils avoient été injustement pretérits, le testament quoique bon dans son principe étoit rescindé pour toutes les dispositions, & la succession étoit ouverte *ab inteſtat*, à cause de la

Plainte d'inofficiosité quand ils étoient injustement préterits.

Cette plainte faisoit passer le Testateur pour imbécile.

présomption de la Loi, que le Testateur ou la Testatrice n'avoient pas leur bon sens quand ils avoient testé, *L. 2, l. 5, ff. de inoff. teſtam. & l. 36, ff. de leg. 3.* Dans cet état on voit donc trois especes d'enfans ou descendans, dont la pretérition produisoit trois moyens différens pour impugner le testament compliqué du vice de pretérition. La premiere est de ceux qui étoient en la puissance du Testateur, & soit qu'ils fussent mâles ou filles nez lors du testament, ou posthumes au premier, second ou autre degré, ceux qui existoient lors du testament le rendoient nul de plein droit, & ceux qui survenoient après le testament le rompoient aussi de plein droit. La seconde est des enfans émancipez, & des descendans par mâles émancipez: la pretérition de ceux-ci ne rendoit pas le testament nul, mais leur donnoit le droit de l'impugner par la demande de la possession des biens *contrà Tabulas*. Et la troisiéme est des descendans par femme, dont la pretérition n'annulloit pas le testament de la mere, ayeul ou ayeule maternels, & ne donnoit pas le droit de demander la possession des biens *contrà Tabulas*, mais leur donnoit seulement le droit de l'impugner par la plainte d'inofficiosité. On peut voir ce

Distinction de trois sortes d'enfans.

que nous avons dit dans la section 4 du present chapitre, n°. 9, où nous sommes entrez dans un détail plus circonstancié.

12. De la préterition des enfans du Soldat.

La pretérition des enfans du Soldat non-seulement ne pouvoit pas donner atteinte au testament par nullité, ni par le benéfice du Préteur en demandant la possession des biens: mais encore ne donnoit pas la faculté de l'attaquer par la plainte d'inofficiosité; ce qui avoit lieu, soit que le Soldat eût testé *Jure militari*, ou bien *Jure communi*, *L. 9, l. 24, & l. ult. §. 1, cod. de inoff. testam.* Mais l'Empereur Justinien dans les *Institutes, tit. de exhered. liberor. §. sed si in expeditione 6*, & dans la Loi derniere *cod. de inoffic. testam.* a borné ce privilege au seul testament militaire, & quand le Soldat est dans le camp occupé aux expéditions militaires, *in expeditione occupatus miles*; il faut encore prendre garde que quand le Soldat passoit sous silence ses enfans, ignorant qu'il en eût, leur préterition rendoit le testament nul, & donnoit lieu à l'ouverture de la succession *ab intestat* en faveur de ses enfans, *L. 9, l. 10, cod. de testam. militis, & §. 6, instit. de exhered. liberor.*

De la préterition des enfans du Soldat, faite *ignoranter*.

13. Correction faite par la Loi 30, *cod. de inoff. testam.* & par la *Novelle 18, ch. 1.*

Il faut encore observer un autre changement considérable que l'Empereur Justinien fit par la Loi 30, *cod. de inoffic. testam.* C'est en retranchant & abrogeant la nécessité d'instituer les enfans émancipez ou leurs descendans, & les descendans par femme qui pouvoient impugner le testament par la plainte d'inofficiosité ou par la possession des biens *contrà Tabulas*, dans les cas que nous avons expliquez cy-dessus, n°. 10 & 11; & en déclarant qu'il suffiroit à tout Testateur ascendant de leur laisser quelque legs pour la legitime, ou autrement, afin que les enfans n'eussent aucun droit d'impugner le testament, ni par la plainte d'inofficiosité, ni en demandant la possession des biens *contrà Tabulas*; sauf à eux à demander le supplément de legitime, en cas que la liberalité à eux faite à titre de legs ou de fideicommis, ne rempliroit pas la légitime entiere; ensorte qu'il ne leur permettoit d'attaquer le testament des ascendans par les voyes que les Loix antérieures avoient indiquées, que quand il n'étoit fait aucune mention d'eux, & que le Testateur ne leur avoit fait absolument aucune liberalité. La Loi 36, §. 1, *cod. de inoffic. testam*, ordonna encore que quand le fils étoit appellé à l'herédité par fideicommis dans le testament de son pere, il n'y auroit point de pretérition; mais que l'heritier institué, quoique étranger, avec charge de rendre à sa mort, ou dans un certain délai au fils du Testateur, seroit tenu de rendre sans délai la

Nécessité d'instituer retranchée à l'égard des enfans autres que ceux qui étoient en la puissance du Testateur.

Il n'y avoit préterition que quand il ne leur étoit rien laissé par le testament.

Nouvelle correction faite par la Loi 36, §. 1, *cod. de inoff. test.* par rapport aux enfans en la puissance.

portion des biens à concurrence de la légitime du fils, par où il fut dérogé à la Loi, *ita tamen* 27, §. 12, *ff. ad S. C. Trebell.* & aux regles du Droit antérieur, qui vouloient que le fils fût regardé comme préterit, quoiqu'il fût appellé par fideicommis. Il eſt remarquable que quoique la Loi 4, *cod. de liberis præteritis*, ſoit poſtérieure, comme étant de l'année 531, à la Loi 30, *cod. de inoffic. teſtam.* qui eſt de l'année 528; celle-ci n'eſt pas corrigée par l'autre, en ce qu'elle retranche la néceſſité de l'inſtitution, puiſqu'elle en fait mention ſans y donner aucune atteinte; enſorte que ſi la Loy 4, *cod. de liberis præteritis*, conſerve l'effet de la préterition, ce n'eſt que dans le cas où les enfans émancipez, ou les deſcendans par femme, ſe trouvent abſolument préterits, c'eſt-à-dire, qu'il n'aura pas été fait mention d'eux dans le teſtament, & qu'il ne leur aura été fait aucune ſorte de liberalité à titre de legs ou de fideicommis.

14. Dernier état de la Juriſprudence Romaine avant la *Novelle* 115.

C'eſt-là le dernier état de la Juriſprudence Romaine ſur la pretérition, après les différentes variations & les changemens qu'elle a eſſuyez. Récapitulons ce qui demeure, afin de pouvoir connoitre ſur quels points la nouvelle Juriſprudence établie par la *Novelle* 115, porte; ce qu'elle a corrigé dans le Droit immédiatement precédent; ce qu'elle a rétabli des regles du Droit ancien; & ce qu'elle a introduit de nouveau contre les regles du Droit ancien & du Droit moyen. 1°. Point de néceſſité d'inſtituer les enfans émancipez ou les deſcendans par femme, qui auparavant ne pouvoient venir que par la plainte d'inofficioſité ou par la demande de la poſſeſſion des biens *contrà Tabulas*, pourvû qu'il y ait dans le teſtament un legs ou fideicommis, en faveur de ces enfans; ſauf à eux à demander le ſupplément de légitime quand elle eſt défectueuſe.

Récapitulation. Point de néceſſité d'inſtituer les enfans émancipez ni les deſcendans par femme.

15. Point de préterition, s'il y avoit quelque legs en leur faveur.

2°. Il n'y avoit point de préterition à l'égard des enfans & deſcendans dont nous venons de parler, que quand il n'avoit été fait aucune mention d'eux, & qu'il ne leur étoit abſolument rien laiſſé à titre de legs ou de fideicommis : *& hæc quidem de his perſonis ſtatuimus quarum mentionem teſtantes fuerint, & aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato, vel fideicommiſſo, licet minorem legitima portione, reliquerint*, dit la Loi 30, *cod. de inoffic. teſtam.*

16. Néceſſité d'inſtituer retranchée pour conſerver les teſtamens.

3°. L'Empereur avoit retranché la néceſſité d'inſtituer les enfans & les deſcendans dont nous avons parlé, pour conſerver les diſpoſitions des défunts, & pour les garantir d'être renverſées par la plainte d'inofficioſité ou par la demande de la poſſeſ-

sion des biens introduites par les Loix précédentes, pour donner atteinte aux testamens. *Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam & innumerabilem occasionem subvertendæ eorum dispositionis, amputare censemus, & in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, vel* ALIO MODO SUBVERTENDIS, *moveri solebat actio, certâ & statutâ lege, tam mortuis consulere, quam liberis eorum, vel aliis personis quibus eadem actio competere poterat: ut sive adjiciatur in testamento de adimplendâ legitimâ portione, sive non, firmum quidem sit testamentum: liceat verò his personis, qui testamentum quasi inofficiosum, vel* ALIO MODO SUBVERTENDUM *quæri poterant, id quod minus portione legitimâ sibi relictum est adimplendam eam sine ullo gravamine vel morâ exigere, L. 30, cod. de inoffic. testam.*

17. La préterition des enfans mâles ou filles, en la puissance du Testateur, rendoit le testament nul de plein droit.

4°. La préterition des enfans mâles ou filles en la puissance du Testateur rendoit le testament nul de plein droit, parceque la Loi 30, *cod. de inoff. testam.* n'avoit touché qu'aux testamens que la préterition ne rendoit pas nul de plein droit, & qui pouvoient être renversez par la plainte d'inofficiosité ou par la possession des biens *contrà Tabulas*, ayant laissé dans le même état la pretérition des enfans héritiers siens, comme le prouvent les mots *de inofficiosis defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis*, & encore plus clairement la Loi 4, *cod. de liberis præteritis:* & cette pretérition consistoit non au silence absolu, mais au défaut d'institution ou d'exhéredation *ut oportet*, §. 12, *instit. de hered. quæ ab intestato deferuntur*, sauf que la Loi 36, §. 1, *cod. de inoff. testam.* avoit déclaré que le fideicommis conditionel fait par le pere en faveur de son fils, tiendroit lieu d'institution, au moyen de la legitime qui lui seroit restituée sur le champ & sans délai.

Le fideicommis conditionnel tenoit lieu d'institution.

18. Les enfans mâles ou filles émancipez, ne pouvoient venir que par la possession des biens, quand ils étoient prétérits.

5°. Les enfans mâles ou filles émancipez soit au premier dégré ou au second, lorsqu'ils représentoient le premier dégré, qui avoient été pretérits, c'est-à-dire, absolument passez sous silence, sans qu'il leur ait été fait aucun legs ni fideicommis, ne pouvoient impugner le testament que par la demande de la possession des biens, & non par la plainte d'inofficiosité, qui étoit un remede extraordinaire auquel il n'étoit permis de recourir que quand on n'en avoit absolument aucun autre: *nam cum ultimum adjutorium de inofficiosi querela positum esset, & nemo ex alio ortus*, c'est-à-dire *tutus, præsidio, ad hanc recurrere posset*, dit la Loi 5, *cod. de liberis præteritis;* sauf que quand les enfans émancipez avoient été exhéredez dans les formes, mais

Plainte d'inofficiosité. Remede subsidiaire, *ultimum adjutorium.*

injuſtement, ils pouvoient former la plainte d'inofficioſité, parce que la demande de la poſſeſſion des biens *contrà Tabulas*, leur étoit refuſée, ſuivant la *L.* 8, *ff. de bonor. poſſeſſ. contrà Tabulas*, *& le §. 2 de la même Loi.*

19. De la préterition de la mere & des ayeux maternels.

6°. Les enfans & deſcendans qui étoient préterits dans le teſtament de la mere, de l'ayeul, ou de quelqu'autre aſcendant maternel, dont la préterition équipolloit à l'exhéredation du pere, ne pouvoient pas demander la poſſeſſion des biens *contrà Tabulas*; ils n'avoient d'autre voye à prendre que celle de la plainte d'inofficioſité quand ils étoient entierement & abſolument préterits : enſorte qu'il ne leur étoit rien laiſſé à titre de legs ou de fideicommis dans le teſtament.

Ne donnoit que la plainte d'inofficioſité, quand ils étoient entierement préterits.

20. De la préterition des enfans du Soldat.

7°. Les enfans du Soldat qui teſtoit militairement, leſquels étoient préterits *ſcienter*, ne pouvoient pas impugner le teſtament de leur pere, ni par nullité ni par la poſſeſſion des biens *contrà Tabulas*, ni par la plainte d'inofficioſité; que s'ils étoient préterits *ignoranter*, le teſtament étoit nul, & la ſucceſſion étoit ouverte *ab inteſtat*, s'ils étoient en la puiſſance du Teſtateur; & il y a apparence que quand ils étoient émancipez on leur accordoit dans ce cas la poſſeſſion des biens, & que ſi le Soldat avoit des petits-fils par femme qui avoient été préterits *ignoranter*, on leur permettoit de former la plainte d'inofficioſité de la même maniere qu'on l'accordoit aux enfans de la même qualité de ceux qui n'étoient pas Soldats. Que ſi le pere ou ayeul Soldat, teſtoit *jure communi*, leur teſtament étoit ſujet, par le droit des Inſtitutes, aux mêmes regles que le teſtament paganique; quoique les Loix du Code euſſent accordé le privilege militaire au teſtament du Soldat fait *jure communi*. Comme le Droit nouveau n'a rien changé à cet égard, ce que nous venons de remarquer doit s'obſerver par rapport à la pretérition du Teſtateur Soldat.

Il n'a été rien changé à cet égard.

21. Ce qui ſubſiſtoit ſur la préterition avant la *Novelle* 115.

Changemens & corrections faits par cette Novelle.

Voilà, ſi je ne me trompe, tout ce qui ſubſiſtoit des diſpoſitions du Droit Romain au ſujet de la pretérition des enfans avant la *Novelle* 115 : on peut voir à préſent d'un coup d'œil ce qui a été changé, corrigé, rétabli ou introduit de nouveau, en comparant les diſpoſitions de la *Novelle* 115 avec ce que nous avons rapporté de ce qui demeuroit du Droit antérieur. Premierement l'Empereur Juſtinien défend abſolument au pere, à la mere, à l'ayeul, à l'ayeule & à tous les autres aſcendans de paſſer ſous ſilence leurs enfans & autres deſcendans, ſans aucune diſtinction ni différence de ſexe, de *ſuité*

ou

ou d'émancipation, ni degré, lorsque les descendans repreſenteront le premier dégré, & ſans examiner s'ils deſcendent par mâle ou par femme: *ſancimus igitur non licere penitus patri, vel matri, avo vel aviæ, proavo vel proaviæ ſuum filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire*; ainſi tous les enfans & deſcendans ſont égalez, & toutes les différences établies par le Droit antérieur ſont corrigées & abrogées.

22. Néceſſité d'inſtituer tous les enfans & deſcendans indiſtinctement.

Ne ſuffit pas de laiſſer la légitime à quelque titre que ce ſoit, autre que l'inſtitution, même par fideicommis univerſel.

En ſecond lieu, le même Empereur impoſe aux aſcendans la néceſſité d'inſtituer leurs deſcendans, & il ne ſuffit pas qu'ils laiſſent la légitime à titre de legs ou de fideicommis quelqu'il ſoit, particulier ou univerſel: car les termes ſont indéfinis, ou de donation entre-vifs, ou à cauſe de mort, ou par quelqu'autre titre que ce ſoit: *Nec ſi per quamlibet donationem vel legatum, vel fideicommiſſum, vel alium quemcumque modum eis dederit legibus debitam portionem*; par où la néceſſité d'inſtituer les enfans émancipez & ceux qui ſont deſcendans par mâle a été rétablie. De plus elle a été étendue aux enfans & deſcendans par femme, ainſi il n'eſt plus permis à la mere ni à l'ayeul & autres aſcendans maternels de ſe diſpenſer d'inſtituer leurs enfans & deſcendans ſans que cette formalité puiſſe être remplacée par aucune autre diſpoſition, pas même par un fideicommis univerſel; & l'Empereur Juſtinien en rétabliſſant les regles du Droit ancien du Digeſte, a en même tems communiqué aux enfans émancipez, aux petits-fils deſcendans par mâle émancipez, & aux enfans & deſcendans par fille, le même privilege que le Droit ancien avoit accordé aux enfans qui étoient en la puiſſance du Teſtateur, qui d'abord avoit été étendu aux filles & enſuite aux petits-fils par la Loi 4, *cod. de liberis præteritis*, & qui enfin a été auſſi étendu aux enfans émancipez & à leurs deſcendans, & aux enfans ou petits-enfans de la mere ou de l'ayeul maternel: ce qui abroge la diſtinction établie par le droit précédent dans les Loix 30 & 36, §. 1, *cod. de inoffic. teſtam.* & la *Novelle* 18, *chap.* 1, en ce qu'elle ſemble induire que la légitime pouvoit être laiſſée *quovis relicti titulo.*

Communication à tous les enfans, de ce que le Droit ancien avoit accordé aux enfans en la puiſſance.

Abrogation du Droit précedent.

23. Défaut d'inſtitution des enfans indiſtinctement, annulle le teſtament quant à l'inſtitution.

3°. Le défaut d'inſtitution des enfans & deſcendans ſans diſtinction, ainſi que nous l'avons remarqué, fait que le teſtament n'a aucune force quant à l'inſtitution; il eſt donc nul de plein droit par un défaut de formalité établie par cette Loi nouvelle, & l'hérédité eſt déferée *ab inteſtat* à tous les enfans par égales parts & portions: *cæterum ſi hæc ita obſervata non fuerint, nullum liberis*

Succeſſion déferée *ab inteſtat* par égales parts.

præjudicium fiat, qui heredes ſcripti non ſunt, ſed quantùm ad heredum inſtitutionem attinet, ad irritum recidente teſtamento liberi ad parentum hereditatem ab inteſtato æquis portionibus perveniant, dit la *Nov.* 115, *ch.* 3, ſelon la traduction d'*Haloander*; d'où il s'enſuit que le droit de tous les enfans étant égalé, les enfans émancipez n'ont plus beſoin d'impugner le teſtament, en demandant la poſſeſſion des biens, ſoit parce que le teſtament eſt déclaré nul de plein droit, & qu'indépendamment de la clauſe irritante il devoit l'être dès que la formalité de l'inſtitution preſcrite n'eſt pas obſervée, ſoit parce que le remede de la poſſeſſion des biens n'étoit accordé par le Préteur, qu'aux enfans qui étoient exclus du droit de ſucceder *ab inteſtat*, & que le Préteur ſubſtituoit la poſſeſſion des biens à la ſucceſſion légitime que la Loi refuſoit aux enfans émancipez: enſorte que la Loi nouvelle ayant ouvert à ces enfans la ſucceſſion *ab inteſtat*, elle a abrogé par voye de conſéquence la poſſeſſion des biens, qui ne peut être accordée que quand les enfans n'ont pas le droit de ſucceder en vertu de la Loi; d'où il s'enſuit encore que la plainte d'inofficioſité a été pareillement abrogée à l'égard des enfans émancipez qui ſe trouvent exhéredez, mais ſans juſte cauſe, ou pour cauſe non prouvée, & à l'égard des enfans & deſcendans par femme, parce que la Loi leur accorde la ſucceſſion légitime en annullant de plein droit le teſtament compliqué du vice de préterition, & en déclarant qu'il n'a aucune force, *nullam vim, nullum vigorem*, & qu'il ne peut être bon que quand les Teſtateurs aſcendans auront exactement obſervé tout ce qui eſt preſcrit par la *Novelle* 115, *ch.* 3; & c'eſt à mon avis une très-mauvaiſe ſubtilité, lorſque certains Auteurs diſent, que le teſtament n'eſt pas déclaré nul par la Novelle, qui ſe ſert au contraire des termes *reſciſſo*, *evacuato*, qui ſuppoſent ſa validité, & qu'il doit être reſcindé par la poſſeſſion des biens, ou par la plainte d'inofficioſité, ſuivant la diſtinction du Droit précédent, puiſque la même Novelle déclare que l'inſtitution n'a aucune force, *nullam vim*, & que ſi elle ſe ſert des mots *evacuato*, *reſciſſo*, ſuivant la traduction vulgaire, c'eſt parce que le teſtament doit valoir pour les diſpoſitions particulieres, & que c'eſt la Loi qui fait elle-même la reſciſion & l'évacuation du teſtament, quant à l'inſtitution, tout comme la Loi faiſoit elle-même la rupture du teſtament bon dans ſon principe, mais rompu par la naiſſance d'un poſthume, auquel cas il ne falloit pas venir par la poſſeſſion des biens, ni par la plainte d'inofficioſité; d'ailleurs la plainte d'inofficioſité eſt un remede extraordinaire, auquel il n'eſt pas per-

Abrogation de la poſſeſſion des biens en accordant la ſucceſſion légitime.

Abrogation de la plainte d'inofficioſité.

mis d'avoir recours, quand il reſte quelque autre reſſource pour faire parvenir les biens aux enfans préterits. *Nam cùm ultimum adjutorium de inofficioſi querela, poſitum eſſet, & nemo ex alio ortus præſidio ad hanc decurrere poſſet, L. 4, cod. de liberis præteritis;* ou comme dit le §. 2, *inſtit. de inoff. teſtam. ità demum de inofficioſo teſtamento agere poſſunt, ſi nullo alio jure ad defuncti bona venire poſſint, nam qui ad hereditatem vel partem ejus, alio jure veniunt, de inofficioſo agere non poſſunt.* Les enfans préterits quels qu'ils ſoient, étant donc appellez *ab inteſtat* par la *Novelle* 115, *ch.* 3, ils ne peuvent plus former la plainte d'inofficioſité qui ſe trouve par-là abrogée ou évacuée, & qui d'ailleurs n'a pas pour objet de réduire la ſucceſſion *ab inteſtat*, ſelon la remarque de *Ricard, des Donations, tom.* 1, *part.* 3, *n.* 903; puiſque de deux enfans à qui la plainte d'inofficioſité compete, ſi l'un ſuccombe, & que l'autre faſſe déclarer le teſtament inofficieux, celui qui gagne ſon Procès n'obtient que la moitié de l'hérédité, par où le Teſtateur décede *partim teſtatus, & partim inteſtatus, L.* 15, §. *dernier, & L.* 24, *ff. de inoff. teſtam.*

Plainte d'inofficioſité *ultimum adjutorium.*

La plainte d'inofficioſité ne tend point à réduire la ſucceſſion *ab inteſtat.*

Les enfans préterits étant appellez *ab inteſtat*, ne peuvent plus intenter la plainte d'inofficioſité.

Il eſt facile après les éclairciſſemens que nous avons donnez, de ſe faire une juſte idée de la préterition, & d'en donner une deſcription exacte; on voit donc que par rapport aux enfans qui étoient en la puiſſance du Teſtateur, & depuis la Loi 4, *cod. de liberis præteritis*, & le Droit des Inſtitutes, la préterition conſiſtoit au défaut d'inſtitution ou d'exhérédation faite comme il faut; c'eſt ainſi que la décrit l'Empereur Juſtinien dans le §. 12, *inſtit. de hered. quæ ab inteſt. defer.* en parlant des enfans préterits, il dit que ce ſont ceux qui ne ſont pas inſtituez, ou bien exhéredez, *liberis præteritis, id eſt, neque heredibus inſtitutis, neque ut oportet exheredatis.*

24. Préterition; en quoi conſiſte.

Elle a toujours conſiſté au défaut d'inſtitution ou d'exhérédation *ut oportet*, à l'égard des enfans en la puiſſance.

A l'égard de la préterition de ceux qui ne pouvoient venir que par la poſſeſſion des biens *contrà tabulas*, ou par la plainte d'inofficioſité, elle ne conſiſtoit pas depuis la Loi 30, *cod. de inoff. teſtam.* au défaut d'inſtitution ou d'exhérédation *ut oportet*; mais dans le ſilence abſolu, & quand le Teſtateur ne leur avoit laiſſé aucun legs, ni fideicommis dans ſon teſtament. Aujourd'hui & depuis la *Novelle* 115, *ch.* 3, la préterition conſiſte indiſtinctement à l'égard de tous les enfans & deſcendans, ſans aucune difference, au défaut d'inſtitution ou d'exhérédation faite pour cauſe légitime exprimée & prouvée; que ſi l'enfant ou deſcendant n'eſt pas inſtitué en quelque choſe, quoique la légitime lui ſoit laiſſée ſans le titre d'inſtitution, ou s'il eſt exhérédé ſans cauſe lé-

25. Préterition des enfans émancipez, & des deſcendans par femme, conſiſtoit en un oubli abſolu par le Droit moyen.

Aujourd'hui indiſtinctement la préterition conſiſte au défaut d'inſtitution ou d'exhérédation *ut oportet.*

Réfutation des Auteurs qui suppoſent deux eſpeces de préteritions, l'une propre & l'autre impropre.

gitime, ou pour cauſe qui ne ſoit pas prouvée, il eſt véritablement préterit, par où l'on voit que les Auteurs qui ont fait deux eſpeces de la préterition; l'une propre, quand l'enfant n'eſt pas inſtitué ou exhéredé *ut oportet*; l'autre impropre, quand le Teſtateur lui a laiſſé quelque choſe ſans y ajouter le titre d'inſtitution, ont confondu le Droit nouveau avec le précédent, & ſe ſont mal-àpropos appuyez ſur la Loi 30, *cod. de inoff. teſtam.* & ſur la *Novelle* 18, *ch.* 1, qui ſont aujourd'hui abrogées; & l'on voit encore que les Auteurs qui ont penſé qu'il n'y a point de préterition, lorſque le Teſtateur a laiſſé la légitime à ſes enfans ou deſcendans, ſans y ajouter le titre d'inſtitution, n'ont pas moins équivoqué que les autres, puiſque la *Novelle* 115, *ch.* 3, déclare formellement qu'il y a préterition, quoique la légitime ſoit laiſſée à titre de legs, de fideicommis, de donation, ou autre quelconque, & qu'aucun de ces titres quel qu'il ſoit, ne peut pas ſuppléer à l'inſtitution qui doit être expreſſe & litterale, juſques-là que la ſubſtitution faite en faveur des enfans, n'empêche pas qu'il n'y ait préterition dans le dégré d'inſtitution d'héritier univerſel, & que l'inſtitution ne ſoit nulle, ſuivant la Loi *ex facto* 43, *§. Lucius*, *ff. de vulg. & pupill.* & la Loi 75, *ff. de hered. inſtit.*

26. De la préterition des aſcendans.

Venons préſentement à la préterition des aſcendans dans le teſtament de leurs deſcendans; nous ne trouvons dans le Digeſte ni dans le Code, aucun texte qui ait impoſé aux deſcendans la néceſſité d'inſtituer ou d'exhéreder *ut oportet* leurs aſcendans; on ne connoît pas préciſément le tems auquel le droit de recueillir l'hérédité des deſcendans, a été accordé aux aſcendans; tout ce que nous pouvons ſçavoir, c'eſt que la Loi *des douze Tables* n'admettant que deux dégrez de ſucceſſion; ſçavoir, celui des héritiers ſiens, & celui des agnats, les aſcendans n'étoient pas appellez à la ſucceſſion des deſcendans; il eſt vrai que le pere qui avoit ſon fils en ſa puiſſance, occupoit *jure peculii*, non à titre d'hérédité, les biens *caſtrenſes* ou *quaſi caſtrenſes* de ſon fils, lorſqu'il mouroit ſans en diſpoſer, *L.* 1, *L.* 2, *ff. de caſtrenſi peculio*, & que le pere du Soldat émancipé pouvoit demander la poſſeſſion des biens *contrà tabulas* pour les biens non *caſtrenſes*; la même choſe avoit lieu en faveur de l'ayeul qui avoit le petit-fils en ſa puiſſance, parce que c'étoit à raiſon de la puiſſance paternelle que le droit d'occuper le pecule étoit accordé.

Occupation *jure peculii.*

Poſſeſſion des biens *contrà tabulas.*

Quid en faveur de l'ayeul.

27. La ſucceſſion des deſcendans ne peut arriver aux aſcendans que

La ſucceſſion des aſcendans aux biens de leurs deſcendans, ne pouvant arriver que par une eſpece de renverſement de l'ordre naturel, *turbato ordine mortalitatis*, elle n'a pas ſon fondement dans

la nature, l'ordre naturel veut que la succeſſion deſcende; voilà pourquoi c'eſt par une eſpece de commiſération que les aſcendans ont été admis à la ſucceſſion de leurs deſcendans : *non ſic parentibus liberorum, ut liberis parentium debetur hereditas, parentes ad bona liberorum ratio miſerationis admittit, liberos naturæ ſimul, & parentium commune votum*, L. *ſcripto* 7, *ff. ſi tabulæ teſtamenti nullæ extabunt undè liberi.*

par un renverſement de l'ordre naturel.

28. Si le droit de ſucceder accordé aux aſcendans ne vient pas de l'Edit du Préteur.

Je ne ſçai point ſi le droit de ſucceder que nous voyons avoir été accordé aux aſcendans, ne dérive point de l'Edit du Préteur qui leur accordoit la poſſeſſion des biens, comme il paroît de la Loi 1, §. *largius* 12, *ff. de ſucceſſorio Edicto*, de la Loi 16, §. 1, *ff. de inoff. teſtam.* & de la Loi 29, §. *dernier*, *ff. de teſtam. militis*; quoiqu'il en ſoit, nous trouvons le droit accordé aux aſcendans, pour ſucceder aux deſcendans, établi par les Loix poſtérieures à celle *des douze Tables*; nous avons vû ci-devant que le pere ſuccedoit à ſon fils émancipé, à cauſe d'une eſpece de droit de patronage qu'il ſe réſervoit anciennement en l'émancipant, *contracta fiducia*, droit qui fut conſervé dans la ſuite, quoique l'émancipation ne fût point faite en la forme ancienne, parce qu'on la ſuppoſoit toujours, §. 8, *inſtit. de legitim. agnat. ſucceſſ.* & la mere fut admiſe à la ſucceſſion de ſes enfans par le Senatuſconſulte Tertyllien; c'eſt ſans difficulté dans le droit de ſucceder qu'a pris ſa ſource l'obligation qui fut impoſée aux enfans, de laiſſer à leurs aſcendans quelque partie de leurs biens: *nam etſi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentium, & naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis, non minùs parentibus, quam liberis piè relinqui debet*, L. 15, *ff. de inoff. teſtam.* & de-là vient encore que les parens préterits dans les teſtamens de leurs enfans pouvoient former la plainte d'inofficioſité, *L.* 1, *&* L. 14, *cod. de inoff. teſtam.* L. 28, *cod. eod. &* §. 1, *inſtit. eod.* & comme les mêmes Loix qui accordent la plainte d'inofficioſité aux enfans, l'accordent auſſi aux aſcendans, cette plainte ou action qui competoit aux parens, ſe regloit de la même maniere que celle qui competoit aux enfans, *omnibus tam parentibus quàm liberis de inofficioſo licet diſputare*, L. 1, *ff. de inoff. teſtam.* Par ce mot de *parens* on entend le pere, la mere & les ayeux, tant paternels que maternels.

Néceſſité impoſée aux enfans de laiſſer partie de leur bien à leurs aſcendans.

Plainte d'inofficioſité accordée aux parens préterits.

Le mot *parens*, que comprend.

29. Qu'eſt-ce qui ſuffiſoit pour exclure les parens de la plainte d'inofficioſité.

Pour exclure les aſcendans, tout comme les enfans, de la plainte d'inofficioſité, il ſuffiſoit de leur avoir laiſſé la légitime entiere; mais elle avoit lieu quand il manquoit quelque choſe à la légitime, & que le legs fait ne la rempliſſoit pas, L. *Papinianus* 8, §.

quoniam 8, *ff. de inoff. teſtam.* il n'étoit pas néceſſaire que le legs qui étoit fait pour la légitime des aſcendans fût accompagné du titre d'inſtitution : du moins la Loi 30, *cod. de inoff. teſtam.* a déclaré expreſſément qu'il ſuffiſoit de faire quelque libéralité à titre de legs ou de fideicommis aux aſcendans, quand même il ne ſeroit pas dit dans le teſtament, que la légitime pourroit être ſuppléée en cas d'inſuffiſance ; les aſcendans ne pouvoient ſe plaindre que quand ils avoient été abſolument oubliez, & que leur enfant ou deſcendant ne leur avoit rien laiſſé.

La légitime pouvoit être laiſſée aux aſcendans, *quovis relicti titulo.*

30. Changemens faits par la *Novelle* 115.

La *Novelle* 115, *ch.* 4 *&* 5, a établi un droit tout-à-fait different, elle a défendu aux deſcendans de paſſer ſous ſilence leurs aſcendans, & leur a par conſéquent impoſé la néceſſité de les inſtituer en une partie de leurs biens, leur défendant de les exhéreder ſans une des cauſes expliquées dans cette Novelle, & qui doit être exprimée & prouvée ; ce que l'Empereur déclare avoir auſſi ordonné, pour empêcher que les deſcendans ne leur fiſſent l'injure de la préterition ou de l'exhéredation : *ſancimus non licere liberis parentes ſuos præterire aut quolibet modo à rebus propriis, in quibus habent teſtandi licentiam, eos omninò alienare, niſi cauſas quas enumeravimus in ſuis teſtamentis ſpecialiter nominaverint . . . . . & ſcripti heredes . . . . . aut certas aut unam ex his probaverint . . . . . ſola eſt enim noſtræ ſerenitatis intentio à parentibus & liberis injuriam præteritionis & exheredationis auferre.*

31. Inſtitution des parens en quelque choſe couvre le vice de préterition, quoique la légitime ne ſoit pas remplie.

Si les aſcendans ſont inſtituez en quelque choſe, avec charge de ſe contenter ; quoique ce qui eſt laiſſé ne rempliſſe pas la légitime, le teſtament ne laiſſera pas d'être bon, ſauf aux aſcendans dont la légitime n'eſt pas remplie, à demander le ſupplément : *ſi qui heredes fuerint nominati : etiam ſi certis rebus juſſi fuerint contenti eſſe, hoc caſu teſtamentum quidem nullatenus ſolvi præcipimus ; quidquid autem minus legitimâ portione relictum eſt, hoc ſecundùm noſtras alias leges ab heredibus impleri.*

32. Nullité du teſtament quant à l'inſtitution, en cas de préterition.

La ſucceſſion eſt déferée *ab inteſtat.*

Que ſi ce que l'Empereur ordonne n'eſt pas obſervé, c'eſt-à-dire, ſi un aſcendant eſt préterit & n'eſt pas inſtitué ou exhéredé, pour juſte cauſe exprimée & prouvée, le teſtament eſt nul quant à l'inſtitution des héritiers, & la ſucceſſion eſt déferée *ab inteſtat* à ceux qui ſont appellez par les Loix : *ſi autem hæc omnia non fuerint obſervata, nullam vim hujuſmodi teſtamentum quantùm ad inſtitutionem heredum habere ſancimus : ſed reſciſſo teſtamento eis qui ab inteſtato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari diſponimus.*

Il paroît clairement des dispositions que nous avons transcrites, que l'intention de l'Empereur a été de mettre les ascendans au niveau des descendans, & il y aura encore moins de raison de révoquer en doute cette vérité, si l'on fait attention à ces paroles que l'on trouve dans le ch. 5 : *Considerare namque debent parentes quia & ipsi filii fuerunt, & eadem à suis parentibus speraverunt; & similiter qui nunc filii sunt, debent studere parentum animos sanare: quia & ipsi parentes fieri desiderant, & à filiis suis optant honorari, undè & constat ad utriusque partis utilitatem atque cautelam præsentem legem fuisse prolatam.* Ainsi la même nécessité qui est imposée aux ascendans d'instituer ou d'exhéreder pour cause juste, exprimée & prouvée, leurs descendans, est réciproquement imposée aux descendans, d'instituer ou d'exhéreder pour cause juste, exprimée & approuvée, leurs ascendans sous la même peine de nullité du testament quant à l'institution; & comme le Droit ancien avoit égalé les ascendans aux descendans, en leur attribuant le droit de légitime, l'Empereur Justinien a voulu consommer l'ouvrage, en les égalant sur la forme de les instituer ou exhéreder; ainsi nous pouvons appliquer à la préterition des ascendans, tout ce que nous avons dit au sujet de la préterition des descendans, quoiqu'en ayent pû penser certains Auteurs, parce qu'il n'y a à cet égard aucune difference à faire entre les ascendans & les descendans.

33. Les ascendans sont mis au niveau des descendans, quant à la nécessité de les instituer, & pour la préterition.

L'Ordonnance de 1735 a levé tous les doutes, que les Interpretes avoient fait naître au sujet de la préterition des descendans & des ascendans, en mettant les uns & les autres au même dégré de faveur, lorsqu'elle a ordonné par *l'art.* 50, que *dans les Pays où l'institution d'héritier est nécessaire pour la validité du testament, ceux qui ont droit de légitime seront instituez héritiers, au moins en ce que le Testateur leur donnera.*

34. L'Ordonnance de 1735 a mis au même dégré de faveur tous ceux qui ont droit de légitime.

Cette institution doit être faite en les appellant par leurs noms, ou en les désignant de telle maniere que chacun d'eux y soit compris; ce qui doit avoir lieu même à l'égard des enfans qui ne seroient pas nez au tems du testament, & qui seroient nez ou conçûs au tems de la mort du Testateur, suivant le même *art.* 50, qui en exigeant que les enfans soient nez ou conçûs au tems de la mort du Testateur, fait comprendre bien nettement qu'un posthume né & conçu après la mort du Testateur ne porteroit point d'obstacle à la validité d'un testament, où il ne se trouveroit pas institué, s'il étoit mort avant le Testateur, conformément à la Loi *posthumus* 12, *ff. de injusto rupto.*

35. Comment doit être faite l'institution de ceux qui ont droit de légitime.

36. Quelque modique que soit la chose laissée à titre d'institution, on est à l'abri du vice de préterition.

L'art. 51 veut en conformité de la *Novelle* 115, *ch.* 5, que quelque modique que soit l'effet ou la somme pour lesquels ceux qui ont droit de légitime auront été instituez héritiers, le vice de préterition ne pourra être opposé contre le testament, encore que le Testateur eût disposé des biens en faveur d'un étranger; &

Sauf à demander le supplément de légitime.

l'art. 52, permet à ceux à qui il aura été laissé moins que leur légitime à titre d'institution, de former leur demande en supplément de légitime; ce qui doit avoir lieu à l'avenir dans les Pays même dans lesquels cette demande n'a pas été admise jusqu'à présent, ou a été prohibée dans certains cas.

37. La préterition produit une nullité.

S'il y a préterition de quelqu'un de ceux qui ont droit de légitime, le testament doit être déclaré nul quant à l'institution d'héritier, sans même qu'elle puisse valoir comme fideicommis; & si elle a été chargée de substitution, cette substitution demeurera pareillement nulle, suivant *l'art.* 53 *de la même Ordonnance*; il n'y a donc plus à hésiter présentement, que la préterition des ascendans, de même que celle des descendans, n'annulle le testament de plein droit, & que le remede de la possession des biens *contrà tabulas*, de même que celui de la plainte d'inofficiosité, ne soient abrogez & rendus inutiles: on doit dire encore la même chose de la préterition des freres dans le testament de leur frere germain ou consanguin, *turpi personâ institutâ*, parce que dans ce cas le droit de légitime leur est dû; ainsi pour empêcher le vice de la préterition, & que le testament ne soit nul, il faut que les freres soient instituez en quelque chose, puisque *l'Ordonnance* les comprend dans sa disposition générale faite en faveur de ceux qui ont droit de légitime.

Abrogation du remede de la possession des biens.

Et de la plainte d'inofficiosité dans tous les cas où elle avoit lieu suivant le Droit Romain.

La préterition opere la nullité du testament, quoiqu'il soit fait entre enfans ou en tems de peste; mais pour ce qui concerne le testament militaire, *l'art.* 54 déclare n'entendre rien innover à ce qui est porté par les Loix Romaines à cet égard.

38. Nullité par préterition, quoique le testament soit entre enfans.

39. *Quid* dans les Coutumes ou Statuts qui permettent de laisser la légitime à autre titre.

Néanmoins s'il y a des Coutumes, Statuts ou autres Loix particulieres dans quelques-uns des Pays du Droit écrit, qui permettent expressément de laisser la légitime à autre titre que d'institution, *l'art.* 55 *de la même Ordonnance* déclare qu'il n'y est point dérogé, & dans ce cas la demande en supplément de légitime, pourra être formée, ainsi qu'il est porté par *l'art.* 52. Les Coutumes, Statuts ou Loix dont il est parlé ici, doivent être entendus des Coutumes, Statuts ou Loix écrites & autorisées par le Prince, & non d'une simple Jurisprudence ou maniere de juger, qui ne peut pas être mise au rang des Coutumes, Statuts ou Loix.

De quelles Coutumes cela doit-il s'entendre?

Le

Le vice de préterition doit rendre nul le teſtament qui en eſt compliqué, ſoit qu'un aſcendant ou un deſcendant ſe trouvent préterits, ſuivant le Droit Romain & *l'Ordonnance de* 1735, *art.* 50, *&* 53, ſoit qu'un collateral ſoit préterit, dans le cas où il a droit de prétendre une légitime, ainſi que nous l'avons expliqué dans la ſection précedente, ce qui a été introduit non par le Droit Romain, mais par *l'Ordonnance de* 1735.

40. La préterition annulle le teſtament par rapport aux aſcendans & aux deſcendans.

Cependant la préterition des enfans ou des deſcendans du Soldat qui teſte *jure militari*, ne produit aucune nullité ni d'action pour intenter la plainte d'inofficioſité, ſuivant la Loi 9, la Loi 29, *cod. de inoff. teſtam.* & les Loix 9 *&* 10, *cod. de teſtam. milit.* ſauf à demander leur légitime, *MM. la Roche & Graverol, verb. teſtament. art.* 1; à plus forte raiſon un frere germain ou conſanguin du Soldat pourroit-il moins faire déclarer nul ou inofficieux le teſtament de ſon frere Soldat, qui auroit inſtitué *turpem perſonam*; mais ſi le Soldat Teſtateur avoit préterit ſes enfans parce qu'il ignoroit d'en avoir, cette préterition ne devroit pas valoir comme exhéredation, le teſtament ſeroit nul, & les enfans du Soldat devroient recueillir la ſucceſſion *ab inteſtat* de leur pere, *L.* 9, *&* *L.* 10, *cod. de teſtam. militis*; cela n'a point été changé ni par la *Novelle* 115, qui ne parle point du Soldat, ni par *l'Ordonnance de* 1735, qui au contraire déclare par *l'art.* 54, qu'il n'eſt rien innové à ce qui eſt porté par les Loix Romaines à cet égard.

41. *Quid* de la préterition dans le teſtament du Soldat.

La légitime peut être demandée nonobſtant la préterition du Soldat.

De la préterition faite *ignoranter* par le Soldat.

Par le Droit ancien, lorſque le teſtament étoit nul par préterition, toutes ſes diſpoſitions étoient emportées même pour les legs, les fideicommis, & les libertez laiſſées aux eſclaves, *L.* 17, *ff. de injuſto rupto*, *L.* 76, *ff. de leg.* 2, *L.* 36, *ff. de leg.* 3, *L.* 15, *ff. de legit. præſtandis*, *L.* 8, §. 10, *L.* 13, *L.* 17, §. 1, *L.* 26, *ff. de inoff. teſtam. & L.* 13, *cod. eod.* Cependant la Loi 28, *ff. de inoff. teſtam.* décide que ſi la mere paſſoit ſous ſilence ſon fils Soldat, croyant qu'il fût mort, l'inſtitution étoit annullée, & les autres diſpoſitions particulieres conſiſtant en legs, étoient conſervées; la Loi 17, *ff. de injuſto rupto*, dit auſſi, que quand le fils préterit répudioit, quoiqu'en rigueur de Droit toutes les diſpoſitions, même les legs & les libertez laiſſées, fuſſent nulles, néanmoins elles devoient être conſervées par équité; il faut encore prendre garde que quand l'enfant préterit au premier dégré étoit ſubſtitué vulgairement, l'inſtitution étoit annullée à cauſe de la préterition; mais le ſurplus du teſtament étoit conſervé, & le teſtament valoit, & prenoit ſa force en vertu du ſecond dégré,

42. Droit ancien ſur la nullité de toutes les diſpoſitions, quand il y avoit préterition.

Diſpoſition de la Loi 17, *ff. de injuſto rupto.*

Si la ſubſtitution vulgaire tient lieu d'inſtitution.

c'eſt-à-dire, par la ſubſtitution vulgaire ou pupillaire, *L. ex facto* 43, §. *Lucius* 2, *ff. de vulg. & pupill. & L.* 75, *ff. de hered. inſtit.*

43. Changemens faits par la *Novell.* 115.

L'Empereur Juſtinien a changé tout cela par la *Novelle* 115, *ch.* 3 *&* 4, en déclarant 1°. Que le teſtament ſeroit nul quant à l'inſtitution. 2°. En ouvrant la ſucceſſion *ab inteſtat ;* par où il a voulu que quand l'inſtitution ſeroit emportée, les ſubſtitutions directes ou fideicommiſſaires le ſeroient auſſi, parce qu'elles ſont incompatibles avec la délation de la ſucceſſion *ab inteſtat.* 3°. En faiſant valoir les legs & fideicommis particuliers, les dations de tutelle, & les autres diſpoſitions particulieres, que les Loix permettent de faire par teſtament; & comme les legs, & les autres diſpoſitions contenues dans un codicile relatif au teſtament, ſont conſiderées tout de même que ſi elles étoient dans le teſtament dont le codicile *eſt pars & ſequela*, ces legs & autres diſpoſitions particulieres doivent être exécutées tout de même que celles qui ſe trouvent dans le teſtament dont l'inſtitution eſt nulle : *quantùm ad inſtitutionem heredum pertinet teſtamento evacuato ad parentum hereditatem liberos, tamquam ab inteſtato ex æqua parte pervenire . . . . . ſi verò contigerit in quibuſdam talibus teſtamentis, quædam legata vel fideicommiſſa, aut libertates, aut tutorum donationes relinqui, vel quælibet alia capitula conceſſa legibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri*, dit le *chap.* 3 de la *Novelle* 115; le *ch.* 4 porte une diſpoſition toute pareille par rapport au teſtament d'un deſcendant, dans lequel un aſcendant ſe trouve préterit, & ajoute même une abrogation ſpéciale de toutes les Loix, qui vouloient que dans le cas de la préterition, les legs & les autres diſpoſitions fuſſent annullées : *ſi quid autem pro legatis, ſive fideicommiſſis, & libertatibus & tutorum dationibus aut quibuſlibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic conſtitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere.*

Les ſubſtitutions directes ou fideicommiſſaires univerſelles ſont nulles par la préterition.

44. Ancienne Juriſprudence des Arrêts qui faiſoient valoir tout, excepté l'inſtitution univerſelle.

Certains Auteurs avoient penſé, il y a même des Arrêts qui ont jugé, que dans le cas de la préterition, la ſeule inſtitution d'héritier univerſel étoit emportée, & que ſi le teſtament contenoit des ſubſtitutions directes, ou des fideicommis univerſels, ils devoient valoir en vertu de la reſervation que la Novelle fait des legs & fideicommis, & de l'Auth. *ex cauſa*, *cod. de liberis præteritis :* ce qu'ils prétendoient avoir lieu ſeulement, lorſque la préterition étoit faite *ſcienter*, non ſi elle étoit faite *ignoranter*. Ils prétendoient encore que les legs faits en faveur de la cauſe pie, devoient valoir nonobſtant la préterition faite *ignoranter*, ſur quoi on peut voir *M. Maynard, liv.* 5, *ch.* 11, 12, 13, *Jacques de Ferriere ſur*

les queſt. 426 & 529 de Guypape ; il y avoit néanmoins des Auteurs qui étoient d'avis que la ſubſtitution pupillaire n'étoit pas valable, *Benedicti ſur le chap. Raynutius verb. in eodem teſtam. relinquens 1, n. 240* ; mais le ſentiment de ces Auteurs, ni leur diſtinction entre la préterition faite *ſcienter* ou *ignoranter*, n'a abſolument aucun fondement dans le Droit, ſi l'on excepte le teſtament du Soldat qui diſpoſe *jure militari* ; puiſque dans le cas de la préterition, la Novelle veut que les enfans ſuccedent *ab inteſtat* par égales parts & portions, & qu'ils y ſuccedent efficacement, vû qu'elle dit que les enfans non inſtituez ne doivent ſouffrir aucun préjudice, ce qui ſeroit faux ſi la diſpoſition étoit valable, comme fideicommis ou ſubſtitution. Bien plus, lorſque le pere préterit ſes enfans, la Loi lui interdit la faculté de les charger de fideicommis, quoiqu'ils deviennent ſes héritiers par l'ouverture de la ſucceſſion *ab inteſtat*, & ſes diſpoſitions ſont inefficaces, quand même il en chargeroit ſes ſucceſſeurs, & les poſſeſſeurs de ſes biens, comme il eſt nettement décidé dans la Loi 13, *cod. de inoff. teſtam.* la Loi 2, *ff. de leg.* 3, la Loi 24, *cod. de leg.* & la Loi 31, *cod. de fideicomm.* Il eſt donc impoſſible que les ſubſtitutions ni les fideicommis univerſels vaillent, puiſque la Loi prive le Teſtateur de la faculté de faire des fideicommis en haine de la préterition & de l'injure qu'elle renferme, & que les enfans prennent l'hérédité exempte de fideicommis par le bénéfice de la Loi.

Diſtinction entre la préterition *ſcienter* ou *ignoranter*.

La ſucceſſion eſt déferée *ab inteſtat* aux enfans par égales parts.

La diſpoſition univerſelle ne doit porter aucun préjudice aux enfans préterits.

Le pere, dans le cas de la préterition, ne peut pas charger ſes enfans de fideicommis.

A l'égard de la diſtinction de la préterition faite *ignoranter*, *vel ſcienter*, par rapport au teſtament paganique, la Loi 29, *ff. de manumiſſis teſtamentis*, parle d'une préterition faite *ignoranter* par le pere, & décide que le teſtament eſt nul, que les legs de la liberté ne ſont pas dûs, & que néanmoins ſi les affranchis ont joui de la liberté pendant cinq ans, ils ne doivent plus être recherchez ; mais la préterition faite *ſcienter* operoit le même effet, *L. 17, ff. de injuſto rupto*, *L. 13, ff. de inoff. teſtam. & L. 36, ff. de leg. 3*, la Loi 28, *ff. de inoff. teſtam.* parle auſſi d'une préterition faite *ignoranter* par la mere, de ſon fils qu'elle croyoit mort, & elle décide que l'inſtitution eſt emportée dans ce cas, & que les legs ſubſiſtent, au lieu que les Auteurs penſent que la préterition faite *ignoranter* annulle non-ſeulement l'inſtitution, mais encore les legs ; il eſt vrai que les Loix 9 & 10, *cod. de teſtam. milit.* & le §. 6, *inſtit. de exhered. liberor.* font difference par rapport au Soldat, entre la préterition faite *ſcienter*, qui empêche que le teſtament ne puiſſe être impugné, *L. 24, cod. de inoff. teſtam.* & la préterition faite *ignoranter*, qui annulle le teſtament ; mais ce qui eſt ordon-

41. Fauſſeté de la diſtinction au ſujet de la préterition *ſcienter* ou *ignoranter*.

Loix qui parlent de cette diſtinction, mal appliquées au teſtament paganique.

né à l'égard des Soldats, étant fondé sur un privilege spécial, on ne peut pas l'appliquer au testament paganique, la Loi 3, *cod. de inoff. testam.* le prouve d'une maniere indubitable; elle est dans le cas d'une mere qui ayant deux enfans les avoit instituez héritiers, ensuite elle devint grosse, & mourut en accouchant d'un autre enfant. Les Empereurs Sévere & Antonin, disent que si la mere avoit survêcu à la naissance du troisiéme enfant, & qu'elle eût pû changer son testament, la plainte d'inofficiosité auroit competé à l'enfant survenu, mais qu'étant morte dans l'enfantement, ce cas fortuit ne devoit pas rompre le testament, & l'on devoit seulement adjuger au fils préterit un tiers de l'hérédité, tout de même que si la mere l'avoit institué héritier avec ses deux freres; que si la mere avoit institué héritiers des étrangers, le fils préterit auroit pû impugner le testament par la plainte d'inofficiosité; d'ailleurs la *Novelle* 115 détruit bien clairement cette distinction, en faisant operer le même effet à la préterition, sans distinguer si les enfans sont préterits avec connoissance, ou par ignorance.

46. Nullité de l'institution des substitutions, & des fideicommis universels par l'Ordonnance de 1735.

La disposition de la *Novelle* 115, qui avoit été mal expliquée par plusieurs Auteurs, a été rétablie dans sa pureté par *l'Ordonnance de* 1735, qui veut indistinctement que quand le testament est compliqué du vice de préterition, il soit déclaré nul, non-seulement pour l'institution d'héritier, mais encore pour la substitution, & pour le fideicommis aux biens compris dans l'institution; si bien qu'aucune des dispositions universelles, qui sont subordonnées à l'institution ne peut valoir, & l'Ordonnance ne réserve que les autres dispositions particulieres, qui n'ont aucun rapport ni dépendance avec l'institution, par ces mots, *sans préjudice néanmoins de l'exécution du testament en ce qui concerne le surplus des dispositions du Testateur.*

47. Abrogation des Loix qui dans le cas de la préterition faisoient valoir le testament par la substitution.

Ainsi lorsque comme dans le cas de la Loi 43, §. 2, *ff. de vulg. & pupill.* & de la Loi 75, *ff. de hered. instit.* l'institution est emportée par la préterition, le testament ne pourra point valoir en vertu de la substitution, qui fait le second dégré, mais la succession *ab intestat* sera ouverte; & tout ce que l'on peut induire de ces textes, c'est que l'enfant est censé préterit, quoiqu'il soit appellé pour recueillir l'hérédité par substitution.

48. Fausseté de la décision de *Fernand* & de *Benedicti.*

Delà vient que la décision de Fernand, *ad L. ult. cod. de posthumis axiom.* 12, *n.* 13, & de *Benedicti*, *verb. in eodem testamento relinquens* 1, *n.* 240, est fausse & contraire aux regles établies par la *Novelle* 115, lorsqu'ils disent, que si un pere qui a deux enfans,

laissant la légitime à un de ces enfans, institue un étranger sans faire mention de l'autre enfant, celui qui est préterit faisant casser le testament, doit prendre tout l'émolument de l'institution faite en faveur de l'étranger, & que l'autre fils n'aura que la légitime en laquelle il a été institué, puisque l'Empereur veut que quand le testament est emporté quant à l'institution par la préterition, tous les enfans succedent *ab intestat* par égales portions, & peu importe que le fils institué en la légitime soit vrai légataire, suivant la Loi *quotiens* 13, *cod. de hered. instit.* & que ce legs soit soutenu par la disposition de la *Novelle* 115, & de l'Auth. *ex causa cod. de liberis præteritis :* car la validité de ce legs n'exclut pas le fils de pouvoir demander sa portion de succession *ab intestat*, à laquelle il est expressément admis par la Novelle, en rapportant ce legs, & rien n'empêche que le fils quoique légataire ou donataire ne puisse aussi être héritier, ces qualitez n'étant pas incompatibles en Pays de Droit écrit, comme elles le sont dans les Pays Coutumiers.

Le fils quoique Légataire, prend sa part à la succession *ab intestat*, dans le cas de la préterition.

Delà vient encore que nonobstant l'avis de *M. de Catellan, liv. 2, ch. 6*, lorsqu'un pere qui a plusieurs enfans, institue l'aîné son héritier universel, & institue les autres en la légitime, s'il survient un posthume qui se trouve préterit, le testament étant emporté quant à l'institution, tous les enfans devront recueillir la succession *ab intestat* par égales portions, & l'on ne doit pas laisser subsister le testament, en donnant une légitime à l'enfant préterit comme aux autres enfans instituez en la légitime ; car quand il y a préterition, on ne consulte pas la présumée volonté du Testateur, & l'on n'examine pas si le Testateur ayant prévu qu'il auroit un posthume, l'auroit réduit à la légitime, comme les autres puînez ; mais la nullité détruit le testament, l'anéantit quant à l'institution, & donne ouverture à la succession *ab intestat*. On doit dire la même chose dans tous les autres cas qui peuvent se présenter, & qui renferment des difficultez dépendantes du même principe, sans qu'on puisse recourir aux regles du Droit ancien pour ce qui concernoit la possession des biens *contrà tabulas*, ou la plainte d'inofficiosité, tout cela ayant été corrigé par la *Novelle* 115, confirmée par *l'Ordonnance de* 1735.

49. Réfutation de la doctrine de *Catellan*.

On n'a point égard à la volonté expresse ni présumée du Testateur, quand il y a préterition.

Regles du Droit ancien pour la possession des biens & la plainte d'inofficiosité, abrogées.

On demande si les enfans qui ont été instituez en quelque chose, à l'égard desquels le testament ne contient aucun vice ni injure, peuvent se servir de la préterition de leurs freres, & faire déclarer le testament nul, soit que le frere préterit répudie, ou qu'il garde le silence, ou bien s'il est mort sans se plaindre ? Il sem-

50. Si les enfans non préteritz peuvent se servir de la préterition des autres.

ble d'abord que les enfans qui ont été bien instituez n'ayent aucun droit d'impugner le testament, parce que l'injure faite à celui qui a été préterit lui est personnelle, & la nullité relative à lui seul qui en souffre, sur-tout s'il a répudié, ou s'il est mort sans se plaindre, parce que celui qui répudie est consideré comme s'il n'avoit jamais existé, *L.* 17, *ff. de inoff. testam.* & que la Loi 17, *ff. de injusto rupto*, décide bien que quand le fils préterit se plaint, le testament est nul pour le tout, même pour les legs & les libertez laissées aux esclaves; mais s'il répudie, quoique le testament soit nul, suivant la rigueur de Droit, la volonté du Testateur devra être exécutée par un motif d'équité : *filio præterito qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt neque legata præstantur, si præteritus fratribus partem hereditatis avocavit : quod si bonis se patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono & æquo tuebitur.*

Celui qui répudie est consideré comme s'il n'avoit jamais existé.

La volonté du Testateur est soutenuë dans le cas de la Loi 17, *ff. de injusto rupto.*

51. Résolution que les enfans non préterits ne peuvent faire valoir la préterition des autres.

Toutefois le contraire me paroît inconteſtablement vrai, suivant les principes du Droit; car la préterition annulle de plein droit le testament, *L.* 3, *§.* 3, *ff. de injusto rupto, & L.* 30, *ff. de liberis & posthumis*; de maniere même, que quoique l'enfant préterit, & qui existoit lors du testament, vienne à mourir avant le Testateur, le testament n'est pas moins nul, & n'en devient pas valide, comme l'Empereur Justinien le dit *aux Institutes de exhered. liberor. in princip. adeò quidem ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamento ;* d'où il résulte clairement que la nullité, qui vient de la préterition n'est pas respective, elle est absolue & radicale; ainsi il est indifferent que l'enfant préterit se plaigne ou ne se plaigne pas, qu'il répudie ou non, puisque la mort même du fils pendant la vie du pere, ne peut pas rendre le testament valide; il est donc constant que tous les interessez à détruire le testament peuvent relever la nullité.

52. Explication de la Loi 17, *ff. de injusto rupto.*

Le cas de la Loi 17, *ff. de injusto rupto*, est singulier, & sa décision est fondée sur des raisons qui ne peuvent être tirées à conséquence. Dans l'espece de cette Loi le Testateur avoit trois enfans, il en institue deux héritiers universels, il fait des legs à des étrangers, & ne fait aucune mention de l'autre enfant; il n'y a donc dans ce cas que l'enfant préterit qui ait interêt de se plaindre, parce que les deux autres se trouvent héritiers universels, leur seul interêt se bornoit à impugner le testament par rapport aux legs dont ils étoient chargez, & le Jurisconsulte *Papinien* décide, que quoiqu'en rigueur le testament soit nul, & que les legs ne soient

pas dûs, néanmoins la volonté du Testateur, qui n'est pas impugnée par le seul enfant qui restoit, doit être exécutée *ex bono & æquo*, vû que les enfans héritiers n'auroient pas bonne grace d'impugner les legs dont ils sont chargez, tandis qu'ils profitent de l'entiere hérédité.

53. Les freres non préterits & réduits à la légitime, sont interessez à faire valoir la nullité.

Que si parmi les freres non préterits, il s'en trouvoit quelqu'un qui fût réduit à sa légitime, celui-ci se trouvant interessé à faire valoir la nullité, & à demander l'ouverture de la succession *ab intestat*, ce ne seroit plus le cas de vouloir soutenir la volonté du défunt *ex bono & æquo*, à cause de l'interêt du tiers non héritier universel; aussi voit-on que la Loi *si post mortem* 10, *§. dernier*, *ff. de bonor. possess. contr. tab.* décide, que quoique l'enfant émancipé qui a été préterit ne se plaigne pas; néanmoins les freres peuvent demander la possession des biens, & faire annuller le testament à cause de la préterition de leur frere: *hi qui propter alios bonorum possessionem petunt, non expectant ut præteriti bonorum possessionem accipiant, verum ipsi quoque bonorum possessionem petere contrà tabulas possunt cùm enim semel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi, jam non curant, petant illi, necne bonorum possessionem.* Albert *verb. testament. art.* 36, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse du 16 Juillet 1643, qui cassa un testament nul par préterition d'un posthume, quoique l'enfant préterit se fût accordé avec l'héritier, & eût approuvé le testament; & un autre enfant du Testateur qui n'avoit pas été préterit fut reçû à demander sa portion de l'hérédité *ab intestat.*

Quoique le préterit ne se plaigne pas.

Et quoiqu'il ait approuvé le testament.

54. Distinction de *Taisand.*

Taisand sur la Coutume de Bourgogne, tit. 7, *art.* 3, *n.* 5 *&* 6, use de cette distinction: ou le fils préterit approuve le testament pendant la vie de son pere Testateur, & avant que le droit soit acquis aux autres enfans, dans ce cas la nullité est couverte; mais s'il ne l'approuve qu'après la mort du Testateur, le droit étant acquis à tous les enfans, l'approbation du fils préterit n'empêche pas les autres de faire valoir la nullité. Cette distinction ne me paroît pas conforme aux regles, parce que le testament étant nul dans son principe, la regle Catoniene empêche qu'il ne puisse devenir valide par l'approbation du fils préterit, soit qu'elle intervienne pendant la vie, ou après la mort du Testateur, la nullité étant acquise & encourue au moment que le testament est fait, *quia scilicet ab initio non constiterit testamentum, instit. de exhered. liberor. in princip.* D'ailleurs, on considere bien moins l'approbation du testament intervenue pendant la vie du pere, que celle qui se fait après la mort du Testateur, suivant la Loi 35, *§.* 1, *cod. de*

Réfutation de cette distinction.

inoff. testam. Ainsi, l'approbation du testament pendant la vie du Testateur, est encore moins capable de le faire valoir, que celle qui vient après la mort.

55. La préterition n'annulle pas les codiciles, ni les donations à cause de mort. *Quid* de la donation à cause de mort, résultant de la clause codicillaire.

La préterition n'annullant que les actes où il est nécessaire pour la forme intrinseque, d'instituer ou d'exhéréder avec juste cause, les personnes qui ont droit de légitime ; il s'ensuit qu'elle ne peut pas donner atteinte ni aux codiciles *ab intestat*, ni aux donations à cause de mort, parce que l'institution n'est pas nécessaire dans ces actes ; cela paroît clairement de la disposition du Droit qui conservoit les codiciles indépendans d'un testament, & les autres dispositions à cause de mort, nonobstant la préterition & l'agnation d'un posthume, *L. 3, §. 1, L. 16, & L. 19, ff. de jur. codicillor.* Cela résulte aussi clairement de l'article 50 de *l'Ordonnance de* 1735, qui borne l'effet de la préterition aux Pays, & par conséquent aux dispositions où l'institution est nécessaire pour leur validité ; mais la clause codicillaire pour convertir l'institution & les autres dispositions à titre universel en donation à cause de mort, ne pourroit operer aucun effet suivant l'article 53 de la même Ordonnance, ainsi que nous le montrerons au nombre 113. Je pense néanmoins que si le codicile *ab intestat* étoit fait en faveur d'une personne étrangere de l'entiere hérédité, il seroit rompu par l'agnation d'un posthume, comme on le pratique dans les Pays Coutumiers, ainsi que nous le dirons dans le nombre suivant, & cela me paroît fondé non-seulement sur la présomption qui sert de fondement à la Jurisprudence du Pays Coutumier; mais encore sur l'esprit de l'article 53 de l'Ordonnance de 1735, qui décide que la clause codicillaire, qui convertit le testament en codicile, est incapable de faire valoir les dispositions universelles à titre de substitution ou de fideicommis, lorsqu'il y a préterition ; ce qui peut être aussi bien appliqué aux dispositions universelles contenues dans un codicile, qu'à celles qui sont renfermées dans un testament converti en codicile, en vertu de la clause codicillaire.

56. La préterition n'opere aucun effet dans le Païs Coutumier.

L'institution d'héritier n'étant pas nécessaire pour la validité des testamens dans les Pays Coutumiers, il s'ensuit que la préterition n'empêche pas la validité des testamens qui y sont considerez comme des codiciles ; toutefois si la préterition des enfans avoit été faite par quelque motif de haine ou d'animosité de la part des parens, le testament seroit annullé pour le tout. La préterition d'un posthume annulle aussi toutes les dispositions du testament dans les Pays Coutumiers, à cause de la présomption qui se tire

de

de l'affection paternelle, qui fait croire qu'un pere n'auroit pas manqué d'instituer les enfans qui lui sont survenus depuis, s'il avoit crû qu'ils dussent naître, ainsi que le remarquent *M^e. Claude, & Claude-Joseph de Ferriere sur les Institutes, tit. de l'exhéredation des enfans.*

57. Comment doit être faite l'institution, pour éviter le vice de préterition.

Nous avons parlé dans la section premiere de ce chapitre, de la nature de l'institution universelle; ce que nous avons dit dans cet endroit peut servir à décider les questions sur la nature & la qualité de l'institution particuliere, qui est nécessaire pour empêcher de tomber dans le vice de préterition. Cette institution doit avoir deux qualitez principales : la premiere, qu'elle soit expresse; la seconde, qu'elle soit pure, ou du moins qu'il n'y ait point de condition casuelle ou mixte; car la condition potestative peut être imposée aux enfans, *L. 4, ff. de hered. instit.*

Deux qualitez de l'institution; qu'elle soit expresse & pure.

58. L'institution doit être expresse, *nominatim.*

L'institution des enfans & de toutes les autres personnes, que les Loix imposent la nécessité d'instituer pour la validité du testament, doit être expresse & faite *nominatim*, tout comme l'exhéredation, *filiusfamilias si militet, ut paganus, nominatim à patre aut heres scribi, aut exheredari debet, L. 26, ff. de lib. & posthum. qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredem instituat, vel exheredem eum nominatim faciat, instit. de exhered. liberor. in princip.* Le mot *nominatim* ne s'applique pas moins à l'institution qu'à l'exhéredation; il y a une foule de textes qui exigent que l'institution soit expresse; *l'art. 50 de l'Ordonnance de 1735*, déclare que l'institution doit être faite en appellant les instituez par leurs noms, ou en les désignant de telle maniere, que chacun d'eux y soit compris. Nous avons expliqué dans la section premiere de quelle façon l'institution pouvoit être faite par désignation.

En appellant par leurs noms, ou en désignant de maniere que tous y soient compris.

59. De l'institution *inter cæteros.*

On trouve bien des textes qui avoient permis d'exhéreder les filles & les petits-fils *ex masculo*, en gros, & *inter cæteros*, mais cela fut changé dans la suite par la Loi 4, *cod. de liberis præterit.* cependant on n'en trouve point, même dans le Droit ancien, qui ayent permis de faire l'institution *inter cæteros*; ensorte qu'une institution ainsi faite, j'institue toutes les personnes prétendant droit sur mon heredité en telle chose, ou en cinq sols, selon la formule ordinaire des Notaires, ne seroit pas suffisante pour empêcher de tomber dans le vice de préterition, suivant *M. Maynard, liv. 5, ch. 11*, & Ricard *des Donations, tom. 1, part. 3, n.* 850, 851, dont la décision se trouve confirmée par *l'art. 50 de l'Ordonnance de 1735*; il faut ou nommer les personnes ou les désigner d'une maniere univoque, comme j'institue Pierre, Jean &

Jacques mes enfans en la légitime, ou bien j'inſtitue tous mes enfans en la légitime, ou en la ſomme de tant, ou en telle choſe; il ne ſuffiroit pas non plus de leur leguer ſimplement la légitime, ſans y ajouter le titre honorable d'inſtitution. Les poſthumes ou les enfans à naître doivent pareillement être déſignez de telle maniere, que chacun d'eux y ſoit compris, ſelon le même *art.* 50 *de l'Ordonnance*, qui porte, *ce qui aura lieu même à l'égard des enfans qui ne ſeroient pas nez au tems du teſtament, & qui ſeroient nez ou conçus au tems de la mort du Teſtateur*; voilà pourquoi encore que par la Loi 4, *ff. de liberis & poſthumis*, le Teſtateur qui inſtitue le poſthume dont ſa femme eſt enceinte, ſoit cenſé comprendre dans l'inſtitution tous les poſthumes qui pourront naître de la même femme, & de toute autre qu'il pourra épouſer, *nam & cùm maritus poſthumum heredem ſcribit, non utique is ſolus poſthumus ſcriptus videtur, qui ex ea, quam habet uxorem, ei natus eſt, vel is qui tunc in utero eſt, verum is quoque, qui ex quacumque uxore naſcatur*; néanmoins cela ne peut pas avoir lieu aux termes de l'Ordonnance: il faut que le Teſtateur inſtitue tous les poſthumes qui pourront naître de lui ſans aucune relation particuliere, ni au poſthume dont la femme eſt enceinte, ni aux poſthumes dont la femme pourroit devenir mere; cette déſignation ainſi relative ne pourroit comprendre que ceux de la même femme, ou le poſthume alors dans le ſein de la mere, & non ceux qui naîtront d'une autre femme, parce qu'il faut que la déſignation ſoit telle, qu'elle comprenne tous les poſthumes d'une maniere claire, ſans donner de l'extenſion à la ſignification des paroles dont le Teſtateur s'eſt ſervi; Sa Majeſté a préferé le doute renfermé dans la Loi 28, §. *ſi quis* 2, *ff. eod.* en lui donnant même de l'extenſion, à la déciſion de la Loi 4 du même titre; ainſi la juriſprudence des Arrêts rapportez par *M. de Catellan*, *liv.* 2, *ch.* 52, & par les autres Auteurs, conforme à la Loi 4 que nous avons citée, eſt aujourd'hui abrogée.

Le legs de la légitime ſans titre d'inſtitution, n'empêcheroit pas la préterition.

Quid des poſthumes.

Ils doivent tous être déſignez de maniere qu'ils ſoient tous compris dans l'inſtitution.

Correction du Droit Romain.

La déſignation rélative ne peut pas être étenduë hors de ſon cas.

60. Il n'y a point de formule de paroles pour l'inſtitution.

Mais comme il n'y a point de formule pour concevoir l'inſtitution, pourvû que le Teſtateur ſe ſoit ſervi de paroles qui faſſent connoître les perſonnes par leur nom, ou par une déſignation certaine & univoque, & qu'il ajoute quelque terme qui puiſſe déſigner l'inſtitution, elle doit être conſiderée comme ſuffiſante; cependant le legs fait pour la part ou portion héréditaire, ne peut pas être regardé comme une inſtitution ſuffiſante, ainſi que nous l'avons dit au commencement de ce chapitre, n. 45.

61. Si la ſubſtitu-

Mais la ſubſtitution ou le fideicommis de l'hérédité faits en

faveur de celui qui doit néceſſairement être inſtitué, peuvent-ils remplacer l'inſtitution expreſſe, & couvrent-ils le vice de préterition ? La Loi *ex facto* 43, *§. Lucius* 2, *ff. de valg. & pupill. ſubſtit.* & la Loi 75, *ff. de hered. inſtit.* décident nettement cette difficulté pour la négative en conſiderant l'enfant ſubſtitué comme préterit; ſi bien que la préterition annulle l'inſtitution, qui forme le premier dégré, & par rapport au fideicommis la déciſion en eſt textuelle dans la Loi *ita tamen* 27, *§. qui rogatus* 12, *ff. ad S. C. Trebell.* qui dit que le fils appellé à l'hérédité par fideicommis, ne laiſſe pas de pouvoir demander la poſſeſſion des biens *contrà tabulas*, ce qui ne peut arriver qu'à cauſe qu'il eſt préterit, nonobſtant le fideicommis univerſel; ce n'eſt pas que la ſubſtitution à l'hérédité ne ſoit une inſtitution au ſecond dégré, puiſque le ſubſtitué prend la place de l'héritier quand le cas arrive, mais c'eſt parce que la ſubſtitution eſt conditionnelle; voilà pourquoi l'inſtitution qu'elle renferme eſt conſiderée pour rien. A l'égard du fideicommiſſaire, il n'eſt point héritier, il eſt ſeulement à la place de l'héritier, quand le fideicommis eſt ouvert, & qu'il lui a été reſtitué; ainſi le fideicommis ne peut jamais être conſideré comme une inſtitution, & quand il le pourroit ce ſeroit toujours une inſtitution conditionnelle, & par conſéquent auſſi inſuffiſante & inutile que celle qui eſt renfermée dans la ſubſtitution.

tion & le fideicommis univerſel tiennent lieu d'inſtitution.

Nullité du premier dégré à cauſe de la préterition.

A cauſe que la ſubſtitution fait une inſtitution conditionnelle.

Le fideicommis univerſel n'eſt pas une inſtitution.

C'eſt à mon avis une maniere de raiſonner très-fauſſe, & une mauvaiſe ſubtilité, de dire que celui qui ſe trouve ſubſtitué vulgairement, ou par fideicommis univerſel eſt vraîment inſtitué, puiſqu'il eſt appellé pour recueillir l'hérédité dans le cas & au tems marquez par le Teſtateur, & que les Loix 30, 32 & 36, *cod. de inoff. teſtam.* retranchant de plein droit toutes les conditions, charges & délais de la légitime, qui doit être payée ſans délai, il y a de quoi former une inſtitution ſuffiſante pour empêcher le vice de préterition, puiſque le ſubſtitué ſe trouve ſaiſi de ſa légitime, de laquelle toute condition & charge eſt retranchée de plein droit, & que le fideicommis doit lui être reſtitué ſur le champ à concurrence de la légitime : Car celui dont l'inſtitution eſt néceſſaire pour éviter la préterition, doit être inſtitué *actu* par le Teſtateur, & il doit tenir de lui l'émolument de l'inſtitution, & non du bénéfice de la Loi, comme il arrive dans le cas du fils appellé par fideicommis univerſel, qui prend ſa légitime avant l'évenement du fideicommis; car il ne tient pas cette légitime en vertu de l'inſtitution, puiſqu'il n'y a point de diſpoſition préſente & actuelle : il tient ſa légitime du bénéfice de la Loi, ce qui ne

67.
Objection que les Auteurs tirent de la Loi 36, §. 1, *cod. de inoff. teſtam.*

Réponſe.

L'inſtitution doit être actuelle & venir de la diſpoſition du Teſtateur.

Le fils ne tient ſa légitime que de la Loi.

ſuffit pas pour ſatisfaire à ce qu'exige la *Novelle* 115, qui veut une inſtitution actuelle & préſente, & un vrai titre d'héritier donné par le Teſtateur par diſpoſition pure, expreſſe & actuelle, lequel titre ne peut jamais convenir à un ſimple Fideicommiſſaire, y ayant cette difference eſſentielle entre l'inſtitué *in re certâ* & le fideicommiſſaire, que ſi l'inſtitution générale eſt emportée, le teſtament pourra être ſoutenu par l'inſtitution particuliere, parce que l'inſtitué deviendra héritier univerſel *detractâ rei mentione*, comme nous l'avons prouvé dans la ſect. 1 de ce chapitre; au lieu que le fideicommis ſeraanéanti, ſi l'inſtitution auquel il eſt ſubordonné eſt emportée.

Difference entre l'Inſtitué *in re certâ*, & le Fideicommiſſaire univerſel, ſous condition.

63. Siſtême de Juſtinien, quand il porta la Loi 36, §. 1, *cod. de inoff. teſtam.*

De plus il faut prendre garde que quand l'Empereur Juſtinien porta la Loi 36, *Cod. de inoff. teſtam.* il étoit dans ce ſyſtême de faire fléchir toutes les regles du Droit ancien pour faire valoir les diſpoſitions teſtamentaires. En effet, il retrancha par la Loi 30, *cod. de inoffic. teſtam.* la néceſſité d'inſtituer les perſonnes dont le défaut d'inſtitution ou d'exhéredation leur donnoit le droit d'attaquer le teſtament par la plainte d'inofficioſité, ou par la demande de la poſſeſſion des biens *contrà Tabulas*; il n'eſt donc pas ſurprenant que dans ce tems-là il ait déclaré par la Loi 36, §. 1, *cod. de inoff. teſtam.* que quand le fils étoit appellé à l'heredité par un fideicommis univerſel, cela dût ſuffire pour couvrir le vice de pretérition, vû que la légitime ne pouvant pas être chargée de condition, il ſuffiſoit que le fils eût cette légitime à titre de fideicommis.

64. Changement de ſiſtême par la *Novelle* 115.

Mais cet Empereur a depuis changé de ſyſtême, en rétabliſſant les regles du Droit ancien, qui avoient impoſé la néceſſité de l'inſtitution pour la validité du teſtament, en faiſant revivre l'effet de la pretérition, & en la fixant au défaut d'inſtitution ſans qu'il ſuffit que la légitime fût laiſſée à titre de legs, de fideicommis ou à quelqu'autre titre que ce fût, different de l'inſtitution: par où l'on voit que la déciſion de la Loi 36, §. 1, a été corrigée & abrogée d'une maniere bien claire, & que les Loix qui décident qu'il ne ſuffiſoit pas de laiſſer la legitime à titre de fideicommis même univerſel ont été remiſes en vigeur, en détruiſant la correction que la Loi 36, §. 1, *cod. de inoff. teſtam.* en avoit faite.

Abrogation de la Loi 36, § 1, *cod. de inoff. teſtam.* en ce qu'elle décide que le fideicommis univerſel tient lieu d'inſtitution.

65. Réfutation de l'opinion de *Ferriere*.

Jacques de Ferriere ſur la queſtion 456 *de Guypape*, qui ſoutient l'opinion contraire, reconnoit que la *Novelle* 115 a dérogé au Droit du Code, qui permettoit de laiſſer la légitime *quovis relicti titulo*. Il reconnoît encore qu'il ne ſuffit pas que

la légitime soit laissée à titre de fideicommis particulier : mais il prétend que la Novelle ne parle point de fideicommis universel, & que par conséquent elle ne corrige point la Loi 36, §. 1, *cod. de inoffic. testam.* qui est dans le cas d'un fideicommis universel; mais les termes généraux dont la Novelle est conçue ne comportent pas une telle explication, qui en restraignant sa disposition l'altere & la détruit contre l'esprit du Legislateur: car comme nous l'avons montré ci-dessus, la *Novelle* 115 corrige ce qui avoit été ordonné par la Loi 36, §. 1, *cod. de inoff. testam.* que le fideicommis universel auquel le fils étoit appellé par le testament de son pere devoit tenir lieu d'institution; en effet, lorsque la Novelle dit, *nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum eis dederit Legibus debitam portionem*, il est clair qu'elle exclut absolument tout titre quelqu'il soit autre que celui d'institution expresse, litterale & pure, vû que les mots *quamlibet donationem, vel alium quemcumque titulum*, qui se trouvent les uns avant les autres, après les mots *legatum vel fideicommissum*, doivent faire rapporter à ces deux termes les adjectifs *quemlibet, quemcumque*; & c'est tout de même que si l'Empereur avoit dit, *vel quodlibet legatum, vel quodlibet*, ou *quodcumque fideicommissum*; qu'ainsi le titre de fideicommis universel n'est pas moins exclu par les termes de la Novelle, que celui de la donation entre-vifs ou à cause de mort, & celui de legs particulier ou universel & de fideicommis particulier; que s'il suffisoit d'avoir la légitime, sans qu'il fût nécessaire que le Testateur y eût joint le titre honorable d'institution, il ne pourroit jamais y avoir de préterition, vû que la legitime est toujours dûe sans charge, condition ni délai, par le bénéfice de la Loi, malgré la disposition & la volonté du Testateur : voilà pourquoi la disposition de la Novelle deviendroit absolument inutile & illusoire, & il n'y auroit point de cas où l'on pût en faire une juste application. Cette opinion comme la plus exacte & la plus conforme au dernier état de la Jurisprudence Romaine, a été confirmée par un Arrêt du Parlement de Paris du 19 Novembre 1611, rapporté par M^e. *Claude Henrys, liv. 5, qu.* 27, & a été embrassée & défendue par plusieurs Auteurs très-exacts, notamment par *Ricard, des donations, tom.* 1, *part.* 3, *n.* 854, 855 & 856.

Preuves que la *Novelle* 115 exclut le fideicommis universel, comme le fideicommis particulier.

s'il suffisoit d'avoir la légitime, il n'y auroit jamais de préterition.

Elle a encore été approuvée & confirmée par la disposition de *l'Ordonnance de* 1735, *article* 50, qui exige nommément & expressément, que *dans les Pays où l'institution d'héritier est né-*

66. Confirmation par *l'Ordonnance de* 1735.

ceſſaire pour la validité du teſtament, ceux qui ont droit de legitime, ſeront inſtituez au moins en ce que le Teſtateur leur donnera, & l'inſtitution ſera faite en les appellant par leurs noms, ou en les déſignant de telle maniere que chacun d'eux y ſoit compris ; car à moins de vouloir confondre contre les regles & les notions les plus communes, l'inſtitution avec le fideicommis, on ne peut pas prétendre qu'une Loi qui exige nommément une inſtitution, & que ceux qui ont droit de légitime ſoient inſtituez héritiers, puiſſe être remplie au moyen d'un fideicommis univerſel, qui eſt toute autre choſe qu'une inſtitution : attendu qu'un Fideicommiſſaire n'a ni la qualité d'inſtitué ni celle d'héritier, laquelle qualité demeure irrévocablement au grevé, ſuivant cette maxime, *qui ſemel eſt hæres numquam deſinit eſſe hæres*, comme nous l'avons prouvé dans la *ſection* 1 *de ce chap. n.* 31.

L'inſtitution & le fideicommis univerſel ſont differens.

Le Fideicommiſſaire n'eſt ni inſtitué, ni heritier.

67. Quand le fideicommis ſeroit une inſtitution, elle ſeroit nulle comme conditionnelle.

D'ailleurs en paſſant pour un moment aux Auteurs, qui ſoutiennent l'opinion contraire, que le fideicommis univerſel eſt une vraye inſtitution, ce ne ſeroit jamais qu'une inſtitution conditionnelle, dont la condition n'étant pas poteſtative, elle devroit être conſiderée comme non-avenue & non-écrite ; parce que l'inſtitution dont nous parlons doit être pure, ou du moins on ne peut y ajouter aucune autre condition, que celle qui eſt purement poteſtative, ſuivant la Loi 4, *ff. de hered. inſtitut.* la Loi 28, *ff. de condit. inſtit.* & la Loi 4, *cod. de inſtit. & ſubſtit. ſub condit. factis.* Or ſelon la remarque de M^e. *Charles du Moulin* ſur la Loi *commodiſſimè, n.* 29, *ff. de liberis & poſthumis*, autre choſe eſt la néceſſité d'une inſtitution pure que les Loix exigent : autre choſe eſt que les Loix retranchent la condition qui peut retarder ou ſuſpendre le payement de la légitime : car encore que la légitime appartienne de plein droit aux enfans non ingrats, & qu'ils puiſſent la demander nonobſtant toute diſpoſition du pere, il n'en eſt pas moins néceſſaire que les enfans ſoient inſtituez purement pour la forme & la ſolemnité du teſtament, ſans quoi il eſt nul de plein droit ; parce qu'il n'y a aucune Loi qui rejette la condition attachée à l'inſtitution ; voilà pourquoi le fils ſe trouve bien ſaiſi d'une légitime, mais non d'une inſtitution pure qui eſt ce qui fait valoir le teſtament : *filiofamilias inſtituto etiam univerſaliter, ſed ſub conditione non voluntaria ſeu arbitraria, non rejicitur conditio inſtitutionis in aliquo, nec pro rata quidem legitimæ ; quia nullo jure pandectorum vel codicis cavetur, ſed bene cavetur nullum eſſe teſtamentum. Pater non poteſt facere quin filio non ingrato legitima inte-*

Autorité de *Dumoulin.*

Autre choſe eſt que les enfans ayent la légitime ſans charge ni condition ; autre choſe eſt, la néceſſité de les inſtituer purement.

gra ſtatim & purè debeatur, etiam ipſo jure, ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato, L. ſcimus cod. de inoff. teſtam. Sed bene poteſt facere ut nullo modo ſit, vel minus ritè inſtitutus. Aliud ſtante teſtamento omnem conditionem, vel onus ipſo jure uſque ad ſupplementum vel concurſum legitimæ rejici, ut non ſit opus reſcindere teſtamentum per querelam inofficioſi : aliud detrahi conditionem de forma inſtitutionis, ne teſtamentum defectu formæ ſubſtantialis non deducatur de non eſſe ad eſſe : in quo dictæ leges non diſpenſant, & de hoc non loquuntur. C'eſt ainſi que s'explique ce profond Docteur, qui n'eſt pas moins l'oracle du Droit Romain que du Droit François. Si donc celui qui eſt directement inſtitué ſous condition non poteſtative, eſt conſideré comme pretérit, que ne doit-on pas dire de celui qui n'eſt appellé que par un fideicommis conditionnel, lequel n'eſt nullement inſtitué? Le Parlement de Toulouſe a jugé cette queſtion conformément à notre avis, par un Arrêt rendu en la Tournelle au rapport de M. Doujat le 17 Mars 1746, entre Meſſire George de l'Hôpital, agiſſant comme légitime Adminiſtrateur de Jean-Paul de l'Hôpital ſon fils, le ſieur de Monterabié, le ſieur de Belcaſtel; Maître Ferriere, Curé de Monterabié, Maître la Roque, Curé de Belcaſtel, & Maître Pagés, Curé de Sauſſans. La Dame de Peire de Monterabié par ſon teſtament, fit certains legs aux Curez de Monterabié, de Belcaſtel & de Sauſſans, & inſtitua héritier Meſſire George de l'Hôpital, ſon mari, à la charge de rendre l'herédité à Jean-Paul de l'Hôpital leur fils commun, ſans avoir honoré ce fils du titre d'inſtitution particuliere. Le ſieur de l'Hôpital, comme adminiſtrateur de ſon fils, demanda la caſſation de ce teſtament, tant pour l'inſtitution univerſelle que pour les legs, à cauſe de la pretérition du fils de la Teſtatrice, comme n'ayant pas été inſtitué héritier particulier ; & il ſoutenoit que le fideicommis de l'herédité auquel le fils étoit appellé n'étoit pas une inſtitution capable de couvrir le vice de pretérition. L'Arrêt déclara le teſtament nul quant à l'inſtitution d'héritier, & en ordonna l'exécution pour les legs.

L'inſtitution eſt une formalité ſubſtantielle.

Celui qui eſt inſtitué ſous une condition non poteſtative eſt cenſé préterit.

Arrêt du Parlement de Toulouſe qui juge que le fils eſt préterit, quoiqu'il ſoit appellé par fideicommis pour recueillir l'herédité.

Les autoritez que nous venons de rapporter prouvent la ſeconde qualité qui doit ſe rencontrer dans l'inſtitution, afin qu'elle ſoit capable d'empêcher le vice de préterition ; c'eſt-à-dire qu'elle ſoit pure ou du moins qu'il n'y ait aucune condition caſuelle, ou mixte. Que ſi le Teſtateur n'a impoſé qu'une condition purement poteſtative, comme de bailler dix écus à une perſonne, de ſortir d'une telle Ville, de monter au Ca-

68. Seconde qualité de l'inſtitution : qu'elle ſoit pure.

Quid s'il y a une inſtitution poteſtative.

pitole, de se marier ou ne pas se marier avec une telle personne, il n'y a point de pretérition, quoique dans le cas du défaut d'accomplissement de la condition, le fils institué héritier universel sous une telle condition potestative, ne soit pas institué nommément en la légitime; à cause que le testament reçoit sa perfection par l'institution universelle, quoique faite sous une condition potestative permise par les Loix 4 & 5, *ff. de hered. instit.* la Loi 15 & la Loi 28, *ff. de condit. instit.* parce qu'une telle institution est considerée comme pure, *ejusmodi conditio pro purâ haberi debet, leg.* 1, §. 8. *ff. si quis omissa causa testam.* & lorsque le fils ainsi institué refuse d'accomplir une condition qui dépend absolument de sa volonté, il est censé répudier, comme le remarque fort bien *M. Cujas sur la Loi derniere, ff. de condit. instit. lib.* 13, *responsi. Papiniani.* Aussi voit-on que selon les regles du Droit ancien le fils institué sous une condition casuelle, devoit être exhéredé, en cas que la condition viendroit à manquer: sinon le testament étoit nul; mais lorsque la condition étoit potestative, il étoit bon, quoique le fils ne fût pas exhéredé dans le cas que la condition ne seroit pas accomplie, *L.* 4, §. *ult. ff. de hered instit. & L. libertus* 20, §. 4, *in fine de bonis libert.* ce qui prouve indubitablement que l'institution faite sous une condition purement potestative en la personne du fils, rend le testament bon & valable dans son principe, & qu'il ne peut recevoir aucune atteinte par les évenemens. L'Ordonnance de 1735, art. 50 & 53, ne décide rien de contraire, elle impose à la verité la nécessité de l'institution, & elle déclare nul le testament impliqué du vice de préterition; mais comme elle ne regle point les cas où il y a préterition ou non, elle laisse cette matiere sous la disposition de la Loi Romaine, & par conséquent c'est par elle que l'on doit se regler.

69. A l'égard de quelles personnes la préterition produit-elle son effet.

Pour montrer la véritable application & l'usage des regles que nous avons expliquées, il est nécessaire d'entrer dans le détail, & de faire voir dans quels cas & à l'égard de quelles personnes la préterition doit produire son effet. Nous commencerons par les descendans, ensuite nous parlerons des ascendans, & enfin des freres qui se trouvent préterits dans le testament de leur frere germain ou consanguin, *turpi personâ institutâ.*

70. L'institution n'est necessaire

Comme la légitime n'est dûe qu'aux enfans qui sont au premier degré, ou à ceux qui représentent le premier degré, la préterition

pretérition des petits-fils n'opere rien quand leur pere se trouve en vie lors de la mort du Testateur, quoiqu'il eût été exhéredé, *l. 6, ff. de injusto rupto*; mais la pretérition de ceux qui tiennent ou représentent le premier degré, rend le testament nul, quoiqu'ils soient petits-fils ou arriere-petits-fils, ou à quelqu'autre degré plus éloigné, *L. Gallus 29, ff. de liberis & posthumis, L. 3, l. 6 & l. 13, ff. de injusto rupto*, sans examiner s'ils sont émancipez ou non, ni s'ils sont descendans par mâle ou par fille, ni si le Testateur est pere ou mere, ayeul ou ayeule, ou tout autre ascendant: Le texte de la *Novelle 115, chap. 3, in principio*, & *l'Ordonnance de 1735, art. 50 & 53*, y sont exprès. Que si les petits-fils qui ne représentent pas le premier degré au tems du testament, le représentent lors de la mort du Testateur à cause du predécès de leur pere, leur existance rompt le testament dans lequel ils sont pretérits, *§. 2, Instit. de exhered. liberor.* parce qu'ils entrent à la place de leur pere, & qu'ils ont un droit de légitime, *L. 13, ff. de injusto rupto.* Cela résulte clairement des paroles de la *Novelle 115, chapitre 3, in princip.* qui parle des peres, meres, ayeuls & bisayeuls; de la Loi *29, ff. de liber. & posthum. de la Loi 3, de la Loi 6*, & *de la Loi 13, ff. de injusto rupto*: aussi la question a-t-elle été jugée de même par plusieurs Arrêts du Parlement de Grenoble rapportez par *Basset, tom. 2, liv. 8, titre 1, chapitre 10*, dans le cas précis où les enfans au premier degré, vivans lors du testament, & qui avoient été instituez, étoient morts avant le Testateur, laissant des enfans, lesquels se trouvant pretérits dans le testament de leur ayeul ou ayeule, & quoiqu'ils descendissent par femme, opererent la cassation du testament quant à l'institution, & la succession fut déferée *ab intestat*, conformément aux textes que nous avons citez.

qu'à l'égard des personnes qui tiennent le premier dégré, ou le representent.

Des petits-fils qui ne representent pas le premier dégré lors du testament, & dont le pere est mort avant le Testateur.

Pour sçavoir quand & comment la pretérition des posthumes rend le testament nul ou le rompt, il faut distinguer deux sortes de posthumes, les uns qui sont conçus & non nez lors du testament, & les autres qui sont conçus & nez après le testament. Les premiers rendent le testament nul de plein droit lorsqu'ils naissent, s'ils sont pretérits, tout comme les enfans nez lors du Testament, *L. 20, cod. de posthum. hered. instit.* parce que les postumes qui sont dans le sein de leur mere sont consideréz comme s'ils étoient nez, quant à leur avantage, *L. 7, ff. de statu hominum, §. 5 Instit. de exhered. liberor. L. 4. cod. de liberis præteritis, & leg. 3, §. 3, ff. de injusto rupto.*

7°. Des posthumes.

La pretérition de ceux qui sont conçus lors du testament, rend nul sans retour le testament.

72. La prétérition de ceux qui sont conçus & nez depuis le testament, le rompt.

A l'égard de ceux qui sont conçus & naissent après le testament, ils le rompent de plein droit, *L.* 3, *§.* 3, *ff. de injusto rupto*; & comme leur préterition n'existoit pas lors du testament, & qu'il étoit bon dans son principe, si le posthume preterit meurt avant le Testateur, le testament qui avoit été rompu par sa naissance reprend sa force, *l.* 12. *ff. de injusto rupto*, & *§. posthumis instit. de exhered. liberorum.* L'Ordonnance de 1735, *article* 50, veut bien que les posthumes soient instituez & que leur pretérition annulle le testament quand ils naissent, & sont conçus après; mais elle ne corrige point la distinction que le Droit Romain fait entre le posthume conçu lors du testament, & celui qui est conçu & né après le testament. Du reste nous avons vû ailleurs quelles sont les conditions nécessaires, afin que la naissance du posthume pretérit rende nul ou rompe le testament. On peut voir ci-dessus au chap. 7, section 6, n. 132 jusqu'au nombre 150, les conditions nécessaires afin que la naissance du posthume puisse annuller ou rompre le testament où il est pretérit.

Il reprend sa force par la mort du posthume avant son pere.

L'Ordonnance ne corrige pas cette distinction.

73. De la préterition des bâtards.

Suivant la Loi 29, *§.* 1, *ff. de inoff. testam.* l'enfant bâtard, *spurius*, avoit la faculté d'impugner par la plainte d'inofficiosité, le testament de sa mere naturelle; mais il ne pouvoit pas impugner le testament de son pere naturel. La raison de la difference est, parceque la mere est toujours certaine, au lieu que le pere est incertain. Comme en France les bâtards n'ont aucun droit de succeder à leur pere ou mere, & qu'ils n'ont aucune legitime à prétendre, leur préterition ne peut donner aucune atteinte au testament de leurs ascendans. Mais les enfans légitimez par un mariage subséquent, acquerant l'état de légitimité, & ayant les mêmes droits & la même faveur que les enfans nez dans un mariage légitime, leur préterition rendroit nul le testament de leurs ascendans, tout de même que celle des enfans légitimes lors de leur naissance.

Des enfans légitimez par mariage subséquent.

74. De la préterition des enfans légitimez par mariage ou par rescrit.

Les enfans légitimez par rescrit du Prince passent sous la puissance de leur pere, & ils ont un droit de légitime à prendre sur les biens de leur pere ou mere qui les ont fait légitimer: voilà pourquoi s'ils étoient préterits, le testament compliqué du vice de préterition seroit nul. Nous avons traité cette question & la précédente dans le *chap. 6, sect.* 2; nous avons même rapporté n. 211 & suivans, un Arrêt du Parlement de Toulouse du 6 Septembre 1736, au sujet de la pretérition d'une fille légitimée par rescrit. Il nous suffit de renvoyer à ce

que nous avons dit dans cet endroit. Nous ajouterons seulement, que la pretérition qui arrive lorsque l'enfant est légitimé, rend le testament nul de plein droit, au lieu que la légitimation survenue depuis le testament le rompt de la même façon que l'agnation du posthume conçu & né depuis le testament.

La légitimation survenue rompt le testament.

75. De la préterition. De ceux qui ont souffert la mort civile.

Ceux qui ont souffert une mort civile par une condamnation capable de produire cet effet, n'ayant pas le droit de succeder ni aucune légitime à pretendre, s'ils sont pretérits dans le testament de leur pere, leur pretérition ne rend pas le testament nul: mais si la condamnation prononcée par défaut étoit anéantie, que le condamné eût purgé la contumace, & qu'il eût été absous de l'accusation, sa pretérition rendroit le testament nul. Il y a un Arrêt du Parlement de Paris du 3 May 1646, rapporté au *Journal des Audiences*, *tom.* 1, *liv.* 4, *ch.* 40, qui l'a ainsi jugé.

La préterition a son effet quand les condamnez par défaut sont absous.

76. De la préterition des Moines.

Celui qui est entré en Religion, & y a fait les vœux, est incapable de succeder suivant l'usage du Royaume, & n'a aucune legitime à prétendre sur les biens de ses parens, parce qu'il est mort civilement; voilà pourquoi sa pretérition ne peut produire aucun effet, parce que l'Ordonnance de 1735 n'exige l'institution que des personnes qui ont droit de légitime. On le jugeoit de même avant cette Ordonnance, suivant M. *Duranty*, *qu.* 6, *& M. Maynard liv.* 9, *ch.* 21: aussi on n'observe pas la Loi *Deo nobis* 56, §. 1, *cod. de Episcop. & Cler.* qui veut que la pretérition de l'enfant qui a fait les vœux de Religion, opere le même effet que s'il étoit dans le siecle.

77. De la préterition de la fille qui a renoncé ou qui est exclusе par statut, & de ses enfans.

Mais la pretérition de la fille qui a renoncé moyennant une dot, ou qui est exclusе par Statut de la succession de ses parens, peut-elle être impunément pretérite? Et qu'en doit être des enfans de la fille qui a renoncé ou qui est exclusе par Statut, lorsqu'ils représentent le premier degré par le predécès de leur mere? La décision de ces questions est très-difficile, parce qu'on n'en peut pas trouver les principes décisifs dans le Droit Romain, à cause qu'on s'en est écarté, & que l'on a dérogé à cet égard au Droit civil, en admettant des renonciations à des successions futures, & des exclusions que la Loi Romaine proscrivoit, ou du moins qu'elle ne connoissoit pas; elles sont traitées par *Guypape & Ranchin*, *qu.* 598, *par Jacques de Ferriere sur la q.* 295 *de Guypape*, & *par Fernand* sur le chap. unique *de filiis natis ex matrimonio ad Morgan. contract. de vi pacti de non succedendo*, *n.* 9. On peut voir les distinctions que Ran-

Auteurs qui traitent cette question.

chin rapporte d'après les Auteurs. Il me semble que toutes les distinctions de ces Auteurs sont mauvaises, & qu'elles n'ont d'autre fondement qu'une fausse idée qu'ils se sont fait du motif des effets de la pretérition, qu'ils ont crû dépendre du droit de prendre part à la succession & à la legitime: de sorte qu'ils ont conclu de leur prétendu principe, que toutes les fois que par renonciation ou toute autre exclusion, la fille ne doit pas être admise à la demande de la legitime, il n'est pas nécessaire qu'elle soit instituée, & que le testament où elle est préterite est bon: mais ce principe est visiblement faux; car s'il étoit vrai, il s'ensuivroit qu'un fils ou une fille qui auroient reçu leur légitime entiere en conséquence d'une donation entre-vifs, pourroient être impunément pretérits; & il s'ensuivroit encore que le legs de la légitime devroit suffire pour la validité du testament, sans qu'il fût nécessaire d'y aiouter le titre d'institution; cependant la *Novelle* 115, *chap.* 3, décide nettement le contraire, en imposant au pere, à la mere, & aux autres ascendans paternels & maternels, la nécessité d'instituer leurs enfans, quoiqu'ils leur ayent donné la légitime par quelque donation que ce soit: *nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum eis dederit legibus debitam portionem.* D'où il s'ensuit bien clairement que quoique le pere ait payé la légitime à son fils, ou qu'il la lui ait laissée, il ne lui est pourtant pas permis de lui refuser l'institution dans son testament.

Que toutes les distinctions des Auteurs sont fausses.

Si le fils ou la fille qui ont reçu leur légitime pendant la vie du pere peuvent être pretérits.

78. La pretérition de la fille qui a renoncé annulle le testament.

De-là, il s'ensuit encore, que quoique la fille ait renoncé à la légitime & même à la succession, il n'est pas permis au pere de la passer sous silence, parce qu'on ne peut pas considerer cette renonciation avec plus d'effet, quant à la faculté de ne point instituer la fille, que le payement entier, réel & actuel de la légitime; parce que la renonciation qui n'est qu'un payement feint quand la légitime n'est pas remplie au moyen de ce qui est donné en la mariant, ne peut pas avoir plus de force que le payement entier, réel & effectif, qui éteint la dette de plein droit, & non par fiction ni par exception, comme fait la renonciation.

79. De quel point dépend la nécessité d'instituer pour éviter le vice de pretérition.

Du reste si la nécessité d'instituer les descendans ne dépend pas proprement de l'action pour demander la légitime, puisqu'encore que la légitime soit payée, l'obligation d'instituer subsiste; le droit de légitime ne dépend pas non-plus de la faculté de succeder, quand elle ne dérive pas d'une mort civile

encourue ; il dépend de la qualité d'enfant, ou d'aſcendant dans les Pays de Droit écrit, où, comme nous l'avons prouvé ci-devant, la légitime n'eſt pas une portion *ab inteſtat*, ce qui paroit avoir été confirmé par *l'article 61 de l'Ordonnance de 1735*. La *Novelle 18, chapitre 1*, aſſigne aux legitimaires une portion différente ſelon leur nombre, ſur le patrimoine du défunt, malgré toute diſpoſition qu'il peut faire ; c'eſt à-dire le tiers quand il y a quatre enfans, ou un moindre nombre ; & la moitié quand il y a plus de quatre enfans. Il ſuffit donc d'être de la qualité requiſe par la Loi pour avoir droit de légitime, ſans avoir le droit de ſucceder, ni l'action pour demander une légitime actuelle ; & quoiqu'il y ait quelqu'excluſion par renonciation ou Statut, le Parlement de Toulouſe eſt ſi fort convaincu que la légitime ne dépend pas de la faculté de ſucceder, que quoique par la Coutume de cette Ville la mere ſoit excluſe de la ſucceſſion de ſes enfans, il ne laiſſe pas de lui accorder une légitime ſur les biens qui ſont ſituez dans le diſtrict de cette Coutume ; il juge encore & avec fondement, comme nous l'avons montré au *chapitre 10, ſect. 2, n. 39 & ſuivans*, que le fils qui répudie l'heredité de ſon pere ne laiſſe pas de pouvoir demander une légitime, quoiqu'il n'y ait aucun co-héritier qui accepte la ſucceſſion. Ainſi la renonciation de la fille à la ſucceſſion, & même par exprès à la légitime & ſuplément, ou l'excluſion par Statut, peut bien l'empêcher de demander la légitime, & de prendre part à la ſucceſſion *ab inteſtat* ; mais non lui faire perdre la qualité qui lui attribue le droit de légitime, duquel dépend l'obligation du pere & des aſcendans, d'inſtituer leurs deſcendans ſuivant le Droit Romain, & l'*article 50 de l'Ordonnance de 1735*, qui ne fait pas dépendre la néceſſité d'inſtituer de l'action que l'on peut avoir pour demander la légitime, mais du droit de légitime, c'eſt-à-dire de la qualité à laquelle la Loi attache le droit de légitime. C'eſt ce qu'aucun Auteur n'avoit encore remarqué : auſſi ne connoiſſant pas le vrai fondement de la néceſſité d'inſtituer, il ne leur a pas été poſſible de trouver le point déciſif des difficultez que nous agitons. *M. le Préſident Faber, de error. Pragmat. decad. 13, error. 1*, a fortement ſoutenu l'opinion que nous embraſſons ; & le Parlement de Provence en fait la regle de ſes Arrêts, comme nous le remarquerons bien-tôt.

La légitime ne dépend pas de la faculté de ſucceder.

Quel peut être l'effet de la renonciation ou de l'excluſion par Statut.

Droit de légitime comment doit s'entendre.

Pour ce qui eſt des enfans des filles qui ont renoncé, ou qui ſont excluſes par Statut, comme ils viennent de leur

8°. De la préterition des enfans des filles qui ont

renoncé ou sont exclusés par statut.

propre chef & qu'ils ont la qualité nécessaire pour avoir droit de légitime, quand leur mere est morte & qu'ils représentent le premier degré, il est encore moins douteux que leur prétérition ne rende le testament nul. *Basset, tome 2, liv. 8, tit. 1, chapitre 10*, rapporte des Arrêts qui l'ont jugé ainsi. Le Parlement de Provence le juge de même dans le cas où les filles ont renoncé, & dans celui où elles sont exclusés par Statut, & encore pour les enfans de ces filles qu'il faut nécessairement instituer, comme l'atteste *l'Anonyme de Provence donné au public en 1702, liv. 5, page 406.*

Jurisprudence du Parlement de Provence.

81. De la préterition des mâles qui ont renoncé.

Nous devons dire la même chose des mâles qui ont renoncé à la succession & à la légitime, pendant la vie de leur pere; & encore à plus forte raison, parce qu'une telle renonciation seroit nulle, & est réprouvée par les Loix, notamment par la Loi 35, §. 1, *cod. de inoff. testam.* & c'est ainsi que le décide *Dumoulin, dans ses notes sur les Conseils d'Alexandre*, & après lui *Mynsinger, centur. 6, observat. 62.*

81. Objection.

Mais, dira-t-on, si la fille est exclusé par Statut de la succession & de la légitime, n'est-il pas indifférent que son pere l'institue ou non, puisqu'elle ne peut avoir aucune part à la succession *ab intestat*, & que par conséquent elle ne peut tirer aucune utilité de la nullité du testament, ni de l'institution particuliere? A quoi je réponds, que la fille quoiqu'exclusé par renonciation ou Statut, au moyen de l'institution particuliere, peut devenir héritiere universelle par la répudiation des héritiers instituez, ou par leur predécès, ou par leur incapacité; parce que se trouvant seule, l'institution *in re certâ*, est convertie en institution générale, *detractâ rei mentione*: d'ailleurs dès que la nullité est encourue par la préterition, elle peut être opposée par tous les Intéressez, quoique la fille préterite ne s'en plaigne pas, ainsi que nous l'avons établi ci-dessus, & que le remarque *Morgues, sur le Statut de Provence, page 191 & 192.*

Réponse.

83. La préterition opere son effet, soit que l'heritier soit étranger ou enfant du Testateur.

Il est remarquable que la préterition opere son effet, soit que l'heritier soit étranger ou enfant du Testateur; parce que la *Novelle 115*, ni même le Droit ancien ne distinguent point à cet égard, & déclarent le testament nul, sans examiner la qualité de l'héritier institué: L'*Ordonnance de 1735* l'a déclaré en termes exprès par *l'article 54*, qui veut que la nullité résultante de la préterition ait lieu, même à l'égard des testamens faits entre enfans ou en tems de peste; par où la distinction

faite par *M. de Catellan*, entre l'héritier étranger, & celui qui étoit du nombre des enfans du Teſtateur, eſt abrogée. Elle étoit même contraire à la diſpoſition du Droit ancien & de la *Novelle* 115, & s'étoit introduite ſur les mauvaiſes déciſions des Auteurs: cependant l'inſtitution n'eſt pas néceſſaire, ſoit que l'héritier ſoit du nombre des enfans, ou étranger, dans les lieux où il y a Coutume, Statut ou Loi ſpéciale, qui permet expreſſément de laiſſer légitime à autre titre qu'à celui d'inſtitution, ſuivant l'*article* 55 *de la même Ordonnance*; ce qui ne doit pas s'entendre des Pays où il y a ſimplement une juriſprudence fondée ſur les Arrêts & la maniere de juger. Il faut qu'il y ait Coutume écrite, ou Statut, ou Loi autoriſée par le Prince, la Juriſprudence des Arrêts ne pouvant pas être miſe au rang des Statuts, Coutumes ou Loix.

L'inſtitution n'eſt pas néceſſaire dans les lieux où il y a Coutume contraire.

84. De la préterition des aſcendans aux teſtamens des deſcendans.

Par rapport à la préterition des aſcendans dans les teſtamens de leurs deſcendans, on doit d'abord remarquer qu'elle doit produire ſon effet, à quelque degré que ſe trouve l'aſcendant préterit, pere, mere, ayeul, ayeule, biſayeul, biſayeule, ou autre degré plus éloigné; mais il faut prendre garde que la préterition des aſcendans n'eſt conſidérable que quand le Teſtateur décede ſans enfans: car s'il laiſſe un ou pluſieurs enfans, il n'eſt pas néceſſaire d'inſtituer les aſcendans, parce que dans ce cas ils n'ont point droit de légitime, la ſucceſſion allant toujours en deſcendant ſuivant l'ordre naturel; & ce n'eſt que par un renverſement de cet ordre qu'elle remonte aux aſcendans, ſuivant la *Novelle* 118, *chapitre* 1 & 2, & l'Auth. *defuncto cod. ad Senatuſconſ. Tertyllianum.*

L'inſtitution des aſcendans n'eſt néceſſaire que quand il n'y a point de deſcendans.

Il faut encore prendre garde qu'il n'eſt pas néceſſaire d'inſtituer tous les aſcendans, lorſqu'il y en a de plus proches; on n'a beſoin d'inſtituer que ceux qui ſont les plus proches en degré, leſquels ont droit de légitime & la faculté de ſucceder: *ſi autem plurimi aſcendentium vivunt, hos præponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur, maſculos vel fœminas, ſive paterni, ſive materni ſint*, dit la *Novelle* 118, *chapitre* 2: & l'on ne conſidere point la difference des ſexes ni la puiſſance paternelle, ni s'ils ſont aſcendans par mâle ou par fille, toutes ces différences ſe trouvant abrogées aujourd'hui que le droit de ſucceder & de légitime ſont attachez au lien du ſang & à la proximité du degré de parenté.

85. Il n'eſt néceſſaire d'inſtituer que ceux qui ſont plus proches en dégré.

On ne conſidere point la difference des ſexes ni la puiſſance paternelle.

Si par exemple un enfant décede, laiſſant ſa mere & ſon ayeul paternel ſurvivans, il n'aura beſoin d'inſtituer que ſa mere

86. Explication de la regle.

& non ſon ayeul paternel, & il en doit être de même dans tous les autres degrez; mais ſi lors du teſtament il y avoit un aſcendant au premier degré, & un autre au ſecond degré, quoique le Teſtateur eût ſatisfait à la formalité de l'inſtitution à l'égard de l'aſcendant plus proche, ſi cet aſcendant venoit à prédeceder le Teſtateur, l'autre aſcendant au ſecond degré qui ſe trouveroit préterit, & vivant lors du decès du Teſtateur, romproit le teſtament, parce qu'il auroit droit de légitime, & que l'on devroit appliquer à ce cas la déciſion des articles 50 & 53 de l'Ordonnance de 1735, & de la *Novelle* 115, *chapitre* 4. La raiſon pourquoi les aſcendans plus éloignez ne doivent pas être inſtituez, eſt, parce qu'il n'y a point de droit de repréſentation en ligne directe aſcendante, & que l'ayeul ne repréſente point ſon fils prédecedé. Je crois même que ce que je viens de dire doit avoir lieu, quoique le défunt laiſſe ſa mere & ſon ayeule dans un Pays où la mere eſt excluſe de la ſucceſſion de ſon fils, en vertu de l'Edit des meres donné à S. Maur en 1567; & je penſe que le ſentiment de *Bretonnier*, qui le décide ainſi, merite la préference ſur celui de *Henrys*, *liv.* 5, *queſt.* 28, qui a crû que la préterition de l'ayeule rend le teſtament nul par ſa préterition, quoique la mere du Teſtateur ſoit au milieu. Nous croyons auſſi que dans la Coutume de Toulouſe le fils qui laiſſe ſa mere & l'ayeule paternelle n'eſt pas obligé d'inſtituer l'ayeule, quoique la mere ſoit excluſe de ſa ſucceſſion; parce qu'on conſerve à la mere le droit de légitime. Du reſte, je ne ſçaurois approuver ce que *Bretonnier* dit, que la mere préterite doit intenter la plainte d'inofficioſité. J'ai démontré ci-deſſus, ſi je ne me trompe, que ce remede eſt abrogé, & que la mere peut agir par la voye de nullité.

Si la préterition de l'ayeule, la mere étant au milieu, annulle dans les Pays où l'on obſerve l'Edit des meres.

87. Si les aſcendans remariez doivent être inſtituez.

Les aſcendans quoique remariez ne laiſſent pas d'avoir les qualitez néceſſaires pour qu'ils doivent être inſtituez par leurs deſcendans; ils conſervent la faculté de ſucceder & le droit de légitime, & la *Novelle* 115 n'excepte pas les aſcendans remariez de la néceſſité de les inſtituer. *M. Dolive*, *Livre* 3, *chapitre* 7, rapporte des Arrêts qui l'ont jugé en faveur de la mere remariée.

88. De la mere remariée *non petitis tutoribus*.

Il en eſt de même de la mere quoiqu'elle ſe remarie, *non petitis Tutoribus*; & quand même elle ſe trouveroit dans le cas de pouvoir être privée de la ſucceſſion de ſon fils s'il étoit mort en pupillarité, parce que le cas du decès en pupillarité n'arrive

n'arrive pas à l'égard de celui qui teſte, ne pouvant le faire que quand il eſt en puberté. Dailleurs la privation de la ſucceſſion ne pourroit pas faire perdre le droit de légitime, qui aux termes de la *Novelle* 115 ne peut être perdu que pour quelqu'une des cauſes expliquées dans cette *Novelle*, *chapitre* 4, exprimée dans le teſtament du fils & prouvée par ſon héritier; & l'on ne trouve point parmi ces cauſes, qui ſont les ſeules ſuffiſantes, le ſecond mariage de la mere, *non petitis Tutoribus*.

89. De la mere qui ſe remarie ou qui malverſe dans l'an du deuil.

On doit encore dire la même choſe de la mere qui ſe remarie, ou qui malverſe dans l'an du deuil, ſoit parce qu'elle conſerve le droit de ſucceder à ſes enfans, ſuivant la Loi 1, *cod. de ſecundis nuptiis*, & que celle qui malverſe dans l'an du deuil encourt bien les mêmes peines que celle qui ſe remarie dans l'an du deuil; mais on ne lui inflige pas de plus fortes peines, *Novell.* 39, *cap.* 2: d'ailleurs ni le ſecond mariage, ni la malverſation dans l'an du deuil ne ſont pas mis dans le nombre des cauſes d'exhéredation capables de faire perdre le droit de légitime; cependant celles qui y ſont détaillées ſont les ſeules ſuffiſantes, & l'on ne peut pas en ajouter d'autres, l'Empereur Juſtinien ayant défendu expreſſément d'admettre aucune autre cauſe; & s'il y a des Arrêts qui ont privé la mere de la légitime & de la ſucceſſion des enfans pour convol ou malverſation dans l'an du deuil, ils ſont viſiblement contraires aux principes du Droit. On ne peut donc pas les tirer à conſéquence, par rapport à la préterition qui doit avoir ſon effet dans tous les cas que nous avons propoſez; & encore à plus forte raiſon, lorſque la mere a malverſé après l'an du deuil, auquel cas les nouveaux Arrêts du Parlement de Toulouſe que nous avons rapportez ailleurs, ne font pas perdre à la mere la ſucceſſion de ſon fils; & quand on jugeroit le contraire, il ne s'enſuivroit pas qu'une telle mere pût être impunément préterite, parce que la malverſation n'étant pas une des cauſes d'exhéredation & de privation de la légitime, la néceſſité de l'inſtituer demeureroit dans ſa force, à peine de nullité du teſtament.

Quid de la mere qui a malverſé après l'an.

90. De la préterition de la mere excluſe par ſtatut, comme à Toulouſe.

La préterition de la mere, quoiqu'excluſe par Statut comme à Toulouſe, rendroit nul le teſtament du fils, quoiqu'en ayent penſé quelques Auteurs; parce qu'elle conſerve le droit de légitime, comme nous l'avons prouvé ci-deſſus, & que le Parlement de Toulouſe adjuge avec raiſon une légitime ſur les

biens situez dans le district de la Coutume. *M. Dolive, liv. 3, chap.* 7, & les autres Arrestographes de ce Parlement rapportent les Arrêts qui l'ont jugé ainsi.

91. De la préterition des ascendans, quand la cause pie est instituée.

Quelques Auteurs avoient crû encore que la préterition des ascendans ne devoit pas annuller le testament de leur fils, où la cause pie se trouveroit instituée héritiere : mais cette doctrine étoit fausse, n'ayant aucun fondement dans le Droit qui ne distingue point à cet égard. Aussi a-t-elle été proscrite par l'*Ordonnance de* 1735, *articles* 50 *&* 53, qui établissent la nullité du testament à cause de la préterition de ceux qui ont droit de légitime, & par l'*article* 78 qui veut que toutes les dispositions de cette Ordonnance, soit sur la forme, ou le fond des testamens, codiciles & autres actes de derniere volonté, soient exécutez, encore que les dispositions ayent la cause pie pour objet.

92. On doit appliquer à la préterition des ascendans les mêmes regles qu'à la préterition des enfans.

Au surplus nous devons appliquer à la préterition des ascendans les mêmes regles & décisions qui sont faites au sujet de la préterition des descendans ; parce que *l'Ordonnance de* 1735, *articles* 50 *&* 53, comprend l'une & l'autre dans la même disposition, & leur attribue le même effet.

93. De la préterition des freres, *turpi personâ instituâ.*

Doutes agitez par les Auteurs résolus par *l'Ordonnance de* 1735.

On doit dire la même chose de la préterition des freres, *turpi personâ instituâ*, par la même raison ; ce qui tranche un très-grand nombre de difficultez, que les Auteurs qui ont écrit sur le Droit Romain avoient agitées & diversement décidées : pour sçavoir si les freres préterits devoient intenter la plainte d'inofficiosité, ou s'ils pouvoient impugner le testament de nullité ; s'ils l'annulloient pour le tout ou pour la légitime seulement ; s'il suffisoit de leur laisser quelque chose sans y ajouter le titre d'institution, & si dans ce cas ils n'avoient d'autre droit, que de demander le supplément de légitime ; si bien qu'aujourd'hui les freres qui ont droit de légitime dans le cas que nous avons expliqué ci-dessus, & dans la section précedente, doivent nécessairement être instituez en quelque chose, autrement le testament doit être déclaré nul quant à l'institution, & pour les substitutions & fideicommis universels, sans préjudice de l'exécution des legs & autres dispositions particulieres, comme l'explique *l'article* 53, à moins qu'on ne se trouve dans un Pays, où par Coutume, Statut ou Loi expresse il fût permis de laisser aux enfans la légitime à autre titre que celui d'institution, laquelle disposition devroit être étendue non-seulement aux collateraux,

mais encore aux ascendans, par argument *à fortiori*.

94. De la préterition des autres collateraux.

Les freres & sœurs autres que les germains ou consanguins, & hors du cas de l'institution d'une personne infâme, & les autres parens collateraux n'ayant point droit de légitime, leur préterition n'est d'aucune considération, & ne peut donner aucune atteinte au testament, *L.* 21, *cod. de inoff. testam. & L.* 1, *ff. eod.* ce qui a été confirmé par *l'Ordonnance de* 1735, *articles* 50 *&* 53, qui ne donne d'effet qu'à la préterition de ceux qui ont droit de légitime.

95. De la préterition de la femme dans le testament du mari, & *vice versâ*.

La préterition de la femme dans le testament du mari, & *vice versâ*, ne peut être non-plus d'aucune considération; parce que les conjoints ne sont pas du nombre des personnes qu'il faut nécessairement instituer, sans préjudice de la quarte que la Loi Romaine réserve à la femme pauvre, sur les biens de son mari mort riche, suivant l'Auth. *præterea*, *cod. unde vir & uxor*.

96. De la préterition du Patron dans le testament de son Affranchi.

Le Droit Romain postérieur à la Loi *des douze Tables*, avoit imposé aux Affranchis la nécessité de laisser à leurs Patrons une certaine portion de leurs biens, quand ils n'avoient pas d'enfans : comme cela ne se pratique pas parmi nous il seroit inutile d'en parler. On pourra voir les difficultez qui pouvoient se présenter au sujet de la préterition des Patrons, dans le Traité *de Testamento valido, vel invalido*, de *Gaspard Manzius, tit.* 9, *qu.* 6.

97. Si l'émancipation du fils préterit après le testament, rend inutile la préterition.

Il nous reste quelques autres questions détachées à éclaircir. Premierement, on demande si l'émancipation du fils préterit, & qui étoit en la puissance de son pere lors du testament, rend inutile la préterition? Il faut répondre que non, quoique la Loi 13, *ff. de injusto rupto* semble insinuer le contraire, & que la préterition rendant le testament nul dans son principe, *instit. de exhered. liberor. in princip.* l'émancipation survenue ne peut pas couvrir la nullité, puisque la mort même du fils préterit ne pouvoit pas faire valoir le testament: d'ailleurs suivant les regles établies par la *Novelle* 115, *chap.* 3, les enfans émancipez ne doivent pas moins être instituez que ceux qui sont en la puissance du Testateur, ce qui est confirmé par *l'Ordonnance de* 1735.

98. Si la clause codicillaire fait valoir le testament nonobstant la préterition.

La clause codicillaire peut-elle soutenir le testament nul par pretérition? Les Auteurs se sont partagez en plusieurs opinions différentes sur cette question. Les uns tiennent que la clause codicillaire soutient le testament, quoiqu'il soit nul

par la préterition d'un enfant, ou par la naiſſance d'un poſthume, ſans examiner ſi un étranger ou un enfant ſont inſtituez héritiers, ni ſi la préterition a été faite *ſcienter vel ignoranter*. C'eſt le ſentiment du *Préſident Faber*, *de error. pragmat. decad.* 20, *error.* 5, 6 & 7; *de Henrys liv.* 5, *queſt.* 110; *Ricard*, *tome* 1, *part.* 1, *des donations*, *n.* 1419, & ſuivans; & *M. Dolive*, *liv.* 3, *chapitre* 8, ſemble approuver cet avis. On le fonde ſur la Loi *ab inteſtato* 16, *ff. de jure codicillor.* ſur la Loi 24, §. 11, *ff. de fideicomm. libertatibus.* ſur la Loi derniere, §. 1, *cod. de codicillis*, & quelques autres textes qui parlent de tout autre choſe que du teſtament nul par préterition.

Auteurs qui tiennent l'affirmative.

99. Auteurs qui diſtinguent la préterition des aſcendans de celle des deſcendans.

Les autres diſtinguent entre la préterition des aſcendans & celle des deſcendans: ils penſent que la préterition d'un deſcendant annulle le teſtament, ſans que la clauſe codicillaire puiſſe y apporter du remede; mais que la clauſe codicillaire ſoutient le teſtament où un aſcendant ſe trouve préterit. *M. Dolive*, *liv.* 3, *chapitre* 8, rapporte un Arrêt qui a fait valoir comme codicile le teſtament où une mere avoit été préterite.

100. De la clauſe codicillaire conçuë en termes du tems preſent ou du futur.

D'autres ont diſtingué la clauſe codicillaire qui porte ſur le tems preſent, d'avec celle qui porte ſur l'avenir. Ils penſent que dans le premier cas le teſtament eſt nul, & que la clauſe codicillaire le ſoutient dans le ſecond cas, *Dumoulin ſur la Coutume de Paris*, §. 1, *gloſſ.* 3, *n.* 6.

101. De la préterition faite *ſcienter* ou *ignoranter*.

Il y en a d'autres qui ont crû que la clauſe codicillaire ſoutenoit un teſtament dans lequel un fils ſe trouve préterit avec connoiſſance, *ſcienter*; mais que quand la préterition eſt d'un enfant, que le Teſtateur ne ſçavoit pas avoir, *ignoranter*, la clauſe codicillaire n'opere aucun effet. Le nombre de ceux-ci eſt très-grand, & c'étoit l'ancienne Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, comme on peut le voir dans *M. Maynard*, *liv.* 5, *chapitre* 11 & 12, & dans *Ferriere*, *ſur la queſtion* 426, *& ſur la queſtion derniere de Guypape.* Il y a encore des Auteurs qui appliquent la même diſtinction au cas de la naiſſance d'un poſthume, & qui diſent que quand le Teſtateur a vêcu quelque tems après cette naiſſance, enſorte qu'il auroit pu changer le teſtament s'il l'avoit voulu, la clauſe codicillaire doit ſoutenir le teſtament tout comme dans le cas de la préterition faite *ſcienter*: mais leur opinion eſt prouvée fauſſe par la Loi 3, *cod. de inoff. teſtam.*

M. de Catellan, liv. 2, chapitre 6, rapporte quelques autres distinctions que l'on pourra voir dans l'Auteur même : il seroit trop long d'entrer dans un détail exact de toutes les différentes opinions que les Auteurs ont imaginées, & de tous les adoucissemens dans lesquels ils ont donné pour tâcher de concilier ceux qui avoient pris des partis opposez, les uns pour l'affirmative, les autres pour la négative.

102. Distinctions rapportées par *Catellan.*

M. la Roche & Graverol, liv. 4, titre 5, verb. *testament. article 3, M. Maynard, livre 5, chapitre 13, & M. de Cambolas, liv. 3, chapitre 31,* ont crû que nonobstant la clause codicillaire le testament étoit absolument nul par la préterition d'un enfant, soit qu'elle fût faite *scienter vel ignoranter*, si l'héritier est étranger. J'ai vû néanmoins rendre un Arrêt en la seconde Chambre des Enquêtes, le 25 Juin 1714, au rapport de M. d'Auterive, entre Demoiselle Rose de Mauleon & Dame Marie Ducros sa marâtre, qui cassa le testament de Dame Françoise Garipuy, mere de Rose de Mauleon, qui avoit simplement laissé la légitime à sa fille, sans y ajouter le titre d'institution ; & avoit institué le sieur Garipuy son frere, & néanmoins le fit valoir comme codicile, & chargea Rose de Mauleon de rendre l'hérédité de sa mere à la Dame Ducros cessionnaire du sieur Garipuy, héritier institué.

103. Avis de *la Roche*, que la clause codicillaire n'opere rien quand l'heritier est étranger.

Arrêt contraire.

M. de Catellan, au lieu cité, dit qu'il faut en pareilles matieres suivre le sentiment & l'esprit de *M. la Roche-Flavin*, & des Arrêts qu'il rapporte ; c'est-à-dire se regler par les présomptions de volonté, & que c'est mettre la clause codicillaire à son veritable usage que de la faire servir de soutien à une volonté connue & certaine, surtout celle du pere, qui dispose entre enfans, quoiqu'il ne les ait pas tous connus, mais dont la connoissance ne l'auroit pas empêché de tester de même.

104. Avis de *Catellan* que l'usage de la clause codicillaire doit dépendre de la volonté présumée du Testateur.

Enfin d'autres Auteurs ont soutenu indistinctement que la clause codicillaire de quelque façon qu'elle soit conçue, ne peut jamais faire valoir le testament nul par préterition comme codicile ; *M. Cujas* sur la Loi *Titia* 13, *ff. de inoff. testam. lib. 3, respons. Scævolæ ; Denis Godefroy sur la même Loi, & sur la Loi derniere, cod. de codicillis, Me. Claude de Ferriere sur la Coutume de Paris, tit. 15 des testamens, §. 9 des codiciles, n. 14. & suivans ;* & plusieurs autres qui sont indiquez par *l'Auteur du Journal du Palais, tome 2, page 537* : c'est la seule opinion veritable selon les vrais principes du Droit, qui ont été adoptez & confirmez par *l'article 53 de l'Ordonnance*. C'étoit la Juris-

105. Résolution que la clause codicillaire ne fait pas valoir le testament comme codicile.

prudence du Parlement de Paris avant *l'Ordonnance de 1735*; comme l'atteſte *Bretonnier* ſur *Henrys*, *liv. 5*, *queſtion* 101; & c'eſt la Juriſprudence des nouveaux Arrêts du Parlement de Toulouſe, qui l'a jugé formellement dans deux occaſions différentes ſur des faits antérieurs à la nouvelle Ordonnance. Nous avons rapporté ces Arrêts, le premier qui eſt du 6 Septembre 1736, en faveur de la Demoiſelle du Puy, au *chapitre*, 6, *ſection* 2, *n.* 211 & ſuivans; & l'autre qui eſt de l'année 1740, en faveur des enfans du ſieur *Viala*, au même *chapitre*, *ſection* 3, *n.* 145 & ſuivans; & nous avons expliqué les raiſons de cet avis en rapportant l'Arrêt rendu en faveur de la Demoiſelle du Puy. Nous les avons encore rappellées en abregé lorſque nous avons rapporté l'Arrêt de Marlet & de Combes, dans *la ſection* 1 *de ce chap. n.* 81, 82; il ſeroit inutile de les mettre ici pour une troiſiéme fois. Il ne nous reſte qu'à réfuter les raiſons des opinions contraires ou différentes de celles que nous embraſſons.

106. Réfutation des diſtinctions des Auteurs par *Faber* & *Henrys*.

M. le Préſident Faber, *de error. pragmat. decad.* 20, *error.* 7, *& Henrys*, *liv.* 5, *queſtion* 110, ſe ſont donné la peine de réfuter les opinions de ceux qui diſtinguent entre la préterition faite *ſcienter vel ignoranter*: entre la clauſe codicillaire qui porte ſur le préſent ou ſur l'avenir: entre l'héritier étranger ou deſcendant; & ſi après la naiſſance du poſthume préterit le Teſtateur a ſurvêcu quelque tems, & pû changer ſon teſtament ou non: & ce dernier point de la ſurvie du Teſtateur à la naiſſance du poſthume eſt diſertement condamné par la Loi 3, *cod. de inoff. teſtam.* dont nous avons rapporté l'eſpece *ſup. n.* 45: Il nous ſuffira donc en employant les raiſons de ces Auteurs, de répondre à celles qu'ils alleguent, & aux textes qu'ils citent pour ſoutenir eux-mêmes que la clauſe codicillaire couvre le vice de préterition; & qu'en convertiſſant le teſtament en codicile, les héritiers *ab inteſtat* ſont cenſez chargez de rendre l'héredité à celui qui eſt inſtitué dans le teſtament converti en codicile: ce qui n'eſt pas moins faux ni moins contraire aux principes, que les opinions des autres Auteurs qu'ils ont fort bien réfutées & renverſées.

107. La Loi derniere, *cod. de codicillis*, n'eſt pas dans le cas de la préterition.

Commençons par la Loi derniere, *cod. de codicillis*. Cette Loi n'eſt pas faite pour le cas de la préterition, puiſqu'elle rompt non-ſeulement le teſtament, mais encore le codicile qui y a du rapport. Elle doit donc rompre à plus forte raiſon la clauſe codicillaire ou le codicile renfermé dans le teſtament même,

parce qu'il eſt plus lié & plus uni que ne l'eſt le codicile ſéparé, lequel eſt néanmoins rompu par cette raiſon, qu'il eſt cenſé faire partie du teſtament : *rupto quidem teſtamento poſthumi agnatione, codicillos quoque ad teſtamentum pertinentes non valere in dubium non venit*, dit la Loi 1, *cod. de codicillis.* Or il ſeroit ridicule de penſer que la clauſe codicillaire, ou le codicile contenu dans le teſtament même, appartînt moins au teſtament qu'un codicile diſtinct & ſeparé, & qui n'en fait partie que par fiction. Et ſi la clauſe codicillaire peut faire valoir la diſpoſition univerſelle comme fideicommis, ſelon la Loi *derniere*, §. 1, du même titre, ce n'eſt que quand le teſtament manque de quelque formalité exterieure, *qui decreverit facere teſtamentum, id adimplere nequiverit.* La préterition n'eſt pas un ſimple défaut de forme exterieure, c'eſt un défaut qui attaque l'eſſence du teſtament, & qui le rend peremptoirement nul, *inutiliter teſtabitur, inſtit. de exhered. liberor. in principio* ; qui attaque la capacité du Teſtateur, *tamquam non fuerit ſanæ mentis cum teſtamentum ordinare, tamquàm à demente, L. 2, L. 5, L. 13, ff. inoff. teſtam. & L. 36, ff. de leg.* 3°. Si bien que quand le Teſtateur auroit déclaré expreſſément qu'il vouloit que ſes diſpoſitions fuſſent exécutées par les héritiers *ab inteſtat*, ou par les poſſeſſeurs de ſes biens, elles n'en ſeroient pas moins nulles, & ſans exécution : *ea omnia quæ ſuprà dari, fieri juſſi, ea dari, fieri volo ab omni herede bonorum poſſeſſore, qui mihi erit, etiam ab inteſtato . . . . . fidei ejus committo.* Le Juriſconſulte Scevola avoit cru que la préterition n'empêchoit pas que les fideicommis ne fûſſent bons ; mais il eſt repris par le Juriſconſulte Paul : *Paulus notat : probat autem nec fideicommiſſa ab inteſtato data deberi, quaſi à demente.* C'eſt la déciſion textuelle de la Loy 13, *ff. de inoff. teſtam.*

La préterition rompt le teſtament & le codicile qui en dépend.

La clauſe codicillaire eſt plus intimement unie au teſtament qui la contient, que le codicile n'eſt uni au teſtament ſéparé.

La clauſe codicillaire ne couvre que les défauts de forme exterieure.

Vices que produit la préterition.

On en trouve la raiſon dans pluſieurs autres Loix qui diſent, qu'à cauſe de l'injure que le Teſtateur fait par la préterition, il ne lui eſt pas permis de charger de fideicommis ſes héritiers *ab inteſtat, L. 24. cod. de legatis, L. 31, cod. de fideicommiſſ. & L. 2, ff. de leg. 3, ex filio præterito licet ſuus heres erit, fideicommiſſum relinqui non poteſt.* Il eſt donc aſſez inutile d'examiner ſi le Teſtateur a ſuffiſamment déclaré par la clauſe codicillaire, qu'il vouloit que ſes diſpoſitions valuſſent comme fideicommis, ſi la Loi lui ôte dans ce cas la puiſſance de faire des fideicommis. La déciſion de ces Loix a bien été corrigée par la *Novelle* 115, *chapitre* 3 & 4, pour ce qui concerne les legs,

10°.

En haîne de la préterition, la Loi ôte au pere la faculté de charger ſes enfans de fideicommis, quoqu'ils ſoient ſes heritiers.

En quoi ces Loix ont été corrigées par la *Novelle* 115.

& les autres dispositions particulieres contenues dans le testament nul par préterition, dont cette Novelle ordonne l'exécution; mais par rapport à l'institution d'héritier ces Loix ont été confirmées, puisque la Novelle veut que l'institution d'héritier soit nulle, & que l'heredité appartienne aux enfans par égales portions, non pour les rendre : car il n'en est pas dit un seul mot; mais pour posseder chacun sa portion irrévocablement, tout comme s'il n'y avoit aucune disposition *tanquam ab intestato* : ce qui est si vrai, que la même Novelle déclare qu'elle ne veut pas que les enfans non instituez, c'est-à-dire préterits ou injustement exhéredez, puissent souffrir aucun préjudice de l'institution universelle : ce qui ne seroit pas vrai, si cette disposition pouvoit valoir comme fideicommis en vertu de la clause codicillaire; puisque les enfans seroient par-là privez de l'émolument de la succession *ab intestat*, & qu'ils souffriroient un préjudice très-réel : voilà pourquoi il est de la derniere évidence que la clause codicillaire ne peut operer aucun effet, à moins qu'on ne veuille renverser la disposition de la *Novelle* 115.

La Novelle veut qu'il ne soit fait aucun préjudice aux enfans par l'institution &c.

109. La Loi *generaliter* 24, §. *ex testamento* 11, *ff. de fideicomm. libert.* sur laquelle Henrys appuie principalement, est absolument inutile. Ce texte décide que les legs ou fideicommis de la liberté ne sont pas dûs, lorsque le testament qui les contient est rompu par l'agnation d'un posthume, si le Testateur n'a déclaré expressément qu'il vouloit que les héritiers *ab intestat*, affranchissent les esclaves : mais outre que ce texte exige un fideicommis exprès & spécial, au lieu que la clause codicillaire ne contient qu'une volonté générale ; d'ailleurs il est facile de s'appercevoir que c'est *ici un cas singulier à cause* de la faveur de la liberté, qui ne peut pas être tiré à conséquence pour les autres fideicommis, lesquels sont absolument nuls ; parce que les Loix ôtent au Testateur la puissance de les faire, lorsqu'il note ses enfans de l'injure de la préterition, comme il paroit de la Loi 13, *ff. de inoff. testam.* & des autres textes que nous avons citez plus haut, n. 108.

Explication de la Loi 24, §. 11, *ff. de fideicommiss. libert.*

110. A l'égard de la Loi 16, *ff. de jur. codicill.* qui est le second texte sur lequel *Henrys* appuye son opinion, & des autres Loix citées par *Ricard*, *n.* 1421 ; on n'en peut tirer d'autre induction, si ce n'est, que la naissance d'un posthume ne donne point d'atteinte aux codiciles qui ne dépendent pas d'un testament ; pourquoi ? Parce que l'institution n'est pas nécessaire dans les codiciles,

Réponse à la Loi 16, *ff. de jure codicillor.*

les, que l'on n'y exige aucune des formalitez néceſſaires au teſtament, *nullam ſolemnitatem ordinationis deſiderant, §. codicillos 3, inſtit. de codicillis*, & qu'il eſt permis de faire des codiciles *ab inteſtat*; mais l'agnation d'un poſthume qui ſe trouve préterit annulle non-ſeulement le teſtament, mais encore le codicile qui appartient au teſtament: *rupto quidem teſtamento poſthumi agnatione, codicillos quoque ad teſtamentum pertinentes non valere in dubium non venit, L. 1, cod. de codicillis*; c'eſt à quoi les Auteurs qui ſont favorables à la clauſe codicillaire, n'ont pas fait attention, & c'eſt ce qui fait voir la mauvaiſe application des Loix, qui diſent que le codicile *ab inteſtat* n'eſt pas rompu par la naiſſance d'un poſthume préterit, puiſqu'il en eſt autrement lorſqu'il y a un teſtament duquel le codicile dépend, auquel cas la préterition anéantit & le teſtament & les codiciles qui lui appartiennent, & par conſéquent elle anéantit la clauſe codicillaire, qui appartient bien plus réellement au teſtament où elle eſt contenue, qu'un codicile ſéparé ne lui appartient; il faut même prendre garde que la Loi 16, *ff. de jure codicill.* eſt dans l'eſpece d'un codicile *ab inteſtat*, qui ne contient que des diſpoſitions particulieres; que s'il contenoit une diſpoſition univerſelle de tous les biens ou de l'hérédité, il y a lieu de croire que la préterition le rendroit nul, comme elle rend nulle la clauſe codicillaire, ſuivant *l'art. 53 de l'Ordonnance de 1735*; car ſi cette clauſe, qui convertit le teſtament en codicile, eſt incapable de faire valoir un fideicommis univerſel, comme le décide l'Ordonnance, il eſt clair qu'elle doit par identité de raiſon, rendre nul le fideicommis univerſel contenu dans un codicile *ab inteſtat*, parce qu'il n'y a aucune difference entre la clauſe codicillaire & le codicile, vû que la clauſe codicillaire convertit le teſtament en un codicile *ab inteſtat*.

Le codicile *ab inteſtat* & indépendant d'aucun teſtament, n'eſt pas rompu par l'agnation d'un poſthume; mais il eſt rompu quand il dépend d'un teſtament.

Quid ſi le codicile renferme une diſpoſition univerſelle.

III. Réfutation du raiſonnement de Catellan.

On ne peut pas mieux faire fonds ſur le raiſonnement de *M. de Catellan*, lorſqu'il dit qu'il faut ſe regler par la volonté préſumée du Teſtateur, & examiner s'il auroit diſpoſé de même, quoiqu'il eût eu connoiſſance de l'enfant qui a été préterit; car toutes les fois que le teſtament eſt compliqué du vice de préterition, on n'a aucun égard à la volonté expreſſe du Teſtateur, ſuivant la Loi 13, *ff. de inoff. teſtam.* la Loi 24, *cod. de legatis*, la Loi 31, *cod. de fideicomm.* & la Loi 2, *ff. de leg. 3*; on doit donc encore avoir moins d'égard à la volonté préſumée.

Dans le cas de la préterition, on n'a aucun égard à la volonté expreſſe ou tacite du Teſtateur.

II. Concluſion que la clauſe codicillaire ne peut opérer aucun effet indiſtinctement.

Si l'on ne conſulte que les vraies regles du Droit Romain, & les principes qui réſultent des Loix bien entendues, on ne peut faire aucun doute, qu'il ne faille décider que la clauſe codicillaire

ne peut operer aucun effet quant à l'inſtitution qui eſt emportée par la préterition, & l'on ne doit point diſtinguer ſi la préterition eſt d'un enfant ou d'un aſcendant; ſi elle eſt faite *ſcienter vel ignoranter*, ni ſi la clauſe codicillaire porte ſur le préſent ou ſur le futur, parce que les Loix rejettent toutes ces diſtinctions, & elles n'ont admis la diſtinction de la connoiſſance ou de l'ignorance, que par rapport au teſtament du Soldat fait *jure militari*, & nullement dans le teſtament paganique, qui eſt détruit, annullé & anéanti quant à l'inſtitution par la préterition d'un enfant ou d'un aſcendant, & ne peut valoir que pour les diſpoſitions particulieres, ſuivant la *Novelle* 115, *ch.* 3 & 4.

113. Confirmation de cette doctrine par l'Ordonnance de 1735.

Mais ſi cette doctrine étoit certaine, ſuivant le Droit Romain, en le dégageant des fauſſes explications de quelques Auteurs & des mauvais préjugez, elle l'eſt encore plus depuis *l'Ordonnance de* 1735, qui veut dans *l'art.* 53, que le teſtament compliqué du vice de préterition d'une perſonne qui a droit de légitime, c'eſt-à-dire, d'un enfant ou d'un aſcendant, même d'un frere germain ou conſanguin, dont le frere a inſtitué *turpem perſonam*, ſoit nul quant à l'inſtitution d'héritier, & aux ſubſtitutions ou fideicommis univerſels, *le tout encore que le teſtament contînt la clauſe codicillaire, laquelle ne pourra produire aucun effet à cet égard*: & cela doit avoir lieu quand même la clauſe codicillaire s'étendroit à la donation à cauſe de mort, c'eſt-à-dire, quand le Teſtateur déclareroit qu'il vouloit que ſi ſon teſtament ne valoit pas comme tel, il valût comme codicile ou donation à cauſe de mort, parce que la Loi du Prince ne diſtingue point, & qu'elle ôte tout effet à la clauſe codicillaire dans le cas de la préterition, de quelque maniere qu'elle ſoit conçûe.

La clauſe codicillaire qui s'étendroit à la donation à cauſe de mort, ne doit operer aucun effet. Voyez *ſup. n.* 55.

114. Si l'inſtitution en ce qui a été donné eſt ſuffiſante.

Les Auteurs ont agité cette queſtion, ſi le pere qui a fait des donations à ſes fils, ou marié, & conſtitué des dots à ſes filles, peut les inſtituer en ce qui leur a été donné, ou s'il eſt néceſſaire qu'il leur laiſſe quelque choſe dans ſon teſtament pour ſervir de baze à l'inſtitution particuliere. Les uns ont décidé qu'il ne ſuffiſoit pas d'inſtituer en ce qui eſt déja donné, parce que ſelon eux l'inſtitution en une choſe qui n'appartient pas au Teſtateur eſt nulle, comme n'ayant aucun fondement; les autres ont décidé le contraire, ſur tout ſi la donation étoit telle qu'elle dût être rapportée par le fils ou la fille, s'ils venoient à la ſucceſſion *ab inteſtat*, c'eſt l'avis de *Ricard*, *des Donations*, *tom.* 1, *part.* 3, *n°.* 859, *& ſuivans*; il rapporte des Arrêts du Parlement de Paris, qui l'ont ainſi jugé, & cela paroît indubitable, parce que l'inſtitu-

Réſolution pour l'affirmative.

tion particuliere vaut indépendemment de la choſe à laquelle elle eſt attachée, *detractâ rei mentione*, comme nous l'avons dit dans la ſection premiere de ce chapitre. Je ne penſe pas que *l'Ordonnance de 1735*, ait voulu déroger à cette Juriſprudence, lorſqu'elle a dit dans *l'art. 50, que ceux qui ont droit de légitime ſeront inſtituez au moins en ce que le Teſtateur leur donnera ;* car on exprime dans cet endroit le cas qui arrive le plus communément, à cauſe que les Teſtateurs laiſſent quelque choſe à ceux qui ont droit de légitime ſur les biens, mais ſans exclure le cas moins ordinaire où il a été fait des donations; alors l'inſtitution peut être faite en ce qui aura été donné auparavant.

L'Ordonnance n'a pas dérogé à cette Juriſprudence.

115. Si les heritiers étrangers du pere qui a préterit ſon fil peuvent faire valoir la nullité.

Un Teſtateur qui a un enfant ne l'inſtitue point, & il fait un étranger ſon héritier: le fils préterit meurt avant ſon pere: on demande ſi les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, collateraux du Teſtateur, peuvent demander la ſucceſſion, à cauſe de la nullité du teſtament? Il ne me paroît pas y avoir de doute pour l'affirmative, parce que le teſtament eſt nul de plein droit, & qu'il ne peut y avoir aucun héritier en vertu d'un tel teſtament, quoique l'enfant préterit ſoit mort avant ſon pere, *inſtit. de exhered. liberor. in principio*, *L. 3, §. 3, ff. de injuſto rupto*, *& L. 7, ff. de liberis & poſthumis ;* mais il en ſeroit autrement de la préterition d'un poſthume conçu & né depuis le teſtament, parce qu'il ne ſeroit pas nul dans ſon principe; qu'ainſi la cauſe de la rupture ceſſant, ſon effet doit ceſſer auſſi, *L. poſthumus 12, ff. de injuſto rupto.*

Voyez *infra*, n. 118.

116. Dans quel tems la nullité réſultante de la préterition peut être propoſée.

Mais dans quel tems la nullité réſultante de la préterition devra-t'elle être propoſée? Je réponds, que le teſtament étant nul de plein droit, & ne pouvant produire aucun effet quant à l'inſtitution d'héritier, la nullité peut être oppoſée en tout tems, c'eſt-à-dire, perpetuellement même après trente ans, par voye d'exception, parce que *quæ ſunt temporalia ad agendum ſunt perpetua ad excipiendum*; qu'ainſi celui qui ſe trouve en poſſeſſion d'un bien dont on veut le dépoſſeder en vertu d'une ſubſtitution univerſelle contenue dans un teſtament nul par préterition, peut oppoſer la nullité en quelque tems que ce ſoit, même après trente ans, à compter depuis la mort du Teſtateur. Pour évincer le poſſeſſeur d'un bien, quand même il n'auroit point de titre, il faut que le Demandeur faſſe apparoir d'un titre bon & légitime, qui lui attribue la proprieté, autrement il ne doit pas être admis à ſa demande, & il en doit être exclus, non à cauſe du droit du poſſeſſeur, mais par défaut de droit & de titre de ſa part, à cauſe que *rei vindicatio ſoli Domino competit*, qu'il faut par conſéquent que le De-

Toujours par exception.

On ne peut pas vendiquer sans un bon titre.

mandeur rapporte un titre légitime de proprieté, autrement le Défendeur doit être renvoyé absous, parce que *in pari casu melior est conditio possidentis*, ou comme dit la Loi *militis* 36, *§. veteranus* 3, *ff. de testam. militis* : *Cujus exceptionis vires ex persona petentis æstimantur, & alioquin potior est in re pari causa possessoris* ; il suffit donc que celui qui est attaqué par l'action *rei vindicationis*, fasse voir que le titre du Demandeur est nul ; voilà pourquoi il peut opposer cette nullité en tout tems, parce qu'elle affecte, détruit & anéantit le testament de plein droit.

In re pari melior est conditio possessoris.

117. Nullité par action ne peut être proposée que dans les trente ans.

Mais si l'héritier institué a possedé l'heredité pendant trente ans, & qu'il n'y ait aucun moyen qui ait empêché ou interrompu la prescription, la nullité ne pourra produire aucun effet, non que le testament soit devenu valide, parce que cela ne se peut point à cause de la maxime *quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest* ; mais parce que la prescription aura acquis à l'héritier la proprieté des biens, & produira une exception qui détruit & exclut le droit de ceux qui auroient pû demander l'heredité, s'ils étoient venus avant l'accomplissement de la prescription ; c'est relativement à cette distinction qu'il faut entendre ce que dit *Guypape*, *qu.* 426, *n.* 3, *& quest.* 597.

118. Si le fils préterit qui survit à son pere & meurt sans se plaindre, transmet à ses heritiers étrangers, le droit de faire declarer nul le testament. Voyez *sup. n.* 115.

De ce que nous avons observé ci-dessus, que la nullité qui dérive de la préterition est réelle, qu'elle affecte & détruit de plein droit le testament, ensorte qu'il ne peut point y avoir d'héritier en vertu d'un tel testament ; il s'ensuit que quand l'enfant préterit meurt après son pere sans avoir proposé son action, ses héritiers même étrangers peuvent demander heredité, ou la portion qui auroit appartenu à l'enfant préterit, parce qu'il a été saisi du droit de demander l'hérédité, & qu'il l'a transporté à ses héritiers, en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*, pourvû néanmoins que les héritiers forment leur action avant que la prescription soit accomplie ; on peut voir le *Cardinal Tuscus*, *lettr. T. concluf.* 129, *n.* 28, *& concluf.* 641, *n.* 7.

119. Si le fils est censé préterit, quand il n'est institué qu'en l'usufruit.

Certains Auteurs ont crû que quand le fils n'est institué qu'en l'usufruit, il doit être considéré comme préterit ; mais leur opinion n'est pas fondée ; car la *Novelle* 115, *ch.* 3, n'exige pas une institution fixée à une proprieté, elle ne demande qu'une institution en quoi qu'elle consiste, & par conséquent l'institution en l'usufruit est suffisante ; car si le fils institué de cette façon n'avoit point de cohéritier, ou si les héritiers universels étoient incapables, ou bien s'ils répudioient, l'institué en une chose particuliere, comme en l'usufruit, deviendroit héritier universel *detracta rei mentione*, com-

me nous l'avons prouvé ailleurs : & l'opinion que nous soutenons se trouve autorisée par *l'art. 51 de l'Ordonnance de 1735*, qui n'exige qu'une institution quelque modique que soit la chose, ou l'effet qui est l'objet de l'institution.

120. Des cas où il y a préterition par rapport à un dégré.

Nous n'entrerons point dans le détail des cas où il peut y avoir préterition dans un dégré, quoiqu'il y ait institution ou substitution dans un autre dégré anterieur ou postérieur ; on ne s'arrête guere en France, même dans les Pays du Droit Ecrit, à ces distinctions, parce qu'on n'y borne pas les institutions à certains dégrez seulement, & que d'ailleurs la préterition qui fait annuller l'institution annulle aussi les substitutions, & ne laisse subsister que les dispositions particulieres, suivant la *Novelle 115, & l'art. 53 de l'Ordonnance de 1735*, ainsi que nous l'avons remarqué ci-devant, & réduit la succession *ab intestat* ; on pourra voir ces differens cas détaillez avec exactitude dans le Traité *de testamento valido, vel invalido de Gaspard Manzius, tit. 9, quest. 9* ; mais il faut prendre garde que les textes qui font valoir le testament par le second dégré, sont aujourd'hui abrogez.

121. De la préterition dans le testament du fils qui teste de son pécule *quasi castrense*.

Nous avons vû ci-devant que la préterition faite dans le testament du Soldat fait *jure militari*, n'étoit d'aucun effet, & ne donnoit pas une action pour impugner le testament ni aux enfans ni aux ascendans, *L. 24, cod. de inoff. testam.* pourvû qu'elle eût été faite avec connoissance des enfans préterits, *L. 9 & L. 10, cod. de testam. militis.* Mais que doit-on dire de la préterition dans le testament du fils de famille qui teste de son pécule *quasi castrense* ? La Loi derniere, *cod. de inoff. de testam.* & la Loi derniere, *cod. de testam.* décident que le testament du fils de famille qui dispose de son pécule *quasi castrense* ne pouvoit pas être impugné par la plainte d'inofficiosité, sous prétexte de la préterition ; mais que quand les enfans de famille sont devenus *sui juris*, leur pécule étant confondu avec le reste de leurs biens, ils devoient observer les mêmes regles pour le pécule *quasi castrense*, que les autres Testateurs, quoique ce fût par une espece de privilege introduit à l'exemple des Soldats, que les enfans de famille pouvoient tester de leur pécule *quasi castrense* ; qu'ainsi il y eût lieu de dire tout comme à l'égard du testament du Soldat, à quoi la *Novelle 115, ch. 4*, n'a pas dérogé ; néanmoins *l'Ordonnance de 1735* n'exceptant que le testament militaire seulement, elle comprend dans sa disposition les testamens de toutes les autres personnes, & par consequent celui du fils de famille qui teste de son pécule *quasi castrense* : voilà pourquoi il sera nul s'il est compliqué du vice de préterition de

quelqu'une des personnes qui ont droit de légitime sur ses biens.

112. Comment l'approbation du fils préterit peut couvrir le vice de préterition.

Nous avons vû encore que le silence du fils préterit, ni même son approbation, n'empêchoit pas ses freres de pouvoir faire valoir la nullité du testament, & de demander la succession *ab intestat*; comme aussi que quoique le fils préterit fût mort sans avoir impugné le testament, ni formé aucune action, il transmettoit son droit à ses héritiers étrangers. Voyons présentement comment & en quels cas il peut s'exclure ou exclure ses héritiers, ou les autres héritiers *ab intestat* du défunt. D'abord il faut observer que l'approbation que le fils pourroit donner au testament pendant la vie de son pere, en quelque façon qu'elle fût faite, ne pourroit operer aucun effet, suivant la Loi 35, §. 1, *cod. de inoff. testam.* & les autres textes qui réprouvent les renonciations à une hérédité qui n'est pas encore déferée.

L'approbation du testament pendant la vie du pere, ne sert de rien.

113. L'approbation donnée par le fils préterit après la mort du pere, ne nuit pas aux autres enfans.

A l'égard de l'approbation donnée par le fils préterit après la mort de son pere Testateur, s'il y a d'autres freres, elle ne peut pas leur nuire, ni empêcher que les freres puissent faire valoir la nullité, comme nous l'avons prouvé ci-dessus; mais si l'enfant préterit est seul, *Ferriere sur la quest. 426 de Guypape*, soutient que l'approbation peut confirmer le testament, quoique les successeurs *ab intestat*, qui viennent après le fils, ne soient pas instituez dans le testament nul par préterition; & cet Auteur répond bien aux Loix qu'il croit pouvoir être opposées à son sentiment, mais il n'en rapporte aucune pour l'appuyer; cependant il me semble que l'opinion contraire que *Ferriere* soutient être fausse, est la seule véritable, & qu'à moins que le fils unique préterit ne transige avec l'héritier institué sur la validité du testament, & qu'il soit confirmé par la transaction, ou que le fils préterit ne cede son droit à l'héritier étranger qui est institué, toute autre approbation est inutile, insuffisante & incapable d'empêcher que ceux qui viennent après le fils, quand même celui-ci auroit répudié, ne puissent après la mort du fils préterit, ou après sa répudiation, faire déclarer la nullité du testament, & vendiquer l'hérédité; les raisons de mon avis sont 1°. Que la préterition rend nul le testament de plein droit, & donne lieu à l'ouverture de la succession *ab intestat. instit. de exhered. liberor. in principio*, L. 7, *ff. de liberis & posthumis* & *Novell.* 115, *cap.* 3. 2°. Que la nullité du testament fait que le fils préterit est saisi de plein droit de la succession *ab intestat*, qui est ouverte nonobstant le testament, suivant la maxime *le mort saisit le vif*; si bien que l'hérédité ne peut venir sur la tête de l'héritier institué, que par un transport qui soit fait par le fils héritier légiti-

Si elle nuit aux heritiers du fils unique.

Opinion de *Ferriere* pour l'affirmative.

Résolution pour la négative.

A moins qu'il n'y ait transaction ou cession des droits du fils.

Raisons de cette résolution.

me, ou par une confirmation du teſtament faite par tranſaction ſur la validité ou invalidité ; car c'eſt la ſeule & unique voye pour donner de l'efficacité à un teſtament vraîment nul dans ſon principe, *L.* 35, *§.* 1, *cod. de inoff. teſtam.* 3°. Que le fils préterit ne faiſant ſimplement que répudier, la répudiation n'eſt pas capable de transferer l'hérédité ſur la tête de l'inſtitué, parce que le teſtament demeure toujours ſans efficace & dans l'état de nullité, incapable par conſéquent d'attribuer aucun droit ſur l'hérédité, *nemo heres ex teſtamento exiſtere poſſit*, comme parle l'Empereur Juſtinien aux Inſtitutes *de exhered. liberor. in princip.* mais la répudiation fait place à ceux qui ſe trouvent les plus proches parens du Teſtateur après ſon fils, leſquels ſe trouvent par conſéquent ſaiſis de l'hérédité répudiée ſimplement, & non transferée à l'inſtitué, en vertu de l'Edit ſucceſſoire ou de la *Novelle* 118, *ch.* 3, qui appelle à la ſucceſſion les plus proches en dégré; ce qui ſe fait en France, de plein droit en vertu de la maxime, *le mort ſaiſit le vif.*

124. La Loi 17, *ff. de injuſto rupto*, n'eſt pas contraire à cette réſolution.

La Loi 17, *ff. de injuſto rupto*, ne dit rien qui puiſſe porter obſtacle à notre réſolution, parce que dans l'eſpece de cette Loi deux enfans du Teſtateur étoient inſtituez héritiers ; enſorte que le troiſiéme qui avoit été préterit ayant répudié la portion que ce dernier auroit pû demander, en faiſant déclarer le teſtament nul, elle étoit accrue à ſes deux freres, qui ſe trouvoient ſucceſſeurs *ab inteſtat*, & héritiers inſtituez dans le teſtament de leur pere ; enſorte qu'il n'étoit queſtion que de ſçavoir, ſi les legs pourroient être demandez, nonobſtant la nullité du teſtament à cauſe de la préterition du troiſiéme fils, & le Juriſconſulte Papinien décide que quoiqu'en rigueur de Droit les legs ne fuſſent pas dûs, néanmoins les freres héritiers inſtituez devoient payer ces legs, & que la volonté du défunt devoit être exécutée *ex æquo & bono*, parce que les deux fils ſe trouvant inſtituez, & poſſedant l'entiere hérédité, ne pouvoient pas faire renverſer le teſtament en demandant la poſſeſſion des biens, ni autrement ; c'eſt donc un cas ſingulier qui ne doit pas être tiré à conſéquence ; ainſi il ſuffit de remarquer que cette Loi ne décide en aucune façon que l'approbation du fils préterit ſuffiſe pour faire valoir le teſtament.

125. De la préterition lorſque le teſtament eſt fait dans un pays où l'inſtitution n'a pas lieu.

Quand le Teſtament eſt fait dans un Pays où l'inſtitution d'héritier n'a pas lieu, la préterition de la mere ou de toute autre perſonne, qui, ſelon le Droit Ecrit, doit être néceſſairement inſtituée, n'annulle pas le teſtament, quoique la perſonne préterite réſide en Pays de Droit Ecrit, & que les biens du Teſtateur y ſoient ſituez, comme l'obſerve Mornac ſur la Loi 8, *§. ſed nec im-*

puberis, cod. de inoff. teſtam. parce qu'il ſuffit d'obſerver les formalitez qui ſont en uſage dans le lieu où le teſtament eſt fait; le Parlement de Paris le juge ainſi, quand même il n'auroit été fait aucune mention de ceux qui avoient droit de légitime, comme le prouve l'Arrêt du 12 Mars 1739, rapporté par *M. Nicolas-Guy du Rouſſeaud de la Combe, dans ſes Arrêts & Reglemens notables, ch.* 53, qui a confirmé un teſtament fait à Nevers le 11 Mai 1725 par la Dame Commeau, domiciliée en Bourgogne, par lequel la Teſtatrice avoit legué à ſon mari tous ſes meubles & acquêts en proprieté, & l'uſufruit ſa vie durant de tous ſes biens fonds, ſans y avoir parlé en façon quelconque de ſes pere & mere qui étoient vivans; & c'eſt ce qui a été adopté, expliqué & amplifié par *l'art.* 70 *de l'Ordonnance de* 1735, qui veut que quand le Teſtateur domicilié dans le Pays du Droit Ecrit fera teſtament dans un lieu où l'inſtitution n'eſt pas néceſſaire, *de quelque maniere que le Teſtateur ait fait une ou pluſieurs diſpoſitions univerſelles, ſoit à titre d'inſtitution ou à titre de legs univerſel, ſon teſtament ne pourra être attaqué par le vice de préterition, lorſqu'il y aura fait des legs, ſoit univerſels ou particuliers, à chacun de ceux qui ont droit de légitime, quelque modiques que ſoient leſdits legs, leſquels vaudront en ce cas comme inſtitution d'héritier, ſauf l'action en ſupplément de légitime, ainſi qu'il eſt porté par l'article* 52; *mais ſi le Teſtateur n'a rien laiſſé à quelqu'un de ceux qui ont droit de légitime, ledit teſtament ſera déclaré nul quant aux diſpoſitions univerſelles ſeulement;* cette diſpoſition eſt en partie conforme à la Loi 30, *cod. de inoff. teſtam.*

SECTION IV.

De la plainte d'inofficioſité.

SOMMAIRE.

1. *La plainte d'inofficioſité eſt abſolument abrogée en France dans tous les cas.*
2. *Suite.*
3. *Examen de cette matiere ſur les regles du Droit Romain.*

Si la plainte d'inofficioſité eſt préparatoire de la demande de l'hérédité.

4. *Qu'eſt-ce que la plainte d'inofficioſité.*

Application de l'exhérédation au pere, & de la préterition à la mere.

5. *La plainte d'inofficioſité eſt un remede extraordinaire.*

Quand le teſtament eſt nul, on ne peut pas l'intenter.

6.

6. *Comment a été introduite la plainte d'inofficioſité.*
7. *Suite.*
8. *Toutes ſortes de teſtamens étoient ſujets à la plainte d'inofficioſité, ſans examiner ſi l'Inſtitué étoit enfant ou étranger.*
Même contre le Prince Souverain heritier inſtitué.
Du teſtament du Soldat.
Du teſtament du fils de famille qui teſte de ſon pécule.
9. *A quelles perſonnes la plainte d'inofficioſité compete.*
Trois claſſes d'enfans.
De ceux qui rendent le teſtament nul par préterition.
De ceux qui avoient la poſſeſſion des biens contrà tabulas.
De ceux qui avoient la plainte d'inofficioſité.
10. *La plainte n'étoit accordée qu'à ceux qui étoient au premier dégré ou qui repreſentoient le premier dégré.*
Elle ne pouvoit être intentée que par ceux qui ſuccedoient ab inteſtat.
11. *Des bâtards; s'ils pouvoient intenter la plainte d'inofficioſité.*
Les bâtards légitimez ſont au niveau de ceux qui ſont légitimes.
12. *Des poſthumes.*
13. *De la plainte intentée par le pere au nom du fils préterit par ſa mere.*
Exhérédation de la mere.
Préterition ignoranter *faite par la mere.*
14. *Plainte d'inofficioſité accordée aux aſcendans en défaut d'enfans du défunt.*
A ceux qui tenoient le 1^er^. *dégré.*
De la mere ingrate.
Quand celui qui tenoit le premier dégré répudioit, celui qui venoit après étoit admis.
15. *Plainte d'inofficioſité accordée aux freres.*
16. *La légitime entiere devoit être laiſſée pour éviter la plainte d'inofficioſité.*
Il ſuffiſoit de la laiſſer quovis relicti titulo.
17. *La plainte d'inofficioſité ne pouvoit être formée qu'après l'adition d'hérédité.*
Dans quels cas l'heritier étoit tenu d'accepter.
18. *Dans quel délai cette plainte devoit être formée.*
Cas où elle pouvoit être formée après cinq ans.
19. *Ce délai ne couroit pas contre les mineurs.*
Ni pendant l'Inſtance en caſſation du teſtament par nullité.
La plainte d'inofficioſité ne peut pas être accumulée avec d'autres moyens.
20. *Si la plainte étoit tranſmiſe aux heritiers.*
Moyens pour préparer l'action.
Poſſeſſion des biens litis ordinandæ gratiâ.
21. *Effet de la plainte d'inofficioſité.*
Quid *ſi la préterition de la mere étoit faite* ignoranter.
Oppoſition des Legataires envers le Jugement colluſoire.
Le teſtament pouvoit être reſcindé

pour partie, & subsister pour l'autre.
Les legs étoient conservez à proportion de ce qui subsistoit du testament.
22. *De la répudiation de l'un des deux qui avoient la plainte d'inofficiosité.*
Accroissement de la portion du répudiant.
Quid *de celui qui gardoit simplement le silence.*
Comment devoit être partagée l'hérédité d'une mere qui avoit institué un étranger aux trois quarts, & une fille au quart restant, & préterit une autre fille.
23. *A qui profite la victoire de ceux qui ont agi, & obtenu sans droit.*
24. *Dans le partage d'opinions, on devoit juger pour le testament.*
25. *Des cas ausquels la plainte cesse.*
Premier cas.
26. *Deuxiéme cas.*
27. *Troisiéme cas.*
28. *Quatriéme cas.*
29. *Cinquiéme cas.*
Observation singuliere.
30. *Sixiéme cas.*
Si la plainte d'inofficiosité avoit pour objet la demande de la légitime, ou du supplément.
31. *Septiéme cas.*
32. *Huitiéme cas.*
33. *Neuviéme cas.*
34. *Dixiéme cas.*
35. *Celui qui avoit succombé en la demande en faux, pouvoit former la plainte d'inofficiosité.*
36. *La plainte d'inofficiosité faisoit perdre toutes les liberalitez.*
37. *Devant quels Juges cette plainte devoit être portée.*
38. *Comment le fils exhérédé qui étoit en possession des biens pouvoit proposer la plainte d'inofficiosité.*
39. *Plainte intentée contre l'un des heritiers.*
Etoit divisible.
40. *Pouvoit être formée contre toutes sortes d'heritiers, même contre le Fideicommissaire.*
41. *Incompatibilité de la plainte avec toute autre action.*
Si le fils qui avoit formé la plainte pouvoit demander les alimens.
42. *Si les heritiers instituez pouvoient être dépossedez* pendente lite.
Qu'est-ce qu'on entendoit par la possession des biens litis ordinandæ gratiâ.
43. *De la mere qui après avoir institué tous les enfans heritiers égaux, en a un autre après son testament.*
44. *Les actions de l'heritier étoient rétablis quand il étoit évincé.*
45. *Si le légitimaire évincé de son legs pouvoit former la plainte d'inofficiosité.*

I.
La plainte d'inofficiosité est absolument abrogée en France dans tous les cas.

ON a démontré, si je ne me trompe, dans les deux Sections précedentes, que la préterition & l'exhéredation sans cause ou pour cause non prouvée, produisoient une nullité du testa-

ment, suivant la *Novelle* 115, & encore plus clairement par les *art.* 50 *&* 53 *de l'Ordonnance de* 1735, qui font consister la préterition au défaut d'institution, & qui déclarent nul le testament quant à l'institution, & aux substitutions ou fideicommis universels, dans le cas de la préterition ou du défaut d'institution; en quoi l'Ordonnance s'est conformée à la disposition du Droit des *Institutes* & de la *Novelle* 115, qui regardoient les enfans comme préterits, lorsqu'ils n'étoient pas instituez ou exhéredez comme il faut: *neque heredibus institutis, neque ut oportet exheredatis, §.* 12, *instit. de hered. quæ ab intestato deferunt.* D'où il s'ensuit, ainsi que nous l'avons observé, que les remedes de la possession des biens & de la plainte d'inofficiosité sont aujourd'hui abrogez, & que sans aucune distinction la préterition rendant le testament qui en est compliqué, nul de plein droit, il n'est plus permis de former la plainte d'inofficiosité, que le Droit Romain n'accordoit que comme un secours extraordinaire & subsidiaire, *ultimum adjutorium*, suivant les expressions de la Loi 4, *cod. de liberis præteritis*: & quand on n'avoit plus aucune autre voye pour recueillir la succession, ou y prendre part, *§.* 8, *instit. de inoff. testam.*

Bien plus, quoique la *Novelle* 115 n'eût abrogé la plainte d'inofficiosité qu'à l'égard des descendans & des ascendans, dans le cas de la préterition, en admettant les enfans à la succession *ab intestat* par égales parts & portions, quand l'un d'eux se trouvoit préterit, ou exhéredé sans cause, ou pour cause non exprimée ou non prouvée: & en déferant aussi la succession *ab intestat*, lorsqu'un ascendant se trouvoit préterit ou mal exhéredé: & que cette Novelle n'eût point touché à la préterition des freres *turpi personâ institutâ*, qu'ainsi il falloit s'en tenir aux regles du Droit ancien, qui leur accordoit l'action pour intenter la plainte d'inofficiosité; néanmoins ce remede se trouve aujourd'hui abrogé, même à l'égard des freres, par *l'Ordonnance de* 1735, *art.* 50 *&* 53, en ce qu'elle met dans un même dégré de faveur la préterition de tous ceux qui ont droit de légitime, & qui comprend par sa disposition universelle les freres germains ou consanguins, lorsque leur frere a institué une personne infâme, parce que dans ce cas la Loi leur accorde un droit de légitime; voilà pourquoi leur préterition rendant le testament nul, il ne peut plus être question de recourir à la plainte d'inofficiosité, qui, comme nous l'avons remarqué, est un remede extraordinaire & subsidiaire, auquel on ne peut recourir qu'à défaut de tout autre expédient; par où l'on voit que la plainte d'inofficiosité ne peut être d'aucun usage en France, ni

Suite.

dans les Pays Coutumiers où elle eſt abrogée de tout tems ; ni dans les Pays du Droit Ecrit, parce que la voye de la nullité eſt ouverte.

3. Examen de cette matiere ſur les regles du Droit Romain.

Nous ne laiſſerons pas néanmoins d'examiner & d'expliquer avec quelque détail les regles établies par les Loix ſur cette matiere. La plainte d'inofficioſité eſt appellée tantôt action, *L.* 7, *ff. de inoff. teſtam.* tantôt accuſation, *L.* 6, *§. ult. ff. eod.* tantôt *querela*, *L.* 1, *ff. eod.* Il y a des Auteurs qui ont crû que la plainte d'inofficioſité étoit préparatoire de l'action *petitionis hereditatis*, qui pouvoit être intentée enſuite, comme l'action *rei vindicationis* venoit après l'action *ad exhibendum*; mais *M. Cujas ſur la Loi* 1, *ff. de inoff. teſtam.* a cru avec raiſon que la plainte d'inofficioſité renfermoit l'action *petitionis hereditatis*, ce qui paroît aſſez clairement de la Loi 8, & de la Loi 20, *ff. de inoff. teſtam.* & qu'en intentant la plainte d'inofficioſité, on pouvoit conclure à la demande en délaiſſement de l'hérédité en tout ou en partie, ſelon le droit que le Demandeur y avoit, *& ſi dicam inofficioſum, non totam hereditatem debeo, ſed dimidiam petere*, dit le *§.* 8 déja cité dans le cas de deux enfans exhéredez.

Si la plainte d'inofficioſité eſt préparatoire de la demande de l'hérédité.

4. Qu'eſt ce que la plainte d'inofficioſité.

Attaquer un teſtament comme inofficieux, c'eſt alleguer qu'on n'a pas dû être préterit ou exhéredé, *inofficioſum teſtamentum dicere, hoc eſt allegare quare exheredari vel præteriri non debuerit*, *L.* 3, *ff. de inoff. teſtam.* L'exhéredation dont il eſt parlé ici, s'entend de celle du pere qui avoit ſes enfans en ſa puiſſance, & la préterition s'entend de celle de la mere & des aſcendans maternels, qui avoit la même force que l'exhéredation du pere.

Application de l'exhérédation au pere, & de la préterition à la mere.

5. La plainte d'inofficioſité eſt un remede extraordinaire.

La plainte d'inofficioſité étant un remede extraordinaire & ſubſidiaire, comme nous l'avons dit, on ne pouvoit l'intenter que quand le teſtament étoit revêtu de toutes les ſolemnitez de Droit, & quand on avoit lieu de ſoutenir qu'il avoit été fait contre les devoirs de la pieté : & l'on attaquoit la capacité du Teſtateur, comme s'il n'avoit pas ſon bon ſens lorſqu'il avoit diſpoſé : *hoc colore de inofficioſo teſtamento agitur, quaſi non ſanæ mentis fuerint ut teſtamentum ordinarent. . . . . non quaſi verè furioſus vel demens teſtatus ſit, ſed rectè quidem fecit teſtamentum; ſed non ex officio pietatis*, *L.* 2, *ff. de inoff. teſtam. & inſtit. eod. in principio.*

Quand le teſtament eſt nul, on ne peut pas l'intenter.

6. Comment a été introduite la plainte d'inofficioſité.

On ne connoît point la Loi qui a introduit la plainte d'inofficioſité ; *M. Cujas* en pluſieurs endroits de ſes œuvres, notamment *dans ſes Obſervations, lib.* 2, *cap.* 21, a cru qu'elle avoit été introduite par la Loi *Glicia*, ce qu'il fonde ſur l'inſcription de la Loi 4, *ff. de inoff. teſtam.* mais cet argument eſt bien foible ; le ſenti-

ment de ce Docteur est contredit par *Hotman* & quelques autres Auteurs, qui prétendent que la plainte d'inofficiosité a été introduite pour remedier à l'injustice des peres, qui faisoient du tort à leurs enfans, en les exhéredant sans aucune raison, & par des impressions étrangeres, *novercalibus delinimentis*, comme dit la Loi 4, *ff. de inoff. testam.* ou par un effet d'animosité qu'ils avoient conçûe sans un juste sujet, ainsi que l'explique la Loi 3 du même titre.

7. Suite.

Quoiqu'il en soit de son origine & de son établissement, nous sçavons que la Loi *des douze Tables* avoit donné aux peres un pouvoir si étendu sur leurs enfans, qu'ils avoient sur eux la puissance de vie & de mort, & delà est venue la faculté libre de les exhéreder, sans en alleguer aucune cause, *L. in suis* 11, *ff. de liberis & posthumis*; mais ce pouvoir illimité fut borné; on permit aux enfans de se plaindre de l'injustice de leurs peres, mais à la charge qu'ils prouveroient qu'ils avoient toujours été obéissans, *L.* 28, *cod. de inoff. testam.* A l'exemple des enfans injustement exhéredez par les peres, on permit aux enfans injustement préterits par la mere, de se plaindre de la préterition; on en voit un exemple dans la premiere lettre du Livre 5 de Pline le jeune, dans un cas où il avoit été institué héritier par Pomponia Gratilla, qui avoit exhéredé Assurius Curionus son fils; après on l'étendit aux peres, meres, ayeuls, ayeules, & autres ascendans, & enfin aux freres.

8. Toutes sortes de testamens étoient sujets à la plainte d'inofficiosité, sans éxaminer si l'institué étoit enfant ou étranger. Même contre le Prince Souverain, heritier institué.

Toutes sortes de testamens étoient sujets à la plainte d'inofficiosité, même ceux qui avoient été faits par la permission du Prince, *L.* 35, *cod. de inoff. testam.* sans examiner si l'héritier étoit enfant ou étranger, ou une Communauté de Ville, *L.* 31, *§.* 1, *ff. eod.* quand même le Prince Souverain auroit été institué héritier, *L.* 8, *§.* 2, *ff. eod.* On excepta les testamens des Soldats, soit qu'ils disposassent *jure militari*, ou bien *jure communi*, *L.* 9, *cod. de inoff. testam.* mais l'Empereur Justinien limita ce privilege au testament fait *jure militari* par le Soldat, *in expeditione occupatus*, *§.* 6, *instit. de exhered. liberor.* On distinguoit néanmoins à l'égard du Soldat, s'il avoit préterit ses enfans avec connoissance, ou s'il avoit ignoré qu'il eût des enfans, *L.* 9, *L.* 10, *cod. de testam. militis*, *&* *§.* 6, *instit. de exhered. liberor.* dans la suite on étendit le privilege du Soldat à celui qui avoit un pécule *quasi castrense*, duquel il disposoit, suivant la Loi *derniere*, *cod. de inoff. testam.* & la Loi *derniere cod. de testamentis*, sauf que la légitime pouvoit être demandée sur les biens par ceux qui avoient ce droit, *Nov.* 123, *cap.* 19.

Du testament du Soldat.

Du testament du fils de famille qui teste de son pécule.

9. A quelles personnes la plainte

La Loi 1, *ff. de inoff. testam.* & le *§.* 1, *aux Institutes*, *eod. tit.*

d'inofficiosité compete.

diſent, qu'il eſt permis non-ſeulement aux enfans d'impugner le teſtament de leurs parens par la plainte d'inofficioſité; mais encore aux parens, c'eſt-à-dire, aux aſcendans, & encore aux freres & ſœurs *turpi perſonâ inſtitutâ*; mais à l'égard des enfans, il faut les ſéparer en trois claſſes; car la préterition des uns annulloit de plein droit le teſtament: ſçavoir, quand ils étoient en la puiſſance du Teſtateur, *inſtit. de exhered. liberor. in princip. L. 30, ff. de liberis & poſthum.* & pluſieurs autres textes; ceux-ci ayant un remede ordinaire, c'eſt-à-dire la nullité, ils ne pouvoient pas former la plainte d'inofficioſité; les enfans émancipez, & ceux qui deſcendoient des émancipez qui étoient préterits, devoient venir par la demande de la poſſeſſion des biens, *L. 4, cod. de liberis præteritis, §. 3 & §. 5, inſtit. de exhered. liberor.* parce qu'ils n'avoient pas le droit de ſucceder ſelon la Loi *des douze Tables*, qui faiſoit dépendre ce droit du lien civil de la puiſſance paternelle; mais s'ils avoient été exhéredez *ritè* avec les ſolemnitez requiſes, le Préteur leur refuſoit la poſſeſſion des biens, & dans ce cas ſeulement ils avoient la liberté de former la plainte d'inofficioſité, *L. 8, ff. de bonor. poſſeſſ. contrà tabulas*, avec le §. 2 de la même Loi; & comme la préterition de la mere & des aſcendans maternels équipolloit à l'exhéredation du pere, *§. mater 7, inſtit. de exhered. liberor.* il ne reſtoit aux enfans préterits ou exhéredez par la mere, ou par les aſcendans maternels d'autre reſſource, que d'intenter la plainte d'inofficioſité; il en étoit de même des enfans en la puiſſance du Teſtateur, qui avoient été exhéredez *ritè ſed non juſtè*, *Inſtit. de inoff. teſtam. L. 22, cod. eod. l. 8, in principio, & §. 2, ff. de bonor. poſſeſſ. contrà tabulas.*

Trois claſſes d'enfans.

De ceux qui rendent le teſtament nul par préterition.

De ceux qui avoient la poſſeſſion des biens *contrà tabulas.*

De ceux qui avoient la plainte d'inofficioſité.

10. La plainte n'étoit accordée qu'à ceux qui étoient au premier dégré, ou qui repreſentoient le premier dégré.

Cette plainte n'étoit accordée dans le cas où il étoit permis aux enfans de l'intenter, qu'à ceux qui étoient au premier dégré, ou qui repréſentoient le premier dégré, c'eſt-à-dire, au fils héritier ſien, ou émancipé, quand il étoit exhéredé, contre le teſtament du pere, ou au fils préterit par la mere: & en défaut du fils ou de la fille prédecedez, aux petits fils qui entroient en leur place, *L. filiam 15, & l. neptem 7, cod. de inoff. teſtam.* car il falloit être du nombre des perſonnes capables de ſucceder *ab inteſtat*, pour pouvoir intenter utilement la plainte d'inofficioſité, *L. 6, §. 1, ff. eod.* & les petits-fils n'étoient pas admis à la ſucceſſion pendant la vie de leur pere ou mere qui les précedoient.

Elle ne pouvoit être intentée que par ceux qui ſuccedoient *ab inteſtat.*

11. Des bâtards: s'ils pouvoient intenter la plainte d'inofficioſité.

Les enfans bâtards avoient le droit d'impugner le teſtament de leur mere, *L. ſi ſuſpecta 29, §. 1, ff. de inoff. teſtam.* à moins qu'elle ne fût du nombre des perſonnes illuſtres, & qu'elle n'eût d'autres enfans légitimes, *L. 5, cod. ad S. C. Orphit.* mais les bâtards ne

pouvoient pas impugner par inofficioſité le teſtament de leur pere, comme étant incertain, *L. 19 & l. 23, ff. de ſtatu hominum*; car on ne peut reclamer comme pere, que celui qu'un mariage légitime fait connoître, *pater eſt quem nuptiæ demonſtrant*, *L. 5, ff. de in jus vocando*, à moins qu'ils n'euſſent été légitimez par un mariage ſubſequent, auquel cas ils ſeroient vraîment légitimes, tout comme s'ils étoient nez dans le mariage, *§ aliquando 13, inſtitution. de nuptiis:* ou qu'ils ne fuſſent légitimez par reſcrit du Prince; car ceux-ci étoient mis au niveau des enfans légitimes, *nihil à legitimis filiis differentes*, *Novell. 89, cap. 9, §. 1.*

Les bâtards légitimez ſont au niveau de ceux qui ſont légitimes.

12. Des poſthumes.

Par le Droit ancien du Digeſte, les poſthumes quoiqu'en naiſſant ils devinſſent héritiers ſiens, pouvoient néanmoins intenter la plainte d'inofficioſité, *L. 6, ff. de inoff. teſtam.* ce qui fut corrigé par la Loi 4, *cod. de liberis præteritis*, qui veut que les poſthumes, qui en naiſſant devoient tomber en la puiſſance du Teſtateur fuſſent inſtituez ou exhéredez, faute de quoi leur prétérition rendoit le teſtament nul, tout comme celle des enfans déja nez. Après cette Loi, on n'accordoit donc la plainte d'inofficioſité qu'aux poſthumes exhéredez, ou aux poſthumes deſcendans des mâles émancipez qui ſe trouvoient préterits, ou aux poſthumes préterits deſcendans par femme, ou bien aux poſthumes héritiers ſiens, qui avoient été nommément exhéredez, parce que les poſthumes furent mis au niveau des enfans déja nez, par la Loi 4, *cod. de liberis præteritis.*

13. De la plainte intentée par le pere au nom du fils préterit par ſa mere.

Lorſque le fils avoit été préterit par ſa mere, le pere de l'enfant préterit pouvoit intenter au nom de ſon fils la plainte d'inofficioſité, *L. Papinianus 8, ff. de inoff. teſtam.* La mere avoit tout comme le pere, la liberté d'exhéreder ſes enfans, quoiqu'ils fuſſent dans un âge ſi tendre, qu'ils n'euſſent pas même l'uſage de la raiſon. Mais l'Empereur Juſtinien corrigea cette Juriſprudence, comme cruelle, n'étant pas juſte de punir un enfant incapable de tomber dans l'ingratitude; il défendit par la Loi 33, *§. 1, cod. de inoff. teſtam.* à la mere d'exhéreder ſon fils encore enfant, & à quelque âge qu'il eût, en haine de ſon mari: il permit donc par voye de conſéquence d'intenter la plainte d'inofficioſité; comme auſſi le fils préterit par la mere, qui croyoit qu'il fût mort, pouvoit intenter cette plainte, *L. 27, §. ult. ff. de inoff. teſtam.* mais dans ces cas les autres diſpoſitions particulieres étoient exécutées, & la ſeule inſtitution étoit emportée, *L. 28, ff. eod.*

Exhérédation de la mere.

Prétérition *ignoranter* faite par la mere.

14. Plainte d'inofficioſité accordée

La plainte d'inofficioſité étoit accordée aux aſcendans de l'un & de l'autre ſexe (remariez ou non, car les Loix ne diſtinguent

aux ascendans en défaut d'enfans du défunt.

point) au premier ou second dégré, quand ils se trouvoient les plus proches, mais ce n'étoit qu'à défaut d'enfans; si le défunt avoit laissé des enfans qui fussent légitimement exhéredez, le pere pouvoit intenter la plainte sans que l'existence des enfans lui fit obstacle, *L.* 14, *l.* 15 *&* *l.* 16, §. 1, *ff. de inoff. testam.* La Loi *filium* 17, *cod. eod.* accorde expressément à la mere préterite le droit d'attaquer par la plainte d'inofficiosité le testament de son fils; mais la mere pouvoit être exhéredée par le fils, & privée de la légitime à elle dûe, quand elle étoit tombée dans quelqu'un des cas exprimez dans la Loi 28 *du même titre au code*; il est remarquable que quand celui qui se trouvoit au premier dégré répudioit la plainte d'inofficiosité, ou refusoit de la former, celui qui étoit au second dégré avoit droit de l'intenter, *L.* 31, *ff. de inoff. testam.*

A ceux qui tenoient le premier dégré.

De la mere ingrate.

Quand celui qui tenoit le premier dégré répudioit, celui qui venoit après étoit admis.

15. Plainte d'inofficiosité accordée aux freres.

A l'égard des freres, la plainte d'inofficiosité ne leur étoit accordée que quand leur frere ou sœur consanguins, ou germains avoient institué une personne infâme, *turpi personâ institutâ*, *L.* 21, *l.* 27, *cod. de inoff. testam. & instit. eod. tit.* §. 1; on ne l'accordoit point dans quelque autre cas, ni aux freres ou sœurs uterins, ni à aucun autre des collateraux, *L.* 1, *ff. de inoff. testam. & l.* 27, *cod. eod.*

16. La légitime entiere devoit être laissée pour éviter la plainte d'inofficiosité.

Suivant le droit ancien du Digeste, afin d'éviter la plainte d'inofficiosité, il falloit avoir laissé la légitime entiere à ceux qui avoient ce droit; que s'il y manquoit quelque chose, cette plainte competoit non pour demander une légitime, ou le supplément, comme quelques Auteurs l'ont cru mal-à-propos, mais pour renverser le testament; cependant il suffisoit que la légitime eût été laissée à quelque titre que ce fût, même de donation à cause de mort, *L.* 8, §. 6 *&* 8, *ff. de inoff. testam.* L'Empereur Justinien changea cette Jurisprudence par la Loi 30, *cod. de inoff. testam.* & il voulut que pourvû qu'il eût été laissé quelque chose à ceux qui avoient droit de légitime, quand même le legs ne la rempliroit pas, & qu'il ne seroit pas exprimé que ce qui pourroit manquer seroit suppléé, le testament ne pourroit point être impugné par la plainte d'inofficiosité; ensorte qu'il ne permet de former cette plainte, que dans le cas d'un oubli total, & qu'il ne seroit rien laissé dans le testament, sauf à demander le supplément de légitime.

Il suffisoit de la laisser *quovis relicti titulo.*

17. La plainte d'inofficiosité ne pouvoit être formée qu'après

Comme la plainte d'inofficiosité attaque & le testament & la mémoire du défunt, *tamquam non fuerit sanæ mentis*, & qu'avant l'adition de l'hérédité l'héritier n'est pas un contradicteur légiti-

me,

me, cette plainte ne pouvoit être intentée qu'après que l'hérédité avoit été acceptée en vertu du teſtament qui eſt ſoutenu inofficieux, *quoniam ante aditam hereditatem nec naſcitur querela*, *L. Papinianus* 8, *§. conditioni* 10, *ff. de inoff. teſtam.* Mais afin qu'il ne fût pas au pouvoir d'un héritier inſtitué d'empêcher ou d'éloigner la plainte d'inofficioſité, l'Empereur *Juſtinien* ordonna dans la Loi 36, *§. dernier, cod. de inoff. teſtam.* que l'héritier inſtitué ſeroit tenu d'accepter ou répudier l'hérédité dans ſix mois s'il étoit dans la même Province, ou dans l'an, à compter depuis la mort du Teſtateur, ſi l'héritier étoit réſidant dans une autre Province; & ſi l'héritier n'avoit pas accepté ou répudié l'hérédité dans ce délai, il pouvoit être appellé en jugement, & contraint par le Juge à faire ſa déclaration.

l'addition d'hérédité.

Dans quels cas l'heritier étoit tenu d'accepter.

18.

Nous apprenons d'une lettre écrite par Pline le jeune à Severus, qui eſt la premiere du liv. 5, que le droit ou l'action pour ſe plaindre du teſtament contenant exhéredation ou préterition injuſte, ne duroit que deux ans; dans la ſuite on prorogea la durée de cette action, enſorte qu'elle pouvoit être intentée dans les cinq ans, à compter non du jour de la mort du Teſtateur, mais depuis que l'hérédité avoit été acceptée, parce qu'elle naiſſoit de l'acceptation, *L.* 34, *in fine*, *L.* 36, *§. ult. cod. de inoff. teſtam.* après ce délai l'action étoit éteinte, & ne pouvoit plus être formée *niſi ex magnâ cauſâ*; que ſi le teſtament étoit déclaré inofficieux ſur l'action formée après les cinq ans *ex magnâ cauſâ*, les legs de la liberté laiſſée aux eſclaves n'étoient pas révoquez, parce qu'ils étoient à l'abri au moyen de la preſcription; mais les Affranchis devoient bailler à celui qui avoit fait renverſer le teſtament, une ſomme de vingt écus d'or pour chacun d'eux, *L. Papinianus* 8, *§. ult. ff. eod.*

Dans quel délai cette plainte devoit être formée.

Cas où elle pouvoit être formée après cinq ans.

19.

Ce délai ou cette preſcription de cinq ans ne couroit point contre les mineurs, qui étoient à l'abri de plein droit, ſans avoir beſoin de ſe faire reſtituer en entier; il ne commençoit de courir utilement que depuis la majorité accomplie, *L.* 2, *cod. in quib. cauſis in integrum reſtitutio neceſſaria non eſt*; il ne couroit pas non plus pendant l'inſtance en caſſation par nullité du teſtament, & ce n'étoit qu'après que cette inſtance avoit été terminée, que le délai de cinq ans couroit, *L.* 16, *cod. de inoff. teſtam.* parce que la plainte d'inofficioſité, qui étoit un remede extraordinaire, *& ultimum adjutorium*, comme nous l'avons remarqué, ne pouvoit pas être accumulée avec la demande en caſſation par nullité, *L.* 8, *§. ſi quis* 12, *& l.* 20, *ff. eod.* La poſſeſſion des biens acquiſe ou

Ce délai ne couroit pas contre les mineurs.

Ni pendant l'Inſtance en caſſation du teſtament par nullité.

La plainte d'inofficioſité ne peut pas être accumulée avec d'autres moyens.

demandée empêchoit aussi le cours de ce délai, *L. 6, §. ult. ff. de inoff. testam.* parce qu'elle étoit préparatoire de la plainte.

10. Si la plainte étoit transmise aux heritiers.

Si celui qui avoit droit d'intenter la plainte d'inofficiosité décedoit, ou avant l'adition d'hérédité, ou après, sans avoir préparé l'action, elle étoit éteinte, s'il ne laissoit que des héritiers étrangers, parce que la plainte d'inofficiosité prenant sa naissance dans l'injure soufferte par l'enfant exhéredé ou préterit injustement, elle étoit censée remise par le silence jusqu'à la mort; cependant s'il laissoit des enfans il la leur transmettoit, pourvu qu'il ne fût pas ingrat, ou qu'il n'eût pas répudié la plainte, ou qu'il n'eût pas gardé le silence pendant cinq ans, *L. 34, l. 36, §. dernier, cod. de inoff. testam. L. 6, §. ult. & l. 7, ff. eod.* cette action étoit censée préparée quand l'intereſſé avoit reconnu ou formé la demande de la poſſeſſion des biens, *litis ordinandæ gratiâ*, que nous expliquerons bientôt, ou quand il avoit fait quelque acte de dénonce, ou formé son action en jugement, *L. 6, §. ult. & l. 7, ff. de inoff. testam.* Il y a même des Auteurs, entr'autres *Duaren ad tit. de inoff. testam. cap. 8*, qui prétendent que l'action étoit censée préparée toutes les fois qu'il paroiſſoit d'une volonté certaine, que l'intereſſé n'avoit pas voulu remettre l'injure de la préterition ou exhéredation injuſte au défunt, & qu'il avoit voulu demander la reſciſion du teſtament: ce qui ſemble fondé ſur la Loi 5, *cod. de inoff. teſtam.* Quand l'action avoit été préparée, elle paſſoit aux héritiers étrangers, *L. 6, §. ult. & l. 7, ff. de inoff. teſtam.*

Moyen pour préparer l'action

Poſſeſſion des biens *litis ordinandæ gratiâ.*

11. Effet de la plainte d'inofficioſité.

L'effet de la plainte d'inofficioſité conſiſtoit à faire reſcinder le teſtament, à ôter l'hérédité à l'héritier inſtitué, à la faire adjuger à celui qui avoit obtenu la caſſation du teſtament qui devenoit héritier ou poſſeſſeur des biens ſelon qu'il l'auroit pû ou dû demander ſuivant ſa qualité; les libertez & autres legs étoient révoquez, & ceux qui avoient été payez pouvoient être répetez, *L. Papinianus 8, §. ſi ex cauſa 16, ff. de inoff. teſtam.* à moins que les affranchis n'euſſent joui de la liberté pendant cinq ans, ſuivant le *§. dernier de la même Loi;* que ſi la préterition avoit été faite *ignoranter*, l'inſtitution étoit révoquée, mais les legs ſubſiſtoient, *L. 27, §. ult. & l. 28, ff. eod.* les legs & les libertez étoient encore dûs lorſque le teſtament étoit caſſé par défaut, & ſans défenſe de la part de l'héritier inſtitué, *L. qui repudiantis 17, §. 1, ff. eod.* De plus, lorſqu'il y avoit colluſion entre celui qui agiſſoit par la plainte d'inofficioſité & l'héritier inſtitué, les légataires pouvoient ſoutenir le teſtament, & venir par oppoſition envers le Jugement rendu par colluſion; il pouvoit néanmoins arriver que le teſta-

Quid ſi la préterition de la mere étoit faite *ignoranter.*

Oppoſition des Legataires envers le Jugement colluſoire.

ment fût rescindé pour partie, & exécuté pour l'autre partie, & que par-là le Testateur décedât *partim testatus, partim intestatus*; comme si deux enfans avoient été exhéredez, & que l'un ayant agi par la plainte d'inofficiosité eût succombé, & que le testament eût été confirmé; & que l'autre en formant la même action eût fait rescinder le testament; dans ce cas le testament valoit pour la portion de celui qui avoit succombé dans sa demande, & il étoit rescindé pour la portion de celui qui avoit obtenu gain de cause, *L.* 15, *§.* 2, *l.* 24, *ff. de inoff. de testam. l.* 13, *cod. eod.* ensorte que les legs étoient conservez à concurrence des portions des héritiers qui étoient maintenus en l'hérédité, & n'étoient révoquez que pour les portions à raison desquelles le testament étoit rescindé, *L.* 13, *cod. de inoff. testam.*

Le testament pouvoit être rescindé pour partie & subsister pour l'autre.

Les legs étoient conservez à proportion de ce qui subsistoit du testament.

Si de deux enfans exheredez, l'un répudioit la plainte d'inofficiosité, & l'autre l'intentoit, celui qui avoit répudié n'étoit pas admis en part, & l'autre devoit avoir par droit d'accroissement tout l'émolument que cette action pouvoit produire, *L. qui repudiantis* 17, *L. si ponas* 23, *§. ult. ff. de inoff. testam.* il en étoit de même si l'un agissoit dans les cinq ans, & que l'autre laissât passer ce délai sans avoir intenté son action, *idemque erit & si tempore exclusus sit, d. §. ult.* mais le seul silence de l'un des deux interessez dans les cinq ans, ne donnoit point le droit d'accroissement à l'autre, *L.* 8, *§.* 8, *ff. eod.* Supposons qu'une mere qui avoit deux filles, eût institué l'une au quart de l'hérédité, & un étranger aux trois quarts restans, & passé sous silence l'autre fille; que cette fille préterite eût agi par la plainte d'inofficiosité, & fait rescinder le testament, comment l'hérédité de la mere devroit-elle être partagée? ne laissera-t'on à la fille instituée que le quart de l'hérédité, comme ayant approuvé le testament, en acceptant l'hérédité, & les trois quarts restans à la fille préterite, ou bien le partage devra-t'il être fait entre ces deux filles par égales parts & portions? Le Jurisconsulte Paul répond dans la Loi 19, *ff. de inoff. testam.* que la fille préterite ne doit avoir que la portion qu'elle auroit eu si la mere n'avoit point testé, c'est-à-dire, la moitié de l'hérédité, parce que la fille qui a accepté en vertu du testament, n'est pas censée avoir renoncé à la succession *ab intestat* qui pourroit être ouverte par quelque évenement; ainsi selon M. *Cujas sur cette Loi lib.* 2, *quæst. Pauli*, si la fille préterite n'a intenté l'action d'inofficiosité que contre l'héritier étranger, elle ne devra prendre que la moitié de l'hérédité, & la sœur instituée en trois onces devra les conserver en vertu du testament, qui ne sera rescindé que pour la partie qui re-

27.

De la répudiation de l'un des deux qui avoient la plainte d'inofficiosité.

Accroissement de la portion du répudiant.

Quid de celui qui gardoit simplement le silence.

Comment devoit être partagée l'hérédité d'une mere qui avoit institué un étranger aux trois quarts, & une fille au quart restant, & préterit une autre fille.

garde l'héritier étranger ; & à l'égard des trois onces reſtantes, elle les prendra par droit d'accroiſſement ; que ſi la fille préterite a agi contre tous les héritiers inſtituez, & que le teſtament ſoit reſcindé pour le tout, l'hérédité ſera partagée entre les deux ſœurs par égales parts, dont chacune aura la moitié, tout comme ſi la mere n'avoit pas fait de teſtament.

23. A qui profite la victoire de ceux qui ont agi & obtenu ſans droit.

Lorſqu'une perſonne à qui la plainte d'inofficioſité ne compete pas, agit & obtient un Jugement favorable, à cauſe que l'héritier inſtitué ne s'y oppoſe pas, ſa victoire ne lui profitera pas, mais elle ſervira à ceux qui ont droit de ſucceder *ab inteſtat*, parce que la plainte d'inofficioſité en reſcindant le teſtament, réduit la ſucceſſion *ab inteſtat*, *L.* 6, *§.* 1, *ff. de inoff. teſtam.*

24. Dans le partage d'opinions on devoit juger pour le teſtament.

Il y avoit ceci de particulier dans la plainte d'inofficioſité, c'eſt que quand les Juges étoient partagez en avis, les uns voulant maintenir le teſtament, & les autres le reſcinder, & que le nombre des voix étoit égal de part & d'autre, le Jugement devoit être conclu à l'avis favorable au teſtament, *L.* 10, *ff. de inoff. teſtam.*

25. Des cas auſquels la plainte ceſſe. Premier cas.

Il y avoit pluſieurs cas auſquels la plainte d'inofficioſité ne pouvoit pas être intentée. Premierement, lorſque l'on avoit quelque autre action ou remede, pour demander l'hérédité, *§.* 2, *inſtit. de inoff. teſtam. & L.* 4, *cod. de liberis præteritis.*

26. Deuxiéme cas.

En ſecond lieu, ſi l'on avoit répudié l'action d'inofficioſité, *L. qui repudiantis* 17, *ff. de inoff. teſtam. & L.* 34, *in fine cod. eod.*

27. Troiſiéme cas.

En troiſiéme lieu, ſi l'on avoit laiſſé paſſer le délai de cinq ans depuis l'adition d'hérédité durant la majorité de la perſonne préterite, *L.* 8, *§. ult. ff. de inoff. teſtam. L.* 36, *§. ult. cod. eod.*

28. Quatriéme cas.

En quatriéme lieu, lorſqu'il avoit été laiſſé quelque choſe à ceux qui avoient droit de légitime à titre d'inſtitution, de legs, fideicommis ou autrement, *L.* 8, *§.* 6, *au Digeſte*, *l.* 30, *l.* 36, *§.* 1, *cod. de inoff. teſtam.* quand même le legs auroit été évincé, auquel cas le légataire devoit agir en garantie, *L.* 36, *in princip. cod. de inoff. teſtam.*

29. Cinquiéme cas. Obſervation ſingulière.

En cinquiéme lieu, lorſque l'on avoit approuvé ſciemment le teſtament, *L.* 8, *§.* 10, *ff. de inoff. teſtam. ſciens agnovit judicium*; par la réception du legs, à moins qu'on ne dût le rendre incontinent à un autre, *L.* 10, *§.* 1, *ff. de inoff. teſtam. L.* 5, *ff. de his quæ ut indignis* ; mais cette approbation étoit devenuë inutile, à cauſe que par le Droit du Code il ſuffiſoit que le Teſtateur eût laiſſé quelque legs, afin que la plainte d'inofficioſité ne pût pas

être intentée, quoique le legs ne remplît pas la légitime, *L.* 30, *cod. de inoff. teſtam.* enſorte que l'approbation par la réception du legs, ne pouvoit être néceſſaire que rélativement aux principes du Droit plus ancien, qui exigeoit que le legs remplît entierement la légitime, faute de quoi la plainte pouvoit être formée. Je n'ai vû aucun Auteur qui ait fait cette remarque, quoiqu'elle ſoit très-certaine; on peut néanmoins conclure des Loix que nous avons citées, que la plainte d'inofficioſité devoit être exclue toutes les fois que la perſonne préterite ou exhéredée avoit approuvé le teſtament même tacitement de quelque maniere que ce fût, comme il paroît de la Loi 12, *in princ.* & des §§. 1 & 2, *ff. de inoff. teſtam.* de la Loi 31, §. dernier, de la Loi 32, de la Loi 23, §. 1, *ff. eod.* & de la Loi 8, §. 1, *cod. eod.* Nous avons parlé de ceci plus amplement dans le *chapitre 6, ſection 3*, où il ſuffit de renvoyer.

30. Sixiéme cas.

En ſixiéme lieu. La plainte d'inofficioſité ne pouvoit pas être intentée contre le teſtament du Soldat qui avoit teſté *in expeditione occupatus, §. 6, inſtit. de exhered. liber. L. 9, L. 24, cod. de inoff. teſt.* à moins que la préterition n'eût été faite *ign ranter, L. 9,* & *L. 10, cod. de teſtam. militis.* On ne pouvoit pas non plus impugner par cette plainte, le teſtament du fils de famille, qui diſpoſoit de ſon pécule quaſi caſtrenſe, *L. ult. cod. de inoff. teſtam.* & *L. ult. cod. de teſtam.* ſauf le droit de légitime, *Novell. 123, cap. 19.* Ceci prouve une réflexion que nous avons faite ci-devant, que la plainte d'inofficioſité n'a jamais eu pour objet la demande de la légitime ni du ſuplément, quoique certains Auteurs ayent penſé le contraire; mais ſans fondement & contre la diſpoſition des Loix.

Si la plainte d'inofficioſité avoit pour objet la demande de la légitime, ou du ſupplément.

31. Septiéme cas.

En ſeptiéme lieu. Quoique la mere eût droit de légitime ſur les biens de ſon fils, néanmoins lorſque le pere avoit fait une ſubſtitution pupillaire expreſſe, qui excluoit la mere de ſa legitime, elle ne pouvoit pas intenter la plainte d'inofficioſité, *L. Papinianus 8, §. ſed nec impuberis 5, ff. de inoff. teſtam.* & le fils auquel la ſubſtitution pupillaire avoit été faite, ne pouvoit pas non-plus impugner le teſtament de ſon pere, quoique ſa légitime ſe trouvât compriſe dans cette ſubſtitution, ſuivant le *§. 7 de la même Loi.*

32. Huitiéme cas.

En huitiéme lieu. Lorſque le fils préterit étoit déclaré ingrat, & que l'ingratitude étoit prouvée, il ne pouvoit plus intenter la plainte d'inofficioſité; mais il en étoit autrement, quand même il ſeroit tombé dans quelqu'un des cas d'ingratitude, ſi le Teſ-

tateur ne s'en étoit pas plaint dans son testament, *Leg.* 30, *cod. de inoff. testam.*

33. Neuviéme cas.

En neuviéme lieu. On ne pouvoit pas se plaindre du testament, comme étant inofficieux, si l'on avoit renoncé à la plainte d'inofficiosité, *L.* 8, *§.* 1, *l.* 15, *§.* 1, *ff. de inoff. test.* ou si l'on avoit transigé sur la validité du testament avec l'heritier institué, *L.* 35, *§.* 1, *cod. de inoff. testam. L.* 29, *§.* 2, *ff. eod.* à moins que la renonciation ou la transaction n'eussent été faites par le dol de l'heritier, *L.* 21, *ff. eod.* ou que l'heritier refusât d'executer la transaction, *L.* 27, *ff. eod.*

34. Dixiéme cas.

En dixiéme lieu. La plainte étoit éteinte par la mort de la personne préterite, ou exhéredée, qui n'avoit point laissé des enfans, & qui n'avoit pas préparé l'action, *L.* 6, *§. ult.* & *L.* 7, *ff. de inoff. testam.*

35. Celui qui avoit succombé en la demande en faux pouvoit former la plainte d'inofficiosité.

Celui qui avoit attaqué le testament par la voye du faux, avoit la faculté de l'impugner comme inofficieux, quoiqu'il eût succombé dans sa premiere action, *& vice versâ*, *L.* 14, *cod. de inoff. testam.*

36. La plainte d'inofficiosité faisoit perdre toutes les liberalitez.

Comme la plainte attaquoit le jugement du défunt, elle faisoit perdre toutes les liberalitez faites par le même testament, lorsqu'il étoit confirmé, *L. Papinianus* 8, *§. meminisse* 14, *L.* 22, *§.* 1, *ff. de inoff. testam.* mais ce qui avoit été donné à cause de mort n'étoit pas perdu, *L. etiamsi* 11, *ff. eod.* Nous avons expliqué ceci d'une maniere plus étendue dans le *chapitre* 6, *section* 3, où il suffit de renvoyer.

37. Devant quels Juges cette plainte devoit être portée.

La plainte d'inofficiosité devoit être intentée par le Droit le plus ancien devant les Centumvirs, *L.* 13, *ff. de inoff. testam.* dans la suite elle devoit être intentée devant le Juge du domicile de l'heritier institué, *L.* 29, *§. ult. ff. eod.* ou devant le Président de Province, *L.* 17, *cod. eod.*

38. Comment le fils exhérédé qui étoit en possession des biens, pouvoit proposer la plainte d'inofficiosité.

L'enfant exhéredé qui se trouvoit en possession de l'hérédité de son pere, étant attaqué par l'heritier institué, en délaissement de l'hérédité, pouvoit opposer par exception la plainte d'inofficiosité, de la même maniere que s'il en avoit formé la demande par action principale, *L. Papinianus* 8, *§. si filius* 13, *ff. de inoff. testam.*

39. Plainte intentée contre l'un des heritiers. Etoit divisible.

Lorsqu'il y avoit plusieurs heritiers, la plainte pouvoit être intentée contre l'un d'eux, en laissant les autres à l'écart; ensorte que si la plainte étoit jugée bonne, le testament étoit rescindé pour la part de l'heritier attaqué: le surplus du testament demeurant en son entier pour les parts des heritiers contre les-

quels l'action n'étoit pas intentée, *L.* 25, *§.* 1, *ff. de inoff. teſtam.* Il réſulte clairement de ce texte, comme auſſi de la Loi 15, §. 2, de la Loi 24, *ff. eod.* & de la Loi 13, *cod. eod. titul.* que la plainte d'inofficioſité n'étoit pas indiviſible, & qu'encore qu'elle réduiſit la ſucceſſion *ab inteſtat* quand le teſtament étoit reſcindé en entier, ſon objet n'étoit pas de faire déceder le Teſtateur *ab inteſtat*, puiſque ſon teſtament pouvoit être conſervé pour les portions des heritiers contre leſquels la plainte n'étoit pas intentée.

40. Pouvoit être formée contre toutes ſortes d'heritiers, même contre le Fideicommiſſaire.

L'action d'inofficioſité pouvoit être formée contre toutes ſortes d'heritiers, enfans du Teſtateur ou étrangers, même contre les Communautez des Villes heritieres inſtituées, *L.* 31, *§.* 1, *ff. de inoff. teſtam.* contre le Prince, *L.* 8, *§.* 2, *ff. eod.* & contre le Fideicommiſſaire auquel l'hérédité avoit été reſtituée, *L.* 1, *cod. eod.*

41. Incompatibilité de la plainte avec toute autre action.

Lorſque le fils intentoit la plainte d'inofficioſité, il ne pouvoit former d'autre action que celle de la demande de l'heredité, il ne pouvoit pas même prétendre les alimens pendant le Procès: *Qui vero de inofficioſo . . . . . dicit nec actiones movere debet, nec aliam ullam, quam hereditatis petitionem exercere, nec ali, L.* 20, *ff. de inoff. teſtam.* Cependant lorſque le fils avoit obtenu un Jugement favorable, & que le teſtament avoit été déclaré inofficieux; ſi l'heritier appelloit, le fils pouvoit demander les alimens, *L. ſi inſtituta* 27, *§.* 3, *ff. eod.*

Si le fils qui avoit formé la plainte pouvoit demander les alimens.

42. Si les heritiers inſtituez pouvoient être dépoſſedez *pendente lite.*

Les heritiers inſtituez qui ſe trouvoient en poſſeſſion, ne devoient pas être dépoſſedez, quoique la plainte d'inofficioſité fût intentée contr'eux: *Quamvis de inofficioſo teſtamento acturum te bonorum poſſeſſionem accepiſſe proponas, tamen ſcriptis heredibus auferri poſſeſſionem incivile eſt, L.* 2, *cod. de inoff. teſtam.* Pour bien entendre les paroles de cette Loi, où il eſt dit: *bonorum poſſeſſionem accepiſſe proponas*, il faut ſçavoir que les enfans émancipez n'étant pas reconnus par le Droit Civil, c'eſt-à-dire, par la *Loi des douze Tables*, comme ſucceſſeurs légitimes, ils n'avoient aucune qualité pour intenter la plainte d'inofficioſité: il falloit qu'ils obtinſſent du Préteur, une poſſeſſion des biens *litis ordinandæ gratiâ*, au moyen de laquelle, devenant capables de prendre part à l'heredité, ils devenoient par conſéquent perſonnes légitimes pour intenter la plainte d'inofficioſité. Il eſt parlé de cette poſſeſſion des biens, préparatoire de l'action d'inofficioſité, dans la Loi 6, *§.* dern. & dans la Loi 8, *in princ. ff. de inoff. teſtam.* Nous avons crû cet éclairciſſement néceſſaire, parce que

Qu'eſt ce qu'on entendoit par la poſſeſſion des biens *litis ordinandæ gratiâ.*

la gloſe & quelques autres Auteurs, n'ont pas entendu ce que c'étoit que cette poſſeſſion des biens.

43. De la mere qui après avoir inſtitué tous ſes enfans heritiers égaux, en a un autre après ſon teſtament.

Lorſque la mere qui avoit pluſieurs enfans, les inſtituoit tous heritiers par égales parts : s'il lui en ſurvenoit quelqu'autre après le teſtament, on donnoit à celui qui étoit ſurvenu, une portion virile, ſans qu'il fût néceſſaire de former la plainte d'inofficioſité, & l'enfant préterit n'avoit beſoin de former cette action, que quand la mere avoit inſtitué des heritiers étrangers, *L.* 3, *cod. de inoff. teſtam.*

44. Les actions de l'heritier étoient rétablies quand il étoit évincé.

Lorſque l'heritier inſtitué étoit évincé de l'heredité par la plainte d'inofficioſité, les actions qu'il avoit ſur l'heredité, & qui étoient éteintes par la confuſion arrivée au moyen de l'adition, étoient rétablies, & il pouvoit les exercer tout de même que s'il n'avoit pas été heritier, *Leg.* 22, *cod. de inoffic. teſtament.*

45. Si le Légitimaire évincé de ſon legs pouvoit former la plainte d'inofficioſité.

Quoique le légitimaire auquel il avoit été fait un legs pour repreſenter ſa légitime, en eût été évincé en tout ou partie, il ne pouvoit pas intenter l'action d'inofficioſité, encore que le legs devînt inutile, & qu'il ſe trouvât entierement préterit au moyen de l'éviction, lorſqu'elle étoit de l'entier legs; mais il devoit agir en garantie pour ſe faire payer de ſa légitime, ou du ſuplément, *L.* 36, *in princip. cod. de inoff. teſtam.* Cette Loi faiſoit donc dépendre la validité du teſtament de la mention que le Teſtateur avoit faite de ſon fils, en lui laiſſant une liberalité, ſans examiner ſi elle ſeroit irrévocablement acquiſe; elle fournit un argument très-déciſif contre les Auteurs qui penſent que l'inſtitution faite en une choſe qui n'appartenoit pas au Teſtateur, ne couvroit pas le vice de préterition, laquelle opinion nous avons refutée dans la ſection précedente.

CHAPITRE IX.

CHAPITRE IX.

Du Droit d'Accroiſſement.

SOMMAIRE.

1. *La matiere du Droit d'accroiſſement eſt pleine de difficultez.*
Obſervations à faire pour bien expliquer cette matiere.
Il faut ſe fixer au Droit nouveau, & y rapporter toutes les Loix précedentes.
On ne doit recourir aux Loix anciennes que pour les cas non décidez par le Droit nouveau.
2. *Définition ou deſcription du Droit d'accroiſſement.*
3. *Conditions néceſſaires afin que le Droit d'accroiſſement ait lieu.*
Il eſt comparé à l'alluvion.
4. *Du Droit d'accroiſſement pour l'uſufruit.*
5. *Origine du Droit d'accroiſſement.*
6. *Des Auteurs qui ont crû qu'il avoit été introduit depuis la Loi* Papia.
Cette Loi détruiſit le Droit d'accroiſſement.
Opinion de l'Auteur ſur l'origine du Droit d'accroiſſement.
Varieté des déciſions parmi les Juriſconſultes Romains.
7. *Diſtinctions faites par le Droit ancien.*
Entre les legs per vindicationem & per damnationem.
Abrogation de cette diſtinction.
8. *Le Droit d'accroiſſement n'avoit pas lieu dans les diſpoſitions qui étoient regardées comme non écrites.*
9. *Il avoit lieu lorſqu'on pouvoit eſperer un Legataire.*
10. *Le Droit d'accroiſſement n'avoit pas lieu aux fideicommis même univerſels.*
Abrogation de ce Droit depuis que les legs & fideicommis ſont égalez.
11. *Deux eſpeces du Droit d'accroiſſement ; l'une* poteſtate juris; *l'autre, à raiſon de la conjonction.*
Cas où le Droit d'accroiſſement avoit lieu poteſtate juris.
Quid *dans les fideicommis univerſels, quand le grevé n'acceptoit pas volontairement.*
12. *Du Droit d'accroiſſement à raiſon de la conjonction.*
13. *Trois ſortes de conjonctions ſuivant le Droit ancien.*
Conjonction re & verbis.
14. *Conjonction* re tantùm.
Dans le Droit ancien chaque Legataire devoit avoir la choſe in ſolidum.

Correction de ce Droit.

15. *De la conjonction* verbis tantùm.

16. *Exemple où ces trois conjonctions se trouvent.*

Conjuncti unius personæ potestate funguntur.

17. *Explication de cet exemple.*

Sentiment de Cujas *sur la Loi* 89, ff. de leg. 3, *en ce qu'elle dit que la conjonction* verbis tantùm *produit le Droit d'accroissement.*

18. *Par le Droit nouveau, il n'y a que deux conjonctions qui produisent le Droit d'accroissement.*

La conjonction verbis tantùm, *& son effet abrogez.*

19. *Preuves de cette abrogation.*

20. *La Loi unique* cod. de caducis tollend. *renferme un Reglement nouveau & general.*

21. *Justinien en abrogeant la Loi* Caducaire, *regle les cas où le Droit d'accroissement doit avoir lieu.*

22. *Droit d'accroissement rétabli aux dispositions considerées comme non écrites.*

Rétabli aussi dans les dispositions caduques, ou qui tombent en caducité.

Le Droit d'accroissement avoit été emporté par la Loi Papia *excepté aux dispositions en faveur des ascendans & descendans jusqu'au troisiéme dégré.*

23. *Nouveau Reglement sur la nature & les effets du Droit d'accroissement.*

Et sur l'espece des conjonctions que devoit produire ce Droit.

24. *De quels conjoints l'Empereur Justinien entend-t'il parler ?*

Il n'attribue le Droit d'accroissement qu'à ceux qui sont conjoints ou disjoints.

25. *Conjonctions par rapport aux Legataires ou Fideicommissaires.*

Conjoints & disjoints sont les seuls qui ayent droit d'accroissement.

Les conjoints sont ceux qui sont unis re & verbis, *& les disjoints, ceux qui sont unis* re tantùm.

26. *Confirmation par les Loix du Digeste.*

Quels sont les conjoints.

27. *Quels sont les disjoints.*

Les conjoints verbis tantùm *ne sont pas du nombre de ceux qui peuvent profiter du Droit d'accroissement.*

28. *Varieté dans les Loix du Digeste sur le Droit d'accroissement.*

Loi qui avoit attribué le Droit d'accroissement à la conjonction verbale.

Loix qui avoient refusé le Droit d'accroissement à la conjonction verbale.

Dans ce conflit l'Empereur a adopté la déciſion des Loix qui refusoient le Droit d'accroissement aux conjoints verbis tantùm.

29. *Division de la matiere du Droit d'accroissement en trois parties.*

30. *Premier point. Cas où le Droit d'accroiſſement a lieu.*

Dans les diſpoſitions par teſtament, codicile, ou donation à cauſe de mort.

Excluſion du Droit d'accroiſſement dans les contrats.

31. Quid *dans les inſtitutions contractuelles.* 112. Quid *dans les diſpoſitions contractuelles.*

Si le Droit d'accroiſſement a lieu entre l'heritier contractuel d'une partie, & l'heritier teſtamentaire ou ab inteſtat *des autres portions.*

Le Droit d'accroiſſement doit y avoir lieu à raiſon de la conjonction.

32. *De l'inſtitué* in re certâ.

On ne conſidere la conjonction que pour regler la maniere dont l'accroiſſement doit ſe faire.

33. *Des ſubſtitutions directes.*

Les fideicommis ne ſont pas appellez ſubſtitutions par les Loix.

34. *Du fideicommis univerſel, quand le grevé accepte forcé.*

35. *Si le Droit d'accroiſſement a lieu aux fideicommis univerſels, ou aux legs particuliers dans la conjonction* verbis tantùm.

Auteurs qui tiennent l'affirmative.

Texte en faveur de cette opinion.

36. *Auteurs qui tiennent l'opinion contraire.*

Même dans les fideicommis univerſels.

Loix en faveur de cette opinion.

37. *Contrarieté dans les Loix ſur cette queſtion.*

38. *Avis de l'Auteur pour la négative.*

Raiſon déciſive.

Il faudroit dire le contraire ſi la conjonction verbis tantùm *avoit été miſe au nombre des conjonctions capables de produire le Droit d'accroiſſement.*

39. *Dans les autres conjonctions le Droit d'accroiſſement a lieu en faveur du Fideicommiſſaire univerſel ou particulier.*

40. *La Juriſprudence du Parlement de Paris refuſe le Droit d'accroiſſement aux conjoints* verbis tantùm.

On ne doit pas faire difference entre le fideicommis univerſel & le particulier quand l'hérédité a été acceptée.

Le Fideicommiſſaire ne peut prétendre que la portion qui lui a été aſſignée.

Obſervations ſur l'Arrêt rapporté par Maynard.

41. *Arrêt rapporté par* Catellan.

42. *Le Droit d'accroiſſement a lieu entre les conjoints* re & verbis, *&* re tantùm, *dans toutes les diſpoſitions teſtamentaires, ou à cauſe de mort.*

43. *Les Legataires ou Fideicommiſſaires, ou Donataires à cauſe de mort, doivent être appellez à une même choſe ou à une même ſomme.*

On ne doit pas faire difference entre un corps legué & une ſomme.

Explication de la Loi 56, ff. de condit. & demonſtrat.

44. *Si l'accroiſſement a lieu dans les charges impoſées* conditionis implendæ cauſa.

Et in mortis cauſa capionibus.

45. *Le Droit d'accroiſſement a lieu en la ſucceſſion* ab inteſtat.

Tranſmiſſion ; comment ſe faiſoit par le Droit Romain.

Tranſmiſſion ; comment ſe fait par le Droit François.

Les portions ne ſont vacantes que par la répudiation, ou après un deſiſtement de l'action, ou quand on eſt exclus par le tems.

Comment l'accroiſſement a lieu en faveur de pluſieurs qui repreſentent une même ſouche.

46. *Le Droit d'accroiſſement avoit lieu dans la poſſeſſion des biens.*

Cette maniere de ſucceder eſt abrogée.

47. *Le Droit d'accroiſſement avoit lieu dans la plainte d'inofficioſité, par la répudiation ou excluſion par le tems ou déſiſtement.*

Non par le ſimple ſilence.

48. *Accroiſſement dans la diſpoſition en uſufruit.*

Singularité du Droit d'accroiſſement en uſufruit.

Premiere ſingularité.

49. *Deuxiéme ſingularité.*

50. *Troiſiéme ſingularité.*

Quid *dans le legs de l'habitation, ou de l'uſage.*

L'accroiſſement a-t'il lieu après l'acquiſition ?

51. *Quatriéme ſingularité.*

52. *Cinquiéme ſingularité.*

53. *Si le Legataire de la proprieté concourt pour le Droit d'accroiſſement avec le Legataire de l'uſufruit.*

54. *Suite.*

55. *Sixiéme ſingularité.*

Du legs fait à l'eſclave appartenant à deux Maîtres.

56 *Accroiſſement dans la communauté Coutumiere, en cas de décès de l'un des enfans.*

Conjonction légale.

57. *Si le Droit d'accroiſſement a lieu dans les cas de la renonciation comme dans celui du décès.*

58. *Eſpece d'un Arrêt du Parlement de Toulouſe.*

59, 60, 61, 62, 63. *Suite.*

Sentence arbitrale.

Préjugé de la Sentence arbitrale.

64. *Pour la validité d'un acte, il ſuffit d'obſerver la formalité preſcrite dans le lieu où l'acte eſt paſſé.*

65. *Avis de l'Auteur, que le Droit d'accroiſſement ne devoit pas avoir lieu dans ce cas.*

66. *Raiſons de la Demandereſſe du Droit d'accroiſſement.*

67. *Raiſons du Défendeur.*

68, 69. *Suite.*

70. *Si l'article* 243 *de la Coutume de Paris doit avoir lieu dans le cas de la renonciation.*

Le mari eſt maître de la communauté.

71. *La continuation de la communauté eſt ſujette aux mêmes regles que la premiere communauté.*

72. *La continuation de communauté eſt indiviſible pour le tems.*

73. *Tandis que la communauté continuë, les enfans n'ont qu'une ſimple eſperance.*

Eſt comparée à l'augment.

Les enfans ne tranſmettent pas leur droit à leurs heritiers étrangers.

74. *Difference entre la mort des enfans & leur renonciation.*

Les enfans qui renoncent à la légitime font nombre.

Arrêts du Parlement de Paris.

Auteurs qui ſont du même avis.

75. *Il faut diſtinguer le tems où la communauté continuë, de celui où elle eſt diſſoute.*

Le Droit d'accroiſſement n'a pas lieu dans la proprieté, quand les portions ſont acquiſes.

76. *Dès-que la communauté eſt diſſoute par le décès du conjoint dernier ſurvivant, chaque enfant eſt revêtu de ſa part de la communauté.*

77. *Suite des raiſons du Défendeur.*

78. *Si pour acquerir leur portion, les enfans ont beſoin de former la demande.*

Si les enfans tranſmettent leur droit, après que la continuation de communauté a été diſſoute.

79. *Arrêt du 16 May 1737, qui déclare n'y avoir point d'accroiſſement.*

80. *Deuxiéme point. Comment le Droit d'accroiſſement doit ſe faire.*

Dans les inſtitutions & ſubſtitutions directes par portions héréditaires; dans les fideicommis & legs par portions virile.

81. *Se fait* poteſtate juris *dans les inſtitutio ns & ſubſtitutions.*

Accroiſſement ſe fait de plein droit, etiam ignoranti & invito.

Quid *dans le cas de la reſtitution en entier.*

82. *Si l'accroiſſement ſe fait* invito *dans les fideicommis univerſels.*

83. Quid *ſi le pupille eſt grevé de rendre une portion, & qu'il ſe faſſe reſtituer en entier contre ſon adition.*

84. Quid *quand l'heritier a accepté volontairement.*

Avis de Ricard.

L'avis de cet Auteur n'eſt pas juridique.

Diſtinction.

85. *Autre diſtinction entre les eſpeces de conjonction.*

Le Droit d'accroiſſement ne doit avoir lieu aux fideicommis univerſels, qu'à raiſon de la conjonction.

86. *Si l'accroiſſement ſe fait* invito *dans les legs ou fideicommis particuliers.*

Dans la conjonction re tantùm.

87. *Comment se règle la préference entre conjoints.*

88. *Eclaircissement par un exemple dans les institutions.*

89. *Autre exemple pour les legs.*

Si dans le mélange des conjonctions le Droit d'accroissement doit se faire selon les portions que les Legataires ont aux legs.

90. Quid *si plusieurs sont appellez par leurs noms, & les autres par un terme collectif.*

A qui doit accroître la portion de l'un de ceux qui sont appellez par un terme collectif.

Si chacun des enfans appellez nomine collectivo, *doit prendre une virile sur ce qui accroit de la portion des autres conjoints, appellez par leur nom propre.*

91. *La portion vacante accroît à la portion, non à la personne dans les dispositions en proprieté.*

Le Droit d'accroissement passe à l'heritier.

Dans la succession ab intestat.

Dans la substitution directe.

Si l'heritier du co-heritier peut accepter sa portion.

92. *Celui qui est indigne pour s'être chargé d'un fideicommis tacite ne profite pas du Droit d'accroissement.*

93. *Si le Droit d'accroissement passe aux heritiers du Legataire.*

94. *Si le Droit d'accroissement passe à l'acheteur.*

Auteurs qui tiennent l'affirmative.

95. *Droit d'accroissement comparé à l'alluvion.*

Auteurs pour la négative.

Distinction de Ricard.

Résolution pour l'affirmative.

96. *Le Droit d'accroissement passe aux transmissionaires du fideicommis d'une quote.*

Arrêt du Parlement de Toulouse.

97. *Le Droit d'accroissement suit le substitué.*

98. *Si la portion accroît avec la charge ou sans charge.*

Dans les institutions ou substitutions directes, l'accroissement se fait cùm onere.

99. *Dans les legs, on distingue les conjoints* re & verbis, *& ceux qui sont conjoints* re tantùm.

100. *Suite.*

101. *Distinction des charges réelles de celles qui sont attachées à la personne.*

102. *Il faut suivre la volonté du Testateur, quand il a pourvû aux charges.*

103. *Droit d'accroissement pour les portions considerées comme non écrites.*

Correction faite par les Institutes.

Rélativement auſquelles il faut entendre ce qui est dit dans la Loi un. §. 3, cod. de caduc. toll. *que le Droit d'accroissement avoit lieu dans ce cas.*

104. *Le Droit d'accroissement a lieu dans les dispositions regardées comme non écrites.*

105. *La portion qui accroît peut être demandée par la même action que la portion acceptée.*

Le Droit d'accroissement a un effet rétroactif.

106. *La portion doit être veritablement vacante, afin qu'elle accroisse.*

107. *Troisiéme point. Cas où le Droit d'accroissement cesse.*

Dans les dispositions du Soldat, comment cela s'entend.

Le Droit d'accroissement potestate juris *cesse dans les dispositions du Soldat qui teste* jure militari.

Mais il a lieu à raison de la conjonction re & verbis, & verbis tantùm.

108. *Suite.*

Quand le Soldat a voulu disposer de son entiere hérédité, l'accroissement a lieu potestate juris.

Fondement du Droit d'accroissement à raison de la conjonction.

109. *L'accroissement a lieu indistinctement dans le testament du Soldat fait* jure communi.

110. *Explication de la Loi* 37, ff. de testam. militis.

Le Droit de légitime produit un droit plus fort que la succession ab intestat, *& que le Droit d'accroissement.*

Quelle étoit la légitime du Patron.

111. *Le Droit d'accroissement n'a pas lieu dans la conjonction* verbis tantùm.

31 *&* 112. *Il cesse dans les dispositions contractuelles.*

Exceptions.

Quid *au Fief.*

Quid *en l'emphiteose, ou contrat censuel.*

113. *Accroissement cesse aux alimens.*

Quid *aux alimens réservez par deux Donateurs.*

114. *Si le Droit d'accroissement peut être prohibé.*

La substitution est plus forte que le Droit d'accroissement.

115. Quid *dans les institutions & substitutions directes.*

Si le Testateur peut en empêcher l'effet par des substitutions, & autres dispositions.

116. *Le Droit d'accroissement cesse quand les portions ne sont pas vacantes de droit.*

Quid *dans le cas de l'indignité.*

117. *Il cesse dans le legs fait séparément de l'usufruit, pour jouir* alternis annis.

118. *Si le Droit d'accroissement a lieu dans les dispositions pour legitime.*

Auteurs qui tiennent la négative.

Résolution pour l'affirmative.

119. *Si le Droit d'accroissement a lieu pour la portion du legs qui est rescindée par la demande de la poss-ssion des biens* contrà tabulas.

Possession des biens abrogée.

L'accroissement peut avoir lieu dans les dispositions du testament dont l'institution est nulle pour cause de préterition.

120. *Accroiſſement ceſſe lorſque le Legataire eſt admis contre la volonté du Teſtateur.*

Droit d'accroiſſement ceſſe lorſque la volonté du Teſtateur y réſiſte.

121. *Accroiſſement ceſſe dans les teſtamens de deux perſonnes.*

Quid *dans la ſubſtitution pupillaire.*

122. *Il ceſſe dans la proprieté, & non dans l'uſufruit, lorſque la portion eſt acquiſe, quoiqu'elle vienne à vaquer.*

Opinion ſinguliere de Mornac.

123. *Réfutation de l'opinion de cet Auteur.*

Legs de l'uſufruit, quand eſt acquis ſelon le Droit Romain.

Quid *du legs en proprieté.*

La proprieté du legs paſſe de plein droit au Legataire.

La répudiation & l'accroiſſement ont un effet rétroactif.

La portion acquiſe par l'acceptation ne peut plus accroître.

Aliud *ſi l'acceptation n'eſt pas intervenue.*

124. *Si le Droit d'accroiſſement a lieu pour la portion acceptée lorſque l'acceptation eſt emportée par la reſtitution en entier.*

125. *Cas auſquels la portion acceptée peut accroître.*

Premier cas.

126. *Second cas.*

127. *Troiſiéme cas.*

128. *Quatriéme cas.*

129 *Si la tranſmiſſion empêche le Droit d'accroiſſement.*

De l'inſtitution.

130. *Du legs.*

131. *Si le Droit d'accroiſſement a lieu entre ceux qui viennent* diverſo jure.

132. *Si le Droit d'accroiſſement a lieu dans les Pays Coutumiers.*

133. *Suite.*

134. *Si le Droit d'accroiſſement a lieu en faveur du Legataire d'une univerſalité, de laquelle le Teſtateur retranche certaines eſpeces.*

135. De jure non decreſcendi.

136. *Quels ſont les fondemens du Droit d'accroiſſement.*

1. La matiere du Droit d'accroiſſement eſt pleine de difficultez.

LE Droit d'accroiſſement fourmille en difficultez ardues & ſubtiles, que les Interpretes ont traité & réſolu diverſement. Il n'eſt rien de plus facile que d'équivoquer dans cette matiere, & de prendre l'erreur pour la vérité, à cauſe de la diverſité des Loix, qui ſemblent décider le pour & le contre.

Obſervations à faire pour bien expliquer cette matiere.

Pour bien développer cette matiere & former des réſolutions exactes, il faut connoître l'hiſtoire du Droit d'accroiſſement, ſon introduction, ſon progrès, ſes variations, les différentes diſtinctions que l'on faiſoit dans le Droit ancien; le changement que produiſit la Loi *Papia* & le dernier état de la Juriſprudence ſur le Droit d'accroiſſement. Sur-tout il eſt néceſ-

ſaire

faire de bien distinguer les principes & les raisons qui sont renfermées dans la Loi unique, *cod. de caducis tollendis*, avec les décisions des Loix que l'on trouve dans le Digeste : car l'Empereur Justinien après la premiere compilation de son Code, qu'il fit faire en 529, & celle du Digeste qu'il fit faire en 533, comme on le voit dans les Constitutions *de novo Codice faciendo*, *& de confirmatione Digestorum*, s'étant apperçu que le Droit d'accroissement n'étoit pas assez bien éclairci & qu'il y avoit des Loix qui ne pouvoient pas être bien conciliées avec les autres, se proposa de refondre, pour ainsi dire, toute la matiere, de résoudre tous les doutes qui pouvoient naître de ces Loix différentes, & de donner des principes sûrs, avec le secours desquels on pût décider les difficultez qui pourroient se présenter. C'est ce qu'il fit dans la Loi unique *cod. de caducis tollendis*, qu'il porta en 534, quelques mois avant la nouvelle édition de son Code, qui contient plusieurs Loix nouvelles & une très-grande quantité de corrections : après quoi il le confirma par sa Constitution du mois de Décembre 534, *de emendatione Codicis Justiniani : Necessarium esse duximus omnem inspectionem hujus articuli latiùs, & cum subtiliori tractatu dirimere ; ut sit omnibus & hoc apertissimè constitutum*, dit la Loi unique, §. 10, *cod. de caduc. tollend.* ou comme s'explique la même Loi au §. 2, *ut quod vel tollitur vel reformatur non sit incognitum* ; ensorte qu'il faut prendre pour regle unique cette nouvelle Loi pour tous les cas qu'elle décide, & pour les principes qu'elle renferme ; & que l'on ne peut avoir recours aux Loix antérieures que pour les cas qu'on ne peut pas décider avec les principes établis dans la Loi nouvelle. Aussi doit-on regarder comme corrigé ou abrogé tout ce qui est renfermé dans les Loix antérieures qui ne peut pas compatir avec la Loi unique, *cod. de caducis tollendis*. Cette observation qui avoit échapé aux Interpretes du Droit Romain, tranche une infinité de difficultez qu'il seroit presque impossible de résoudre, en consultant les Loix du Digeste ; & rend facile l'éclaircissement de cette matiere, qui est l'écueil où tous nos Docteurs ont, pour ainsi parler, fait naufrage.

Il faut se fixer au Droit nouveau, & y rapporter toutes les Loix précedentes.

On ne doit recourir aux Loix anciennes que pour les cas non décidez par le Droit nouveau.

Pour donner la définition ou la description du Droit d'accroissement, il faut distinguer les dispositions sur la proprieté d'avec celles qui regardent l'usufruit. L'accroissement par rapport à la proprieté est, selon *Perezius dans ses préleçons* sur le titre du Code *de caduc. toll. n. 9*, *jus per quod conjuncti in he-*

2. Définition ou description du Droit d'accroissement.

reditate, legato, vel mortis causa donatione vacans portio accedit, seu cedit occupatæ (portioni.) *Corvin* sur le même titre, en fait une définition plus courte, mais qui ne vaut pas mieux : *Est jus accrescendi*, dit cet Auteur, *jus quo pars vacans cedit & accrescit parti occupatæ.* D'autres le définissent, *jus conjunctionis quo quis vacantem aut deficientem portionem consequitur* : ce qui caracterise assez le Droit d'accroissement.

3. Conditions nécessaires afin que le Droit d'accroissement ait lieu.

Il seroit trop long de faire une description exacte du Droit d'accroissement. Il suffira de connoître ce qui en constitue la nature & l'essence. Il faut premierement que la disposition soit faite en faveur de plusieurs personnes : En second lieu, qu'elle soit de la même chose. Ces deux conditions sont expressément marquées dans le §. *si eadem* 8, *instit. de leg.* En troisiéme lieu, que ceux qui sont appellez soient conjoints, ou que s'ils sont disjoints, chacun soit appellé à la totalité. Cela résulte clairement du §. 10 de la Loi unique, *cod. de caduc. toll.* & de la Loi 3, *ff. de usufructu accresc.* En quatriéme lieu, que la disposition qui appelle plusieurs personnes conjointement à la même chose, se trouve dans le testament ou disposition d'une même personne, & non dans plusieurs testamens de différentes personnes, *quia ex diversis testamentis non contingit*, *L. si sub conditione* 16, *ff. quibus modis ususfructus amittitur.* Cependant si la disposition qui appelle plusieurs personnes à la même chose, se trouvoit dans des actes différens qui ne seroient pas incompatibles, comme dans un testament & un codicile de la même personne, le Droit d'accroissement devroit avoir lieu, comme le remarque *Ricard*, *des donations*, *tome* 1, *partie* 3, *n.* 516. En cinquiéme lieu, que l'un de ceux qui sont appellez ait reconnu & recueilli la portion qui lui étoit destinée, *L. si ex pluribus* 9, *ff. de suis & legitimis heredibus*, par ces paroles, *reliquis qui adierint adcrescit illorum portio*, & *L. un. §.* 10, *cod. de caduc. toll.* par ces mots, *si suas portiones agnoverint* ; & si tous ceux qui sont appellez répudient, ou que toutes les portions deviennent caduques, la liberalité doit demeurer à ceux qui étoient chargez de la délivrer : *si omnes noluerint, tunc apud eos remanere à quibus derelictum est*, dit le §. 11 de la même Loi. En sixiéme lieu, que les dispositions soient laissées à prendre sur tous les héritiers en général, ou tout au moins sur les mêmes héritiers ; car si un légataire devoit prendre le legs de la main d'un héritier, & que l'autre légataire, quoique conjoint, dût prendre de la main d'un autre héritier, il n'y auroit point entre

eux de Droit d'accroiſſement, *L.* 11 *& L.* 12, *ff. de uſufr. accreſc. & L.* 53, *§.* 2, *ff. de Leg.* 1. En ſeptiéme lieu, que celui qui a reconnu & accepté ſa portion la poſſede : car s'il pouvoit en être privé pour s'être chargé d'un fideicommis tacite en fraude de la Loi, il n'auroit pas le Droit d'accroiſſement ſur les portions vacantes, *L.* 83, *ff. de acquir. hered.* parce que *portio accreſcit portioni, non perſonæ, L.* 33, *§.* 1, *ff. de uſufructu*, & que le Droit d'accroiſſement eſt comparé à l'alluvion par le texte que nous venons de citer.

Il eſt comparé à l'alluvion.

4. Du Droit d'accroiſſement pour l'uſufruit.

Par rapport au Droit d'accroiſſement de l'uſufruit, les mêmes conditions que nous venons d'expliquer ſont requiſes à l'exception de la derniere, à cauſe que le droit d'accroiſſement ſe fait en faveur de la perſonne, & ne ſuit pas la portion, ſuivant la Loi 33, *§.* 1, *in fine, ff. de uſufructu, L.* 14, *§.* 1, *ff. de except. rei judicatæ, & L.* 1, *§.* 3, *ff. de uſufructu accreſcendo*, étant dans ce cas non réel, mais perſonnel; parce qu'il s'agit d'une ſervitude attachée à la perſonne, & qui finit avec la perſonne.

5. Origine du Droit d'accroiſſement.

On ne connoît point avec certitude par qui, ni en quel tems, ni par quelle Loi le Droit d'accroiſſement a été introduit. Il y a des Auteurs qui prétendent avec raiſon, qu'il étoit en uſage avant la Loi *Papia Popœa*, & cela eſt clairement prouvé par un paſſage du Juriſconſulte *Ulpien*, *dans ſes fragmens, tit.* 24, *§.* 11.

6. Des Auteurs qui ont crû qu'il avoit été introduit depuis la Loi *Papia*.

D'autres peu verſez dans l'Hiſtoire du Droit Romain, ont crû qu'il avoit été introduit par la Loi *Papia*, qui adjugea au Fiſc les diſpoſitions qui ſe trouveroient caduques; mais il n'y a aucune preuve de ce fait, & les Auteurs qui rapportent les diſpoſitions de cette Loi n'en parlent pas; bien plus le paſſage d'*Ulpien*, que nous venons de citer, prouve le contraire, & que bien loin que le Droit d'accroiſſement eût été introduit par la Loi *Papia Popœa*, elle le détruiſit aucontraire, en adjugeant au Fiſc les portions vacantes, & qui appartenoient auparavant au conjoint par Droit d'accroiſſement, *non concurrente altero, pars ejus alteri adcreſcebat, ſed poſt legem Papiam Popœam, non capientis pars caduca fit*: & cette Loi n'avoit excepté que les diſpoſitions faites en faveur des aſcendans ou des deſcendans juſqu'au troiſiéme dégré, comme l'explique la Loi un. *in princip. cod. de caduc. toll.* Je penſe en mon particulier que le Droit d'accroiſſement fut introduit comme une conſéquence de la maxime que l'hérédité ne pouvoit pas vaquer pour partie, comme repréſentant une ſeule & unique

Cette Loi détruiſit le Droit d'accroiſſement.

Opinion de l'Auteur ſur l'origine du Droit d'accroiſſement.

perſonne : & par analogie on l'étendit aux diſpoſitions particulieres, ſur cette raiſon ſans doute, que le Teſtateur ayant appellé pluſieurs perſonnes à une même liberalité, il y avoit raiſon de croire que le Teſtateur avoit préferé chaque légataire en particulier à ſon héritier, par rapport à la choſe leguée *in ſolidum*. Le Droit d'accroiſſement fut donc introduit par l'interprétation des Prudens & des Juriſconſultes auſquels le pouvoir de répondre ſur le Droit étoit accordé. Ce qui me détermine à le penſer ainſi, c'eſt que ſi ce Droit avoit été établi par quelque Loi, elle auroit donné des principes certains qui auroient ſervis de guide aux Juriſconſultes, leſquels ayant la même regle auroient répondu d'une maniere uniforme, au lieu que l'on trouve dans les Loix qui ſont compilées dans le Digeſte ſur le Droit d'accroiſſement, une infinité de déciſions qui ſont diametralement oppoſées les unes aux autres dans les mêmes hypoteſes.

Varieté des déciſions parmi les Juriſconſultes Romains.

Quoiqu'il en ſoit de l'établiſſement du Droit d'accroiſſement, il eſt indubitable qu'il avoit lieu avant la Loi *Papia*, non pour les diſpoſitions inutiles dans leurs principes, & qui étoient regardées comme non-écrites, comme le prouvent la Loi 16, *ff. de leg.* 1, la Loi *planè*, 34, §. 9, la Loi *hujuſmodi* 84, *ff. eod.* & la Loi 7, *ff. de leg.* 2, mais dans les diſpoſitions qui étoient bonnes dans leurs principes & qui étoient caduques, ou qui tomboient dans la caducité, *Ulpien dans ſes fragmens, tit.* 24, §. 11, & 12; mais la Loi *Papia* ayant déferé au Fiſc les portions qui vaquoient par caducité, le Droit d'accroiſſement fut détruit, *Ulpien* au lieu cité : & ne pouvoit avoir lieu que pour les diſpoſitions faites aux aſcendans ou aux deſcendans juſqu'au troiſiéme dégré, auſquelles la Loi *Papia* ne toucha point, comme nous l'avons obſervé après la Loi *un. in princip. cod. de caduc. tollend.* Nous trouvons même que le Droit ancien faiſoit certaines diſtinctions qu'il ne faut pas perdre de vûe, parce qu'elles ſervent à concilier les Loix qui paroiſſent contraires.

7. Diſtinctions faites par le Droit ancien.

Premierement, entre les legs *per vindicationem*, & les legs *per damnationem*; au premier cas le Droit d'accroiſſement avoit lieu entre les conjoints *re & verbis*, ſuivant le Droit ancien, mais non par la Loi *Papia*, parce qu'elle déferoit au Fiſc la portion vacante. Il ceſſoit auſſi dans la conjonction *re tantùm*, parce que chacun des légataires devoit avoir l'entier legs, comme nous l'expliquerons bientôt, *Ulpien dans ſes fragmens, tit.* 24, §. 11; que ſi le legs étoit fait *per damnationem* à pluſieurs per-

Entre les legs *per vindicationem*, & *per damnationem*.

sonnes de la même chose lorsque les légataires étoient conjoints *re & verbis*, la portion qui se trouvoit vacante demeuroit dans l'hérédité suivant le Droit Civil: & par la Loi *Papia Popœa*, elle devenoit caduque & devoit appartenir au Fisc, & parconséquent le Droit d'accroissement cessoit selon l'un & l'autre Droit; que si le legs étoit fait *disjunctim*, c'est-à-dire par la conjonction *re tantùm*, chacun des légataires devoit avoir l'entier legs, c'est-à-dire, que l'un devoit avoir la chose & l'autre l'estimation, comme nous l'apprend le Jurisconsulte *Gaius*, *lib.* 2, *tit.* 5, §. 5: ce qui est changé aujourd'hui, parce que tous les legs sont de même nature. *L.* 1, *cod. commun. de leg. & §. sed olim.* 2, *instit. de legatis. Si per damnationem eadem res duobus legata sit, si quidem conjunctim, singulis partes debentur, & non capientis pars Jure Civili in hæreditatem remanebat: nunc autem caduca fit: quod si disjunctim singulis in solidum debetur*, dit Ulpien *dans ses fragmens*, *tit.* 24, §. 12. *Hodiè ex Constitutione Antonini Imperatoris omnia caduca fisco vindicantur, sed servato jure antiquo liberis & parentibus*, dit le même Ulpien, *tit.* 17, §. *hodiè*.

Abrogation de cette distinction.

8

Le Droit d'accroissement n'avoit pas lieu dans les dispositions qui étoient regardées comme non écrites.

En second lieu on distinguoit dans les dispositions particulieres de la même chose en faveur de plusieurs personnes, les portions vacantes qui ne valoient pas dès le commencement, comme si elles avoient été faites en faveur d'une personne morte, & non existante lors du testament, c'est-à-dire qui vaquoient dans l'origine, & qui étoient considerées comme non-écrites, d'avec celles qui étoient valables dans leur principe, & qui venoient à vaquer dans la suite; dans le premier cas, le Droit d'accroissement n'avoit pas lieu pour quelque conjonction que ce fût. C'est ce qui est clairement prouvé par la Loi 16, *ff. de leg.* 1°. & les autres textes que nous avons indiquez ci-dessus. *Si duobus res conjunctim legata sit; quamvis alter in rerum naturâ non fuerit: alteri solam partem deberi, puto verum esse*, dit le Jurisconsulte Pomponius dans la Loi 16 déja citée. Le légataire existant & capable ne devant prendre que la moitié de la chose leguée nonobstant la conjonction, il est clair que le Droit d'accroissement n'avoit pas lieu quand le co-légataire n'étoit pas *in rerum naturâ*, parce que sa portion étoit regardée comme non-écrite, *L.* 3, *ff. de his quæ pro non scriptis habentur.*

9.

Il avoit lieu lorqu'on pouvoit esperer un Légataire.

Mais il en étoit autrement lorsque le co-légataire existoit, ou que l'on pouvoit esperer qu'il existeroit un jour, comme si

le legs de la même chose étoit fait conjointement à une personne existante & à des posthumes; car quoique les posthumes ne vinssent pas à bon port, le Droit d'accroissement devoit avoir lieu, *L.* 16, *§. ult. ff. de leg.* 1. C'est le même Jurisconsulte qui décide l'un & l'autre cas dans la même Loi. Il y a encore plusieurs autres textes qui établissent la même distinction, *notamment* la Loi *planè* 34, *§. 9 & 10*, la Loi *hujusmodi* 84, *§. si Titio* 8, *ff. de leg.* 1, & la Loi 7, *ff. de leg.* 2.

10. Le Droit d'accroissement n'avoit pas lieu aux fideicommis même universels.

En troisiéme lieu, comme les fideicommis ne pouvoient pas être faits *verbis directis*, mais par des paroles qui renfermoient une priere, *Ulpien in fragmentis, tit.* 25, *in princip. & §.* 1, & qu'on ne pouvoit laisser par fideicommis, que les choses qui pouvoient être leguées *per damnationem*, suivant le même Jurisconsulte au lieu cité, *§.* 4, *res per fideicommissum relinqui possunt, quæ etiam per damnationem legari possunt;* que de plus le Droit d'accroissement n'avoit pas lieu au legs fait *per damnationem*, comme nous venons de le prouver; il est clair que le Droit d'accroissement n'avoit pas lieu dans les fideicommis même universels, lorsque l'hérédité étoit volontairement acceptée par le grevé. C'est ce qui est nettement décidé par la Loi 78, *§.* 10, *ff. ad S. C. Trebell.* Je ne connois que deux Auteurs qui ayent fait cette remarque: le premier est *M. Cujas*, dans son Commentaire sur la Loi 16, *ff. de leg.* 2: *olim etiam inter fideicommissarios non fuit jus accrescendi, eademque fuit natura fideicommissi & legati per damnationem. Quod per damnationem potuit legari idem & per fideicommissum potuit*, dit ce Docteur. Le second est *Janus Acosta* sur le *§. si eadem res* 8, *aux Institutes, de legatis*: mais les legs & les fideicommis ayant été égalez, & les différences entre les legs faits *per vindicationem, per damnationem, finendi modo*, & autres ayant été abrogées par la Loi 1, *cod. commun. de leg. & le §.* 2, *aux Institutes de legatis*, le Droit d'accroissement doit avoir lieu dans les fideicommis, de la même maniere que dans les legs, suivant la Loi un. *§.* 11, *cod. de caduc. toll.*

Abrogation de ce Droit depuis que les legs & fideicommis sont égalez.

11. Deux especes de Droit d'accroissement; l'une *potestate juris*; l'autre à raison de la conjonction.

En quatriéme lieu, on connoissoit dans le Droit ancien deux especes différentes de Droit d'accroissement; l'une se faisoit par nécessité, *potestate juris*, comme il est dit dans la Loi 13, *§.* 2, *ff. de hered. instit.* & indépendamment de toute conjonction: ce qui arrivoit dans la délation d'hérédité par testament, par institution ou substitution directe, *L.* 13, *§.* 2, *l.* 35, *ff. de hered. instit. l.* 1, *l.* 2, *l.* 35, *l.* 52, *§.* 1, *& l.* 53, *§.* 1, *ff. de acquir. vel*

omitt. hered. ou *ab inteſtat*, *L.* 9, *ff. de ſuis & legitimis heredibus*; parce que l'hérédité repréſente une ſeule & unique perſonne, *L.* 8, *in fine*, *ff. de rei vindic. & l.* 22, *ff. de uſurpat. & uſucap.* qu'elle ne peut pas être acceptée, ou demeurer vacante pour partie, & qu'un Teſtateur ne peut pas déceder *partim teſtatus*, *partim inteſtatus*; & cela s'obſerve aujourd'hui de même, parce que les regles du Droit ancien n'ont pas été changées à cet égard : elles ſont au contraire confirmées par la Loi unique, §. 10, *cod. de caduc. toll.* qui ajoute ſeulement un réglement pour faire connoître de quelle maniere les portions vacantes d'une hérédité doivent accroître dans le concours des différentes conjonctions. Le Droit d'accroiſſement ſe faiſoit auſſi *neceſſitate juris* dans les fideicommis univerſels, lorſque l'héritier grevé refuſoit d'accepter l'hérédité, & qu'il y étoit forcé par le Juge à l'inſtance du fideicommiſſaire : parce que dans ce cas le fideicommiſſaire devenoit vrai héritier, qu'ainſi les mêmes raiſons militoient comme dans le cas de l'inſtitution ou de la ſubſtitution directe : l'hérédité ne pouvant pas être vacante pour partie, *L.* 16, §. 4, *l.* 28, *& l.* 43, *ff. ad S. C. Trebell.* tous leſquels textes attribuent au fideicommiſſaire d'une quote l'entiere hérédité, ſans examiner s'il eſt conjoint ou non, lorſque l'héritier ſe fait contraindre pour accepter l'hérédité, ou qu'il répudie. Ainſi l'accroiſſement ſe faiſoit alors *neceſſitate juris*; parce que le Teſtateur ne peut pas déceder *partim teſtatus*, *& partim inteſtatus*, que l'hérédité eſt individue, & qu'il ne peut y avoir aucune portion vacante. On peut voir *M. Cujas dans ſes obſervations*, *lib.* 12, *cap.* 12 *&* 13, *& lib.* 24, *cap.* 34, 35, *& Janus Acoſta*, *ſur le §. ſi eadem res* 8, *inſtit. de legatis.*

Cas où le Droit d'accroiſſement avoit lieu *poteſtate juris.*

Quid dans les fideicommis univerſels, quand le grevé n'acceptoit pas volontairement.

II.

La ſeconde eſpece du Droit d'accroiſſement dérivoit de la conjonction entre les légataires, ſuivant le §. *ſi eadem* 8, aux *Inſtitutes*, *de legatis*, & les autres textes qui parlent du Droit d'accroiſſement : ce qui a été confirmé, & expliqué par la Loi un. §. 11, *cod. de caduc. toll.*

Du Droit d'accroiſſement à raiſon de la conjonction.

13.

En cinquiéme lieu, on diſtinguoit dans le Droit ancien trois ſortes de conjonctions; la premiere étoit la conjonction par les paroles & par la choſe; la ſeconde par la choſe ſeulement; & la troiſiéme, la conjonction par les paroles ſeulement, *re & verbis*, *re tantùm*, *& verbis tantùm*, *L. triplici* 142, *ff. de verbor. ſignif. & l.* 89, *ff. de leg.* 3°. La conjonction *re & verbis* ſe faiſoit lorſque deux ou pluſieurs perſonnes étoient appellées pour recueillir la même hérédité ou le même legs,

Trois ſortes de conjonctions ſuivant le Droit ancien.

Conjonction *re & verbis.*

ſans que les portions fuſſent déſignées ou marquées par le Teſtateur, ſoit qu'ils ſe trouvaſſent conjoints par la particule copulative, ou ſans cette particule, avec néanmoins unité de diſcours régi par le même verbe, comme *Titius & Mœvius heredes ſunto: Titio & Mœvio & Sempronio fundum Cornelianum do, lego: Titius, Mœvius, Sempronius heredes ſunto: Titio, Mœvio, Sempronio fundum Tuſculanum do, lego.* Dans tous ces cas la conjonction eſt la même, *re & verbis*; parce que les héritiers & les légataires ſont appellez pour recueillir l'entiere hérédité ou l'entier fonds; & que ce n'eſt que par le concours que les portions ſont diſtinguées. *Leg. triplici* 142, *ff. de verbor. ſignific. leg. conjunctim* 80, *& leg. re conjuncti* 89, *ff. de leg.* 3.

14. Conjonction *re tantùm.*

La conjonction *re tantùm* eſt appellée disjonction par les Loix. Elle arrivoit quand deux ou pluſieurs perſonnes étoient appellées à une même hérédité ou à un même legs par un diſcours ſéparé, comme *Titius heres eſto, Mœvius heres eſto: Titio fundum Tuſculanum do, lego: Mœvio eumdem fundum Tuſculanum do, lego.* On voit par ces exemples que chaque héritier eſt appellé pour recueillir la totalité de l'hérédité ou du legs, *re conjuncti videntur, non etiam verbis cùm duobus ſeparatim eadem res legatur*, dit la Loi 89, *ff. de leg.* 3. Le Droit ancien avoit décidé que dans ce cas le Droit d'accroiſſement n'avoit pas lieu, ſoit que le legs eût été fait *per vindicationem* ou *per damnationem*; mais chacun des légataires devoient avoir le legs *in ſolidum*, ſçavoir, l'un la choſe leguée, & l'autre l'eſtimation, *Ulpien dans ſes fragmens, tit.* 24, *§.* 11, *&* 12: mais dans la ſuite par le droit du Digeſte on examinoit ſi l'intention du Teſtateur étoit de révoquer le premier legs par le ſecond, ou d'admettre les deux légataires pour tout le legs *in ſolidum*, ou bien par portions égales: *L.* 33 *& l.* 34, *ff. de leg.* 1. Aujourd'hui ſuivant la Loi unique, *§.* 11, *cod. de caduc. toll.* on ne préſume point pour la multiplication des legs ni pour la révocation du premier par le ſecond: mais que le Teſtateur a voulu appeller les légataires pour prendre la même choſe concurremment par portions égales, quand l'un des légataires eſt exiſtant & capable, & qu'il veut accepter ſa portion.

Dans le Droit ancien chaque Legataire devoit avoir la choſe *in ſolidum.*

Correction de ce Droit.

15. De la conjonction *verbis tantùm.*

Enfin la troiſiéme conjonction *verbis tantùm* ſe faiſoit lorſque le Teſtateur appelloit pluſieurs perſonnes à la même hérédité ou au même legs, en marquant à chacun des héritiers ou

à

à tous en général, la portion qu'ils devoient avoir, comme s'il disoit : *Titius & Mœvius ex æquis partibus heredes sunto : Titio & Mœvio fundum Tusculanum ex æquis partibus do, lego, L. triplici* 142, *ff. de verbor. signif. & L. re conjuncti* 89, *ff. de leg.* 3. Cette derniere conjonction produisoit le Droit d'accroissement, de maniere même que dans le concours de plusieurs légataires, dont les uns étoient conjoints *re & verbis*, les autres *re tantùm*, les autres *verbis tantùm*, pour recueillir une portion : lorsque l'un des conjoints *verbis tantùm* ne prenoit pas sa portion, son conjoint *verbis tantùm* à une portion à diviser entre eux, étoit préferé aux autres conjoints.

16. Exemple où ces trois conjonctions se trouvent.

M. Cujas sur la Loi 16, *ff. de leg.* 1°. rapporte un exemple dans lequel ces trois conjonctions se trouvent disertement marquées, le voici. *Primo & secundo illum fundum do, lego ; deinde tertio eumdem fundum lego ; deinde quarto eumdem fundum lego ; deinde quinto & sexto eumdem fundum lego ; postremo septimo & octavo eumdem fundum ex æquis partibus lego.* Dans ce cas il doit être fait cinq portions de ce fonds legué ; un cinquiéme doit appartenir à *primus* & à *secundus*, comme ne représentant qu'une seule personne, *conjuncti unius personæ potestate funguntur, L. planè* 34, *ff. de leg.* 1°. Un autre cinquiéme doit appartenir à *tertius* ; un autre cinquiéme à *quartus*, un autre cinquiéme à *quintus* & à *sextus*, parce qu'ils sont conjoints pour ne représenter qu'une seule personne ; & enfin un autre cinquiéme à *septimus* & *octavus*.

Conjuncti unius personæ potestate funguntur.

17. Explication de cet exemple.

Primus & *secundus* sont conjoints entr'eux *re & verbis*, *quintus* & *sextus* sont aussi conjoints entr'eux *re & verbis*, & avec tous les autres *re tantùm* ; & *septimus* & *octavus* sont conjoints entr'eux *verbis tantùm*. Selon le même *M. Cujas*, c'est rélativement à cette espece que l'on doit expliquer la Loi 89, *ff. de leg.* 3 ; & il ne faut pas en induire que la conjonction verbale produise le Droit d'accroissement entre ceux qui sont ainsi conjoints, mais seulement quand il paroît que le Testateur les a appellez *non brevitatis studio sed præmeditatè*, pour les admettre chacun *in solidum* à la portion qui leur est assignée, comme représentant une seule & unique personne ; & par conséquent afin que celui d'entr'eux qui accepteroit, recueillît l'entiere portion dans laquelle il les a conjoints : autrement, & si l'on ne peut pas induire de la disposition du Testateur & de sa volonté qu'il a uni les deux conjoints *verbis tantùm*, pour les admettre *per modum unius* à la même part, la conjonction verbale ne produit aucun effet, *L. 66, ff. de hered. instit. quia non tam conjunxisse*

Sentiment de *Cujas* sur la Loi 89, *ff. de leg.* 3, en ce qu'elle dit que la conjonction *verbis tantùm* produit le Droit d'accroissement.

quàm celerius dixisse videatur. Mais à mon avis ce n'est qu'une subtilité qui ne tranche pas les difficultez.

18. Par le Droit nouveau, il n'y a que deux conjonctions qui produisent le Droit d'accroissement.

Aujourd'hui par le Droit nouveau reglé & expliqué dans la Loi unique, §. 10 & 11, *cod. de caducis toll.* on ne connoît que deux sortes de conjonctions capables de produire le Droit d'accroissement; sçavoir, la vraie conjonction *re & verbis*, & celle qui arrive lorsque deux personnes sont appellées à la même liberalité par un discours séparé que la Loi appelle *disjonction*; c'est-à-dire dans le cas de la conjonction *re tantùm*, comme il est expliqué dans le §. *si eadem res* 8, *instit. de legatis*; & cette Loi qui a voulu regler d'une maniere plus précise & plus exacte la matiere du Droit d'accroissement, qu'elle ne l'avoit été par les Loix antérieures, *latius & cum subtiliori tractatu dirimere*, & trancher par-là tous les doutes, n'ayant point parlé de la conjonction verbale *verbis tantùm*, ni reglé son usage lorsqu'elle pourroit concourir avec les autres conjonctions, il est clair qu'elle l'a entierement abrogée, & qu'il ne reste plus que la conjonction *re & verbis*, & la conjonction *re tantùm* qui puissent produire le Droit d'accroissement. C'est-là le nœud de toutes les difficultez qui ont partagé les esprits de nos Docteurs, & qu'ils n'ont pas pu résoudre.

La conjonction *verbis tantùm*, & son effet abregez.

19. Preuves de cette abrogation.

Mais comme la réflexion que je viens de faire est une ouverture nouvelle, dont les Auteurs ne s'étoient pas apperçu, & que si quelqu'un l'avoit remarquée ce n'étoit qu'en passant, sans s'être donné la peine de la prouver: afin qu'on ne m'impute pas à témerité de vouloir avancer des paradoxes, & de préferer mes idées au sentiment commun des Auteurs qui n'ont pas reconnu cette correction, je m'en vais rapporter les raisons qui m'ont déterminé à le penser ainsi. Je suis persuadé que tout Lecteur éclairé, qui ne cherche que la vérité, & qui se fait une Loi de la reconnoître quand on la lui montre, en sera satisfait.

20. La Loi unique *cod. de caduc. tollend.* renferme un Reglement nouveau & general.

J'observe premierement que l'Empereur fait dans la Loi unique *cod. de caduc. toll.* un Réglement tout nouveau sur une matiere importante, qui renferme plusieurs chefs, & qui avoit souffert plusieurs variations; sçavoir, le cas de la caducité, pour sçavoir quelles étoient les dispositions lesquelles étant ou devenant caduques étoient dévolues au Fisc par une Loi précedente que l'Empereur appelle odieuse, à laquelle les Jurisconsultes avoient cherché des expédiens pour la resserrer autant qu'il leur étoit possible; de laquelle matiere dépendoient les substitutions & les

autres expédiens qui avoient été imaginez pour empêcher la caducité : enſorte que l'Empereur Juſtinien a rappellé & refondu tout ce qui regarde cette matiere, *ut quod vel tollitur vel reformatur non ſit incognitum*, comme il eſt dit au §. 1 de la Loi unique, *cod. de caduc. toll.* Ainſi ce qui ne ſe trouve pas conforme à ce qui eſt ordonné par cette nouvelle Loi eſt entierement abrogé, corrigé ou réformé.

11. Juſtinien en abrogeant la Loi *Caducaire*, regle les cas où le Droit d'accroiſſement doit avoir lieu.

En ſecond lieu, le même Empereur en abrogeant la Loi *Papia* qui déferoit au Fiſc les portions vacantes, regle les différens cas où la caducité doit avoir lieu ; comme auſſi les cas où le Droit d'accroiſſement devroit produire ſon effet, en fixant les conjonctions deſquelles il dépendroit, & en reglant les cas où les diſpoſitions qui ſe trouveroient vacantes, ſoit pour être conſiderées comme non-écrites, ſoit pour être vraîment caduques, ſoit enfin pour être tombées en caducité par le prédecès des héritiers ou des légataires, ou par leur décès après le Teſtateur avant l'ouverture du teſtament, ou par le défaut d'évenement des conditions ou autrement, devroient ou demeurer dans l'hérédité, *cum onere*, *vel ſine onere*, ou bien appartenir aux ſubſtituez ou aux conjoints.

12. Droit d'accroiſſement rétabli aux diſpoſitions conſiderées comme non écrites.

Et pour cet effet, il déclare d'abord dans le §. 3, que les diſpoſitions qui étoient conſiderées comme non-écrites, demeureroient *ſine onere*, excepté en certains cas, à ceux qui en étoient chargez, à moins qu'il n'y eût des ſubſtituez ou des conjoints, par où il confirme ce qu'il avoit ordonné dans le §. 8, *aux Inſtitutes*, *de leg.* qui avoit rétabli le Droit d'accroiſſement dans les diſpoſitions comme non-écrites, qui n'avoit pas lieu auparavant. Il veut encore dans le §. 4, que les diſpoſitions qui tomberoient *in cauſâ caduci* ne ſeroient plus déferées au Fiſc comme elles l'étoient auparavant, mais qu'elles demeureroient *cum onere* à ceux qui devroient en faire la délivrance, s'il n'y avoit point de ſubſtitué ou de conjoint capable de les recueillir. Dans le §. 7, il ordonne la même choſe par rapport aux diſpoſitions qui ſeroient véritablement caduques par quelque évenement ſurvenu depuis la mort du Teſtateur : *quod ſi in medio is, qui ex teſtamento lucrum ſortitus eſt, decedat, vel eo ſuperſtite conditio defuerit, hoc, quod ideo non prævaluit, manere diſponimus ſimili modo apud eos à quibus relictum eſt : niſi & hic vel ſubſtitutus relictum accipiat, vel conjunctus ſive heres, ſive legatarius hoc acquirat.* Ce ſont autant de diſpoſitions nouvelles & autant de corrections du Droit antérieur : vû que le Droit d'accroiſſement ceſſoit dans tous ces

Rétabli auſſi dans les diſpoſitions caduques, ou qui tomboient en caducité.

cas, à cauſe que le Fiſc prenoit les portions qui étoient caduques ou qui tomboient en caducité, & qu'avant le Droit des Inſtitutes le Droit d'accroiſſement n'avoit pas lieu pour les portions qui étoient regardées comme non-écrites; enſorte que depuis la Loi *Papia*, le Droit d'accroiſſement ne pouvoit avoir lieu que dans les diſpoſitions faites en faveur des aſcendans, & des deſcendans juſqu'au troiſiéme degré, parce que cette Loi n'avoit pas touché au droit de ces perſonnes, comme l'Empereur Juſtinien le déclare dans la Loi unique, *in princip. cod. de caduc. toll.* à quoi les Auteurs n'ont pas fait attention.

Le Droit d'accroiſſement avoit été emporté par la Loi *Papia* excepté aux diſpoſitions en faveur des aſcendans & deſcendans juſqu'au troiſiéme dégré.

23. Nouveau Reglement ſur la nature & les effets du Droit d'accroiſſement.

En troiſiéme lieu, après que l'Empereur a ainſi reglé les choſes, il ajoute un nouveau Réglement ſur la matiere du Droit d'accroiſſement, qui étoit fort embrouillée dans les Loix du Digeſte; & comme il avoit parlé trois ou quatre fois de l'acquiſition qui devoit être faite, ſuivant la nouvelle Loi, aux conjoints, à l'excluſion du fiſc, ſans avoir expliqué de quels conjoins il entendoit parler & auſquels il vouloit que les portions vacantes appartînſſent; il ſe propoſe d'expliquer d'une maniere plus exacte, & le Droit d'accroiſſement & la nature des conjonctions auſquelles il attribuoit l'effet de faire déferer les portions vacantes: *his itaque definitis*, dit-il dans le §. 10, *cum in ſuperiore parte noſtræ ſanctionis, in pluribus locis* CONJUNCTI *fecimus mentionem, neceſſarium eſſe duximus, omnem inſpectionem hujus articuli latius, & cum ſubtiliori tractatu dirimere, ut ſit omnibus hoc apertiſſimè conſtitutum.* Il paroît bien clairement de ces paroles que l'objet de l'Empereur eſt de faire un Reglement tout nouveau; qu'il veut fixer la valeur & la ſignification du mot *conjuncti*, dont il s'étoit ſervi auparavant, & qu'il ne veut pas qu'on lui donne d'autre étendue que celle qu'il lui attribue lui-même: le penſer autrement, c'eſt faire illuſion au Legiſlateur, & ſe jouer de la Loi.

Et ſur l'eſpece des conjonctions que devoit produire ce Droit.

24. De quels conjoints l'Empereur Juſtinien entend-il parler?

Il faut donc voir qu'eſt-ce que l'Empereur Juſtinien a entendu par ce mot *conjuncti*, & quels ſont les conjoints auſquels il attribue les portions vacantes, à l'excluſion du Fiſc, ou des perſonnes qui ſont chargées de faire la délivrance des diſpoſitions. C'eſt ce qu'il explique dans les §§. 10 & 11 de la même Loi. Après avoir dit que les diſpoſitions peuvent être faites conjointement ou ſéparément, il déclare qu'il veut, que ſi tous les héritiers ſont appellez *conjunctim*, ou tous *disjunctim*, les portions vacantes accroiſſent par portions héréditaires à ceux qui ont recueilli leurs portions; que s'il y a des héri-

tiers appellez les uns *conjunctim* & les autres *disjunctim*, si la portion de quelques-uns de ceux qui sont appellez *conjunctim* vient à vaquer, la portion vacante appartienne aux autres conjoints, sans que les disjoints puissent y prendre aucune part; mais si la portion de l'un des disjoints vient à vaquer, elle appartiendra par Droit d'accroissement, aux conjoints & aux disjoints par portions héréditaires *cum suo onere*. Tout cela est ainsi reglé par rapport aux héritiers & aux substituez directs dans le §. 10.

Il n'attribue le Droit d'accroissement qu'à ceux qui sont conjoints ou disjoints.

Le §. 11 renferme le Réglement de ce qui regarde les légataires & les fideicommissaires: mais l'Empereur ne fait que deux classes des conjoints; sçavoir, de ceux qui sont véritablement conjoints, *si quidem hoc conjunctim relinquatur*; & dans ce cas il veut que la portion qui se trouvera vacante appartienne par Droit d'accroissement, par portions viriles, aux autres conjoints; que si tous sont appellez *disjunctim*, les portions vacantes appartiendront aux autres disjoints: abrogeant les autres Loix antérieures qui avoient décidé que les legs ou fideicommis devoient être multipliez, & que l'un devoit avoir la chose, l'autre l'estimation. Les conjoints & les disjoints sont donc les seuls que l'Empereur appelle pour recueillir par Droit d'accroissement les portions vacantes; il ne reste donc qu'à voir, pour achever notre preuve ou à mieux dire notre démonstration, quels sont ceux qui sont appellez conjoints, & quels sont ceux que l'Empereur appelle disjoints; & si les conjoints *verbis tantùm*, peuvent être mis dans quelqu'une de ces deux classes: c'est ce que l'on peut éclaircir & par les Loix antérieures, & par la Loi unique, *cod. de caduc. toll.* D'abord le §. 8, *aux Institutes, de leg.* prouve par les exemples qui y sont rapportez, que les conjoints sont ceux qui sont unis *re & verbis*; & que les disjoints sont ceux qui sont séparez par le discours & conjoints par la chose.

25. Conjonction par rapport aux Legataires ou Fideicommissaires.

Conjoints & disjoints sont les seuls qui ayent droit d'accroissement.

Les conjoints sont ceux qui sont unis *re & verbis*, & les disjoints, ceux qui sont unis *re tantùm*.

La Loi *conjunctim* 80, *ff. de leg.* 3, nous fait connoître d'une maniere claire & précise quels sont les conjoints dont l'Empereur Justinien entend parler, *conjunctim heredes instituì*, dit cette Loi, *aut conjunctim legari, hoc est totam hereditatem, & tota legata singulis data esse: partes autem concursu fieri*; ce qui est bien-formellement exclusif de la conjonction *verbis tantùm*, dans laquelle les légataires sont appellez non à la totalité, mais à une partie fixée par le Testateur, *quoniam semper partes habent legatarii*, L. 89, *ff. de leg.* 3; & la Loi *planè* 34, §. *si conjunctim* 9, *ff. de leg.* 1, ne dit rien de contraire, comme

26. Confirmation par les Loix du Digeste.

Quels sont les conjoints.

le prouve *M. Cujas* sur la Loi unique, *§. his ita definitis, cod. de caduc. toll.* où ce Docteur concilie fort bien la Loi 80, *de leg.* 3, avec le *§.* 9 de la Loi 34, *ff. de leg.* 1, en rapportant le premier de ces deux textes au tems antérieur à la Loi *Papia*, & le second au tems postérieur. La Loi unique, *§.* 10, *in fine, cod. de caduc. toll.* prouve aussi d'une maniere claire & indubitable, que les conjoints dont elle parle sont ceux qui ont, non une portion fixée par le Testateur comme dans le cas de la conjonction verbale, mais la totalité : *hoc ita tam variè, quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis, quasi in unum corpus redacti sunt, & partem conjunctorum sibi heredum quasi suam præoccupant.* Ce qui ne peut nullement convenir à ceux dont les portions sont distinguées par le Testateur; parce que dans le cas de la conjonction verbale les légataires ont toujours leurs portions distinctes, *quoniam semper partes habent legatarii, L.* 89, *ff. de leg.* 3, comme nous l'avons remarqué.

27. Quels sont les disjoints.

Ceux que la Loi appelle disjoints, sont ceux qui sont séparez par les paroles & qui sont conjoints par la chose, que la Loi *triplici* 142, *ff. de verbor. signif.* la Loi 89, *ff. de leg.* 3, & plusieurs autres textes appellent *re conjuncti*, qui sont précisément l'opposé des conjoints *verbis tantùm*; on ne peut donc pas placer dans cette seconde classe des disjoints les conjoints *verbis tantùm*; & par une conséquence nécessaire ces conjoints ne sont pas du nombre de ceux que l'Empereur Justinien appelle pour profiter par Droit d'accroissement des portions vacantes; & par une suite de la même conséquence la conjonction verbale est incapable de produire le Droit d'accroissement, puisque l'Empereur Justinien dans le Reglement nouveau qu'il fait par la Loi *un. cod. de caduc. toll.* borne le Droit d'accroissement à la conjonction *re & verbis*, & à la conjonction *re tantùm*, sans qu'on puisse avoir égard aux Loix antérieures, parce qu'elles se trouvent abrogées par la Loi nouvelle, qui a été faite exprès pour abroger & réformer, & pour contenir un Réglement tout nouveau. On peut si peu révoquer en doute que l'intention de Justinien a été de corriger le Droit ancien par la Loi *un. cod. de coduc. toll.* qu'il a pris la précaution de déclarer expressément qu'il le confirmoit, lorsqu'il a voulu qu'il subsistât, & qu'il n'y fût fait aucun changement, comme il paroît du *§.* 3 *de cette Loi*, & qu'il n'a expliqué ce qui s'observoit auparavant que pour faire connoître

Les conjoints *verbis tantùm* ne sont pas du nombre de ceux qui peuvent profiter du Droit d'accroissement.

sans équivoque, ce qui se trouveroit abrogé ou réformé: *ut quod vel tollitur, vel reformatur non sit incognitum*, §. 1.

28. Variété dans les Loix du Digeste sur le Droit d'accroissement.

On ne sera pas surpris que l'Empereur Justinien ait pris ce parti, si l'on réflechit que si l'on trouve dans le Digeste, quelque Loi d'où l'on puisse induire que la conjonction verbale étoit capable de produire le Droit d'accroissement, comme la Loi *re conjuncti* 89, *ff. de leg.* 3, la Loi 16, *in fine ff. de leg.* 1, & quelques autres que les Interpretes alleguent: il y en a aussi plusieurs autres qui décident que la conjonction verbale étoit incapable de produire le Droit d'accroissement, & qui établissent comme un principe du Droit ancien, que le Droit d'accroissement ne devoit avoir lieu qu'entre ceux qui étoient appellez à la totalité de la disposition, & qui ne devoient faire part que par le concours: *Jure civili concursu partes fiebant*, selon les expressions *d'Ulpien dans ses fragmens, tit.* 24, §. 11, de la Loi 1, §. 3, & de la Loi 3, *ff. de usufructu accrescendo.* Telle est la Loi 11, *ff. de usufructu accrescendo*, qui dit nettement que le Droit d'accroissement n'a pas lieu quand les portions sont fixées, & qui prend un argument de cette regle pour décider un cas approchant: *fructuarii separati videntur, non minus quam si ÆQUIS PORTIONIBUS duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset: undè fit ut inter eos jus accrescendi non sit.* Telle est la Loi 78, §. 10, *ff. ad S. C Trebell.* qui décide que quand une mere institue son mari héritier universel, & le charge de rendre à son fils tout ce qui parviendroit de l'hérédité, ajoutant qu'elle vouloit que l'héritier rendroit dix onces au fils fideicommissaire, & les deux onces restantes au petit-fils: si le petit-fils vient à déceder avant l'héritier, les deux onces qui lui avoient été destinées demeurent à l'héritier; & que le fils fideicommissaire ne peut demander que les dix onces, sans pouvoir profiter par Droit d'accroissement des deux onces restantes, quoiqu'elles se trouvent vacantes. Telle est encore la Loi 66, *ff. de hered. instit.* qui décide que quand le Testateur institue un héritier séparément, & qu'il en institue deux autres conjointement par portions égales, si la portion de l'un des deux appellez conjointement par portions égales, vient à vaquer, elle accroîtra à l'un & l'autre héritier, parce que le Droit d'accroissement se fait, non par la conjonction verbale, mais par la conjonction réelle, & que le Testateur *non tam conjunxisse, quàm celerius dixisse videtur*: ainsi dans le conflit de ces différens textes qui décidoient le pour & le contre dans

Loi qui avoit attribué le Droit d'accroissement à la conjonction verbale.

Dans ce conflit l'Empereur a adopté la décision des Loix qui refusoient le Droit d'accroissement aux conjoints *verbis tantùm*.

le même cas, l'Empereur a pris le parti de rejetter la conjonction verbale, & de n'admettre que la conjonction *re & verbis*, & la conjonction *re tantùm*, auſquelles ſeules il a conſervé la faculté de produire le Droit d'accroiſſement, en adoptant la déciſion des Juriſconſultes qui n'attribuoient le Droit d'accroiſſement qu'à ceux qui étoient appellez à la totalité & dont les portions n'étoient diſtinguées que par le concours: *totiens jus accreſcendi eſſe quotiens in duobus qui in ſolidum habuerunt concurſu diviſus eſt*, *L. 3. ff. de uſufructu accreſcendo.*

29. Diviſion de la matiere du Droit d'accroiſſement en trois points.

Les principes que nous avons établis & les réflexions que nous avons faites rendront faciles & aiſées la déciſion des queſtions & la réſolution des difficultez qui ont le plus embarraſſé les Auteurs & partagé leurs ſuffrages: ceci paroîtra par le détail où nous allons entrer, en examinant 1°. Dans quels actes & dans quelles diſpoſitions le Droit d'accroiſſement a lieu? 2°. Comment doit-il ſe faire? 3°. Quand eſt-ce qu'il ceſſe?

30. Premier point. Cas où le Droit d'accroiſſement a lieu.

Dans les diſpoſitions par teſtament, codicile, ou donation à cauſe de mort.

Nous obſervons d'abord, que le Droit d'accroiſſement a lieu dans toutes les diſpoſitions qui en ſont ſuſceptibles, renfermées dans les teſtamens, codiciles & donations, à cauſe de mort. La Loi unique, §. *hæc autem omnia* 14, *cod. de caduc. toll.* le décide formellement: *hæc autem omnia locum habere cenſemus, tam in teſtamentis, ſive ſine ſcriptis habitis, quàm in codicillis & omni ultimo elogio, vel ſi quid ab inteſtato fuerit derelictum necnon in mortis cauſâ donationibus.* Cette Loi qui contient un Reglement nouveau & général ſur le Droit d'accroiſſement, ne l'admettant que pour les diſpoſitions de derniere volonté, l'exclut donc dans les contrats & dans les diſpoſitions entre-vifs. Comme nous avons traité ce point du Droit d'accroiſſement pour les contrats & donations entre-vifs, dans la premiere de nos queſtions ſur les donations: nous nous contenterons de renvoyer à ce que nous avons dit dans cet endroit.

Excluſion du Droit d'accroiſſement dans les contrats.

31. *Quid* dans les inſtitutions contractuelles. 112. *Quid* dans les diſpoſitions contractuelles.

Il y a néanmoins une obſervation particuliere à faire au ſujet des inſtitutions contractuelles: qu'elles ſont valables, quand elles ſont faites en contrats de mariage en faveur des conjoints ou de leurs deſcendans, & qu'elles ſont de vrais héritiers, ainſi que nous l'avons remarqué ſur l'article 13 de l'Ordonnance de 1731; ces inſtitutions contractuelles étant prohibées par le Droit Romain ſuivant les Loix 15 & 19, *cod. de pactis*,

tis, la Loi 4, *cod. de pactis conventis*, & la Loi 5, *cod. de inut. ſtipul.* on ne peut pas trouver dans le Droit Romain la déciſion de cette difficulté, ſi le Droit d'accroiſſement pouvoit avoir lieu dans ces inſtitutions: mais comme ſelon notre uſage ces inſtitutions ſont auſſi favorablement accueillies que les inſtitutions teſtamentaires, quand elles ſont revêtues des formalitez & des conditions néceſſaires, je penſe qu'on peut leur appliquer ce que le Droit Romain a décidé par rapport aux inſtitutions teſtamentaires, non par la raiſon que les inſtitutions contractuelles ſont indiviſibles, & qu'on puiſſe leur appliquer la regle que la même perſonne ne peut pas déceder partie avec teſtament, partie ſans teſtament, mais y admettre le Droit d'accroiſſement à raiſon de la conjonction; comme ſi par exemple un pere ayant deux enfans, les marie par le même contrat & les inſtitue conjointement: ſi l'un des deux meurt ſans enfans avant l'inſtituant, l'émolument de l'entiere inſtitution, devra appartenir à l'inſtitué ſurvivant par Droit d'accroiſſement, pourvû qu'ils ſoient conjoints *re & verbis*, & qu'ils ſoient appellez à la totalité; enſorte qu'ils ne puiſſent avoir des portions que par le concours. C'eſt ainſi que l'ont décidé *Me. Charles Dumoulin ſur la Coutume d'Auvergne, tit.* 14, *art.* 17, *& Ricard des Donations, tome* 1, *part.* 3, *n.* 481. On peut voir *Euſebe de Lauriere, au chapitre* 4 *des inſtitutions & ſubſtitutions contractuelles, n.* 142 *& ſuivans.* Mais il faut prendre garde qu'il ne peut pas y avoir de Droit d'accroiſſement entre celui qui eſt inſtitué par contrat en une portion, & l'héritier teſtamentaire ou *ab inteſtat*, des autres portions, parce qu'ils ſuccedent *diverſo jure*, & que le Droit d'accroiſſement ceſſe dans les diſpoſitions contractuelles, comme nous le dirons au n. 112 de ce chapitre. Voilà pourquoi l'héritier contractuel inſtitué en une portion, peut répudier les portions qui lui ſont déferées *ex poſt facto* par teſtament, ou *ab inteſtat*; & retenir la portion qui lui a été déferée par l'inſtitution contractuelle: ſurtout dans les Pays où les inſtitutions contractuelles ſont conſiderées comme des donations entre-vifs.

Le Droit d'accroiſſement doit y avoir lieu à raiſon de la conjonction.

Si le Droit d'accroiſſement a lieu entre l'heritier contractuel d'une partie & l'heritier teſtamentaire ou *ab inteſtat* des autres portions.

Lorſqu'un héritier eſt inſtitué *in re certâ*, par teſtament, ou en une portion de l'hérédité, *nullo dato coherede*, il ne laiſſe pas d'être héritier univerſel *detractâ rei mentione, L.* 1, *§. ſi ex fundo* 4, *leg.* 13, *§.* 2, *leg.* 35, *ff. de hered. inſtit.* & les autres textes que nous avons rapportez ci-devant; cependant cela n'arrive pas proprement par Droit d'accroiſſement, mais par-

31. De l'inſtitué *in re certâ.*

On ne considere la conjonction que pour regler la maniere dont l'accroiſſement doit ſe faire.

ce que l'hérédité eſt indiviſible, & parce qu'on ne peut pas déceder *partim teſtatus & partim inteſtatus.* On ne conſidere le Droit d'accroiſſement que quand il y a pluſieurs héritiers inſtituez, & que la portion de quelqu'un ſe trouve vacante, auquel cas on examine la nature de la conjonction pour régler leur concours ou la préference des uns ſur les autres, *L. un. §. 10, cod. de caduc. toll.*

33. Des ſubſtitutions directes.

Les fideicommis ne ſont pas appellez ſubſtitutions par les Loix.

On doit dire la même choſe des ſubſtitutions directes ſuivant le §. 10, déja cité; ſurquoi il faut prendre garde que toutes les fois que les Loix parlent de ſubſtitution, elles doivent s'entendre des ſubſtitutions directes, & non des fideicommiſſaires auſquels elles donnent toujours le nom de fideicommis & non celui de ſubſtitution; & comme les ſubſtitutions directes ſont des inſtitutions en ſecond, ſur-tout la vulgaire, on doit raiſonner à leur égard de la même maniere que des premieres inſtitutions, *L. liber homo 59, §. cum quis 3, ff. de hered. inſtit. & leg. 59, ff. de acquir. vel omit. hered.*

34. Du fideicommis univerſel, quand le grevé accepte forcé.

Il en eſt encore de même du fideicommis univerſel, lorſque l'héritier grevé refuſant d'accepter volontairement, eſt forcé par le Juge, à la réquiſition d'un des Fideicommiſſaires; auquel cas, s'il y a quelque portion vacante, elle doit être unie à l'hérédité, *poteſtate juris*; parce que dans ce cas le Fideicommiſſaire ſe trouve héritier en premier rang, ainſi que nous l'avons obſervé ci-deſſus: mais quand l'héritier grevé a accepté volontairement, les portions vacantes, s'il y en a, ne peuvent appartenir au Fideicommiſſaire qui a reconnu ſa portion, qu'à raiſon de la conjonction & du Droit d'accroiſſement qui en dérive.

35. Si le Droit d'accroiſſement a lieu aux fideicommis univerſels, ou aux legs particuliers dans la conjonction *verbis tantùm.*

Auteurs qui tiennent l'affirmative.

Mais dans le même cas que l'héritier a accepté volontairement, le Droit d'accroiſſement a-t-il lieu dans le fideicommis univerſel ou particulier, ou dans le legs à raiſon de la conjonction *verbis tantùm*? C'eſt une grande queſtion diverſement decidée par les Interpretes, & diverſement jugée par les Tribunaux. Les uns, entr'autres *Guypape & Ferriere, queſt. 335*, tiennent pour l'affirmative. C'eſt même l'opinion la plus commune, elle eſt fortement appuyée par *Hugues Donnellus, in commentar. Juris civilis, lib. 7, cap. 3*, par Vinnius ſur le *§. eadem 8, inſtit. de leg.* & par Corvinus ſur le Code, *tit. de caduc. toll.* M. Maynard, *liv. 5, chap. 50*, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouſe, qui a autoriſé cette opinion. J'en ai encore vû un ſemblable du 21 May 1676, dans les mémoires

de M. de Ferrand, dont j'ai l'original en main, & que je donnerai au Public si j'en ai le loisir. Ces Auteurs se fondent sur la Loi 16, §. *dernier*, *ff. de leg.* 1, la Loi 89, *ff. de leg.* 3, la Loi 5, §. *dernier*, la Loi 6 & la Loi 7, *ff. de reb. dub.* la Loi un. §. 11, *cod. de caduc. toll.* le §. 8, *instit. de legatis*. Ils employent encore l'argument tiré de la Loi *planè* 34, *ff. de leg.* 1, qui dit selon eux que les conjoints *verbis tantùm unius personæ potestate funguntur*; qu'ainsi le Droit d'accroissement doit avoir lieu entr'eux; qu'il seroit inutile que les Loix eussent fait la division des conjoints, & mis la conjonction *verbis* dans leur nombre, si elle n'avoit pas dû produire le Droit d'accroissement; qu'enfin lorsqu'un Testateur fait un fideicommis ou un legs en faveur de plusieurs personnes, quoiqu'il leur assigne des portions *ab initio*, il a voulu priver l'héritier de la chose qu'il a destinée aux Fideicommissaires ou légataires; & par conséquent il a voulu que si l'un d'eux venoit à manquer, l'entier fideicommis ou legs appartînt au survivant. Ce sont les textes & les argumens employez par *Paucy*, *tract. de jure accresc. cap.* 4, *n.* 15.

Texte en faveur de cette opinion.

35. Auteurs qui tiennent l'opinion contraire

Plusieurs Auteurs ont embrassé l'opinion contraire, notamment *M. Cujas dans ses observations*, *lib.* 4, *cap.* 34, *& sur la Loi* 16, *ff. de leg.* 1: ce Docteur remarque, que quoique les Interpretes modernes tiennent communément que la conjonction verbale produit le Droit d'accroissement, les anciens étoient d'un sentiment opposé, en enseignant que les conjoints *verbis tantùm*, ne peuvent pas prétendre aux portions de leurs conjoints qui se trouvent vacantes, lesquelles demeurent à ceux qui en étoient chargez: *Generaliter hoc verum est*, dit ce Docteur, *ubi partes concursu non fiunt, non esse jus accrescendi. Interpretes tradunt indistinctè esse jus accrescendi inter hos conjunctos, sed melior veterum sententia qui negant.* Faber, *de error. pragmat. decad.* 49, *error.* 3 *&* 4, *Henrys*, *l.* 5, *q.* 58, *Ricard*, *des donations*, *tome* 1, *part.* 3, *n.* 471, sont du même avis; & il y en a encore plusieurs autres qui le décident de même dans le cas du fideicommis universel, lorsque l'héritier grevé a accepté volontairement l'hérédité: auquel cas le Fideicommissaire ne peut prétendre que la portion que le Testateur lui a destinée. *Cujas dans ses observations*, *lib.* 12, *cap.* 12, Jacques de Ferriere *tractatu ad Trebellianum*, *cap.* 44. Faber, *de error. pragmat. decad.* 50, *error.* 3, *Gregorius Tolosanus in syntagmate juris*, *lib.* 46, *cap.* 11, *n.* 14, & plusieurs autres. Ceux-ci employent, pour appuyer

Même dans les fideicommis universels.

Loix en faveur de cette opinion.

leur avis, la Loi 1, §. 3, la Loi 3 & la Loi 11, *ff. de usufructu accresc.* la Loi 66, *ff. de hered. instit.* la Loi 34, §. 9, la Loi 84, §. 12, *ff. de leg.* 1, & la Loi 78, §. 10, *ff. ad S. C. Trebellianum.* M. le Président Faber, *de erroribus pragmat. decad.* 49, *error.* 5, 6, 7 & 8, après avoir appuyé son sentiment, refute l'opinion contraire à celle qu'il défend & les argumens dont les Auteurs se servent.

37. Contrariété dans les Loix sur cette question.

Il faut demeurer d'accord qu'il y a dans le Digeste, des textes précis & formels pour appuyer l'une & l'autre opinion; qu'on trouve dans certaines Loix que la conjonction *verbis tantùm* produit le Droit d'accroissement, & qu'il y en a d'aussi formels pour dire que l'accroissement n'a pas lieu dans la conjonction verbale, & qu'il n'y a que les conjonctions *re & verbis, & re tantùm,* qui soient capables de produire le Droit d'accroissement, ainsi que nous l'avons montré plus haut.

38. Avis de l'Auteur pour la négative.

Je pense en mon particulier que l'opinion de ceux qui soutiennent que le Droit d'accroissement n'a pas lieu dans la conjonction verbale est la seule véritable, non par les raisons que les Auteurs ont alleguées & qu'ils fondent sur les Loix du Digeste, mais parce que l'Empereur Justinien qui a fait un Reglement tout nouveau sur la matiere du Droit d'accroissement, dans la Loi un. *cod. de caduc. toll.* n'a pas mis la conjonction verbale parmi les conjonctions capables de produire le Droit d'accroissement. Il me semble que j'ai démontré cette vérité. Il a donc décidé la question en faveur des Loix qui avoient rejetté la conjonction verbale, & leur a donné la préference sur les autres qui établissoient la proposition contraire; d'autant mieux que le Droit d'accroissement n'ayant pas lieu absolument dans les fideicommis universels, quand l'hérédité étoit volontairement acceptée par le grevé, ni aux fideicommis particuliers, selon les regles du Droit ancien, comme nous l'avons prouvé ci-dessus, il ne peut avoir lieu que dans les cas où la Loi un. *cod. de caduc. toll.* l'a introduit & établi, & pour les conjonctions auxquelles le Droit nouveau l'a attribué. Que si l'on pouvoit induire de la Loi un. *cod. de caduc. toll.* que l'Empereur Justinien avoit compris la conjonction *verbis tantùm* parmi les conjonctions dont il parle dans la même Loi, comme quelques Auteurs l'ont pensé, ce que je crois très-faux; il n'y auroit point de doute qu'il ne fallût attribuer le Droit d'accroissement à la conjonction *verbis tantùm*; parce qu'en mettant cette conjonction parmi celles qui devoient

Raison décisive.

Il faudroit dire le contraire si la conjonction *verbis tantùm* avoit été mise au nombre des conjonctions capables de produire le Droit d'accroissement.

produire cet effet, il auroit abrogé les autres Loix du Digeſte qui avoient borné le Droit d'accroiſſement au cas où les légataires & les fideicommiſſaires ſe trouvoient appellez à la totalité, & où les portions ne ſeroient faites que par le concours, & par conſéquent aux conjonctions *re & verbis & re tantùm.* On doit donc tirer la regle de la déciſion de cette difficulté, de la Loi unique, §. 10 & 11, *cod. de caduc. toll.* & non des Loix antérieures.

39. Dans les autres conjonctions le Droit d'accroiſſement a lieu en faveur du Fideicommiſſaire univerſel ou particulier.

Mais dans le cas des autres conjonctions *re & verbis & re tantùm*, il ne me paroît pas douteux que le Droit d'accroiſſement doit avoir lieu en faveur du Fideicommiſſaire univerſel ou particulier, parce que l'Empereur Juſtinien l'a admis expreſſément dans le fideicommis contre les regles du Droit ancien, par la Loi un. §. 11, *cod. de caduc. toll.* & comme cette Loi ne fait aucune différence entre les fideicommis univerſels & les particuliers, ce ſeroit donner atteinte à la Loi, que de vouloir la borner aux ſeuls fideicommis particuliers.

40. La Juriſprudence du Parlement de Paris reuſe le Droit d'accroiſſement aux conjoints *verbis tantùm.*

La Juriſprudence du Parlement de Paris, dans le cas de la conjonction *verbis tantùm*, eſt conforme à l'avis que nous embraſſons. *Henrys & Bretonnier* rapportent deux Arrêts des 11 Juillet 1647 & 12 Juillet 1686, qui ont rejetté le Droit d'accroiſſement dans le cas de la conjonction verbale; & quoique *M. Maynard, liv. 5, chap.* 10, en convenant que le Droit d'accroiſſement ceſſe entre conjoints *verbis tantùm*, s'il s'agit de legs ou de fideicommis particulier, veuille excepter les fideicommis univerſels ſuivant l'Arrêt qu'il rapporte, il n'y a néanmoins ſi l'on ne conſulte que les regles, aucune différence à faire à cet égard, entre le fideicommis univerſel, & le fideicommis particulier; parce que quand une fois l'hérédité a été acceptée par le grevé, ce n'eſt pas le cas de recourir au Droit d'accroiſſement, *neceſſitate aut poteſtate juris*; parce qu'il ne peut point y avoir de portion vacante de l'hérédité, puiſqu'elle demeure à l'héritier, & qu'il ne peut point arriver que le Teſtateur décede *partim teſtatus, partim inteſtatus*: vû que l'héritier grevé étant ſaiſi de l'entiere hérédité par ſon acceptation volontaire, il demeure toujours héritier, ſuivant la maxime *qui ſemel eſt heres, non poteſt deſinere eſſe heres*: Voilà pourquoi ſi quelqu'un des Fideicommiſſaires auſquels le Teſtateur a aſſigné une portion du fideicommis de l'hérédité vient à manquer, ſa portion demeure à l'héritier qui étoit chargé d'en faire la reſtitution dans le cas que la condition arriveroit. Il ſuffit donc que le

On ne doit pas faire difference entre le fideicommis univerſel & le particulier quand l'hérédité a été acceptée.

Le Fideicommissaire ne peut prétendre que la portion qui lui a été assignée *ab initio*.

Fideicommissaire ait la portion qui lui a été destinée *ab initio*; car le Droit d'accroissement qui arrive par la conjonction ne peut produire d'autre effet que de conserver à celui qui est appellé à une liberalité, ce qui lui est destiné, dans le cas qu'il ne sera pas fait des portions par le concours, & non pour lui attribuer plus que le Testateur ne lui a donné *ab initio*, comme le remarquent fort bien *M. Cujas, dans ses observations lib.* 12, *cap.* 12, & Jacques de Ferriere, *tractat. ad Senatusconsultum Trebellianum, cap.* 44. Il y a même cette observation à faire, suivant *M. de Catellan, liv.* 2, *ch.* 93, que dans l'espece de l'Arrêt rapporté par *M. Maynard*, le Testateur après la substitution faite à plusieurs en diverses portions, avoit ajouté qu'il les instituoit ses héritiers universels: & par ces mots, les avoit unis de nouveau & appellez à la même hérédité. Il étoit encore soutenu que les héritiers instituez ayant été substituez réciproquement entr'eux, cette substitution au premier degré devoit faire présumer que les substituez l'étoient aussi réciproquement entr'eux: ce qui fait que cet Arrêt ne peut pas servir de préjugé hors de son cas. Ainsi il est clair que la conjonction verbale n'opere pas plus dans les fideicommis universels que dans les legs ou fideicommis particuliers.

Observation sur l'Arrêt rapporté par *Maynard*.

41. Arrêt rapporté par *Catellan*.

M. de Catelan, liv. 2, *chap.* 93, rapporte un Arrêt du 6 Juin 1699, qui juge que le Droit d'accroissement n'a pas lieu entre les substituez fideicommissaires, quand ils sont appellez chacun pour une certaine portion. La nommée Michel avoit institué héritier Jean Boyer son mari, à la charge de rendre à un autre Jean Boyer leur fils, lorsqu'il auroit atteint l'âge de 20 ans; & en cas que Jean Boyer vînt à décéder en pupillarité ou sans enfans, lui substitue, & veut que ces biens appartiennent, sçavoir pour un tiers audit Jean Boyer son mari, pour un tiers à Dulignon son cousin germain, & pour l'autre tiers à une de ses parentes. Après la mort de la Testatrice la parente du substitué pour un tiers étant décedée, Jean Boyer fils décéda aussi sans enfans, agé de quinze ans. Dulignon autre substitué, demanda le tiers auquel il étoit appellé, & la moitié de l'autre tiers par Droit d'accroissement; mais le fideicommis ne fut ouvert que pour le tiers seulement, & Dulignon fut débouté de la moitié de l'autre tiers qu'il demandoit par Droit d'accroissement; si bien que ce tiers qui étoit devenu caduc fut adjugé à l'héritier grevé.

42. Le Droit d'accroissement a

Il est inconteſtable que le Droit d'accroissement a lieu dans

les conjonctions *re & verbis* ou *re tantùm*, pour toutes les dispositions qui sont renfermées dans les testamens, codiciles, donations à cause de mort, & autres dispositions de derniere volonté : ce qui comprend les legs & les fideicommis & les donations à cause de mort. Cela est expressément décidé dans la Loi un. §. 11 & 14, *cod. de caduc. toll.* & tous les Auteurs en demeurent d'accord.

Lieu entre les conjoints *re & verbis*, & *re tantùm*, dans toutes les dispositions testamentaires, ou à cause de mort.

Mais il faut prendre garde qu'il est nécessaire que les Légataires, Fideicommissaires ou Donataires à cause de mort soient appellez à une même chose ou à une même somme, comme s'il est dit : Je donne à Pierre & à Jean le fonds Cornelien : Je donne à Mœvius & à Sempronius la somme de cent écus : dans ce cas le Droit d'accroissement doit avoir lieu ; parce que chacun des légataires est appellé pour recueillir le corps entier ou la somme entiere, & que les portions ne peuvent être formées que par le concours des deux légataires : ce qui est le vrai point décisif du Droit d'accroissement, & suffit par conséquent pour le faire admettre, sans qu'on puisse faire différence entre un corps & une somme leguée, sous prétexte qu'on divise plus facilement une somme qu'un corps composé de parties unies & contigues, parce que ce n'est pas à cause de la facilité ou difficulté de la division que le Droit d'accroissement est admis ou exclus, mais à cause de la volonté du Testateur lorsqu'il a assigné ou n'a pas assigné les portions ; ainsi l'opinion des Auteurs qui ont admis cette distinction entre les corps & les sommes n'est pas fondée, comme le remarque *Ricard, des donations, tom.* 1, *partie* 3, *n.* 518 & suivans, & l'avis de cet Auteur me paroît fondé sur la Loi 15, §. 1, *ff. de leg.* 1. La Loi 56, *ff. de condit. & demonstrat.* ne décide rien au contraire, quoiqu'elle dise que la somme qui doit être payée à plusieurs *conditionis implendæ causâ*, est censée divisée de plein droit par l'énumeration des personnes ; parce que cette Loi ne parle que de la maniere d'accomplir la condition de donner, qui n'a rien de commun avec le Droit d'accroissement, lequel dépend de la conjonction pour recueillir la même chose *in solidum*. Il en est de même à plus forte raison lorsque la même somme est leguée à plusieurs *tanquam corpus*, comme s'il est dit : Je legue à Titius & à Mœvius la somme de cent écus que j'ai dans mon coffre ; parce que la somme ainsi désignée est considerée comme un corps & non comme une quantité, *L. planè* 34, §. 4, *ff. de leg.* 1 ; mais

47.
Les Legataires ou Fideicommissaires, ou Donataires à cause de mort, doivent être appellez à une même chose ou à une même somme.

On ne doit pas faire difference entre un corps légué & une somme.

Explication de la Loi 56, *ff. de condit. & demonstrat.*

s'il eſt dit, je donne cent écus à Mœvius & cent écus à Sempronius, ou bien je donne à Mœvius & à Sempronius cent écus à chacun, le Droit d'accroiſſement ne peut pas avoir lieu, parce que les légataires ou donataires ne ſont pas appellez à la même choſe, *L.* 84, *§.* 12, *ff. de leg.* 1. Il eſt pourtant néceſſaire, afin que le Droit d'accroiſſement ait lieu, qu'ils ſoient appellez pour recueillir la même choſe, *§.* 8, *inſtit. de leg.* au lieu que dans le cas propoſé les légataires ſont appellez pour recueillir deux ſommes qui n'ont rien de commun entr'elles: voilà pourquoi le Droit d'accroiſſement ne peut pas avoir lieu.

44. Si l'accroiſſement a lieu dans les charges impoſées *conditionis implendæ cauſa. Et in mortis cauſæ capionibus.*

De la regle que nous avons établie, que le Droit d'accroiſſement a lieu dans toutes les diſpoſitions à cauſe de mort, il s'enſuit qu'il doit avoir lieu dans les charges qui ſont impoſées *conditionis implendæ cauſa*, & dans ce qu'on appelle *mortis cauſa capio.* Si par exemple un Teſtateur qui inſtitue deux héritiers legue un fond à Titius, à la charge de donner cent écus aux héritiers, quoique le nombre des héritiers inſtituez par le Teſtateur ſe trouve réduit par le prédecès ou répudiation de quelqu'un, le légataire devra délivrer l'entiere ſomme à l'héritier qui reſtera, & qui profitera de la portion vacante par Droit d'accroiſſement, *L. Thais* 41, *§. Sticus ſervus*, 14, *ff de fideicomm. libert.* Il n'en eſt pas de même ſi Titius, Teſtateur, legue à Sempronius un fonds, à la charge de donner cent écus à Caïus & à Lucius; ſi Caïus vient à mourir, le légataire ne devra payer que la moitié de la ſomme, parce que l'énumération des perſonnes déſignées pour recevoir la ſomme *conditionis implendæ cauſa*, fait une eſpece de diviſion, *L.* 56, *ff. de condit. & demonſtrat.*

45. Le Droit d'accroiſſement a lieu en la ſucceſſion *ab inteſtat.*

Le Droit d'accroiſſement a lieu encore dans la ſucceſſion qui eſt déferée *ab inteſtat*, *L. ſi ex pluribus* 9, *ff. de ſuis & legitimis heredibus*: mais il faut prendre garde qu'il y a de la différence entre notre Droit François & le Droit Romain; car comme les héritiers légitimes n'acqueroient cette qualité que par l'adition, ſuivant le Droit Romain, s'ils venoient à déceder auparavant, ils ne tranſmettoient pas leur droit à leurs héritiers, & l'on n'exceptoit de cette regle que les enfans du défunt. Voilà pourquoi la Loi 9, *ff. de ſuis & legitimis heredibus*, décide que les portions ſont vacantes & accroiſſent, non-ſeulement lorſque quelques-uns des héritiers ont répudié, mais encore lorſqu'ils ſont morts avant de pouvoir accepter l'héré-

Tranſmiſſion; comment ſe faiſoit par le Droit Romain.

dité,

dité : *si ex pluribus legitimis heredibus omiserint adire hereditatem, vel morte, vel quâ aliâ ratione impediti fuerint quominus adeant : reliquis qui adierint adcrescit illorum portio, & licet decesserint antequam adcresceret, hoc jus ad heredes eorum pertineat*, dit cette Loi : Au lieu que selon notre Droit François, & en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*, tous les héritiers legitimes existans lors de la mort du défunt, sont saisis de plein droit de leur portion ; ensorte qu'encore qu'ils meurent avant d'avoir accepté, ils transmettent leurs portions à leurs héritiers quels qu'ils soient : ainsi suivant notre usage les portions ne sont véritablement vacantes, & n'accroissent à ceux qui ont accepté, que quand les cohéritiers ont répudié, *L. qui repudiantes 17, ff. de inoff. testam.* ou quand après avoir formé l'action ils s'en sont désistez, ou qu'ils ont laissé passer le tems, durant lequel ils avoient la faculté d'accepter : auquel cas ils ne font point part, tout de même que s'ils avoient répudié, *L. si ponas 23, ff. de inoff. testam.* dans ces paroles, *idemque erit etsi tempore exclusus sit ;* parce que leur silence pendant un tems suffisant pour les exclure par prescription, renferme une répudiation tacite qui fait accroître leur portion à ceux qui ont agi & interrompu la prescription en entretenant l'action. Cependant si la succession doit être recueillie par souches, lorsque quelqu'un de ceux qui représentent une même souche vient à répudier, sa portion accroît à ses freres, & non aux cohéritiers qui font ou représentent une autre souche, *L. 12, ff. de bonor. possess. contrà Tabulas*, parce que ceux qui composent chaque souche *unius personæ potestate funguntur, L. planè 34, ff. de leg. 1.*

Transmission comment se faisoit par le Droit François.

Les portions ne sont vacantes que par la répudiation, ou après un désistement de l'action, ou quand on est exclus par le tems.

Comment l'accroissement a lieu en faveur de plusieurs qui representent une même souche.

46.

Le Droit d'accroissement avoit lieu dans la possession des biens.

Le Droit d'accroissement avoit lieu encore dans la possession des biens que le Préteur accordoit aux enfans émancipez, *legitima successione cessante*, soit pour les faire concourir avec les enfans en la puissance du Testateur, au premier ou second degré, ou autrement. La forme de ce Droit d'accroissement est expliquée dans le titre du Digeste *de conjungendis cum emancipato liberis, dans la Loi 3, §. dernier, la Loi 4 & la Loi 5, ff. de bonor. possess. dans le §. 5, aux Institutes, de bonor. possess. dans la Loi unique, cod. quando non petentium partes ;* & par *Duarenus de jure accrescendi, lib. 2, cap. 10, & lib. 1, cap. 20 ;* mais comme ces possessions des biens ne sont pas pratiquées parmi nous, vû que la succession est déferée aujourd'hui à raison du lien du sang, suivant la proximité du degré & non à cause du lien civil de la puissance paternelle ; ensorte

Cette maniere de succeder est abrogée.

que les enfans émancipez ſont vrais héritiers légitimes, tout comme les enfans en la puiſſance du défunt, & que les petits-fils quoiqu'en la puiſſance du défunt ſont exclus par leur pere, quoique émancipé ſuivant la *Novelle* 118 : ce Droit d'accroiſſement n'eſt plus pratiqué, & l'on doit ſe regler par celui qui eſt introduit dans la ſucceſſion légitime, de la maniere que nous venons de l'expliquer, dans le cas de la ſucceſſion déferée *ab inteſtat.*

47. Le Droit d'accroiſſement avoit lieu dans la plainte d'inofficioſité, par la répudiation ou excluſion par le tems, ou déſiſtement.

Non par le ſimple ſilence.

Le Droit d'accroiſſement avoit lieu encore dans la plainte d'inofficioſité, enſorte que ſi l'un de pluſieurs enfans auſquels cette plainte competoit, venoit à répudier ou à ſe déſiſter après avoir formé l'action, ou s'il étoit exclus par le laps de tems, ſa portion accroiſſoit aux autres, *L. qui repudiantis* 17, & *L. ſi ponas* 23, §. *ult. ff. de inoffic. teſtam.* Il en étoit autrement, lorſque l'un des Intéreſſez ne faiſoit que garder le ſilence, auquel cas il faiſoit part, & ſa portion n'étoit pas acquiſe aux autres, *L. Papinianus* 8, §. *quoniam* 8, *ff. eodem*; nous avons expliqué ceci plus au long dans *le chapitre* 8, *ſect.* 4, où il ſuffit de renvoyer.

48. Accroiſſement dans la diſpoſition en uſufruit. Singularitez du Droit d'accroiſſement en uſufruit.

Premiere ſingularité.

Les diſpoſitions en uſufruit ne ſont pas moins ſuſceptibles du Droit d'accroiſſement que les diſpoſitions en proprieté. Il y en a un titre exprès au Digeſte *de uſufructu accreſc. lib.* 7, *tit.* 2; il ſe rencontre même des ſingularitez dans le legs de l'uſufruit par rapport au Droit d'accroiſſement. La premiere, que ſi un Teſtateur legue la proprieté d'un fond à l'un, & l'uſufruit du même fond à d'autres, enſorte que le légataire de la proprieté concoure auſſi pour l'uſufruit ; ſi l'un des uſufruitiers vient à perdre ſa portion, elle accroîtra par égales parts à l'autre uſufruitier, & au proprietaire qui a auſſi part à l'uſufruit, *leg.* 4, *ff. de uſufructu accreſc.* mais ſi la nue proprieté eſt leguée à l'un & l'uſufruit de la même choſe à deux autres, la portion qui viendra à vaquer dans l'uſufruit appartiendra au ſeul uſufruitier reſtant & non au légataire de la nue proprieté, *leg.* 26, *in fine, ff. de uſu & uſufructu legato.*

49. Deuxiéme ſingularité.

La deuxiéme, ſi la proprieté d'un fond eſt leguée à deux perſonnes & l'uſufruit du même fond à un tiers, ou ſi au contraire la proprieté eſt leguée à un ſeul, & l'uſufruit à deux, le légataire de la proprieté aura part auſſi au legs de l'uſufruit; enſorte que l'uſufruit dans ces deux cas devra être diviſé en deux parts, dont l'une appartiendra au légataire ou légataires de la proprieté, & l'autre au légataire ou légataires de

l'uſufruit, *L. 9, ff. de uſufructu accreſ. & leg. 6, ff. de uſufructu ear. rerum quæ uſu conſumuntur*, & le Droit d'accroiſſement aura lieu entr'eux pour l'uſufruit; car quoiqu'il y ait de la diverſité dans les choſes leguées, puiſque la proprieté eſt leguée aux uns & l'uſufruit aux autres, néanmoins ils ſont tous légataires de la même choſe : c'eſt-à-dire du droit de percevoir les fruits; ainſi le Droit d'accroiſſement doit avoir lieu entre eux pour l'uſufruit, à cauſe qu'ils ſont tous légataires de l'uſufruit.

5°. Troiſiéme ſingularité.

La troiſiéme, quoique les portions de l'uſufruit legué à pluſieurs perſonnes, ayent été acquiſes par l'acceptation d'un chacun, néanmoins ſi quelque portion vient à vaquer après cette acceptation, la portion vacante appartient aux autres par Droit d'accroiſſement, encore qu'il en ſoit autrement dans la proprieté où le Droit d'accroiſſement ceſſe dès que les portions ſont acquiſes par l'acceptation, *L. 1, §. 3, ff. de uſufructu accreſc.* La raiſon de la différence eſt parce que la proprieté s'acquiert dans un ſeul inſtant, c'eſt-à-dire, au moment de l'acceptation, après quoi il ne reſte plus rien, vû qu'il n'y a qu'un ſeul legs, au lieu que l'uſufruit *quotidiè conſtituitur & legatur, non ut proprietas eo ſolo tempore, quo vindicatur*, ſelon les expreſſions de la Loi 1, §. 3, *ff. de uſufructu accreſc.* Mais dans le legs de l'uſage ou de l'habitation le Droit d'accroiſſement doit-il avoir lieu après l'acquiſition des portions, comme dans le legs de l'uſufruit? Par rapport au legs de l'uſage fait à pluſieurs *conjunctim*, il n'y a pas lieu d'admettre le Droit d'accroiſſement après l'acquiſition des portions, à cauſe des différences qu'il y a entre l'uſufruit & l'uſage; qu'il n'y a point de Loi qui établiſſe ce Droit d'accroiſſement dans ce cas, & qu'il eſt ſpécial & particulier à l'uſufruit. Pour ce qui eſt du legs de l'habitation fait à pluſieurs *conjunctim*, il y a des Auteurs qui ont décidé que le Droit d'accroiſſement devoit y avoir lieu après l'acquiſition des portions, tout comme dans l'uſufruit. Ils ſe fondent ſur la Loi 34, *ff. de uſu & uſufructu leg.* où le Juriſconſulte Scœvola décide que le légataire de la proprieté d'une maiſon ne peut la prétendre qu'après la mort de tous les légataires de l'habitation; mais la déciſion de cette Loi n'eſt pas fondée ſur le Droit d'accroiſſement, dont elle ne parle pas : elle a ſon fondement ſur la diſpoſition du Teſtateur, qui vouloit que la maiſon n'appartînt au légataire de la proprieté qu'après la mort de tous les légataires de

Quid dans le legs de l'habitation ou de l'uſage.

L'accroiſſement a t'il lieu après l'acquiſition.

l'habitation. Ainſi cette Loi étant inutile, il faut dire que le Droit d'accroiſſement après l'acquiſition des portions qui eſt particulier à l'uſufruit, ne doit pas être étendu à l'habitation; parce qu'il n'y a point de Loi qui faſſe cette extenſion; il faut donc s'en tenir au principe général qui fait ceſſer le Droit d'accroiſſement, dès que les portions ſont acquiſes.

51. Quatriéme ſingularité.

La quatriéme ſingularité eſt, que l'accroiſſement de l'uſufruit ſe fait à la perſonne, non à la portion: au lieu que dans la proprieté la portion vacante accroît à la portion acceptée & non à la perſonne; enſorte que ſi celui auquel la portion de l'uſufruit aura été laiſſée vient à la perdre par quelqu'évenement, ſi une autre portion vient à vaquer dans la ſuite, elle accroîtra à la perſonne du co-légataire de l'uſufruit, nonobſtant la perte de ſa premiere portion, *L.* 10, *ff. de uſufructu accreſc. leg.* 33, *in fine ff. de uſufructu, & L.* 14, *§.* 1, *ff. de except. rei judic.*

52. Cinquiéme ſingularité.

La cinquiéme eſt que, même ſuivant les regles du Droit antérieur à la Loi un. *cod. de caduc. toll.* le Droit d'accroiſſement n'avoit lieu en l'uſufruit que pour la conjonction *re & verbis*, & pour la conjonction *re tantùm*; c'eſt-à-dire, lorſque les portions n'étoient diſtinguées que par le concours des légataires qui prenoient chacun leur portion: & non pour la conjonction *verbis tantùm, leg.* 1, *§.* 3, *& leg.* 11, *ff. de uſufr. accreſcendo*, comme le reconnoiſſent les Auteurs qui penſent que la conjonction verbale produit le Droit d'accroiſſement dans les diſpoſitions touchant la proprieté, notamment *Perezius dans ſon Commentaire ſur le Digeſte, tit. de uſufr. accreſcendo.*

53. Si le Legataire de la proprieté concourt pour le Droit d'accroiſſement avec le Legataire de l'uſufruit.

Si un Teſtateur qui inſtitue deux héritiers, legue à un tiers la nue proprieté d'un fond, & en retranche l'uſufruit, les deux co-héritiers n'auroient pas entr'eux le Droit d'accroiſſement ſur cet uſufruit; mais ſi l'un des héritiers vient à manquer, ſa portion d'uſufruit du fond legué ſe réunira à la proprieté. *Si duobus heredibus inſtitutis, deducto uſufructu proprietas legetur, jus accreſcendi heredes non habere; nam videri uſumfructum conſtitutum, non per concurſum diviſum, L.* 1, *§.* 4, *ff. de uſufructu accreſcendo: Ideòque amiſſa pars uſusfructûs ad legatarium eundemque proprietarium redibit, leg.* 2, *ff. eod.*

54. Suite.

Par la même raiſon il faut décider que ſi le Teſtateur legue la proprieté d'un fond à Titius, & l'uſufruit de ce même fond à Sempronius: ſi Sempronius ne prend pas cet uſufruit, il ſe conſolidera avec la proprieté, & reviendra au légataire du

fond, sans que les héritiers puissent prétendre cet usufruit pendant la vie de Sempronius ni autrement. *V. Ricard des donations, tome* 1, *partie* 3, *n.* 525 *& suivans.*

55. Sixiéme singularité.

Il y a encore une sixiéme singularité touchant le Droit d'accroissement de l'usufruit, c'est qu'encore que la Loi *& Proculo* 20, *ff. de leg* 2, décide que si la proprieté d'un fond est leguée à l'esclave appartenant à deux Maîtres, lorsqu'un de ces Maîtres répudie sa portion, elle ne vient pas par Droit d'accroissement à l'autre Maître qui a accepté sa portion, parce qu'ils ne sont pas conjoints, & que les parties sont censées leguées distinctement; il en est autrement, si l'usufruit est legué à l'esclave appartenant à deux Maîtres; car si l'un de ces Maîtres répudie sa portion, elle appartiendra à l'autre par Droit d'accroissement, *L.* 1, *§.* 2, *ff. de usufr. accrescendo;* la raison est parce que l'on ne considere que la personne de l'esclave, au moyen de laquelle les deux Maîtres sont censez conjoints, & que l'usufruit est attaché à la personne, suivant le *§.* 1 de la même Loi. C'est ainsi que *M. Cujas* explique ce texte sur la Loi 16, *ff. de leg.* 1, & avec raison; si bien que c'est mal-à-propos qu'il a été repris par *Paucy, de jure accrescendo, cap.* 3, *n.* 1, qui pense que la portion répudiée doit appartenir à l'autre Maître, non par Droit d'accroissement, mais à autre titre, suivant la Loi *Plautius* 49, *ff. ad leg. falcid.* car cette Loi ne parle que de la proprieté, ainsi elle ne fait rien pour l'usufruit; & la Loi 1, *§.* 1, *ff. de usufr. accrescendo*, fait comprendre distertement par ces paroles, *ad solum socium pertinere debere, quasi solum conjunctum*, que l'acquisition de l'usufruit se fait pour l'autre moitié à raison de la conjonction, & par conséquent par Droit d'accroissement. *V. Duarenus de jure accrescendi, lib.* 1, *cap.* 13.

Du legs fait à l'esclave appartenant à deux Maîtres.

56. Accroissement dans la communauté continuée en cas de décès de l'un des enfans.

L'article 243 *de la Coutume de Paris*, établit une espece de Droit d'accroissement dans la communauté continuée après le décès de l'un des conjoints, sans avoir fait inventaire, selon la pensée des Auteurs. Il porte: *Si aucun des enfans qui ont continué la communauté meurt, ou tous hors un, les survivans, ou le survivant d'iceux enfans, continuent ladite communauté & prennent autant que si tous lesdits enfans étoient vivans;* & comme la communauté continuée réside sur deux têtes, sçavoir, sur le conjoint survivant, & sur les enfans qui représentent celui des conjoints qui est prédécedé, il y a une espece de conjonction légale entre les enfans, qui aux termes de la Loi *planè* 34,

Conjonction légale.

ff. de leg. 1, *unius perſonæ poteſtate funguntur*; & lorſque quelqu'un de ces enfans vient à déceder, tandis que la communauté continue, les autres enfans ſurvivans profitent par Droit d'accroiſſement des portions de ceux qui ſont prédécedez.

57. Si le Droit d'accroiſſement a lieu dans le cas de la renonciation comme dans celui du décès.

Les Auteurs coutumiers ont même étendu cet article qui ne parle que de la mort au cas de la renonciation, & la plûpart ne diſtinguent pas même entre la renonciation faite après que la continuation de communauté a pris fin par le décès du conjoint qui avoit ſurvêcu, d'avec la renonciation faite tandis que la communauté continuoit durant la vie du conjoint ſurvivant. Mais j'ai fait juger le contraire par Arrêt du Parlement de Toulouſe, dont je vais rapporter l'eſpece avec les raiſons des Parties.

58. Eſpece d'un Arrêt du Parlement de Toulouſe.

Nicolas de la Tournelle contracta mariage à Paris, où il avoit ſon domicile, avec Dame Marie-Charlotte le Moine, le 26 Janvier 1689, & par une clauſe expreſſe du contrat il étoit dit: *par le moyen duquel mariage les futurs époux ſeront communs en tous biens meubles & conquêts immeubles, ſuivant la Coutume de Paris, conformément à laquelle leur future communauté, & tout ce qui dépend dudit mariage ſera reglé, quoiqu'ils établiſſent leur domicile, & faſſent des acquiſitions de biens en des lieux ſituez ſous des Coutumes contraires, auſquelles eſt expreſſément dérogé.* Quelques années après, le ſieur de la Tournelle transfera ſon domicile à Toulouſe, avec ſon épouſe & ſes enfans, où il acheta l'Office de Tréſorier Directeur particulier de la Monnoye.

59. Suite.

La Dame le Moine déceda ſur la fin de l'année 1709, laiſſant Marie-Louis-René de la Tournelle, Marie, Charlotte, Heleine de la Tournelle, & une autre fille ſes enfans ſurvivans; les trois premiers étoient puberes, & les deux autres étoient pupilles; les parens paternels & maternels s'étant aſſemblez à Paris le 24 Octobre 1709, donnerent pouvoir au Procureur qu'ils fonderent, de nommer pour Tuteur aux pupilles le ſieur de la Tournelle leur pere; & à l'égard du ſubrogé Tuteur ou Curateur, ils s'en remirent à leur Procureur, pour nommer telle perſonne qu'il trouveroit à propos; en conſéquence duquel pouvoir ce Procureur fondé ſe retira devant le Sénéchal de Toulouſe, où il déclara qu'il nommoit pour Tuteur le ſieur de la Tournelle, & il requit le Juge-Mage, ou Lieutenant General, de nommer d'office un Adjoint Tuteur onéraire, ou Curateur aux cauſes pour les puberes; ſurquoi le Lieutenant General autoriſant l'aſſemblée des parens, or-

donna que le ſieur de la Tournelle demeureroit Tuteur, & nomma d'office pour Curateur aux cauſes des adultes Me. Reynal, Doyen des Procureurs au Sénéchal de Toulouſe, & reçut le ſerment de l'un & de l'autre.

Après quoi le ſieur de la Tournelle fit proceder en 1710 à l'inventaire des effets de la communauté d'entre lui & ſa défunte femme, par un Notaire Commiſſaire aux Inventaires, avec l'aſſiſtance de Me. Reynal, Curateur des enfans adultes, ſans avoir fait nommer un Tuteur ſubrogé pour les pupilles, qui par conſéquent ſe trouverent ſans Défenſeur, & ſans légitime contradicteur pour la faction de cet inventaire; & ayant paſſé à des ſecondes nôces, il mourut en 1717, laiſſant à lui ſurvivant quatre enfans de ſon premier mariage, & il inſtitua héritier univerſel Marie-Louis-René ſon fils aîné; immédiatement après il fut fait un ſecond inventaire des effets délaiſſez par le ſieur de la Tournelle. 60. Suite.

Marie & Charlotte de la Tournelle formerent inſtance contre Marie-Louis-René leur frere, qui fut portée aux Requêtes du Palais à Toulouſe, pour demander leur part en la communauté continuée depuis le décès de la Dame le Moine, attendu que l'inventaire n'avoit pas été fait dans les trois mois depuis le décès de la Dame le Moine; qu'il n'avoit pas été affirmé ni clôturé en Juſtice, & qu'il avoit été fait ſans contradicteur légitime, ce qui le rendoit nul, & devoit faire continuer la communauté, ſuivant les art. 240 & 241 de la Coutume de Paris, à laquelle le Contrat de mariage du ſieur de la Tournelle & de la Dame le Moine, ſe referoit pour le reglement de la communauté, & de toutes ſes ſuites; mais ces conteſtations furent terminées par une tranſaction par laquelle Marie & Charlotte de la Tournelle renoncerent generalement à tous leurs droits, moyennant une ſomme de 22166 liv. & elles approuverent l'inventaire qui avoit été fait après la mort de la Dame le Moine en 1710. 61. Suite.

Heleine de la Tournelle ayant formé les mêmes difficultez que ſes ſœurs, & intenté les mêmes demandes, il fut paſſé une tranſaction le 20 Février 1721, entre elle & Marie-Louis-René de la Tournelle, par laquelle ſes droits furent reglez à une ſomme de 22166 liv. Par un autre acte du 23 Juillet de la même année, les droits de Marie & de Charlotte furent augmentez de 591 liv. pour chacune; & par un dernier acte du premier Septembre 1721, ceux d'Heleine furent auſſi augmentez de pareille ſomme de 591 livres. 62. Suite.

63. Suite.

Heleine de la Tournelle s'étant mariée avec le sieur Martin, Tréſorier de France en la Generalité de Toulouſe, forma pluſieurs demandes contre le ſieur de la Tournelle ſon frere ; entr'autres elle demanda 1°. La caſſation des actes des 20 Février & premier Septembre 1721, par leſquels elle avoit réduit ſes droits à la ſomme de 22166 d'un côté, & 591 liv. d'autre. 2°. Un quart de la communauté d'entre ſes pere & mere. 3°. Que la continuation de la communauté fût ouverte en ſa faveur, faute par le ſieur ſon pere de lui avoir fait donner un légitime contradicteur, lors de l'inventaire fait après le décès de la Dame le Moine, & la moitié de cette continuation de communauté, diſtraction faite des charges, attendu le renoncement pur & ſimple que Marie & Charlotte ſes ſœurs avoient fait à cette continuation, en approuvant l'inventaire, & en définiſſant cette communauté ; leſquelles demandes ayant été compromiſes à cinq Avocats au Parlement de Toulouſe, ils rendirent leur Sentence, qui portoit : *Faiſant droit ſur la Requête verbale de Dame Heleine de la Tournelle, l'avons reſtituée en entier envers les tranſactions paſſées entre elle & le ſieur de la Tournelle ſon frere ; ce faiſant, lui avons adjugé le quart dans la premiere communauté, telle qu'elle étoit à la mort de la Dame le Moine, & à la moitié du total de ladite communauté après ſa mort, entre ladite Dame Heleine de la Tournelle & ſon pere, avec reſtitution des fruits dudit quart, & de la moitié à compter du jour du décès dudit ſieur de la Tournelle pere, ſauf néanmoins les diſtractions & imputations telles que de droit.* A raiſon de quoi & des autres demandes, il fut ordonné que les Parties ſeroient plus amplement ouies. Les Arbitres jugerent par-là, que les renonciations faites par Marie & Charlotte en approuvant l'inventaire de 1710, & l'approbation donnée au même inventaire par le ſieur de la Tournelle fils, les avoient tous exclus de la continuation de la communauté, & que la Dame Heleine de la Tournelle devoit prendre l'entiere moitié qui auroit appartenu à tous les enfans, s'ils n'avoient pas renoncé en approuvant l'inventaire, & que le ſieur de la Tournelle ne pouvoit demander que l'autre moitié, comme héritier du ſieur ſon pere.

Sentence arbitrale.

Préjugé de la Sentence arbitrale.

64. Pour la validité d'un acte, il ſuffit d'obſerver la formalité preſcrite dans le lieu où l'acte eſt paſſé.

Dans cet état je fus conſulté par le ſieur de la Tournelle ; je crus d'abord que l'inventaire ne pouvoit pas être caſſé, attendu que l'on y avoit obſervé toutes les formalitez néceſſaires à Toulouſe, & que l'on n'avoit pas beſoin d'un légitime contradicteur, ni de la nomination d'un Tuteur ſubrogé, parce que cette formalité eſt inconnue à Toulouſe ; qu'on doit bien ſuivre la Coutume de

de Paris pour regler le fond de la communauté, mais non pour la forme de l'inventaire, parce que tous les Auteurs conviennent que pour la validité des actes, il suffit d'observer les formalitez en usage dans le lieu où ils sont faits, *Guypape, q. 262, Dumoulin, sur la Coutume de Paris, §. 12, n. 37, M. Maynard, liv. 8, chap. 51*, & plusieurs autres. Je ne m'arrête pas davantage sur ce point, parce qu'il n'est pas de notre matiere.

65. Avis de l'Auteur que le Droit d'accroissement ne devoit pas avoir lieu dans ce cas.

En second lieu, je fus d'avis qu'en tout évenement les Arbitres ne pouvoient adjuger qu'un huitiéme de la totalité, au lieu de la moitié de la communauté continuée depuis l'inventaire fait en 1710, qu'ils avoient adjugée.

66. Raisons de la Demanderesse du Droit d'accroissement.

La Dame Heleine de la Tournelle ayant demandé l'omologation de la Sentence arbitrale au Parlement de Toulouse, suivant l'usage, le sieur de la Tournelle en interjetta appel. La Dame de la Tournelle soutenoit, que de tous les enfans du premier lit, elle étoit la seule qui dût profiter de la portion de la communauté continuée qui regardoit les enfans, parce qu'étant restituée en entier contre les transactions qu'elle avoit passées en minorité, elle devoit rentrer dans tous ses droits, suivant l'effet naturel de la restitution en entier, & que Charlotte & Marie ses sœurs ayant approuvé l'inventaire de 1710, & reconnu par-là qu'il n'y avoit point de continuation de communauté, elles avoient bien formellement renoncé, & ne pouvoient pas prendre part à une communauté qu'elles reconnoissoient ne s'être pas continuée avec elles; elle prétendoit encore qu'il en devoit être de même à l'égard du sieur de la Tournelle son frere, parce qu'il avoit pareillement reconnu la validité de l'inventaire de 1710, qu'il l'avoit approuvée, qu'ainsi il ne pouvoit pas y avoir de continuation de communauté à son égard, la validité de l'inventaire par lui reconnue faisant obstacle à cette continuation; qu'il en étoit autrement par rapport à elle, qui vendiquoit les droits de cette communauté, laquelle devoit par conséquent rouler sur sa tête pour une moitié, & sur la tête du feu sieur de la Tournelle pour l'autre moitié; que suivant *la Coutume de Paris, article 240*, quand l'un des deux conjoints décede laissant des enfans mineurs, si le survivant ne fait inventaire avec personne capable, & légitime contradicteur, l'enfant ou enfans survivans peuvent, si bon leur semble, demander communauté en tous les biens; ce n'est donc que quand bon semble aux enfans, que la communauté continue; voilà pourquoi il ne peut point y avoir de continuation de communauté avec ceux qui n'ont pas déclaré qu'ils vou-

loient prendre part à la continuation de communauté, encore moins peut-il y en avoir en faveur de ceux qui ont approuvé un inventaire, qui s'en sont tenus à la premiere communauté, & qui ont renoncé par-là à la continuation. En un mot, la communauté ne continue avec les enfans, que *si bon leur semble*; ils n'en sont saisis, le droit ne leur en est acquis que quand ils ont déclaré formellement qu'ils vouloient continuer, & quand ils l'ont demandé, & les acceptans recueillent par droit d'accroissement les portions des renonçans; or les frere & sœurs d'Heleine de la Tournelle n'avoient pas fait de déclaration ni de demande semblable, ils s'en étoient au contraire tenus à l'ancienne communauté; Heleine étoit la seule qui eût fait cette déclaration & cette demande: donc la communauté n'avoit été continuée qu'avec elle seule, & les autres enfans n'y avoient jamais eu aucune part; car *Ferriere sur la Coutume de Paris, Renusson, & le Brun, Traité de la Communauté, Auzanet, Duplessis* & presque tous les Auteurs du Parlement de Paris, décident conformement à la Loi unique, *cod. quando non petentium partes petentibus accrescant*, que si de plusieurs enfans du conjoint décedé, certains renoncent à la continuation de communauté, & d'autres ou un seulement la demandent, celui ou ceux qui demandent, ont en la communauté continuée la même portion qu'avoit le conjoint décedé en l'ancienne communauté; d'où la Dame de la Tournelle concluoit que la Sentence arbitrale qui lui avoit adjugé la moitié de l'entiere communauté continuée, étoit juridique.

67. Raisons du Défendeur.

Au contraire, le sieur de la Tournelle disoit que le sieur son pere laissa en mourant quatre enfans de son premier mariage avec la Dame le Moine, & que la continuation de communauté auroit dû se partager en deux portions, dont l'une appartenant au pere, fit partie de son hérédité, & fût déferée à son héritier; l'autre moitié auroit appartenu aux quatre enfans avec lesquels la communauté se seroit continuée, parce qu'ils étoient tous mineurs au tems du décès de la Dame le Moine; & chacun de ces quatre enfans devant prendre sa part, il ne pouvoit y avoir qu'un quart pour chacun, qui fait préciſement un huitiéme du total, & par conséquent les Arbitres n'auroient pû adjuger à la Dame de la Tournelle qu'un huitiéme, au lieu de la moitié.

68. Suite.

On ne pouvoit pas prétendre que le sieur de la Tournelle eût renoncé à la portion qui pouvoit lui appartenir comme fils, à la continuation de communauté, en engageant Marie & Charlotte les sœurs de reconnoître la validité de l'inventaire de 1710, &

de renoncer à leurs droits, moyennant la somme qui leur fut payée, parce qu'il contracta, non pour renoncer à un droit qui lui étoit acquis, mais pour acquerir un droit qui ne lui appartenoit pas, & que ce seroit une maniere de penser bien singuliere, de prétendre que celui qui ne travaille qu'à acquerir ce qu'il n'a pas, renonce par-là même à ce qu'il a; car quiconque acquiert ne renonce point, & quiconque renonce fait tout l'opposé de l'acquisition; d'ailleurs en approuvant un acte que l'on croit bon, on n'est pas censé renoncer à un droit qui peut competer, si l'acte approuvé vient à être annullé, comme le décide la Loi 19, *ff. de inoff. de testam.*

69. Suite. A l'égard des portions de Marie & de Charlotte, leur intention n'avoit pas été de faire une renonciation pure, une abdication, une répudiation, ni délaisser leurs portions vacantes, mais bien de reconnoître au profit de leur frere, avec lequel elles traitoient, qu'elles n'avoient aucune part à la communauté continuée, & que si elles y en avoient, elles y renonçoient en faveur de leur frere, ce qu'elles avoient exprimé par ces paroles, *à toutes sortes de prétentions & affaires exprimées & non exprimées;* & même après avoir dit, *qu'elles étoient convenues que pour toutes sortes de droits paternels & maternels, sororains, propres & généralement tout ce qui pourroit leur competer, que le sieur de la Tournelle leur payeroit la somme capitale de 22166 liv.* & si la renonciation en faveur n'étoit pas litteralement exprimée, elle n'en étoit pas moins formelle, parce que les stipulations n'ont été inventées que pour acquerir pour soi & non pour autrui, *inventæ sunt hujusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi acquirat quod sibi interest*, L. 38, §. 17, *ff. de verbor. oblig.* que le sieur de la Tournelle devant payer le prix de la renonciation, il devoit incontestablement profiter des droits auxquels ses sœurs avoient renoncé; n'étant pas raisonnable de penser qu'une renonciation ne doive pas profiter à celui qui stipule dans l'acte qui la renferme, & qui en paye le prix, & qu'au contraire elle dût tourner à l'avantage d'une tierce personne qui n'est pas partie dans l'acte, & à laquelle l'acte ne peut point nuire, ni porter aucune utilité, suivant cette regle triviale, *res inter alios acta aliis non nocet, nec prodest.*

70. Si l'article 243 de la Coutume de Paris doit avoir lieu dans le cas de la renonciation. Il est vrai que plusieurs Auteurs ont décidé que *l'art. 243 de la Coutume de Paris*, qui ne parle que du cas du décès des enfans, tandis que la communauté dure, doit être étendu au cas de la renonciation; mais outre que d'autres Auteurs ont pensé le contraire, qu'il y a même des Arrêts qui ont autorisé leur opinion,

d'ailleurs il faut distinguer deux cas pour faire une juste application de l'opinion des Auteurs, qui ont pensé que la renonciation de quelqu'un des enfans profitoit à ses freres par droit d'accroissement; sçavoir, le tems de la durée de la communauté, & celui où elle a pris fin par le décès du dernier des conjoints; *l'art.* 243 *de la Coutume de Paris*, porte: *les survivans ou survivant des enfans continuent la communauté, & prennent autant que si tous les enfans étoient vivans*, ce qui n'arrive pas par droit d'accroissement, puisque la Coutume n'en parle pas; mais par d'autres raisons qu'on va expliquer, & pour cet effet on n'a qu'à rappeller quelques principes.

Le mari est maître de la communauté.

Le premier est, que le mari est le maître de la communauté, & suivant les expressions de *l'art.* 220 *de la Coutume de Paris, il est Seigneur des meubles, & conquêts immeubles, en telle maniere qu'il les peut vendre, aliener & hypotéquer, & en faire & disposer par donation ou autre disposition entre vifs à son plaisir.*

71. La continuation de la communauté est sujette aux mêmes regles que la premiere communauté.

Le deuxiéme est, que les continuations de communauté sont sujettes aux mêmes regles établies par la Coutume pour les communautez entre mari & femme; ainsi ce qui est décidé & ordonné pour la communauté conjugale doit être reçû dans la continuation de la même communauté, suivant *Auzanet dans ses Mémoires, de la Communauté des biens, pag.* 146; même par rapport à la faculté d'aliener les effets, comme le décident *Dumoulin sur l'ancienne Coutume de Paris, §.* 118, *n.* 8, & *Dupleſſis sur la même Coutume, pag.* 468; les raisons en sont expliquées par *M^es. Berroyer* & *de Lauriere* dans leurs Notes sur *Dupleſſis* au lieu cité.

72. La continuation de communauté est indivisible pour le tems.

Le troisiéme, que la continuation de communauté est indivisible par rapport au tems, lorsqu'on ne l'a pas arrêtée par un inventaire après la mort du premier décedé, ou par un partage avec les enfans, & si on la laisse continuer, on doit la prendre telle qu'elle est lors du décès du survivant des conjoints, suivant *Ferriere sur l'art.* 240 *de la Coutume de Paris, gloſ.* 3, *n.* 13. *Auzanet, le Brun, Renuſſon*, & les autres Auteurs.

73. Tandis que la communauté continue, les enfans n'ont qu'une simple esperance.

Est comparée à l'augment.

Les enfans ne transmettent pas

De ces principes résulte cette conséquence, que tandis que la communauté continue, les enfans n'y ont qu'une simple esperance, & c'est ce que *Dumoulin* insinue *sur l'art.* 118 *de la Coutume de Paris, n.* 8, par ces paroles, *tum quia poſſunt præmori patri, & ſic evaneſcit.* On peut la comparer à l'augment dont la proprieté est bien dévolue aux enfans, mais les quotitez ne se doivent regler qu'au tems de la mort du conjoint survivant, suivant *M. de Catellan, liv.* 4, *chap.* 54: voilà pourquoi les enfans qui prédéce-

dent, ne transmettent point leur portion d'augment aux héritiers étrangers ; ils ne transmettent pas non plus à leurs héritiers étrangers leur portion en la communauté continuée, suivant *l'art. 243 de la Coutume de Paris*, & les Arrêts rapportez par *Brodeau sur M. Louet, lett. C. somm. 30, n. 18, Soefve, tom. 1, centur. 1, ch. 68, & l'Auteur du Journal du Palais, tom. 1, pag. 822.*

leur droit à leurs heritiers étrangers.

74. Ceci montre qu'il y a une grande difference à faire entre la mort des enfans, & leur renonciation à la communauté tandis qu'elle continue, tout comme il y en a entre les filles qui meurent avant leur pere, & celles qui renoncent à leur légitime pendant la vie de leur pere ; les premieres ne font point part ni nombre, mais celles qui ont renoncé font nombre, quoiqu'elles ne soient pas admises en part, comme le remarquent *Jacques de Ferriere, sur la question 295 de Guypape, M. la Roche, liv. 6, tit. 59, art. 4, Mornac & Henrys.* Il en doit donc être de même des enfans qui ont renoncé à leur portion de communauté continuée en faveur de quelqu'un ; c'est ainsi que l'a jugé un Arrêt du Parlement de Paris de l'année 1531, rapporté par *Carondas, sur l'art. 243 de la Coutume de Paris ;* & c'est encore ainsi que l'a jugé un autre Arrêt du 6 Septembre 1687, rapporté au Journal du Palais, dont plusieurs Auteurs ont approuvé la décision, *notamment Mᵉ. Claude-Joseph de Ferriere, dans son nouveau Commentaire sur la Coutume de Paris, art. 240, & l'Auteur des nouvelles Notes sur le Commentaire de Tournet, art. 243 ;* ainsi le cas du décès des enfans dont la Coutume parle, ne peut pas être étendu au cas de la renonciation à la continuation de communauté dont la Coutume ne parle pas, quand la renonciation est faite en faveur de quelqu'un, & le sentiment des Auteurs qui ont pensé le contraire n'est juridique, que dans le cas d'une renonciation pure, & qui est une vraye abdication ou répudiation.

Difference entre la mort des enfans & leur renonciation.

Les enfans qui renoncent à la légitime font nombre.

Arrêts du Parlement de Paris.

Auteurs qui sont du même avis.

75. D'ailleurs il ne faut jamais confondre le tems durant lequel la communauté continue, avec celui où elle est entierement définie par le décès du survivant des conjoints. Dans le premier cas, si quelqu'un des enfans décede, la communauté continue avec les survivans, & s'il renonce moyennant un certain prix en faveur de quelqu'un, il fait part, quoiqu'il ne soit pas admis en part à cause de sa renonciation, parce que son subrogé prend cette portion, ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus ; que si le décès des enfans arrive après l'entiere dissolution de la communauté par la mort du dernier des conjoints, comme dans ce moment tous les enfans sont saisis chacun de sa portion en vertu de la maxime, *le*

Il faut distinguer le tems où la communauté continuë, de celui où elle est dissoute.

mort saisit le vif; celui qui décede dans cet état transmet sa portion à ses héritiers quels qu'ils soient, parce que son droit n'est plus une simple esperance, c'est un droit irrévocablement acquis; voilà pourquoi il ne peut plus y avoir ni de droit d'accroissement, ni ce qu'on appelle *jus de non decrescendi*, à cause que la maxime *le mort saisit le vif*, a revêtu tous les enfans chacun de sa portion; c'est ainsi que le décident *Dumoulin sur la Coutume de Paris, §. 118; Ferriere sur l'art. 243 de la même Coutume, n. 13 & 14; Ricard, sur le même art. le Brun, de la Communauté, liv. 3, ch. 3, sect. 5, n. 25, & Renusson, de la Communauté, 3^e. part. ch. 5, n. 28;* la raison en est, parce que c'est une regle certaine fondée sur la Loi 1, §. 3, *ff. de usufructu accrescendo*, & *Mornac, sur le §. 2 de la même Loi*, que le droit d'accroissement n'a jamais lieu dans la proprieté quand la portion a été une fois acquise, *in proprietate locus non est juris accrescendi si portio deficiat postquàm acquisita est*; & ce qui est dit dans le cas de la mort de quelqu'un des enfans, après que la communauté est entierement dissoute par le décès du survivant des conjoints, doit avoir lieu, même à plus forte raison, dans le cas de la renonciation *certo pretio*, parce que le renonçant est censé posseder sa portion, au moyen du prix qu'il a touché, *L. 4, §. ult. ff. si quis omissa causa testamenti.*

Le Droit d'accroissement n'a pas lieu dans la proprieté, quand les portions sont acquises.

76. Dès que la communauté est dissoute par le décès du conjoint dernier survivant, chaque enfant est revêtu de sa part de la communauté continuée.

Cela posé, le sieur de la Tournelle ajoutoit, que Heleine sa sœur ne pouvoit prétendre qu'un quart de la moitié de la communauté continuée, parce qu'au moment du décès du sieur de la Tournelle pere, chacun des quatre enfans survivans avoit été revêtu de sa portion, en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*, que le sieur de la Tournelle fils avoit conservé son quart en possedant tous les biens, & que les deux autres quarts appartenans à Marie & à Charlotte, avoient été laissez pour ceder à son profit, soit qu'il y eût de renonciation, ou qu'il n'y en eût pas; car s'il y avoit une renonciation elle devoit ceder à son profit, comme l'ayant stipulée, & en ayant payé le prix; que s'il n'y avoit point de renonciation, ces deux portions devoient également lui appartenir, comme ayant été laissées parmi les autres biens; si bien que Heleine de la Tournelle n'avoit aucun droit, titre ni qualité pour vendiquer ces portions, & qu'elle n'avoit autre chose à prétendre que le quart de la moitié, qui lui a été dévolu par le décès du sieur de la Tournelle pere, vû qu'elle n'avoit contracté, ni quasi contracté avec ses sœurs pour acquerir les portions qui leur appartenoient.

77. Suite des raisons du Défendeur.

Du reste, il falloit de deux choses l'une, ou que l'inventaire fait en 1710, après la mort de la Dame le Moine fût bon, ou

qu'il fût nul. Dans le premier cas, Heleine de la Tournelle n'avoit rien à prétendre sur les acquêts faits après cet inventaire; parce qu'il avoit arrêté la communauté, & empêché la continuation; que si l'inventaire étoit nul, la communauté avoit continué en faveur de tous les enfans par égales parts, comme étant mineurs lors du décès de la Dame le Moine, & par consequent les quatre enfans survivans lors du décès du sieur de la Tournelle arrivé en 1717, furent revêtus chacun de leur quart en la continuation de communauté, parce qu'alors il n'avoit été passé aucun acte qui pût donner quelqu'apparence à leur exclusion; ainsi Heleine de la Tournelle n'ayant passé aucun acte pour acquerir les droits de ses sœurs, & ayant au contraire renoncé aux droits qui pouvoient lui competer, moyennant la somme de 22166 liv. tout ce qu'elle pouvoit prétendre en se faisant restituer en entier, c'étoit de rentrer dans les droits qui lui furent dévolus en 1717 par le décès du pere commun, & non pour de plus grands droits; voilà pourquoi le quart de la moitié de la communauté continuée étoit la seule prétention qu'elle pouvoit faire valoir, parce qu'elle n'en acquit aucun autre par le décès de son pere, & depuis elle n'en avoit point acquis, parce qu'elle n'avoit contracté que pour renoncer, & non pour acquerir.

78. Si pour acquerir leur portion, les enfans ont besoin de former la demande.

Quoique *l'art.* 240 *de la Coutume de Paris* porte que la communauté continue, faute d'inventaire dans les regles, *si bon semble aux enfans*, cela n'empêche pas que la communauté ne continue de plein droit, & sans qu'il soit besoin d'aucune déclaration ni protestation de la part des enfans jusqu'au décès du survivant des conjoints, auquel tems la communauté est rompue & dissoute de plein droit, & les portions sont dévolues aux enfans, en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*; cela résulte clairement de ces termes de *l'art.* 242, *ladite communauté est continuée entr'eux*, & par ces autres expressions de l'art. 243, *que si aucun des enfans qui ont continué meurt, les survivans continuent ladite communauté*; les termes de l'art. 240, *si bon leur semble*, ne sont ajoutez que pour marquer la liberté qu'ont les enfans de renoncer à la continuation de la communauté, ou de l'accepter; car il est certain que ce n'est que le défaut d'un inventaire fait & parfait, & non la déclaration, l'acceptation ou la demande des enfans qui fait la continuation de la communauté; c'est sur ces raisons que l'Arrêt du Parlement de Paris du 10 Avril 1669, rapporté *au Journal des Audiences, tom.* 2, *liv.* 8, *ch.* 8, a jugé en faveur d'un héritier étranger, que

Si les enfans transmettent leur droit, après que la continuation de communauté a été dissoute.

le droit de continuation de communauté étoit transmissible ; comme ayant été acquis irrévocablement à l'enfant au moment du décès du conjoint survivant, sans qu'il y eût de sa part aucune déclaration ni demande pendant sa vie. *Me. Poquet de Livoniere dans ses observations sur Dupineau, tom.* 1, *pag.* 651, le décide de même ; & il remarque que cette clause, *si bon semble aux enfans* de l'art. 240, n'a pas été ajoutée pour suspendre le droit des enfans, ou pour le rendre incertain, mais pour leur laisser la liberté d'accepter la continuation de communauté, ou d'y renoncer; le droit est acquis, mais l'exercice de ce droit est remis à la volonté des enfans, afin qu'ils puissent choisir le meilleur parti: l'héritier est saisi de plein droit par la regle *le mort saisit le vif*, nonobstant qu'il ait la liberté de renoncer, selon cette autre regle, *n'est héritier qui ne veut* ; c'est ainsi que cet Auteur raisonne.

79. Arrêt du 16 May 1737, qui déclare n'y avoir point d'accroissement.

L'Arrêt qui termina cette contestation, fut rendu en la Grand-Chambre, au rapport de M. Merie de Mongasin, le 16 Mai 1737, entre Noble Marie-Louis-René de la Tournelle, & Dame Heleine de la Tournelle, épouse du sieur Martin, Tréforier de France en la Generalité de Toulouse; il confirma la Sentence arbitrale, en ce qu'elle avoit déclaré la communauté continuée, nonobstant l'inventaire de 1710; mais la Sentence fut réformée, en ce qu'elle avoit adjugé à la Dame de la Tournelle la moitié de l'entiere communauté continuée; elle fut maintenue au quart de cette moitié, & déboutée des trois quarts restans, dépens compensez: par où il fut jugé qu'il n'y avoit point d'accroissement.

80. Deuxiéme point. Comment le Droit d'accroissement doit se faire.

Nous venons de voir en quel cas, & dans quelles dispositions le droit d'accroissement a lieu ; voyons présentement de quelle maniere il doit se faire. Premierement, dans les institutions & substitutions directes, l'accroissement des portions vacantes se fait par portions héréditaires, parce que la distinction des portions n'est pas un obstacle au droit d'accroissement, qui se fait *potestate juris*, à cause qu'une personne ne peut pas déceder *partim testatus, partim intestatus, L. un. §.* 10, *cod. de caduc. toll.* & non en vertu de la conjonction ; mais dans les legs ou fideicommis, même universels, l'accroissement doit se faire par portions viriles, *L.* 1, *§.* 11, *cod. de caduc. toll.* car si les portions sont distinguées & inégales, le droit d'accroissement cesse, comme nous l'avons prouvé.

Dans les institutions & substitutions directes par portions héréditaires, dans les fideicommis & legs par portions viriles.

81. Se fait *potestate juris* dans les institutions & substitutions.

En second lieu, le droit d'accroissement dans les institutions & substitutions directes, se fait par nécessité, & contre la volonté de ceux qui ont accepté leurs portions, *& hoc nolentibus ipso jure accrescat*

accreſcat ſi ſuas portiones jam agnoverint, cum ſit abſurdum ejuſdem hereditatis partem quidem agnoſcere, partem verò reſpuere ſecundùm quod in divini noſtri numinis deciſionibus ſtatutum eſt, L. *un.* §. 10, *cod. de caduc. toll.* cela eſt décidé de même par la Loi 1, la Loi 2, la Loi 31, la Loi 35, §. 1, *ff. de acquir. vel omitt. hered.* & l'accroiſſement ſe fait de plein droit, même en faveur de celui qui ignore la cauſe qui fait vaquer la portion, *L.* 31, *ff. de acquir. hered.* Cependant lorſque deux héritiers légitimes ont accepté chacun leur portion, & que l'un d'eux ſe fait reſtituer en entier, le droit d'accroiſſement ne ſe fait point malgré l'autre, mais l'on doit décerner un Curateur à la portion répudiée par la voye de la reſtitution en entier; c'eſt dans ce ſens qu'il faut entendre la Loi *ſi minor* 61, *ff. de acquir. hered.* & non dans le cas de deux héritiers inſtituez, pour ne pas contrevenir à la regle *nemo poteſt decedere partim teſtatus, partim inteſtatus:* & il faut que celui qui a accepté ſa portion, reconnoiſſe la portion vacante qui lui accroît, ou qu'il répudie ſa portion, comme il le peut *ex novâ cauſâ.*

Accroiſſement ſe fait de plein droit, *etiam ignoranti & invito.*

Quid dans le cas de la reſtitution en entier.

Mais l'accroiſſement doit-il ſe faire *etiam invito*, dans le cas du fideicommis univerſel? *Ricard, des Donations, tom.* 1, *part.* 3, *n.* 487, *& ſuiv.* ſoutient indiſtinctement l'affirmative: on peut voir les raiſons ſur leſquelles il ſe fonde. Il n'y a point de doute que quand l'héritier grévé accepte forcé, le ſentiment de *Ricard* ne doive avoir lieu, parce que dans ce cas le Fideicommiſſaire d'une quote devient le premier héritier, & par conſéquent on peut appliquer à ce cas les mêmes raiſons qu'à l'inſtitution & à la ſubſtitution directe, c'eſt-à-dire, que le Teſtateur ne peut pas décéder *partim teſtatus, partim inteſtatus*, & que l'hérédité repréſentant la perſonne du défunt, eſt individuë, tout comme la perſonne même, *L.* 16, §. 4, *L.* 28 *& L.* 43, *ff. ad S. C. Trebell. Faber de error. pragmat. decade* 49, *error.* 1, *n.* 5.

82.
Si l'accroiſſement ſe fait *invito* dans les fideicommis univerſels.

Il en eſt de même, ſi un pupille inſtitué par ſon pere, & chargé de rendre ſans délai une portion de l'hérédité, ayant reſtitué cette portion & accepté le ſurplus, ſe fait reſtituer en entier envers ſon acceptation, & répudie; dans ce cas le Fideicommiſſaire eſt obligé ou d'abandonner la portion qui lui a été reſtituée, ou accepter celle qui eſt répudiée par le pupille, *L. ſi pupillus* 79, *ff. ad S. C. Trebell.* parce que la reſtitution en entier met les choſes au même état où elles étoient avant l'acceptation du pupille, & a un effet rétroactif; enſorte que le Fideicommiſſaire devient ſeul & unique héritier par la répudiation du pupille; qu'ainſi l'accroiſſement doit ſe faire *invito* comme dans l'inſtitution, parce que l'inſtitution du

83.
Quid ſi le pupille eſt grevé de rendre une portion, & qu'il ſe faſſe reſtituer en entier contre ſon adition.

pupille a été anéantie par la restitution en entier & par sa répudiation qui remonte au jour du décès du Testateur.

84. *Quid* quand l'héritier a accepté volontairement.

Mais il y a de la difficulté, lorsque l'héritier a accepté volontairement, & qu'il a joui de l'hérédité pendant sa vie, s'il est chargé de fideicommis en faveur de deux personnes, dont l'une accepte sa portion, l'autre répudie la sienne: c'est le cas précis décidé pour l'affirmative par *Ricard* au lieu cité. L'avis de cet Auteur ne me paroît pas conforme aux vrais principes du Droit: & il faut distinguer si le Testateur a appellé les Fideicommissaires par portions égales, ou s'il a distingué les portions dans le fideicommis. Non-seulement le droit d'accroissement ne doit pas avoir lieu malgré le Fideicommissaire qui a accepté sa portion; mais encore ce n'est pas le cas du droit d'accroissement, parce que la conjonction n'est que verbale, & par conséquent incapable de produire le droit d'accroissement; car le droit d'accroissement ne doit pas opérer cet effet, que le conjoint doive avoir plus que le Testateur n'a voulu lui donner; mais afin qu'il ait ce que le Testateur lui a destiné, dans le cas que les portions ne seroient pas distinguées par le concours, ainsi que le remarque *M. Cujas*, *lib.* 12, *Observat. cap.* 12, & que nous l'avons prouvé ci-dessus.

Avis de *Ricard*.

L'avis de cet Auteur n'est pas juridique.

Distinction.

85. Autre distinction entre les especes de cette conjonction.

Que si les Fideicommissaires sont conjoints *re & verbis* ou *re tantùm*, & que ce soit le cas du droit d'accroissement, il faudra admettre la distinction que nous allons faire par rapport aux legs, ou fideicommis particuliers, c'est-à-dire, que l'accroissement se fera *etiam invito* dans la conjonction *re tantùm*, & non dans la conjonction *re & verbis*; car dès que l'hérédité a été une fois acceptée, & que le testament a eu son effet quant à l'institution, il n'y a point de difference à faire entre les fideicommis universels, & les fideicommis ou legs particuliers par rapport au droit d'accroissement, attendu qu'il ne doit avoir lieu qu'à raison de la conjonction, & de la façon que la conjonction le comporte; mais si le Fideicommissaire qui accepte sa portion, ne veut pas reconnoître la portion qui est répudiée par l'autre Fideicommissaire, elle devra demeurer aux héritiers de l'héritier grevé, parce qu'il n'y a aucune nécessité de forcer le Fideicommissaire à accepter malgré lui la portion vacante.

Le Droit d'accroissement ne doit avoir lieu aux fideicommis universels, qu'à raison de la conjonction.

86. Si l'accroissement se fait *invito* dans les legs ou fideicommis particuliers.

Par rapport aux legs & fideicommis particuliers, si la conjonction est *re tantùm*, le Légataire ou Fideicommissaire ayant la totalité de la liberalité *ab initio*, par les paroles dont le Testateur s'est servi, suivant le §. 11, *versic. si verò non omnes*, de la Loi un. *cod. de caduc. toll.* le droit d'accroissement doit avoir lieu malgré

lui, *sed apud illum ipsum qui habet solida remanent nullius concursu diminuta*, parce qu'il ne dépend pas du Légataire de répudier partie du legs, & d'en retenir partie, *neminem ejusdem rei legatæ, sibi partem velle, partem nolle verius est*, L. 4, *ff. de leg.* 2, & ce seroit tomber dans ce cas prohibé par la Loi, de permettre à un Légataire de la totalité qui a un conjoint *re tantùm*, de ne pas reconnoître la portion qui ne seroit pas reclamée par son colégataire, parce que dans la réalité, il est Légataire de la totalité, si l'on considere la disposition du Testateur : & qu'il demeure Légataire de la totalité, dès que le colégataire ne concourt pas ; mais dans la conjonction *re & verbis*, comme le colégataire n'a la totalité que par fiction, on ne peut pas le contraindre d'accepter malgré lui la portion que son colégataire répudiera : *sancimus eam omnibus si habere maluerint pro virili portione cum omni suo onere accrescere . . . . . volentibus solummodò, id totum accedere ;* cette distinction qui est adoptée par *M. Cujas sur la Loi* 16, *ff. de leg.* 1, est fondée sur la disposition formelle de la Loi un. §. 11, *cod. de caduc. toll.*

Dans la conjonction *re tantùm.*

Dans la conjonction *re & verbis.*

87. En troisiéme lieu, il faut considerer la nature des conjonctions pour regler la préference, ou la maniere dont les portions vacantes doivent être recueillies par ceux qui ont accepté leurs portions ; cela est nettement expliqué dans la Loi un. §. 10 & 11, *cod. de caduc. toll.* & pour les héritiers & substituez directs, ou pour les Fideicommissaires ou Légataires particuliers ; car s'ils sont tous conjoints *re & verbis*, ils doivent tous concourir au droit d'accroissement par portions héréditaires, s'il s'agit d'une institution ou substitution directe, ou bien d'un fideicommis universel distribué en plusieurs portions, lorsque l'héritier grevé refuse d'accepter : ou par portions viriles, s'il s'agit d'un legs ou fideicommis, même universel, quand le grevé a accepté volontairement. Il en est de même s'ils sont tous conjoints *re tantùm* ; mais s'il y a un mêlange de personnes appellées, les unes par la conjonction *re & verbis*, & les autres par la conjonction *re tantùm*, ceux qui sont conjoints *re & verbis* doivent être préferez aux conjoints *re tantùm*, lorsque la portion d'un des conjoints *re & verbis* vient à vaquer ; que si la portion d'un des conjoints *re tantùm* vaque, les conjoints *re tantùm* & les conjoints *re & verbis* doivent concourir, parce qu'ils sont tous également conjoints *re tantùm* à l'égard de cette portion qui vaque.

Comment se regle la préference entre les conjoints.

88. Ceci peut s'éclaircir par un exemple : J'institue Titius & Mœvius, j'institue Caius, j'institue Sempronius. Sempronius & Caius

Eclaircissement par un exemple dans les institutions.

ſont conjoints *re tantùm* entr'eux, & ſont conjoints auſſi *re tantùm* avec Titius & Mœvius: ſi la portion de Titius vient à vaquer, elle appartiendra à Mœvius qui eſt conjoint *re & verbis*, à l'excluſion des autres; mais ſi la portion de Caius vaque, elle devra appartenir par droit d'accroiſſement à Titius, Mœvius & Sempronius, par portions héréditaires.

89. Autre exemple pour les legs.

Prenons un pareil exemple pour le legs: Je legue à Titius & à Mœvius le fonds Cornelien, je legue à Caius le même fonds, je legue à Sempronius le même fonds Cornelien: ſi la portion de Titius vaque, elle accroîtra à Mœvius ſon conjoint *re & verbis*; mais ſi la portion de Caius vient à vaquer, elle accroîtra à Titius, Mœvius & Sempronius, parce qu'ils ſont conjoints *re tantùm* avec Caius. Mais l'accroiſſement ſe fera-t'il par portions viriles, ou bien ſelon l'émolument qu'ils ont au legs? La Loi un. §. 11, *cod. de caduc. toll.* ne décide ce cas que quand tous les conjoints ſont unis d'une maniere uniforme, c'eſt-à-dire, lorſqu'ils ſont tous conjoints *re & verbis* ou *re tantùm*, mais non dans le cas du mêlange des conjonctions. *Ricard* penſe, & avec raiſon, que les conjoints doivent profiter de l'accroiſſement, ſelon les portions qu'ils ont au legs, parce que c'eſt cette portion qui doit regler la forme de l'accroiſſement. Le §. 10 *de la même Loi*, en décidant que l'accroiſſement doit ſe faire par portions héréditaires, prouve que quand pluſieurs ſont appellez *conjunctim*, pour recueillir une même portion de legs, ils doivent profiter du droit d'accroiſſement par proportion de l'émolument qu'ils prennent au legs; que ſi le Teſtateur en avoit autrement diſpoſé en attribuant aux uns à l'excluſion des autres, les portions qui pourroient vaquer, il faudroit exécuter ſa volonté.

Si dans le mélange des conjonctions le Droit d'accroiſſement doit ſe faire ſelon les portions que les Legataires ont aux legs.

90. *Quid* ſi pluſieurs ſont appellez par leurs noms, & les autres par un terme collectif.

Il y a un autre cas auquel la regle que nous avons établie ne doit pas être ſuivie. Suppoſons que le Teſtateur ait appellé pluſieurs perſonnes à la même liberalité, les unes par leur nom, & pluſieurs autres par un terme collectif, par exemple: Je legue le fonds Cornelien à Titius & à Sempronius, & aux enfans de Mœvius: dans ce cas il devra être fait trois parts du fonds, dont l'une appartiendra à Titius, l'autre à Sempronius, & le tiers reſtant aux enfans de Mœvius, *L. ſi quis 7, ff. de uſufr. accreſcendo.* Si quelqu'un des enfans de Mœvius vient à défaillir, ou à répudier la part qu'il pouvoit avoir au tiers, cette part accroîtra-t'elle à ſes freres ſeulement, ou bien Titius & Sempronius conjoints *re & verbis*, y auront-ils part? Il faut décider dans ce cas que l'accroiſſement doit profiter aux ſeuls enfans reſtans de Mœvius, ſuivant

A qui doit accroître la portion de l'un de ceux qui ſont appellez par un terme collectif.

M. Cujas sur la Loi 16, ff. de leg. 1; la raison en est, parce qu'il y a une conjonction plus intime & plus forte entre les enfans de Mœvius, qui sont *in unum corpus redacti*, selon les expressions de la Loi unique, §. 10, *cod. de caduc. toll.* qu'il n'y en a avec Titius & Sempronius. Il est vrai que ceux-ci sont conjoints *re & verbis* avec le tiers destiné aux enfans de Mœvius; mais il n'y a point de conjonction *verbis* avec chacun de ces enfans en particulier, qui sont conjoints pour ne former qu'un seul chef, & pour représenter une seule personne, *L. planè 34, ff. de leg. 1;* ensorte que tandis qu'il y aura quelqu'un de ces enfans qui représentera ce chef, les autres conjoints *re & verbis* n'auront rien à prétendre sur les portions subdivisées du tiers destiné aux enfans; & par la même raison je pense que si la portion de Titius venoit à vaquer, les enfans de Mœvius ne devroient pas profiter du droit d'accroissement, en prenant chacun une virile *pro numero personarum*; mais tous les enfans conjoints pour représenter une seule personne, devroient prendre une moitié de la portion vacante, & Sempronius l'autre moitié, par la raison de la Loi 12, *ff. de bonor. possess. contr. tab.*

Si chacun des enfans appellez *nomine collectivo* doit prendre une virile sur ce qui accroît de la portion des autres conjoints, appellez par leur nom propre.

9°.

La portion vacante accroît à la portion non à la personne dans les dispositions en proprieté.

En quatriéme lieu, nous avons vû après la Loi 33, *in fine, ff. de usufruct.* que la portion vacante accroît à la portion acceptée & non à la personne dans les dispositions en proprieté, *portio fundi velut alluvio portioni accrescit.* Delà vient que le droit d'accroissement passe à l'héritier, à la difference de l'institution & de la substitution, laquelle s'éteint & ne passe point à l'héritier, si l'institué ou le substitué décede avant l'ouverture, *L. 9, ff. de suis & legitim. hered.* Cette Loi ne parle à la vérité que de la succession *ab intestat*, mais il y a parité de raison dans la succession testamentaire. Si par exemple, un Testateur institue deux héritiers dont l'un accepte, & ensuite vient à mourir: si l'autre héritier répudie, sa portion de succession devra appartenir à l'héritier du cohéritier qui avoit accepté sa portion; ce qui doit avoir lieu pareillement dans la substitution directe, suivant la décision textuelle de la Loi unique, §. 10, *cod. de caduc. toll.* qui veut que l'acquisition se fasse par portions héréditaires, *etiam si jam defuncti sunt*; & comme suivant notre usage une hérédité déférée à une personne vivante lors du décès du Testateur, se transmet *ad quoscumque heredes*, quoiqu'elle n'ait pas été acceptée, & cela en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*, l'héritier du cohéritier qui seroit mort avant d'avoir accepté sa portion, en cas de répudiation du cohéritier, ne laisseroit pas de pouvoir accepter la portion déférée à son Au-

Le Droit d'accroissement passe à l'heritier.

Dans la succession *ab intestat.*

Dans l'institution.

Dans la substitution directe.

Si l'heritier du co-heritier peut accepter la portion.

teur, & celle qui se trouveroit vacante par la répudiation, comme ayant accrûe à l'autre portion.

91. Celui qui est indigne pour s'être chargé d'un fideicommis tacite ne profite pas du Droit d'accroissement.

Mais celui qui est institué en une portion de l'hérédité, & qui s'est chargé d'un fideicommis tacite en fraude de la Loi, en faveur d'une personne incapable, ne pourroit pas profiter du droit d'accroissement, parce que la portion en laquelle il a été institué pouvant lui être ôtée par indignité, il est consideré tout de même que s'il n'avoit pas été institué & qu'il n'eût aucune portion, *L. si totam* 83, *ff. de acquir. vel omitt. hered.*

93. Si le Droit d'accroissement passe aux heritiers du Legataire.

Le droit d'accroissement passe aussi aux héritiers du Légataire, & même à celui auquel le Légataire a fait un legs de sa portion, parce que *portio portioni accrescit*, *M. Cujas dans ses Observations*, *lib.* 12, *cap.* 13.

94. Si le Droit d'accroissement passe à l'acheteur.

Mais si l'héritier a vendu sa portion d'hérédité, ou le Légataire sa portion du legs, le droit d'accroissement doit-il avoir lieu en faveur de l'acheteur ou du vendeur? Les Auteurs sont partagez sur cette question.

Auteurs qui tiennent l'affirmative.

Duaren. de jure accrescendi, *lib.* 2, *cap.* 6, *& Paucy de jure accrescend. cap.* 9, soutiennent fortement, que l'acheteur doit profiter du droit d'accroissement, parce que la Loi

95. Droit d'accroissement comparé à l'alluvion.

compare l'accroissement à l'alluvion, laquelle ne peut avoir lieu qu'en faveur du fonds & de celui qui le possede, & non en faveur du vendeur qui en a en main le prix.

Auteurs pour la négative.

M. Cujas, *lib.* 12, *observat. cap.* 13, *& Ferriere tractat. ad S. C. Trebell. cap.* 44, sont d'avis au contraire, que le vendeur doit profiter du droit d'accroissement, parce qu'encore qu'il soit vrai que le droit d'accroissement est refusé à celui *qui rem vel portionem amisit*, *L. si totam*, 83, *ff. de acquir. vel omitt. hered.* il n'en doit pas être de même du vendeur *qui portionem non amisit*, & qui est censé au contraire la posseder au moyen du prix qu'il a en main, *L.* 4, *§. ult. ff. si quis omissa causa testamenti.*

Distinction de *Ricard.*

Enfin *Ricard*, *des Donations*, *part.* 3, *n.* 513, *& suiv.* use de distinction pour concilier les opinions contraires.

Résolution pour l'affirmative.

Je croi que le premier avis qui attribue le droit d'accroissement à l'acheteur est le meilleur. *Paucy* au lieu cité réfute les raisons de *M. Cujas*, & répond aux textes sur lesquels ce Docteur appuye son sentiment.

96. Le Droit d'accroissement passe aux transmissionnaires du fideicommis d'une quote.

Le droit d'accroissement est tellement attaché à la portion, & non à la personne, que le Parlement de Toulouse a jugé qu'il devoit avoir lieu en faveur des Fideicommissaires d'une quote de l'hérédité, quoiqu'ils ne vinssent que par droit de transmission, dans le cas où elle est reçue par l'usage de ce Parlement.

Arrêt du Parlement de Toulouse.

L'Arrêt est du 7 Septembre 1722, au rapport de M. l'Abbé Tournier

en la Grand-Chambre, entre Delpech & Ricard d'une part, & Fleur Prunet; j'avois écrit dans ce Procès pour les Fideicommissaires qui gagnerent leur procès; cet Arrêt est conforme à l'avis de *Ranchin dans ses Conclusions, tit. jus accrescendi, art.* 1; on ne s'arrêta point à l'opinion de *Fusarius de substitutionibus, q.* 495, *n.* 26, qui a pensé le contraire.

97. Le Droit d'accroissement suit le substitué.

Le droit d'accroissement suit aussi le substitué, comme le décide la Loi 35, *§.* 2, *ff. de vulg. & pupill. substit.* Un Testateur avoit institué quatre héritiers, il avoit substitué à trois de ces héritiers: le quatriéme auquel il n'avoit point été substitué meurt avant le Testateur. Le Jurisconsulte Javolenus dit, que la portion vacante doit appartenir au substitué, tout comme les autres portions qui avoient été substituées.

98. Si la portion accroît avec la charge ou sans charge.

En cinquiéme lieu, la portion vacante doit-elle accroître avec la charge qui lui a été imposée, ou bien exempte de la charge? Nous avons examiné cette difficulté par rapport aux conditions & charges des dispositions, qui doivent être considerées comme non écrites, dans le *chap.* 7, *sect.* 7. Il faut examiner présentement les autres; car par rapport au droit d'accroissement, la Loi unique, *§.* 10 *&* 11, *cod. de caduc. toll.* après avoir rapporté ce qui s'observoit auparavant, décide généralement & sans distinction, ni exception, que soit que la conjonction se trouve réelle & verbale, ou réelle seulement, ou qu'il y ait des personnes dont les unes sont conjointes *re & verbis* ou *re tantùm*, pour recueillir une hérédité ou une substitution directe, ceux qui profitent du droit d'accroissement doivent accomplir les charges qui étoient imposées à la portion qui a vaqué, de quelque maniere que cela arrive: *hoc quod fuerit quoquo modo evacuatum si in parte hereditatis, vel in partibus consistat, aliis coheredibus cum suo gravamine pro hereditaria parte, etiam si jam defuncti sunt, acquiratur;* on ne doit donc pas considerer les décisions des Loix antérieures, qui peuvent avoir reglé la chose d'une maniere differente, comme se trouvant corrigées par cette Loi.

Dans les institutions & substitutions directes, l'accroissement se fait *cùm onere.*

99. Dans les legs, on distingue les conjoints *re & verbis*, & ceux qui sont conjoints *re tantùm.*

A l'égard des legs & des fideicommis, la même Loi unique, *§.* 11, *cod. de caduc. toll.* use de distinction: ou les conjoints qui profitent du droit d'accroissement, sont unis par la conjonction *re & verbis*; dans ce cas l'accroissement se fait avec la charge imposée à la portion vacante: *sancimus eam omnibus si habere maluerint pro virili portione, cum omni suo onere accrescere:* aussi dans ce cas l'Empereur donne-t'il la liberté d'accepter ou de répudier les portions vacantes; ensorte que l'accroissement ne se fait qu'en

faveur de ceux qui le veulent, *volentibus ſolum modo id totum accedere.*

100. Suite. Mais dans la conjonction *re tantùm*, l'accroiſſement de la portion vacante ſe fait *ſine onere*, quand il a été impoſé à la perſonne du colégataire ; auſſi dans ce cas, l'Empereur ne laiſſe pas au colégataire qui a accepté, la liberté de répudier la portion qui auroit appartenu au colégataire s'il avoit concouru, mais la choſe entiere doit lui demeurer malgré lui : *ſin autem ad deficientis perſonam hoc onus fuerit collatum, hoc non ſentiat qui non alienum, ſed ſuum tantum legatum imminutum habet ;* la raiſon eſt, parce que le Teſtateur en impoſant la charge ſéparément à la perſonne du colégataire, & en faiſant le legs de la même choſe à deux ſéparément, eſt cenſé avoir voulu que chacun reconnût ſa charge, & non celle d'autrui ; c'eſt la déciſion textuelle de la Loi unique, §. 11, *cod. de caduc. toll.*

101. Diſtinction des charges réelles de celles qui ſont attachées à la perſonne. Il faut néanmoins prendre garde, que quand l'accroiſſement ſe fait avec la charge, ſoit dans les inſtitutions & ſubſtitutions, ſoit dans les legs à cauſe de la conjonction *re & verbis :* il faut diſtinguer les charges qui ſont purement perſonnelles, & qui ne peuvent être accomplies que par la perſonne à laquelle elles ont été impoſées : comme de ſe marier, d'étudier, & autres ſemblables, d'avec les autres charges qui ne ſont pas ſpécialement attachées à la perſonne ; car ceux qui profitent du droit d'accroiſſement *cum ſuo onere*, ne ſont pas obligez d'accomplir les charges purement perſonnelles, ſuivant le §. 9 *de la même Loi*, qui doit ſervir à expliquer les §§. *ſuivans*, en ce qu'ils impoſent la néceſſité à ceux qui profitent du droit d'accroiſſement, d'exécuter les charges des portions vacantes.

102. Il faut ſuivre la volonté du Teſtateur, quand il a pourvû aux charges. Il eſt encore remarquable que rien n'empêche que le Teſtateur ne puiſſe pourvoir ſuivant ſa volonté, touchant les charges des portions vacantes, d'une maniere differente de ce que la Loi ordonne, *L. 9, §. 13, ff. de hered. inſtit. ſi modo voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragatur*, parce que la volonté du Teſtateur eſt la premiere regle qu'il faut conſulter touchant les diſpoſitions teſtamentaires. Il peut ordonner par exemple, qu'en cas que quelque portion de l'inſtitution, ou de la ſubſtitution directe vienne à vaquer, ceux qui en profiteront par droit d'accroiſſement ne ſeront pas tenus de remplir les charges : & aſſujettir auſſi à l'exécution de la charge, dans le cas où le droit d'accroiſſement ſe fait *ſine onere*, dans la conjonction réelle ; & ce n'eſt que quand le Teſtateur n'a pas expreſſément pourvû par une diſpoſition particuliere

culiere, que la Loi qui regle la maniere d'exécuter la charge, ou qui en dispense ceux qui profitent des portions vacantes par le droit d'accroissement, doit être suivie, parce que *provisio hominis facit cessare provisionem legis.*

103. Droit d'accroissement pour les portions considerées comme non écrites.

En sixiéme lieu, par le Droit ancien, le droit d'accroissement n'avoit pas lieu pour les portions qui se trouvoient vacantes, à cause qu'elles étoient inutiles dans leur principe, & qu'elles étoient considerées comme non écrites: les Loix en fournissent plusieurs exemples. La Loi 16, *ff. de leg.* 1, parle d'un legs fait à une personne existante, & à une autre qui n'étoit plus *in rerum naturâ*; la Loi 7, *ff. de leg.* 2, parle du legs fait à deux personnes, dont l'une est incapable; la Loi 34, *§. conjunctim* 9, *ff. de leg.* 1, parle d'un legs fait à l'esclave du Testateur sans lui laisser la liberté, & à un tiers conjointement; la Loi *hujusmodi* 84, *§. si Titio* 8, *ff. de leg.* 1, parle d'un legs fait à Titius & Mœvius, d'un esclave appartenant à Titius, lequel legs étoit inutile par rapport à Titius, comme étant d'une chose qui lui appartenoit, & qui étoit bon par rapport à Mœvius. Dans tous ces cas, le droit d'accroissement étoit refusé, & le colégataire ne prenoit que sa portion. Quelle que soit la raison, pourquoi le droit d'accroissement n'avoit pas lieu, lorsque la portion étoit vacante à cause qu'elle étoit inutile dans son principe, & qu'elle étoit considerée comme non écrite, le fait n'en est pas moins certain, puisqu'il est prouvé par plusieurs textes précis & formels; mais nous voyons que cela fut changé, comme il paroit du *§. si eadem* 8, *instit. de legatis*, où le droit d'accroissement est admis, de quelque façon que la portion fût vacante: & quoiqu'en ayent pensé quelques Auteurs, la portion n'en étoit pas moins vacante, quand elle étoit considerée comme non écrite, que quand elle étoit caduque, *vel in causa caduci*, comme l'explique la Loi unique, *§. & cum triplici* 2, *cod. de caduc. toll.* Et si *Tribonien* qui dressa la Loi unique *cod. de caduc. toll.* dit au *§. in primo* 3, que le droit d'accroissement avoit lieu lorsque les portions étoient vacantes, à cause qu'elles étoient regardées comme non écrites: on ne doit pas entendre ceci du Droit ancien, puisque les textes précis que nous trouvons dans le Digeste prouvent le contraire; mais il est facile de comprendre que *Tribonien* ne parloit ainsi que relativement au droit des Institutes, qui avoit ordonné que le droit d'accroissement auroit lieu, même dans le cas où les portions étoient considerées comme non écrites, & que c'est ainsi qu'il faut entendre ce qui est dit dans la Loi unique, *§. 3, cod. de caduc. toll.*

Correction faite par les Institutes.

Rélativement auquel il faut entendre ce qui est dit dans la Loi un. *§. 3, cod. de caduc. tollend.* que le Droit d'accroissement avoit lieu dans ce cas.

104. Le Droit d'accroiſſement a lieu dans les diſpoſitions regardées comme non écrites.

Mais aujourd'hui, & par le droit des Inſtitutes, & par celui du Code, le droit d'accroiſſement a lieu, de quelque façon que les portions viennent à vaquer: *ſi alter deficiat, quia aut ſpreverit legatum, aut vivo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad Collegatarium pertinet*, dit le §. *ſi eadem* 8, *inſtit. de leg.* & cela a été confirmé par la Loi unique, §. 3, §. 4, §. 7, §. 10, *cod. de caduc. toll.* où le droit d'accroiſſement eſt admis, ſoit que les portions vacantes ſoient regardées comme non écrites, qu'elles ſoient caduques, ou qu'elles tombent en caducité; & en un mot, *quod furit quoquo modo evacuatum.*

105. La portion qui accroît peut être demandée par la même action que la portion acceptée.

En ſeptiéme lieu. La portion qui vaque & qui accroît, peut être demandée par la même action que la portion acceptée & acquiſe, vû que l'accroiſſement dérive de la même diſpoſition, & que la portion accrue eſt un acceſſoire de la portion acquiſe: Ainſi, on ne peut pas regarder la portion qui accroît, laquelle eſt un acceſſoire de la portion à laquelle elle eſt unie d'une maniere differente & difforme. *Duaren, de jur. accreſcendi, lib.* 2, *cap.* 4, prouve cette propoſition par l'argument de pluſieurs textes qu'il rapporte, & qui ſont très-concluans; mais la meilleure raiſon eſt, que le droit d'accroiſſement ne pouvant avoir lieu, comme nous l'avons prouvé ci-deſſus, que quand deux ou pluſieurs Legataires ſont appellez à la totalité, & quand les portions ne ſont diſtinguées que par le concours, ſi le colegataire ne prend pas ſa portion, elle appartient à l'autre *in ſolidum*, en vertu de la diſpoſition qui l'appelle à la totalité, dans le cas que le colegataire ne viendra pas en concours. De-là vient que le droit d'accroiſſement a un effet rétroactif, *L.* 34 *&* *L.* 35, *ff. de leg. Aquil. retrò adcreviſſe dominium ei videretur.*

Le Droit d'accroiſſement a un effet rétroactif.

106. La portion doit être véritablement vacante, afin qu'elle accroiſſe.

Enfin, pour que le Droit d'accroiſſement ait lieu, il faut que la portion ſoit veritablement vacante, ſoit à cauſe de l'incapacité du colegataire, ſoit à cauſe de ſon décès avant le Teſtateur, ſoit par répudiation, ſoit par excluſion: *L. qui repudiantis* 17, *L. ſi ponas* 23, *§. ult. ff. de inoff. teſtam.* car ſi le colegataire ne faiſoit que garder le ſilence, ou déliberer s'il accepteroit ou non, ou bien s'il differoit & négligeoit ſimplement d'accepter, le droit d'accroiſſement n'auroit pas lieu, & le colegataire feroit part, *L. Papinianus* 8, *§. quoniam* 8, *ff. de inoff. teſtam.*

Quid ſi le Legataire garde le ſilence ſans être exclus.

107. Troiſiéme point. Cas où le Droit d'accroiſſement ceſſe.

Il nous reſte à voir quels ſont les cas où le droit d'accroiſſement ceſſe, ou n'a pas lieu. Les Auteurs ont crû que le droit d'accroiſſement n'a pas lieu dans les diſpoſitions du Soldat qui

teſte *jure militari* ; mais la propoſition n'eſt pas vraye, & il y a de l'équivoque. A la verité le Soldat peut déceder, *partim teſtatus, partim inteſtatus* : voilà pourquoi s'il inſtitue un ſeul heritier en une choſe particuliere, l'inſtitué ne devra prendre que la choſe particuliere, & il ne deviendra pas heritier univerſel ; mais le reſte de ſon hérédité appartiendra à ſes ſucceſſeurs *ab inteſtat*, *L. 6, ff. de teſtam. milit.* & *L. 1, cod. eod.* Le Soldat peut auſſi inſtituer un heritier pour un certain tems, *ad certum tempus, & ex certo tempore*, *L. 15, §. 4, & L. 19, ff. eod.* mais tout ce que l'on peut conclure de ces textes, eſt que le droit d'accroiſſement qui ſe fait *poteſtate juris*, & indépendamment de la conjonction, ceſſe dans le teſtament du Soldat ; ce qui ne conclut rien par rapport à l'accroiſſement qui ſe fait à raiſon de la conjonction, qui a des motifs & des fondemens differens ; c'eſt à-dire, la volonté du Teſtateur, qui ayant aſſigné une même choſe à pluſieurs, de maniere que les portions ne doivent être diſtinguées que par le concours : les diſpoſitions du Soldat ne ſont pas moins ſuſceptibles du droit d'accroiſſement, qui vient de cette ſource, que les diſpoſitions des non Soldats. Si par exemple il étoit dit : *Titius & Seius heredes ſunto. Titio & Seio fundum Cornelianum do, lego. Titius heres eſto, Seius heres eſto. Titio fundum Cornelianum do, lego, Seio eundem fundum Cornelianum do, lego ;* l'un des coheritiers ou colegataires ne pouvant ou ne voulant pas recueillir ſa portion, il n'y auroit point de doute que l'autre ne dût prendre l'entiere hérédité, ou l'entier legs, parce qu'il a pour lui la volonté ſolidaire du Teſtateur, & ceci eſt indépendant de la regle qui veut que le Teſtateur Soldat peut déceder *partim teſtatus, partim inteſtatus* ; laquelle doit avoir lieu lorſque le Soldat a témoigné qu'il vouloit teſter en partie, & mourir *ab inteſtat* pour l'autre partie, & que la diſpoſition ne doit pas s'étendre au-de-là de ce qui eſt exprimé ; mais cela n'empêche pas que la volonté du Soldat, tout comme celle du non Soldat, ne doive être exécutée en faveur de l'un des heritiers ou des Legataires, auquel il a deſtiné la totalité. Ceci eſt ſi vrai, que la Loi *ſi certarum 17, ff. de teſtam. militis*, décide que ſi un Soldat inſtitue trois heritiers, l'un aux biens ſituez en la Ville, l'autre aux biens de la campagne, & le troiſiéme aux autres biens, ils ſeront tous heritiers de la même maniere que s'ils avoient été inſtituez ſans portion, de façon qu'ils prendront par préciput les biens auſquels ils ſe trouvent inſtituez, & ils partageront entr'eux l'hérédité.

Dans les diſpoſitions du Soldat, comment cela s'entend.

Le Droit d'accroiſſement *poteſtate juris* ceſſe dans les diſpoſitions du Soldat qui teſte *jure militari*.

Mais il a lieu à raiſon de la conjonction *re & verbis*, & *verbis tantùm*.

108. Suite.

Le §. 1 de la même Loi, décide encore que si le Testateur Soldat instituë deux heritiers, l'un aux biens castrenses, l'autre au surplus de ses biens, quoiqu'on doive considerer ces deux especes de biens comme deux héréditez, néanmoins, si l'un répudie son institution, l'autre sera contraint, ou de défendre l'entiere hérédité, & d'en supporter les charges, ou de l'abandonner pour le tout: *Quod si altera pars bonorum æri alieno, quod ex ea causa pendebit, non sufficiat, & propter hoc is, qui ex ea parte heres institutus est, non adierit; alterum qui adisset, compellendum esse, aut defendere totam hereditatem, aut totam creditoribus solvere*; d'où il s'ensuit que quand le Testateur Soldat a disposé de tous ses biens par des institutions differentes, quoique les instituez ne soient pas conjoints, le droit d'accroissement a néanmoins lieu, en cas que l'un des heritiers vienne à répudier, parce que dans ce cas, le Testateur n'ayant pas voulu déceder *partim testatus, partim intestatus*, puisqu'il avoit disposé de tout, la portion vacante doit parvenir au co-heritier *potestate juris:* & que le Soldat ne peut déceder *partim testatus* & *partim intestatus*, que quand il paroit clairement que telle a été sa volonté; à plus forte raison, le droit d'accroissement doit-il avoir lieu lorsque les heritiers ou les Legataires sont conjoints, & il n'y a à cet égard aucune difference entre le Soldat & le non Soldat; parce que le droit d'accroissement n'a d'autre fondement que la volonté & la disposition solidaire du Testateur, qui ne doit pas moins être exécutée dans le testament militaire que dans le testament paganique.

Quand le Soldat a voulu disposer de son entiere hérédité, l'accroissement a lieu *potestate juris.*

Fondement du Droit d'accroissement à raison de la conjonction.

109. L'accroissement a lieu indistinctement dans le testament du Soldat fait *jure communi.*

La Loi 3, *cod. de testam. militis*, décide encore que le testament du Soldat fait *jure communi*, est sujet aux mêmes regles que le testament paganique; qu'ainsi, le Soldat testant *jure communi*, & instituant un heritier en deux onces & un autre en une once, ces instituez seront heritiers universels, l'un pour deux tiers, l'autre pour le tiers restant, & le résidu non compris en l'institution, n'appartiendra pas aux heritiers *ab intestat.* Les *articles* 30 *&* 31 *de l'Ordonnance de* 1735, font comprendre que le testament du Soldat ne doit être privilegié que quand il est fait *jure militari*, & dans les cas qui y sont exprimez.

110. Explication de la Loi 37, *ff. de testam. militis.*

La Loi 37, *ff. de testam. militis*, ne contient rien de contraire aux résolutions que nous avons formées: elle renferme un cas singulier qui ne doit pas être tiré à conséquence; elle décide même que le droit d'accroissement doit avoir lieu dans son cas particulier, lorsque le Testateur Soldat, qui dispose *jure militari*,

a fait comprendre qu'il vouloit que l'entiere hérédité appartînt à l'un des heritiers, en cas que l'autre ne recueillît pas sa portion. Le cas de cette Loi est d'un Affranchi Soldat qui a institué deux heritiers sans avoir laissé à son Patron la portion que les Loix lui destinent: l'un de ces co-heritiers répudie sa portion. On demande à qui cette portion doit appartenir. Sera-t'elle dévoluë au co-heritier par droit d'accroissement? ou bien devra-t'elle appartenir au Patron pour son droit de légitime, qui selon le Droit ancien, devoit être de la moitié des biens de l'Affranchi? Le Jurisconsulte répond que cette portion vacante ne devra pas appartenir au co-heritier, à moins qu'il ne paroisse d'une volonté contraire du Testateur; mais que le Patron devra la prendre en demandant la possession des biens *ab intestat*; cela est fondé non sur les regles communes, mais sur le droit particulier & la faveur du Patron, lequel trouvant une portion vacante, a droit de la prendre par forme de légitime, qui produit un droit plus fort que la simple faculté de succeder *ab intestat*, & que le droit d'accroissement: C'est à quoi les Auteurs n'ont pas fait attention, lorsqu'ils ont crû sur le fondement de cette Loi, que le droit d'accroissement ne doit pas avoir lieu dans les dispositions du Soldat; aussi voit-on dans la Loi 17, §. 1, *ff. de testam. militis*, qui est dans un cas, où il ne s'agit pas du testament d'un Affranchi, ni du droit du Patron, que le droit d'accroissement a lieu quand le Testateur a disposé de tous ses biens, & que l'un des heritiers vient à répudier sa portion, même indépendamment de toute conjonction.

Le Droit de légitime produit un droit plus fort que la succession *ab intestat*, & que le Droit d'accroissement.

Quelle étoit la légitime du Patron.

Nous avons montré ci-dessus que le droit d'accroissement à raison de la conjonction, ne devoit avoir lieu que dans la conjonction *re & verbis*, & dans la conjonction *re tantùm*; parce que dans ce cas, les Legataires sont appellez à la totalité, & que les portions ne sont distinguées que par le concours. Le droit d'accroissement doit donc cesser entre les conjoints *verbis tantùm*, parce que le fondement du droit d'accroissement manque.

III. Le Droit d'accroissement n'a pas lieu dans la conjonction *verbis tantùm*.

Le droit d'accroissement cesse aussi dans les dispositions contractuelles, suivant l'avis commun des Auteurs, ainsi que nous l'avons remarqué dans ce chapitre, nombre 30; *Ferriere sur la question* 204 *de Guypape*, excepte plusieurs cas de cette regle, que l'on pourra voir dans l'Auteur même. Le droit d'accroissement n'a pas lieu non-plus dans les baux à Fief, suivant *Dumoulin, conseil* 50, *nombre* 50, ni dans les emphiteoses &

31 & 112. Il cesse dans les dispositions contractuelles.

Exceptions.

Quid au Fief.

Quid en l'emphiteose ou contrat censuel.

autres contrats censuels, parce que la nature de la disposition y résiste. Voyez *Julius Clarus*, *§. emphiteusis*, *quest.* 39 : Mais le droit d'accroissement doit-il avoir lieu dans les substitutions contractuelles? *Jerôme Brukner*, *dans sa traduction latine des Arrêts de M. Maynard*, au troisiéme des corollaires qui sont à la fin du cinquiéme livre, traite cette question dans cette espece: Titius & Sempronius, freres, conviennent par contrat, que Sempronius, débiteur de Titius de la somme de 800 livres, auroit l'usufruit de cette somme pendant sa vie, & qu'après sa mort, la même somme parviendroit à Caius & Mœvius, ses enfans aînez, & après ceux-ci, à ses autres enfans. Caius, fils aîné de Sempronius meurt avant son pere ; & ensuite Sempronius laisse Mœvius son fils aîné & quelques autres enfans puînez. On demande si par le prédécès de Caius, Mœvius doit recueillir l'entiere somme de 800 liv. substituée à lui & à Caius, son frere prédécedé, ou s'il ne doit en avoir que la moitié seulement, l'autre moitié devant appartenir à ses freres puînez. *Brukner* décide que l'entiere somme doit appartenir à Mœvius, parce qu'il doit profiter par droit d'accroissement, de la moitié qui avoit été destinée à Caius, que celui-ci n'a pas pû recueillir à cause de son prédécès, & que ses freres puînez ne peuvent prendre aucune part à cette somme en vertu de la substitution faite en leur faveur qu'après le décès de Mœvius: Mais cette décision n'est pas exacte. D'abord le droit d'accroissement qui est le premier fondement de l'opinion de cet Auteur, ne reçoit pas une juste application au cas present, parce qu'il s'agit d'une disposition contractuelle, qui n'en est pas susceptible. La seconde raison du même Auteur, prise de ce que les freres puînez ne sont appellez qu'après les deux aînez; qu'ainsi l'existance de Mœvius fait obstacle à la prétention des puînez pour la portion vacante destinée à Caius n'est pas bonne; parce que, comme nous l'avons expliqué au chapitre 7, section 6, nombres 82, 83, la vocation des puînez, après les aînez, est distributive de la portion d'un chacun, & ce n'est que quand les conditions sont unies par la copulative, ou par quelque terme collectif, comme s'il est dit : *Si uterque*, *si ambo decesserint*, qu'il faut attendre le décès de tous les deux : Ainsi, les puînez, en vertu de la substitution, doivent recueillir la portion de Caius prédécedé, à l'exclusion de Mœvius.

XII. Accroissement cesse aux alimens.

La Loi *Dominus* 57, *§.* 1, *ff. de usufructu*, prouve que le droit d'accroissement cesse dans les dispositions pour alimens, quoi-

qu'ils soient laissez par testament : à plus forte raison doit-il moins avoir lieu pour les alimens donnez ou réservez par contrat ; parce que la disposition en est encore moins susceptible. C'est sur ces raisons que *Guypape*, *quest.* 204, décide après un Arrêt du Parlement de Grenoble qu'il rapporte, qu'un mari & une femme ayant donné leurs biens à une personne avec réservation d'une certaine pension en grains pour leurs alimens, lorsque l'un des mariez venoit à mourir, la pension étoit éteinte pour la moitié concernant le prédécedé, & ne pouvoit être demandée que pour la moitié du survivant.

Quid aux alimens réservez par deux Donateurs.

114. Le Testateur peut sans contredit, prohiber le droit d'accroissement qui dérive de la conjonction, parce qu'il est fondé sur la disposition qui appelle chacun des Legataires à la totalité du legs, à laquelle le Testateur peut déroger & pourvoir autrement selon sa volonté, & comme il le trouve à propos. C'est de quoi tous les Auteurs demeurent d'accord, notamment *Duarenus de jure accrescendi*, *lib.* 2, *cap.* 14 : & cette prohibition peut être faite ou expressément, en disant qu'il ne veut pas que le droit d'accroissement ait lieu entre les colegataires, ou en ordonnant que les portions vacantes demeureront dans l'hérédité, ou bien en substituant aux portions vacantes, parce que la substitution produit un droit plus fort que le droit d'accroissement, *L.* 2, *§. si duo* 8, *ff. de bonor. possess. secund. tabulas*, & *L. un. §.* 3, *§.* 4, & *§.* 7, *cod. de caduc. toll.* vû que la substitution empêche que la portion ne soit vacante. *La Novelle* 1, *chapitre* 1, *§.* 3, donne aussi la préference au substitué sur le conjoint. Voyez *Duaren. de jur. accrescendi*, *lib.* 2, *cap.* 16.

Si le Droit d'accroissement peut être prohibé.

La substitution est plus forte que le Droit d'accroissement.

115. A l'égard du droit d'accroissement qui arrive dans les institutions & substitutions directes à cause de la regle qui veut que le Testateur ne puisse pas décéder *partim testatus*, *partim intestatus*, suivant la Loi 7, *ff. de regul. jur.* la Loi 88, *ff. de hered. instit.* & le *§.* 5, *instit. eodem titulo*, il est également certain que le Testateur ne peut pas le prohiber directement ; c'est-à-dire, par une disposition qui ne puisse avoir d'autre effet que de défendre le droit d'accroissement ; mais il peut en empêcher l'effet, en disposant par substitution, fideicommis, ou autrement, de la portion, en cas qu'elle vienne à vaquer ; car dans ce cas, il n'y aura point de portion vacante, puisque le Testateur en aura disposé, & que l'on ne contreviendra pas à la regle, qu'on ne peut pas décéder *partim testatus* & *partim intestatus*.

Quid dans les institutions & substitutions directes.

Si le Testateur peut en empêcher l'effet par des substitutions & autres dispositions.

116. Quoique le droit d'accroissement ait lieu, lorsque les portions

Le Droit d'ac-

croiſſement ceſſe quand les portions ne ſont pas vacantes de Droit, quoiqu'elles puiſſent être ôtées par indignité.

ſont vacantes par incapacité, caducité, ou autrement, ainſi que nous l'avons prouvé: il ceſſe néanmoins lorſqu'elles ne ſont pas vacantes de fait, & quand elles peuvent ſeulement être ôtées par indignité, parce que les diſpoſitions ne ſont ni nulles, ni inutiles dans ce cas, ainſi que nous l'avons établi dans le *chapitre 6, ſection 3;* ceux qui ſe trouvent indignes en peuvent être ſeulement privez. Voilà pourquoi ils ſont part & nombre, parce qu'ils ſont capables de recueillir, & qu'il ne ſe fait d'autre operation ſelon notre uſage, qu'au lieu que la portion de l'indigne étoit déferée au fiſc, au moyen de quoi le droit d'accroiſſement ceſſoit, elle eſt déferée à ceux qui en devroient faire la délivrance; mais il faut prendre garde que s'il s'agit d'une inſtitution ou d'une ſubſtitution directe, la portion qui eſt ôtée à l'indigne doit appartenir non aux ſucceſſeurs *ab inteſtat*, mais aux autres coheritiers, à cauſe de la maxime *nemo poteſt decedere partim teſtatus, partim inteſtatus;* que s'il s'agit d'un legs ou fideicommis, la portion deſtinée à l'indigne ne devra pas appartenir au conjoint *jure accreſcendi*; mais elle demeurera dans l'hérédité à cauſe que les heritiers prendront la place de l'indigne, qu'ils feront priver de ſa portion: L'Empereur Juſtinien ayant laiſſé les cas où il y auroit indignité pour être reglez ſur les maximes du Droit ancien, ainſi qu'il paroît du §. *quæ autem* 12, *cod. de caduc. tollend. 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;* car ſelon le Droit anterieur à la Loi un. *cod. de caduc. tollend.* le droit d'accroiſſement n'avoit pas lieu pour les liberalitez qui étoient ôtées aux indignes, & qui étoient déferées au fiſc: à quoi l'Empereur Juſtinien n'a point dérogé. Il y a même lieu de croire que quand celui qui eſt indigne viendroit à répudier ſa portion, elle ne devroit pas appartenir au conjoint par droit d'accroiſſement, parce qu'une telle répudiation devroit être conſiderée comme faite en fraude du droit qui devoit être acquis à ceux qui doivent prendre la place de l'indigne.

Quid dans le cas de l'indignité.

117. Il ceſſe dans le Legs fait ſéparément de l'uſufruit, pour jouir *alternis annis.*

Le droit d'accroiſſement n'a pas lieu lorſque le Teſtateur legue ſéparément à deux perſonnes l'uſufruit pour jouir alternativement, l'une une année, l'autre une autre, auquel cas lorſque l'un des uſufruitiers viendra à mourir, ou bien s'il ne concourt pas pour ſa portion de jouiſſance, le colegataire ne pourra jouir que durant le tems qui lui eſt preſcrit, & l'uſufruit

pour

pour l'autre part ſera réuni à la proprieté, *L.* 2, *ff. quib. mod. uſufructus amittatur.*

118. Si le Droit d'accroiſſement a lieu dans les diſpoſitions pour légitime.

Certains Auteurs prétendent que le droit d'accroiſſement n'a pas lieu aux diſpoſitions faites, ni à ce qui eſt laiſſé pour légitime. Un pere qui a trois enfans inſtituë heritier l'un de ces enfans, & laiſſe aux deux autres un domaine ou un fonds pour leur légitime. Si l'un des enfans Legataires décede avant ſon pere, le co-legataire ne pourra pas demander l'entiere domaine ou l'entier fond par droit d'accroiſſement. C'eſt l'avis de *Pancy*, *de jure accreſc. cap.* 10, *verſic. decimo quinto*; parce que la *Novelle* 18 ne réſervant aux enfans que le tiers ou la moitié du patrimoine à partager entre les légitimaires : ſi le frere co-legataire profitoit de la portion vacante, il auroit une double portion contre la diſpoſition de la Loi & la volonté du Teſtateur. L'avis de cet Auteur me ſemble porter à faux; car quoique la choſe ſoit leguée à deux pour légitime, il eſt pourtant vrai que les deux Legataires ſont appellez *in ſolidum* pour recueillir le domaine ou le fonds, & ils n'en ſont pas moins Legataires conjoints : Ils ont donc la volonté du Teſtateur qui les appelle conjointement pour prendre la même choſe, & le même effet; & par conſéquent, les motifs & les raiſons qui font admettre le droit d'accroiſſement, militent en leur faveur, tout comme ſi le legs avoit été fait ſans y ajouter la cauſe de la légitime, parce qu'elle ne change pas la nature du legs, la cauſe ne pouvant être conſiderée que comme impulſive & non comme finale. Cela eſt ſi vrai que ſi le Teſtateur n'avoit eu intention de ne laiſſer à chacun des Legataires, qu'un ſimple droit de légitime, il n'auroit pas dû s'exprimer de la façon que nous le ſuppoſons dans notre hypoteſe, & il auroit dit qu'il leguoit à chacun de ſes enfans, une légitime telle que de Droit : auquel cas, il n'y auroit point de droit d'accroiſſement; parce que les Légitimaires ſeroient appellez pour recueillir chacun une portion differente dans le patrimoine, & il n'y auroit point de conjonction capable de produire le droit d'accroiſſement; mais dès que le Teſtateur fait autre choſe, & qu'il laiſſe un effet ou un corps *in ſolidum* à pluſieurs : c'eſt afin que la portion de la choſe ou de l'effet qui viendra à vaquer par quelqu'évenement, appartienne à l'autre. Je penſe néanmoins qu'il en devroit être autrement, ſi l'un des Legataires d'un effet *in ſolidum* ſurvivant à ſon pere, répudioit le legs, pour demander ſon droit de légitime en la forme de droit, parce que l'heritier demeurant char-

Auteur qui tient la négative.

Réſolution pour l'affirmative.

gé du payement de la légitime à celui qui a répudié, la portion répudiée devroit prendre la place de la légitime qui doit être délivrée au répudiant, & que dans ce cas, la répudiation n'est pas censée faite en faveur du co-legataire; mais en faveur de l'heritier. Du reste, nous avons examiné dans le chapitre 8, section 3, nombres 144 & suivans, si la légitime de l'enfant justement exhérédé doit accroître à l'hérédité, ou bien aux autres létimaires.

Si la légitime de l'enfant exhérédé accroît à l'hérédité ou aux autres légitimaires.

119. Si le Droit d'accroissement a lieu pour la portion du legs qui est rescindée par la demande de la possession des biens *contrà tabulas*.

Lorsque les enfans émancipez faisoient rescinder le testament de leur pere pour cause de préterition, les legs étoient annullez à l'exception de ceux qui étoient faits aux ascendans ou aux descendans, *L. 3, §. 1, ff. de leg. præstandis.* Lors donc qu'un legs étoit fait à un ascendant, ou à un descendant du Testateur, conjointement avec une autre personne qui n'étoit pas de la même qualité, n'étant conservé que pour la portion de l'ascendant ou du descendant, quand le testament étoit rescindé par la demande de la possession des biens *contrà tabulas*, & la portion du co-legataire étranger étant annullée, il n'y avoit point de droit d'accroissement pour cette portion qui demeuroit caduque & inutile. *Sed & si conjunctim ei fuerit legatum relictum cum eo, cui non præstatur, sua tantum portio ei conservabitur, L. 3, §. 3, ff. eod. tit. Duaren. de jure accrescendi, cap. 20, lib. 2.* Ce cas ne peut pas se presenter parmi nous, parce que la possession des biens *contrà tabulas* est abrogée, comme nous l'avons montré ailleurs: que dans le cas de la préterition, les legs & autres dispositions particulieres sont conservez, & par conséquent, s'il y a des Legataires conjoints dans le testament annullé quant à l'institution, ils pourront profiter par droit d'accroissement des portions vacantes, de la même maniere que si le testament étoit conservé dans son entier.

Possession des biens abrogée.

L'accroissement peut avoir lieu dans les dispositions du testament dont l'institution est nulle pour cause de préterition.

Le droit d'accroissement cesse toutes les fois que le Legataire est admis à sa portion du legs fait conjointement avec un autre, contre la disposition du Testateur qui a imposé une condition que la Loi remet: Cela est ainsi décidé par la Loi *mulieri 74, ff. de conditionibus & demonstrationibus.* Un Testateur laisse à une femme, & à Titius conjointement l'usufruit de ses biens sous la condition que la femme ne se mariera pas; la condition *non nubendi*, étant remise par la puissance de la Loi, la femme doit avoir sa portion de l'usufruit, quoiqu'elle se marie, tout de même que si elle avoit accompli la condition: Mais si Titius co-legataire répudie, la femme qui a contrevenu à

120. Accroissement cesse lorsque le Legataire est admis contre la volonté du Testateur.

la condition ne peut pas profiter par droit d'accroiſſement, de la portion qui devient vacante par la répudiation. Cette Loi établit donc cette regle, que le droit d'accroiſſement ceſſe toutes les fois que la volonté du Teſtateur eſt contraire & y réſiſte, quoique le co-legataire ſoit admis à ſa portion par le bénéfice de la Loi contre la volonté du Teſtateur. Voyez *Duaren. de jure accreſcendi, lib. 2, cap. 20.*

Droit d'accroiſſement ceſſe lorſque la volonté du Teſtateur y réſiſte.

Le droit d'accroiſſement n'a pas lieu dans les diſpoſitions qui ſont renfermées dans des teſtamens de deux perſonnes differentes: *Quia ex diverſis teſtamentis jus conjunctionis non contingit, L. 16, ff. quib. mod. uſusfructus amittatur;* mais il en eſt autrement ſi les diſpoſitions ne ſont cenſées faites par des perſonnes differentes, que par fiction, comme il arrive lorſque le pere qui teſte pour lui, teſte auſſi pour ſon fils, en faiſant une ſubſtitution pupillaire, parce qu'encore que la ſubſtitution pupillaire ſoit réputée le teſtament du fils, elle dérive néanmoins de la volonté du pere, & par conſéquent, de la même ſource que le teſtament où le pere diſpoſe de ſon propre patrimoine. Voilà pourquoi celui qui eſt heritier du pere en vertu de l'inſtitution, s'il eſt ſubſtitué pupillairement au fils, il ne peut pas répudier l'hérédité du pupille, ce qu'il faut entendre quand même cet heritier ſeroit mort avant le pupille; enſorte que ſi le pupille vient à mourir en pupillarité, ſon hérédité devra venir néceſſairement par droit d'accroiſſement à l'heritier de l'heritier du pere, ſans qu'il puiſſe s'en diſpenſer ni refuſer l'hérédité du pupille: *Conjungi eam paternæ hereditati, & accreſcendi jure acquiri cuicumque patris heredi, exiſtimandum eſt, L. qui patri 59, ff. de acquir. vel omitt. hered.*

121. Accroiſſement ceſſe dans les teſtamens de deux perſonnes.

Quid dans la ſubſtitution pupillaire.

Le droit d'accroiſſement ceſſe dans la proprieté; mais non dans l'uſufruit, toutes les fois que la portion eſt acquiſe par l'acceptation, & il eſt ſuſpendu toutes les fois que l'on eſt à tems pour l'accepter & l'acquerir, *L. 1, §. interdum 3, ff. de uſufructu accreſcendo*, & *L. Papinianus 8, §. quoniam 8, ff. de inoff. teſtam.* parce que celui qui peut accepter fait part, & que la portion n'eſt veritablement vacante que quand elle eſt répudiée, ou quand le co-legataire eſt exclus, *L. qui repudiantes 17*, & *L. ſi ponas 23, §. ult. ff. de inoff. teſtam.* Mornac ſur la Loi 1, *§. interdum, ff. de uſufructu accreſcendo*, va encore plus loin; il prétend que le droit d'accroiſſement n'a pas lieu entre Legataires conjoints, quand l'un d'eux répudie ſa portion après la mort du Teſtateur, & que par cette répudiation, elle doit demeurer

122. Il ceſſe dans la proprieté & non dans l'uſufruit, lorſque la portion eſt acquiſe, quoiqu'elle vienne à vaquer.

Opinion ſinguliere de *Mornac.*

dans l'hérédité ; la raison qu'il allegue est que le droit d'accroissement n'a pas lieu après que l'hérédité a été acceptée, & qu'en France, où l'on suit la maxime *le mort saisit le vif*, les heritiers étant revêtus de plein droit, dès le moment de la mort du défunt, il n'y a aucun instant où l'on puisse dire que l'hérédité n'est pas acceptée ; mais la décision de cet Auteur est visiblement contraire aux regles du Droit Romain, auxquelles la maxime *le mort saisit le vif* n'a rien changé par rapport à l'acquisition des legs en proprieté.

123. Réfutation de l'opinion de cet Auteur.

Legs de l'usufruit, quand est acquis selon le Droit Romain.

Quid du legs en proprieté.

La proprieté du legs passe de plein droit au Legataire.

En effet, quoique le legs de l'usufruit ne fût acquis que du jour de l'adition d'hérédité, *L.* 2, *ff. quando dies leg. cedat*, & *L. un. §. 6, cod. de caduc. tollend.* & que suivant la maxime, *le mort saisit le vif*, le legs de l'usufruit soit acquis du jour de l'ouverture de la succession, qui arrive par la mort du défunt ; néanmoins le legs en proprieté qui n'a point de condition suspensive est acquis, non du jour de l'adition d'hérédité ; mais du jour de la mort du Testateur, *L.* 1, *L.* 5, *§.* 1, *ff. quando dies leg. cedat*, & *L. un. §.* 1, *cod. de caduc. toll.* & suivant la Loi 64, *ff. de furtis*, la proprieté du legs est acquise de plein droit, & passe sur la tête du Legataire : *ea quæ legantur rectâ viâ ab eo qui legavit, ad eum cui legata sunt, transeunt.* Cependant, cette acquisition de plein droit, n'empêche pas le droit d'accroissement, quand le co-legataire répudie sa portion, parce que la répudiation le fait considerer tout comme s'il ne l'avoit jamais acquis, qu'elle a un effet rétroactif, & en quelque tems que la répudiation soit faite, l'accroissement est censé être arrivé au moment de la mort du Testateur, *L.* 34, & *L.* 35, *ff. ad L. Aquil. quia retrò adcrevisse dominium ei videtur.* On voit donc que la raison décisive de *Mornac*, que le droit d'accroissement cesse dès que l'hérédité est acceptée, est fausse par rapport aux Legataires, & il est bien vrai qu'une portion acquise par l'acceptation n'est plus sujette au droit d'accroissement ; mais il est faux que l'acquisition qui se fait par le ministere de la Loi, & qui ne peut servir que pour donner le droit de transmettre la portion aux heritiers du décedé, suivant la Loi 4, *ff. de aliment. & cibar. leg.* soit un obstacle au droit d'accroissement, lorsque la répudiation survient, parce qu'elle a un effet rétroactif, qu'elle détruit & anéantit l'acquisition qui se fait par le ministere de la Loi, & fait considerer le Legataire de la même maniere que si le legs ne lui avoit jamais été fait, ou comme s'il étoit mort avant le Testateur ; cela est si

La répudiation & l'accroissement ont un effet rétroactif.

La portion acquise par l'acceptation n'peut plus accroître.

Aliud si l'acceptation n'est pas intervenuë.

vrai que le §. *ſi eadem* 8, *inſtit. de leg.* décide nettement que le droit d'accroiſſement a lieu quand le co-legataire répudie ſa portion ſans diſtinguer ſi la répudiation eſt faite avant ou après l'adition d'hérédité. Le §. 11 de la Loi *un. cod. de caduc. toll.* le décide encore de même.

124. Si le Droit d'accroiſſement a lieu pour la portion acceptée lorſque l'acceptation eſt emportée par la reſtitution en entier.

Bien plus, quoique tous les Legataires de la même choſe ayent accepté le legs chacun pour ſa portion, ſi quelqu'un d'eux ſe fait reſtituer en entier contre ſon acceptation & répudie, le droit d'accroiſſement devra avoir lieu ſans que l'acquiſition qui avoit été faite y puiſſe porter aucun obſtacle; parce que la reſtitution en entier remet les choſes au même état où elles étoient avant l'acceptation qu'elle détruit & réſoud; & la répudiation qui ſurvient devant avoir un effet rétroactif, c'eſt tout comme ſi la portion avoit vaqué dans ſon origine. La Loi *ſi pupillus* 79, *ff. ad S. C. Trebell.* & la Loi 44, *ff. de re jud.* renferment bien nettement le principe déciſif pour réſoudre la difficulté, conformément au parti que nous embraſſons.

125. Cas auſquels la portion acceptée peut accroître.

Premier cas.

Il y a quelques autres exceptions à la regle qui veut que le Droit d'accroiſſement ceſſe après que la portion a été acquiſe par l'acceptation. Le premier eſt marqué dans la *Novelle* 1, *ch.* 1, §. 3, c'eſt-à-dire lorſque l'héritier refuſant d'accomplir la volonté du défunt eſt privé de l'émolument de l'inſtitution; car quoiqu'il eût déja accepté ſa portion, néanmoins lorſqu'il en eſt privé elle accroît au co-héritier, à moins qu'il n'y ait un ſubſtitué à cette portion.

126. Second cas.

Le ſecond cas ſe trouve dans la Loi *qui patri* 59, *ff. de acquir. hered.* Si par exemple le pere qui a un fils pupille, inſtitue un héritier conjointement avec le pupille, & fait une ſubſtitution pupillaire en faveur du cohéritier: quoiqu'après le décès du Teſtateur, le pupille ait accepté la portion d'hérédité qu'il a recueillie par l'inſtitution de ſon pere, néanmoins ſi le pupille decede en pupillarité, la portion du pupille accroîtra à l'autre portion, quand même l'héritier du pere qui ſe trouve ſubſtitué par la dénomination d'héritier ſeroit décedé avant le pupille. La raiſon eſt, non comme les Interpretes le ſoutiennent communément, parce que la ſubſtitution concourt avec le Droit d'accroiſſement: & qu'il y a un double lien qui ſe trouve plus fort qu'un ſeul; mais parce que le co-héritier qui ſe trouve ſubſtitué eſt conſideré comme inſtitué purement en une portion, & ſous condition en l'autre portion, & que *ſubducta perſona impuberis*, il ſuccede directement au Teſtateur en la

portion déferée à l'impubere, comme l'insinue la Loi 87, §. *coheres* 8, *ff. ad L. falcid.* sur laquelle Govean remarque que le co-héritier substitué, *sublata pupilli persona ex asse primis tabulis intelligitur institutus.*

127. Troisiéme cas. Le troisiéme est, si le Prince a fait une libéralité à deux personnes conjointement: si l'un des conjoints après avoir acquis sa portion, vient à déceder sans héritiers, la portion vacante devra appartenir à l'autre conjoint: *Jubemus ut si quis ex quibus communiter à nobis aliquid donatum sit, nullo herede relicto decesserit, ad consortem potius solatium, quàm ad personam aliam pars decedentis perveniat, L. un. cod. si liberalitatis Imperialis socius sine herede decesserit, lib.* 10, *tit.* 14. Ricard *des donations, tome* 1, *partie* 3, *n.* 483, estime que la décision de cette Loi ne doit pas avoir lieu en France; mais comme il n'y a aucune Loi ni aucun principe général dans le Royaume qui ait dérogé à cette Loi, rien n'empêche qu'elle ne doive être suivie dans les Pays du Droit écrit.

128. Quatriéme cas. Le quatriéme est dans la plainte d'inofficiosité; car quoique les enfans qui ont intenté cette plainte, ayent reconnu chacun leur portion par cette démarche, néanmoins si l'un d'eux se désiste de son action & de sa demande, sa portion accroîtra à l'autre, *L. si ponas* 23, §. *ult. ff. de inoff. testam*: mais dans ce cas, selon la remarque de *Duaren. de jure accrescendi, lib.* 1, *cap.* 21, quoique l'hérédité soit demandée, elle n'est pourtant pas acquise ni déferée par la seule demande, parce que le testament y fait obstacle jusqu'à ce qu'il ait été rescindé: ainsi l'hérédité n'est véritablement acquise & acceptée, que quand le Testament a été déclaré inofficieux par Sentence. On peut voir dans Duarenus, *tractat. de jure accrescendi, lib.* 1, *cap.* 2, le cas où le Droit d'accroissement a lieu après l'acquisition des portions.

129. Si la transmission empêche le Droit d'accroissement. Du principe que nous avons remarqué ci-dessus que le Droit d'accroissement n'a lieu que quand la portion est véritablement vacante, lorsqu'elle est considerée comme non-écrite, ou qu'elle est caduque, ou qu'elle est tombée en caducité, ou qu'elle a été répudiée, ou que le co-légataire ou co-héritier est exclus par le bénéfice du tems, il s'ensuit bien clairement que la transmission empêche le Droit d'accroissement; en effet, quoiqu'un des co-héritiers vienne à déceder avant l'ouverture du testament ou avant d'avoir accepté l'hérédité, il ne laisse pas de transmettre son droit à ses héritiers quelqu'ils soient; parce

qu'en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*, qui a dérogé au Droit Romain, en ce qu'il refusoit le Droit de transmission aux héritiers étrangers, l'héritier qui a survêcu au Testateur, est mort saisi de sa portion d'héredité & du droit de l'acquerir irrévocablement par l'acceptation. Voilà pourquoi il transmet ce droit à ses héritiers même étrangers, lesquels peuvent accepter tout comme le défunt auroit pû le faire, s'il avoit vêcu. Mais comme on observe aussi en France cette autre maxime *nul n'est héritier s'il ne veut*, les héritiers de l'héritier décedé avant l'acceptation, ont la faculté de répudier; que s'ils répudient, ce sera alors que leur portion demeurera vacante, & que le Droit d'accroissement aura lieu; parceque le Droit d'accroissement & la répudiation ont un effet rétroactif, *L. 34, leg. 35, ff. ad L. Aquil.* De l'institution.

Il en est de même du legs pur & sans condition de la proprieté, tant selon les regles du Droit François, que celles du Droit Romain; parce que suivant le Droit Romain, *dies legati cedit à die mortis Testatoris, L. 1, l. 5, §. 1, ff. quando dies legati cedat, & L. un. §. 1, cod. de caduc. toll.* ensorte que la proprieté du legs passe de plein droit sur la tête du légataire au moment du décès du défunt, *L. 80, ff. de leg. 2, & l. 64, ff. de furtis.* Voilà pourquoi le légataire saisi de sa portion, dès que le Testateur est décedé, quoiqu'il vienne à mourir sans en avoir fait la demande, en transmet le droit à ses héritiers, *L. 4, ff. de alimentis & cibar. leg.* lesquels peuvent en faire la demande; & en acceptant la portion dévolue à leur Auteur, exclure le Droit d'accroissement: mais s'ils viennent à répudier, comme ils en ont la faculté, c'est alors que le Droit d'accroissement est ouvert, & il se fait tout de même que si la portion répudiée avoit été vacante dans le commencement, parce que la répudiation & le Droit d'accroissement remontent au jour du décès du Testateur. *V. Duaren. de jure accrescendi, lib. 2, cap. 17*, qui explique la difficulté sur les seules regles du Droit Romain. 1310 Du legs.

Le Droit d'accroissement cesse entre ceux qui viennent *diverso jure*, la Loi *6, ff. de bonor. possess.* en fournit un exemple. Un Affranchi institue un héritier, & ne laisse rien à son Patron; selon le Droit ancien, le Patron avoit un droit de légitime sur les biens de son Affranchi, consistant en la moitié des biens, que l'Empereur Justinien avoit réduit au tiers. Le Patron demande la possession des biens *contrà Tabulas* pour la portion 1320 si le Droit d'accroissement a lieu entre ceux qui viennent *diverso jure*.

qui lui compete. Si l'héritier inſtitué ne demande pas la poſſeſſion des biens *ſecundùm Tabulas* pour le ſurplus, le Patron pourra-t-il demander toute la ſucceſſion par Droit d'accroiſſement? Le Juriſconſulte Paul répond que non, & que le Droit d'accroiſſement n'a pas lieu en faveur du Patron. Cependant le Droit d'accroiſſement avoit lieu dans la poſſeſſion des biens, *L.* 3, *§.* 9, *ff. eod.* lorſque celui auquel cette poſſeſſion appartenoit conjointement avec un autre, répudioit ſa portion, ou qu'il en étoit exclus pour avoir laiſſé paſſer le tems ſans en former la demande, ou s'il venoit à mourir avant d'avoir formé l'action, *L.* 4, *& l.* 5, *ff. eod. V. Duaren. de jure accreſcendi, lib.* 2, *cap.* 19.

131. Si le Droit d'accroiſſement a lieu dans les Pays Coutumiers.

Le Droit d'accroiſſement n'a pas lieu dans les Pays coutumiers à l'égard de la ſucceſſion teſtamentaire, *neceſſitate aut poteſtate juris*, parce que l'inſtitution n'y eſt pas reçue; enſorte qu'un héritier qui ſeroit inſtitué en une portion ou en une choſe particuliere, ne deviendroit pas héritier univerſel, quoiqu'il n'y eût point de co-héritier; mais il a lieu *neceſſitate juris* dans la ſucceſſion légitime: enſorte que ſi l'un des co-héritiers *ab inteſtat* répudie, ſa portion accroîtra aux autres co-héritiers, & l'on y obſerve à cet égard les regles du Droit Romain. On y obſerve encore le Droit d'accroiſſement qui dérive des conjonctions entre pluſieurs légataires appellez pour recueillir *in ſolidum*, la même choſe. On y borne donc le Droit d'accroiſſement aux conjonctions *re & verbis* & *re tantum*, *Claude Joſeph de Ferriere* ſur le §. 8, aux Inſtitutes *de legatis*; & les legs qui ſont faits à des perſonnes incapables, accroiſſent non à la ſucceſſion *ab inteſtat*, mais aux légataires univerſels. *Auzanet ſur l'article* 292 *de la Coutume de Paris*, *page* 254, rapporte un Arrêt du 29 Mars 1640, qui l'a jugé ainſi; le même Arrêt eſt encore rapporté par Ricard, *des donations*, *tome* 1, *partie* 3, *n°.* 502. Voyez le même Ricard, *n.* 505, 506 & 507.

133. Suite.

Si après la mort du mari, qui dans ſon teſtament a fait un légataire univerſel, la femme renonce à la communauté, la portion de cette veuve appartiendra par Droit d'accroiſſement au légataire univerſel des biens du mari: parce que le mari lors de ſon décès étoit maître de la Communauté. Il eſt vrai que la veuve avoit droit d'y prendre ſa part: mais dès qu'elle y renonce, elle eſt conſiderée comme ſi elle n'y avoit eu aucune part; parce que la renonciation a un effet retroactif, *Ricard*,

eard, au lieu cité *n.* 497 & ſuivans, qui le décide ainſi, rapporte pluſieurs Arrêts qui confirment ſon opinion.

134. Si le Droit d'accroiſſement a lieu en faveur du Legataire d'une univerſalité, de laquelle le Teſtateur retranche certaines eſpeces.

Lorſqu'un Teſtateur laiſſe par forme de legs une univerſalité d'effets, comme par exemple tous ſes habits, ſa garderobe, ſa bibliotheque, ou bien une métairie avec ſes dépendances, à une certaine perſonne, & qu'il en retranche quelqu'effet particulier ou quelque piece pour les laiſſer à une autre perſonne; ſi le légataire de l'effet particulier retranché du corps général, ne prend pas ſon legs, il reviendra au corps duquel il a été retranché, & non à l'héredité ni à l'héritier. Le principe déciſif de ce cas ſe trouve dans la Loi derniere, §. dernier, *ff. de auro & argento legato*: ce qui eſt fondé non ſur le Droit d'accroiſſement, ni ſur ce qu'on appelle *jus non decreſcendi*; mais ſur cette autre regle qui veut que ce qui vient à vaquer demeure à celui qui étoit chargé d'en faire la délivrance, *L. un. §. ſin autem 7, cod. de caduc. toll. Quod ſi in medio is, qui in teſtamento lucrum ſortitus eſt, decedat, vel eo ſuperſtite conditio defecerit: hoc quod ideò non prævaluit, manere diſponimus ſimili modo apud eos à quibus relictum eſt, niſi & hic, vel ſubſtitutus relictum accipiat, vel conjunctus, ſive heres, ſive legatarius hoc acquirat.*

135. *De jure non decreſcendi.*

Du reſte, c'eſt tout-à-fait mal-à-propos que les Auteurs ont établi deux différens droits ſur cette matiere, l'un qu'ils appellent Droit d'accroiſſement, & qu'ils appliquent les uns à la conjonction purement verbale, & les autres à la conjonction *re & verbis*; l'autre qu'ils appellent *jus non decreſcendi* que quelques Auteurs appliquent à la conjonction réelle, & que d'autres communiquent à la conjonction *re tantùm* & à la conjonction *re & verbis*: car il n'y a aucun texte qui parle de ce qu'ils appellent *jus non decreſcendi*, & il n'eſt fait mention que du Droit d'accroiſſement. C'eſt donc une pure imagination de leur part, qui n'eſt propre qu'à défigurer le Droit.

136. Quels ſont les fondemens du Droit d'accroiſſement.

Nous avons marqué aſſez clairement en pluſieurs occaſions quels ſont les fondemens du Droit d'accroiſſement, lorſque nous en avons diſtingué les deux ſources différentes, en montrant que l'un ſe fait *poteſtate juris*, & l'autre en vertu de la diſpoſition ſolidaire. Celui qui arrive aux inſtitutions & ſubſtitutions directes, & aux fideicommis univerſels, lorſque l'héritier grevé refuſe d'accepter volontairement, & qu'il ſe fait contraindre par le Juge, n'a d'autre fondement que la puiſſance de la Loi, il ſe fait *poteſtate juris*, *L. 13, §. 2, ff. de hered. inſtit.* & les

autres textes que nous avons rapportez : les Auteurs conviennent de ce principe ; & puiſqu'il arrive même contre la volonté du Teſtateur, il eſt clair qu'il n'a aucun fondement ni ſur ſa volonté expreſſe ni ſur ſa volonté tacite & préſumée. Mais ils ne ſont pas d'accord ſur ce qui ſert de fondement au Droit d'accroiſſement qui arrive à raiſon de la conjonction dans les legs & fideicommis : puiſque la plûpart, notamment ceux qui attribuent le Droit d'accroiſſement à la conjonction *verbis tantùm*, le fondent partie ſur la Loi, partie ſur la volonté tacite & préſumée du Teſtateur. Cependant il paroîtra certain à quiconque voudra conſidérer les regles du Droit Romain, que le Droit d'accroiſſement à raiſon de la conjonction n'a d'autre fondement que la diſpoſition du Teſtateur, qui ne forme pas une ſimple volonté tacite, mais une volonté expreſſe réſultant de ce que le Teſtateur laiſſant à chacun des légataires la choſe en entier, il les appelle tous à la totalité *ab initio*, pour être diviſée par le concours ſeulement. Cela eſt fondé ſur la diſpoſition littérale de la Loi 3, *ff. de uſufructu accreſcendo*, qui a été confirmée par la Loi unique, §. 10 & §. 11, *cod. de caduc. toll.* en déclarant que les conjoints *re & verbis* prennent les portions vacantes comme leur appartenantes, & *partem conjunctorum quaſi ſuam præoccupant ;* & en déclarant auſſi que les conjoints *re tantùm* doivent retenir la choſe en entier, quand les colégataires ne concourent pas, *apud ipſum qui habet ſolida remanet & nullius concurſu diminuta ;* ce qui eſt ſi vrai, que quoique le colégataire ait la totalité *ab initio* par la diſpoſition du Teſtateur, néanmoins ſi cette diſpoſition ne s'exécute pas en la forme que le Teſtateur l'a ordonné, comme lorſqu'il a impoſé une condition qui eſt remiſe, & que le légataire eſt admis contre la volonté du Teſtateur, le co-légataire ne peut point profiter de la portion vacante, & le droit d'accroiſſement n'a pas lieu, comme le décide la Loi *mulieri* 74, *ff. de condit. & demonſtrat.* & il en eſt de même lorſque le legs eſt reſcindé pour partie, comme dans le cas de la Loi 3, §. 3, *ff. de bonor. poſſeſſ.* Ainſi ces textes prouvent d'une maniere claire & ſenſible que le droit d'accroiſſement à raiſon de la conjonction, n'a d'autre fondement que la diſpoſition expreſſe du Teſtateur, qui deſtine la totalité à chacun des colégataires : ſi bien que quand la diſpoſition ne peut pas être executée comme le Teſtateur le preſcrit, le droit d'accroiſſement ceſſe, parce que ſon fondement manque.

CHAPITRE X.

Des effets & de l'exécution des Teſtamens ; des actions qui en naiſſent ; de l'adition & répudiation ; du Droit de déliberer ; du bénéfice d'inventaire ; des dettes & charges de l'hérédité, & des Exécuteurs teſtamentaires.

SOMMAIRE.

1. *Teſtamens doivent être conſiderez ſur deux rapports.*
2. *Le teſtament portoit exécution parée pour l'heritier.*

Mais les Legataires ou Fideicommiſſaires devoient venir par action.

3. *Impôt du vingtiéme des héréditez, legs, fideicommis & donations à cauſe de mort.*

Dans quel délai le teſtament devoit être ouvert.

4. *Interdit* de tabulis exhibendis *pour la remiſe du teſtament.*
5. *Appel de l'ouverture du teſtament non-recevable.*

Miſe de poſſeſſion de l'heritier.

6. *De la poſſeſſion Prétorienne accordée à ceux qui n'avoient pas la qualité de ſucceſſeurs légitimes.*

Le Préteur faiſoit valoir le teſtament qui manquoit de quelque formalité de Droit Civil, quand il étoit revêtu des formalitez du Droit Prétorien.

7. *Deux remedes pour exécuter les teſtamens chez les Romains.*
8. *Abrogation de la poſſeſſion Prétorienne des biens.*
9. *Diſpoſition de la Loi derniere*, cod. de edicto divi Adriani tollendo.
10, 11. *Suite.*
12. *En quoi cette Loi eſt obſervée dans les Pays du Droit écrit.*

De la maxime le mort ſaiſit le vif.

Cas où l'heritier teſtamentaire ne peut pas prendre poſſeſſion des biens.

13. *Comment l'heritier & le ſubſtitué ſont ſaiſis.*

Dans les Pays Coutumiers la maxime le mort ſaiſit le vif *n'a lieu qu'en la ſucceſſion legitime.*

Comment doit-on exécuter le teſtament lorſque le Teſtateur a des biens en pluſieurs lieux.

14. *L'heritier doit être préferé au ſubſtitué, au ſujet de la poſſeſſion des biens.*

15. *Les vices intrinseques du testament n'empêchent pas que l'heritier ne soit mis en possession.*

Les vices de forme extérieure empêchent la possession des biens.

16. *Si le testament olographe porte exécution parée.*

17. *Si lorsqu'il y a deux testamens sans que l'on connoisse quel est le posterieur, la possession des biens doit être accordée.*

18. *Si l'heritier grevé de fideicommis doit être mis en possession.*

19. *La possession provisionnelle accordée, ne doit pas préjuger pour le fonds.*

20. *Comment le testament doit être exécuté pour les legs & fideicommis.*

Quatre sortes de legs selon le Droit ancien.

21. *Du legs* per vindicationem.

22. *Du legs* per damnationem.

23. *Du legs* Sinendi modo.

24. *Du legs* per preceptionem.

25. *Les fideicommis étoient comparez aux legs* per damnationem.

Comment les fideicommis étoient demandez à Rome.

26. *Abrogation de la formule des paroles dans les legs & fideicommis.*

Abrogation des differences entre les legs.

Abrogation de la mise de possession spéciale.

Les legs & les fideicommis sont égalez.

Trois actions pour les legs & fideicommis.

Les Legataires & Fideicommissaires doivent demander la délivrance.

Définition nouvelle du legs.

Définition ancienne.

De l'interdit quorum legatorum.

27. *La proprieté du legs* per vindicationem, & sinendi modo, *passoit au Legataire, non les autres legs ni les fideicommis.*

Aujourd'hui tous les legs & fideicommis purs passent au Legataire au moment de la mort du Testateur.

Vendication accordée au Legataire & au Fideicommissaire.

28. *Explication de la Loi* 86, ff. de leg. 1.

L'échéance du legs n'arrivoit qu'au moment de l'adition par le Droit ancien.

La proprieté ne passe de plein droit au Legataire, que quand elle appartient au Testateur.

29. *Differences entre les legs & les fideicommis.*

Les legs & les fideicommis sont valables de quelque façon qu'ils soient conçus, s'il conste de la volonté.

30. *Comment les trois actions peuvent être intentées pour les legs & les fideicommis.*

31. *L'action personnelle & hypotecaire concourent pour le legs d'une quantité.*

L'action rei vindicationis *compe-*

te pour le legs d'un fonds dont la proprieté appartenoit au Teſtateur ou à ſon heritier.

Les alienations des choſes leguées faites par l'heritier, ne nuiſent pas au Legataire ou Fideicommiſſaire.

Inſinuation du teſtament.

32. *Quel eſt l'effet de l'action perſonnelle.*

33. *Quel eſt l'effet de l'action hypotecaire.*

34. *Comment l'action hypotecaire peut être intentée.*

35. *Diſpoſition de la Loi* 1, cod. commun. de leg.

Les Auteurs ſont partagez en quatre opinions pour ſçavoir ſi l'hypoteque eſt diviſée.

Auteurs qui ſoutiennent que l'hypoteque eſt diviſée.

36. *Auteurs qui ont crû que l'hypoteque du legs pieux eſt indiviſible.*

37. *Auteurs qui ont diſtingué les teſtamens par acte public, des teſtamens d'écriture privée.*

38. *Auteurs qui ont ſoutenu que l'hypoteque eſt indiviſible.*

39. *Les opinions des Auteurs qui diſtinguent n'ont aucun fondement.*

Arrêt du Parlement de Paris, qui accorde l'hypoteque à un legs fait par codicile olographe.

40. *Conflit entre ceux qui affirment & ceux qui nient que l'hypoteque ſoit diviſible.*

Diverſité d'opinions entre Henris & Ricard, *ſur l'effet de l'hypoteque légale.*

41. *Raiſons des Auteurs qui ſoutiennent que l'hypoteque eſt diviſible.*

Cas où l'action eſt indiviſible contre chacun des heritiers.

42. *Raiſons des Auteurs qui ſoutiennent que l'hypoteque eſt indiviſible.*

43. *Réſolution de la queſtion pour l'indiviſibilité de l'hypoteque.*

44, 45, 46. *Suite.*

Arrêts qui confirment cette opinion.

47. *Suite.*

Raiſons pour appuyer cette opinion.

48, 49. *Suite.*

50. *Si les Legataires ont une hypoteque ſur les biens de l'heritier.*

51. *S'ils ont cette hypoteque du jour de l'adition.*

Uſage des Parlemens de Paris, de Grenoble & de Provence.

Ancien uſage du Parlement de Toulouſe.

52. *Uſage du Parlement de Bourgogne.*

Arrêt du Parlement de Toulouſe qui change la Juriſprudence.

53. *Si l'action hypotecaire pour les legs & fideicommis, peut être exercée contre les tiers acquereurs.*

54. *Si les Legataires peuvent commencer par ſaiſie.*

55. *S'il y a des legs qui ne ſont pas ſujets à délivrance.*

56. *Uſage du Pays Coutumier.*

La proprieté du legs paſſe de plein droit au Legataire.

Quid si la chose leguée est litigieuse.
57. *Peine de l'heritier qui prend possession du legs de son autorité.*
Des cas où l'interdit quorum legatorum *a lieu, ou n'a pas lieu.*
58. *Si l'heritier peut prendre le prélegs de son autorité.*
59. *Si les legs pieux sont sujets à délivrance.*
60. *Des cas où le Legataire n'est pas obligé de demander la délivrance.*
61. *Si le Legataire d'une chose particuliere pour légitime doit en demander la délivrance.*
62. *A quoi aboutit l'usage de l'interdit* quod legatorum.
63. *Si le Legataire doit venir par simple action, ou s'il peut user de saisie.*
Diversité d'avis des Auteurs.
64. *Résolution que le Legataire ne peut pas commencer par saisie.*
65. *Le Legataire ne peut pas venir par exécution en conséquence de l'action réelle.*
66. *Si l'action hypotecaire peut servir de fondement à la voye d'exécution.*
67. *Si le testament doit être exécuté par provision en faveur des Legataires, quoiqu'il soit attaqué.*
Si les Legataires qui ont reçu leurs legs doivent les rendre quand le testament est cassé.
Cas où le testament n'est pas exécuté par provision en faveur des Legataires.

1. Les testamens doivent être considerez sous deux rapports.

NOUS devons considerer le testament dans son exécution sous deux differens rapports. Le premier, en tant qu'il porte exécution parée. Le second, en tant qu'il produit des actions. Comme nos usages, même dans les Pays du Droit écrit, sont un peu differens de ceux des Romains, il est bon de connoître les uns & les autres, afin de ne pas équivoquer dans l'application des Loix.

2. Le testament portoit exécution parée pour l'heritier.

Chez les Romains, on faisoit difference entre les heritiers, ou substituez directs, & les Legataires ou Fideicommissaires, même universels. On accordoit aux premiers la faculté d'être mis en possession des biens de l'hérédité, en conséquence du testament auquel on attribuoit une espece d'exécution parée; mais on ne permettoit aux Legataires ou Fideicommissaires de venir, que par action. D'abord, on avoit distingué les legs en quatre classes differentes, ensuite on abrogea toutes les differences entre les legs, & l'on attribua à tous une même nature. Il faut développer l'histoire de tout ceci.

Mais les Legataires ou Fideicommissaires devoient venir par action.

3. Impôt du vingt-

Il convient donc de remarquer que le Tréfor Public des Ro-

mains ayant été épuisé à l'occasion des guerres civiles, l'Empereur Auguste porta une Loi, par laquelle il étoit ordonné que ceux qui n'étoient pas dans la ligne directe, venant à recueillir des successions par testament, des legs ou des donations à cause de mort, seront tenus d'en payer le vingtiéme ; il fut encore ordonné qu'il seroit procedé incessamment à l'ouverture & publication du testament, afin de pourvoir au payement de ce tribut ; & après plusieurs variations sur le délai dans lequel le testament devoit être ouvert, il fut fixé à trois jours après la mort du Testateur, & pour le plus tard à cinq jours ; & si l'heritier étoit absent, il devoit faire proceder à la publication du testament dans ce délai depuis son retour, comme l'explique le Jurisconsulte Paul, *lib.* 4, *sentent. lib.* 6, qui marque à même-tems la forme de l'ouverture du testament.

tiéme des héréditez, legs, fideicommis & donations à cause de mort.

Dans quel délai le testament devoit être ouvert.

Quand le testament étoit au pouvoir d'une tierce personne, on accordoit à l'heritier, aux Legataires, & à tous les autres Interessez, l'interdit *de tabulis exhibendis*, afin qu'il pût être procedé à l'ouverture & publication, *L.* 3, *§.* 8, 9, 10, *& tot. tit. ff. de tabulis exhibend. lib.* 43, *tit.* 5.

4. Interdit *de tabulis exhibendis* pour la remise du testament.

L'Empereur Adrien ayant confirmé la Loi qui établissoit le tribut de la vingtiéme partie des héréditez testamentaires, ordonna que l'appel pour empêcher l'ouverture des testamens, ne seroit point reçu suivant la Loi derniere, *ff. de appellat. recipiendis vel non ;* il ordonna encore que l'heritier testamentaire seroit mis en possession de l'hérédité d'autorité du Préteur, comme l'Empereur Justinien l'insinue au commencement de la Loi 3, *cod. de edicto divi Adriani tollendo.*

5. Appel de l'ouverture du testament non recevable.

Mise de possession de l'heritier.

Comme le Préteur accordoit la possession des biens à ceux qui avoient perdu la qualité de successeurs légitimes, *legitima successione cessante*, ainsi qu'il est dit dans la Loi un. *cod. quando non petent. partes petent. accrescant*, & aux Institutes *de bonor. possess. in principio ;* il arrivoit aussi que quand le testament ne pouvoit pas valoir selon les regles du Droit Civil pour avoir été rompu par quelqu'évenement, comme dans le cas des Loix 12 & 17, *ff. de injusto rupto*, & du *§. non tamen* 6, *instit. quib. mod. testam. infirm.* le Préteur faisoit valoir le testament, & accordoit la possession des biens *secundùm tabulas*, *L.* 1, *& tot. tit. ff. de bonor. possess. secund. tab. lib.* 37, *tit.* 11, & ensuite de cette possession une fois accordée, il donnoit l'interdit *quorum bonorum* contre ceux qui possedoient l'hérédité & les biens héréditaires, *pro herede vel pro possessore ;* c'est-à-dire, sans titre legitime, comme

6. De la possession Prétorienne accordée à ceux qui n'avoient pas la qualité de successeurs légitimes.

Le Préteur faisoit valoir le testament qui manquoit de quelque formalité du Droit Civil, quand il étoit revêtu des formalitez du Droit Prétorien.

il eſt expliqué dans la Loi 1, *ff. quorum bonorum*, *lib.* 43, *tit.* 2; Mais le Préteur n'accordoit cette poſſeſſion *ſecundùm tabulas*, que quand le teſtament étoit ſcellé par ſept Témoins, parce que c'étoit la principale formalité introduite par le Préteur, *L.* 2, *cod. de bonor. poſſeſſ. ſecundùm tabulas*, *L.* 1, *§.* 8, *ff. eod.* & *L.* 12, *cod. qui teſtam. facere poſſ.*

7. Deux remedes pour exécuter les teſtamens chez les Romains.

On avoit donc chez les Romains deux remedes pour exécuter les teſtamens au profit des heritiers; l'un étoit la poſſeſſion des biens Prétorienne, quand le teſtament ne pouvoit pas valoir en vertu du Droit Civil; & l'autre le bénéfice de l'Edit de l'Empereur Adrien, quand le teſtament étoit valable ſelon les regles du Droit Civil; & comme le Préteur ne connoiſſoit que les teſtamens écrits, & ſcellez par ſept Témoins, & que les teſtamens nuncupatifs ne valoient qu'en vertu du Droit Civil, on n'accordoit la poſſeſſion des biens en conſéquence du teſtament nuncupatif, qu'en vertu du Droit Civil : il falloit même qu'il fût atteſté par ſept Témoins, *L.* 2, *cod. de bonor. poſſeſſ. ſecundùm tabulas.*

8. Abrogation de la poſſeſſion Prétorienne des biens.

Comme nous ne connoiſſons point en France cette poſſeſſion Prétorienne des biens, & qu'on n'examine autre choſe, ſinon que le teſtament ſoit revêtu des formalitez que le Droit exige, ſans diſtinguer ſi elles émanent du Droit Civil ou du Droit Prétorien; que d'ailleurs, l'Empereur Juſtinien, dans la Loi derniere, *cod. de edicto divi Adriani tollendo*, a fait un nouveau Reglement très-ample ſur cette matiere, qui comprend l'un & l'autre remede; on ne doit pas diſtinguer la poſſeſſion Prétorienne d'avec celle que le Droit Civil accorde, ſurtout depuis que *l'Ordonnance de* 1735 a reglé les formalitez des teſtamens, qui fait que leur validité ou leur nullité dérivent de la même ſource. Il faut donc ſe fixer à ce que l'Empereur Juſtinien a ordonné dans la Loi derniere, *cod. de edicto divi Adriani tollendo*, par rapport à l'exécution des teſtamens.

9. Diſpoſition de la Loi derniere, *cod. de edicto divi Adriani tollendo.*

Il veut premierement, que celui qui eſt inſtitué heritier univerſel, ou en une quote de l'univerſalité dans un teſtament revêtu de toutes les formalitez exterieures, avec le nombre ſuffiſant des Témoins, non rompu, ni cancellé, ni bâtonné, & exempt de tout autre vice apparent, ſoit mis en poſſeſſion d'autorité du Juge, de tous les biens qui étoient poſſedez par le défunt au tems de ſa mort; mais non de ceux qui étoient poſſedez par autrui; & qu'il en ſoit dreſſé acte par une perſonne publique : *Sancimus ut ſi quis ex aſſe, vel ex parte inſtitutus, competenti Judici teſtamentum oſtenderit,*

oſtenderit, non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacumque ſuæ formæ parte vitiatum; ſed quod in prima figura ſine omni vituperatione appareat, & depoſitionibus teſtium legitimi numeri vallatum ſit; mittatur quidem in poſſeſſionem earum rerum quæ teſtatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, & eam teſtificatione publicarum perſonarum accipiat. Ce que nous venons de tranſcrire prouve d'une maniere claire & ſenſible, que ſoit qu'il y eût des contradicteurs ou non, l'heritier ne pouvoit pas prendre poſſeſſion de l'hérédité de ſon autorité, & qu'il falloit s'addreſſer au Juge competent, pour en obtenir la permiſſion: Ainſi certains Auteurs ont viſiblement équivoqué lorſqu'ils ont crû que quand il n'y avoit point de contradicteur, l'heritier avoit la liberté de ſe mettre en poſſeſſion de l'hérédité de ſon autorité propre, & ſans en demander la permiſſion au Juge; tout ce que l'on peut induire de cette Loi, c'eſt que dans ce cas, on pouvoit demander cette poſſeſſion au Juge ſans entrer en connoiſſance de cauſe, & ſans appeller les ſucceſſeurs légitimes, & que l'heritier n'avoit pas beſoin de venir par ſimple action, pour obtenir la maintenue en la ſucceſſion.

10. Suite.

En ſecond lieu, l'Empereur Juſtinien veut que s'il y a quelque contradicteur légitime qui s'oppoſe à ce que l'heritier teſtamentaire ſoit mis en poſſeſſion de l'hérédité en vertu du teſtament, la choſe ſoit diſcutée en Jugement, & que la poſſeſſion ſoit accordée à celui des contendans qui aura le droit le plus apparent, quand même l'un des contendans auroit été mis en poſſeſſion par le Juge ſans connoiſſance de cauſe: *Sin autem aliquis contradictor extiterit; tunc in judicio competenti cauſæ in poſſeſſionem miſſionis, & ſubſecutæ contradictionis ventilentur, & ei poſſeſſio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura oſtenderit, ſive qui miſſus eſt, ſive qui anteà detinens contradicendum putavit.*

11. Suite.

En troiſiéme lieu, que cette poſſeſſion puiſſe être demandée pendant trente ans, ſibien qu'elle n'eſt point excluſe ni par la preſcription annale, ni par celle de dix ans; & par même moyen, celui qui aura des cauſes d'oppoſition à la miſe de poſſeſſion déja faite, pourra les déduire dans le même délai de trente ans, & juſqu'à ce qu'il ſoit exclus par la preſcription; mais après que la preſcription eſt acquiſe, il n'eſt plus permis à l'heritier de demander la poſſeſſion, ni à ceux qui prétendroient droit comme heritiers légitimes de troubler l'heritier teſtamentaire en la poſſeſſion où il a été mis d'autorité du Juge: *Nullis anguſtiis temporum hujuſmodi miſſione coarctanda . . .*

nisi tantum temporis effluxerit quod possit, vel possessori plenissimè securitatem super Dominio præstare, vel ipsi qui missus est omnem intentionem excludere. Si enim vel ex una parte vel ex utroque latere temporis prolixitas occurrerit, manifestum est, non solum missionem, sed etiam ipsam principalem causam esse sopitam.

12. En quoi cette Loi est observée dans les Pays du Droit écrit.

La disposition de cette Loi est constamment suivie dans les Pays du Droit écrit, à cela près qu'on n'exige pas que l'heritier testamentaire ait recours à l'autorité du Juge pour pouvoir prendre possession de l'hérédité, & qu'il le peut faire de son autorité privée en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*, qui fait continuer la possession du défunt, sur la tête de son heritier testamentaire, en conséquence de laquelle il peut intenter tous les remedes possessoires, même avant d'avoir pris la réelle & corporelle possession des effets héréditaires; mais comme le Droit Romain n'avoit pas introduit une maxime semblable, il étoit nécessaire que l'heritier testamentaire eût recours au Juge pour prendre la possession, & qu'il en fût dressé un acte public, attendu que la possession du défunt ne se continuoit pas sur la tête de l'heritier. *L. 23, ff. de acquir. possess.* C'est la seule difference qu'il y a entre le Droit Romain & notre usage dans les Pays du Droit écrit; cependant l'heritier testamentaire ne pourroit pas se mettre en possession de son autorité, & il devroit avoir recours au Juge, s'il avoit laissé les heritiers *ab intestat* posseder les biens du défunt plus d'un an, à compter de son décès, parce que la possession du défunt se trouvant interrompuë par-là, elle ne pourroit plus être continuée sur la tête de son heritier testamentaire; mais pourvû qu'il vienne dans les trente ans, il peut demander d'être mis en possession par provision en vertu du testament, comme l'ordonne la Loi derniere, *cod. de edicto divi Adriani tollend.*

De la maxime *le mort saisit le vif.*

Cas où l'heritier testamentaire ne peut pas prendre possession des biens.

13. Comment l'heritier & les substituez sont saisis.

Du reste, nous avons expliqué au commencement du chapitre 8, les cas où l'heritier testamentaire & les substituez directs sont saisis de plein droit. Nous avons encore remarqué que dans les Pays Coutumiers les testamens n'étant considerez que comme des codiciles, & les dispositions universelles ne pouvant valoir que comme des legs, la maxime *le mort saisit le vif* n'y a lieu que dans la succession légitime, non dans la testamentaire. Il suffit donc de renvoyer à ce que nous avons dit ensemble pour les difficultez que nous avons résolues, lorsque les Testateurs qui ont des biens dans les Pays Coutumiers, & dans ceux du Droit écrit, font leurs dispositions dans les lieux de leurs domi-

Dans les Pays Coutumiers la maxime *le mort saisit le vif* n'a lieu qu'en la succession légitime.

Comment doit-on exécuter le testament, lorsque le Testateur a des biens en plusieurs lieux.

ciles ou ailleurs, pour ſçavoir de quelle maniere leurs teſtamens doivent être exécutez dans les uns & les autres Pays.

14. L'heritier doit être préferé au ſubſtitué au ſujet de la poſſeſſion des biens.

Lorſqu'un heritier inſtitué & un ſubſtitué concourent pour demander d'être mis en poſſeſſion de l'hérédité en vertu du teſtament, la préference doit être accordée à l'inſtitué, à l'excluſion du ſubſtitué, *eum qui primo loco inſtitutus eſt, induci in poſſeſſionem oportet, L. 1, cod. de edicto divi Adriani tollendo.*

15. Les vices intrinſeques du teſtament n'empêchent pas que l'heritier ne ſoit mis en poſſeſſion.

Les vices intrinſeques qui peuvent ſe rencontrer dans le teſtament, comme s'il eſt nul par préterition, s'il eſt impugné de faux, ou attaqué par la plainte d'inofficioſité, ou par quelqu'autre vice interieur, ne doivent pas empêcher que l'heritier inſtitué ne doive être mis en poſſeſſion de l'hérédité, ſauf à diſcuter enſuite ſur les défauts ou nullitez, *Leg. 2, cod. de edicto divi Adriani tollend. Quamvis quis ſe filium defuncti præteritum eſſe alleget, aut falſum, vel inofficioſum teſtamentum, ſeu alio vitio ſubjectum, vel ſervus defunctus eſſe dicatur, tamen ſcriptus heres in poſſeſſionem mitti ſolet.* Cette Loi n'a rien de contraire avec la *Loi 3 du même titre*, qui veut qu'afin que l'heritier teſtamentaire doive être mis en poſſeſſion, il faut qu'il rapporte un teſtament qui n'ait aucun vice apparent; car cette Loi derniere ne parle que des vices de forme exterieure, *neque ex quacumque ſuæ formæ parte vitiatum*, & nullement des vices interieurs, qui n'empêchent pas que la poſſeſſion proviſionnelle ne doive être accordée à l'heritier inſtitué conformément à la *Loi 2 du même titre.* Il faut même prendre garde que quoiqu'il y ait une Sentence qui déclare le teſtament faux, s'il y a appel de cette Sentence, les ſucceſſeurs *ab inteſtat* ne doivent pas être mis en poſſeſſion de l'hérédité, parce qu'il eſt encore incertain ſi le défunt eſt mort *ab inteſtat*, & ſi en cauſe d'appel la Sentence ſera confirmée ou réformée, *L. 1, cod. de bonor. poſſeſſ. ſecundum tabulas: pendente appellatione à Sententia, quâ falſum teſtamentum pronuntiatum eſt; incerto adhuc an defunctus inteſtatus deceſſerit, proximitatis nomine bonorum poſſeſſioni locus non eſt.*

Les vices de forme exterieure empêchent la poſſeſſion des biens.

16. Si le teſtament olographe porte exécution parée.

Mais quand le teſtament eſt olographe, l'heritier a-t'il le droit de ſe mettre en poſſeſſion de l'hérédité, tout de même que s'il étoit reçu par Notaire, ou quelqu'autre perſonne publique? Dès que le teſtament eſt bon, & qu'il n'y a point de vice apparent dans ſa forme exterieure, il n'y a point de doute qu'il ne doive être exécuté, ſans examiner s'il eſt d'écriture publique, ou privée, il ſuffit qu'il prouve la volonté du défunt. Ainſi, un teſtament entierement écrit, datté & ſigné de la main du Teſ-

tateur, ou de la Teſtatrice, qui vaut entre enfans, ſuivant *l'Ordonnance de* 1735, doit être exécuté même pour la poſſeſſion proviſionnelle, parce que cette poſſeſſion dépend non de la publicité de l'acte, mais de la volonté du Teſtateur légitimement conſtatée: Toutefois, ſi l'écriture étoit conteſtée, il faudroit faire proceder à la reconnoiſſance en la forme ordinaire, avant de pouvoir en ordonner l'exécution; parce que l'écriture privée ne faiſant aucune foi avant la reconnoiſſance, elle eſt par conſéquent incapable de conſtater d'une maniere légale, la volonté du Teſtateur; mais les heritiers *ab inteſtat*, qui conviendroient de l'écriture & du ſeing du Teſtateur, ne ſeroient pas fondez à conſtater la poſſeſſion proviſionnelle à l'heritier inſtitué, ſous prétexte que le teſtament ne ſeroit pas un acte public. Il n'y a donc d'autre difference à faire entre le teſtament d'écriture privée, & celui qui eſt revêtu d'une forme authentique, ſi ce n'eſt que le premier a beſoin d'être reconnu & vérifié, quand il eſt conſtaté; mais l'un ne doit pas moins être exécuté que l'autre *en faveur de l'heritier inſtitué*, quand l'écriture eſt reconnuë, ou n'eſt pas conteſtée par les Intereſſez. Voyez l'Arrêt du 24 May 1661, rapporté au Journal des Audiences, tome 2, livre 1, chapitre 27. Nous verrons en ſon lieu que le teſtament ſoit olographe, ſoit public, n'a point d'exécution parée par rapport aux legs ou fideicommis, & qu'il faut toujours venir par ſimple action ſuivant les regles.

17. Si lorſqu'il y a deux teſtamens ſans que l'on connoiſſe lequel eſt poſterieur, la poſſeſſion des biens doit être accordée.

Les Interpretes du Droit Romain agitent une queſtion qui conſiſte à ſçavoir, ſi lorſqu'il y a deux teſtamens, ſans qu'on puiſſe connoître lequel eſt anterieur ou poſterieur, il faut mettre les heritiers en poſſeſſion. Certains Auteurs ſont d'avis qu'il faut la refuſer aux uns & aux autres, à cauſe de l'incertitude; d'autres croyent qu'il faut les admettre tous en concours: Enfin, ſelon le ſentiment des autres, celui qui ſe trouve en poſſeſſion de l'hérédité, doit y demeurer, à l'excluſion des heritiers inſtituez, *qui mutuo concurſu ſe impediunt*. Cette difficulté ne peut pas ſe preſenter depuis l'Ordonnance de 1735, par rapport à deux teſtamens, dont on ne peut pas connoître la priorité, à cauſe qu'ils n'ont point de datte, parce qu'ils ſont nuls; mais la difficulté ſubſiſteroit, ſi deux teſtamens du même jour étoient rapportez, enſorte qu'on ne pût pas diſtinguer quel eſt le poſterieur; dans ce cas, l'opinion de ceux qui penſent que tous les heritiers doivent être exclus, & que la ſucceſſion doit être déferée *ab inteſtat*, eſt la plus juridique, comme

fondée sur la décision de la Loi 30, *ff. de testamentaria tutela.*

18. Si l'heritier grevé de fideicommis doit être mis en possession.

L'heritier testamentaire doit être mis en possession, non-seulement lorsqu'il est institué purement & simplement; mais encore quoiqu'il soit grevé de rendre l'hérédité, parce que le Fideicommissaire doit prendre l'hérédité de la main de l'heritier. *L. Filiam 56, ff. ad Senatusconf. Treb.*

19. La possession provisionnelle accordée ne doit pas préjuger pour le fonds.

Comme la mise de possession doit être ordonnée par le Juge lorsqu'on a recours à son autorité, à la seule inspection du testament, sans examiner ses vices interieurs, & sans donner atteinte aux exceptions légitimes des Interessez, rien n'empêche qu'après que le Juge a prononcé sur la provision, il ne doive prendre connoissance du fond de la contestation, & qu'il ne puisse même adjuger l'hérédité à tout autre que l'heritier institué qui aura été mis en possession, parce que la provision qui s'accorde sans connoissance de cause, ne préjuge rien au fond, cela résulte assez clairement de la disposition de la Loi 3, *cod. de edicto divi Adriani tollend.* qui ordonne un délai de trente ans pour faire valoir les moyens du fond, & pour combattre la mise de possession provisionnelle.

20. Comment le testament doit être exécuté pour les legs & fideicommis.

Examinons presentement de quelle maniere le testament doit être exécuté par rapport aux legs & aux fideicommis. Il est difficile de faire une juste application des Loix, si l'on ne connoît les regles du Droit ancien; car quoiqu'elles soient corrigées par le Droit nouveau, il y a néanmoins des difficultez qui ne peuzent être résolues d'une maniere sûre, que par la comparaison des regles anciennes avec les nouvelles, pour connoître ce qui demeure du Droit ancien. Il faut sçavoir que l'on connoissoit anciennement quatre sortes de legs, dont la nature & les effets étoient differens; c'est-à-dire, le legs *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, *& per præceptionem.* Ulpien *dans ses fragmens*, *titre* 24, §. 1, 2, 3, 4 *& 5*, & aux Institutes *de legatis*, §. 2.

Quatre sortes de legs selon le Droit ancien.

21. Du legs *per vindicationem.*

Le legs *per vindicationem* se faisoit par ces paroles, *do*, *lego*, *capito*, *sumito*, *sive habeto.* Ulpien *au lieu cité*, §. 2. Dans ce cas, le Legataire avoit la faculté de vendiquer la chose leguée, même de la prendre de son autorité, sans en demander la délivrance à l'heritier, comme nous l'apprend le Jurisconsulte *Gaius*, dans ses Institutions, *lib. 2, tit. 5, §. 1: quod post mortem testatoris statim legatarius, non expectato herede sibi præsumit.*

22. Du legs *per damnationem.*

Le legs *per damnationem* se faisoit ainsi: *heres meus damnas*

esto dare, dato, facito, heredem meum dare jubeo, Ulpien *au lieu cité*, §. 3. Le Legataire ne pouvoit pas prendre la chose leguée de son autorité; mais il devoit en demander la délivrance à l'heritier, *Gaius, instit. lib.* 2, *tit.* 5, §. 2. Il y avoit encore cette autre difference entre le legs *per vindicationem*, & le legs *per damnationem*; qu'on ne pouvoit leguer *per vindicationem* que les choses qui appartenoient au Testateur, lors du testament, & au tems de sa mort, excepté pour les choses qui consistoient en poids, nombre, ou mesure, desquelles il suffisoit que le Testateur fût Proprietaire au tems de sa mort; la raison en étoit, parce que le Legataire ne pouvoit pas les prendre & les vendiquer, dès que le legs étoit acquis, *Ulpien, tit.* 24, §. 6, & *Gaius, lib.* 2, *instit. tit.* 5, §. 3; au lieu que le Testateur pouvoit leguer *per damnationem* non-seulement les choses qui lui appartenoient; mais encore celles d'autrui, pourvû qu'elles fussent du nombre de celles qu'il étoit permis de donner; c'est-à-dire, qu'elles fussent dans le commerce. *Ulpien, au lieu cité*, §. 7, & *Gaius, à l'endroit préallegué*, §. 3.

23. Du legs *sinendi modo*.

La formule du legs *sinendi modo*, étoit ainsi conçuë: *Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem, sibique habere*, Ulpien, *tit.* 24, §. 4; ou bien, *ille heres meus rem illam illum permitte præsumere, & sibi habere*, Gaius, *lib.* 2, *instit. tit.* 5, §. 6; & le Testateur pouvoit leguer de cette façon les choses qui lui appartenoient, ou à son heritier. Il paroît de cette formule, que le Legataire avoit le droit de prendre la chose leguée sans en demander la délivrance à l'heritier, lequel ne pouvoit pas empêcher que le Legataire ne s'en saisit de son autorité, & c'est ce que le Jurisconsulte *Gaius* montre par ces paroles: *In quo legato, non quidem heres legatario rem, quæ relicta est, jubetur tradere, sed vindicanti legatario non permittitur prohibere.* Je fais ces observations pour faire bien sentir les differences entre le Droit ancien & le Droit nouveau, que nous expliquerons bientôt, & parce que la plupart des Auteurs ont prétendu que dans le cas du legs *per vindicationem*, *& sinendi modo*, le Legataire n'avoit qu'une simple action *ex testamento*, pour vendiquer dans le premier cas, ou pour demander le legs dans le second cas.

24. Du legs *per præceptionem*.

A l'égard du legs *per præceptionem*, il étoit fait à l'un ou à plusieurs des co-heritiers par préciput, & les Legataires le prélevoient dans le partage de l'hérédité, *actione familiæ erciscundæ*, *Paulus, lib.* 3, *Sentent. lib.* 6; il se faisoit en cette forme: *Lucius*

Titius, illam rem præcipito, Ulpien, *tit.* 24, §. 5, & il ne pouvoit être fait qu'en faveur des co-heritiers, *Gaius, lib.* 2, *tit.* 5, §. 7; & comme il n'y avoit aucune Loi qui eût attribué l'hypoteque aux legs & fideicommis, l'action n'en pouvoit être formée contre les heritiers que pour leur portion héréditaire, sans que le solvable fût tenu pour l'insolvable, *L. legatorum* 33, *ff. de leg.* 2.

25. Les fideicommis étoient comparez aux legs *per damnationem*.

Pour ce qui est des fideicommis, ils étoient comparez aux legs *per damnationem*, & par conséquent, on ne pouvoit laisser par fideicommis les mêmes choses qui pouvoient être leguées *per damnationem*: *res per fideicommissum relinqui possunt, quæ etiam per damnationem legari possunt*, Ulpien, *tit.* 25, §. 4; & par une suite de la même conséquence, les fideicommis tout comme les legs *per damnationem*, ne produisoient qu'une action personnelle, *ex testamento*; il est même remarquable que les fideicommis n'étoient pas demandez par formule comme les legs; mais l'action en étoit intentée à Rome devant les Consuls, ou le Préteur Fideicommissaire, & dans les Provinces devant le Président. *Ulpien, tit.* 25, §. 11. On pratiquoit encore une mise de possession contre les tiers possesseurs des choses laissées par fideicommis, lorsque l'heritier étoit insolvable, laquelle est appellée *missio in rem* dans la Loi 1, *cod. communia de leg.*

Comment les fideicommis étoient demandez à Rome.

26. Abrogation de la formule des paroles dans les legs & fideicommis.

Les Empereurs Constantin, Constantius & Constant, dans la Loi 21, *cod. de legatis*, abrogerent la formalité des paroles dans les legs & les fideicommis, & de quelque façon qu'ils fussent conçus, ils étoient valables: *In legatis, vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia; ita ut nihil prorsus interfit, quis tamen voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi usus effuderit*; mais l'Empereur Justinien a porté la correction plus loin dans les Loix 1 & 2, *cod. communia de legatis, & fideicommiss.* Dans les §§. 2 & 3, *instit. de legatis*, & dans la Loi 1, *ff. de leg.* 1, qui est toute de *Tribonien*, quoique dans son inscription elle soit attribuée à *Ulpien*; car premierement, il a abrogé toutes les differences que le Droit ancien avoit établies entre les differentes especes de legs, & il les a tous réduits à une seule & même nature. En second lieu, il a abrogé la mise de possession spéciale qui étoit pratiquée pour les fideicommis, & il a égalé en tout les legs & les fideicommis, en accordant aux uns & aux autres les mêmes actions. En troisiéme lieu, en accordant trois actions differentes pour les legs & pour les fideicommis: sçavoir l'action personnelle, la réelle ou vendi-

Abrogation des differences entre les legs.

Abrogation de la mise de possession spéciale.

Les legs & fideicommis sont égalez.

Trois actions pour les legs & fideicommis.

cation, & l'action hipotequaire sur tous les biens du défunt. En quatriéme lieu, en réduisant tous les Legataires & Fideicommissaires à la nécessité de demander la délivrance du legs. Voilà pourquoi dans la définition du legs qui nous est donnée dans le §. 1, aux instit. *de legatis*, l'Empereur Justinien dit que le legs *est donatio quædam à defuncto relicta, ab herede præstanda;* & comme avant l'Empereur Justinien toutes sortes de legs n'étoient pas sujets à délivrance, & qu'il y en avoit certains dont les Legataires pouvoient prendre la possession de leur autorité, sans le consentement de l'heritier, ainsi que nous l'avons montré ci-dessus, le legs étoit autrement défini dans la Loi 36, *ff. de leg.* 2, où il est dit: *Legatum est donatio testamento relicta*, sans ajouter *ab herede præstanda*, parce que cette addition ne pouvoit pas convenir à toutes sortes de legs tels qu'ils étoient pratiquez alors; mais aujourd'hui que tous les legs & les fideicommis, de quelque façon qu'ils soient conçus, sont de même nature, ils sont tous sujets à délivrance, & il n'est plus permis au Legataire ou Fideicommissaire, quelqu'il soit, de prendre possession de son autorité, du legs ou du fideicommis, autrement l'heritier a droit d'intenter l'interdit, *quod legatorum*, dont il est parlé dans le digeste, *lib.* 43, *tit.* 3.

Les Legataires & Fideicommissaires doivent demander la délivrance.

Définition nouvelle du legs.

Définition ancienne.

De l'interdit *quod legatorum.*

27. La proprieté du legs *per vindicationem & finendi modo* passoit au Legataire, non les autres legs, ni les fideicommis.

La proprieté du legs fait *per vindicationem, vel finendi modo* passoit de plein droit au légataire; mais il en étoit autrement des autres legs & des fideicommis; parce qu'ils étoient comparez aux legs faits *per damnationem*, comme nous l'avons remarqué. Aujourd'hui tous les legs & les fideicommis étant de même nature, leur proprieté passe de plein droit sur la tête du Légataire ou Fideicommissaire au moment du décès du Testateur, quand ils sont purs & sans condition, & que le légataire ne répudie pas; ensorte que la proprieté n'en a jamais appartenue à l'heritier chargé d'en faire la délivrance. C'est ce qui est nettement décidé dans la Loi, *legatum* 80, *ff. de leg.* 21, & dans la Loi 64, *ff. de furtis: legatum ita dominium legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas: quod eo pertinet, ut, si purè relicta sit, & legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium quod hereditatis fuit ad legatarium transeat, numquam factum heredis.* Ce sont les propres termes de la Loi 80, *ff. de leg* 2; c'est sans doute en conséquence de cette regle, que l'on a accordé au Légataire & au Fideicommissaire le droit de vendiquer la chose léguée, ou laissée par fideicommis; car l'action *rei vindicationis* ne compete qu'à celui qui a acquis la proprieté *aut jure gentium, aut*

Aujourd'hui tous les legs & fideicommis purs passent au Legataire au moment de la mort du Testateur.

Vendication accordée au Legataire & au Fideicommissaire

jure

jure civili, *L.* 23, *ff. de rei vindic.* Pour pouvoir accorder aux Légataires & aux Fideicommiſſaires l'action, pour vendiquer les legs & les fideicommis, il a fallu faire paſſer ſur leur tête de plein droit la proprieté du legs & du fideicommis ſans diſtinction : autrement il auroit été impoſſible, & contre les regles de leur donner le droit de vendiquer.

18. Explication de la Loi 86, §. 2, *ff. de leg.* 2.

La Loi *ſi tibi homo*, 86, §. 2, *ff. de leg.* 1, ſemble contraire à la Loi 80, *ff. de leg.* 2, en ce que celle-ci & la Loi 64, *ff. de furtis*, font paſſer la proprieté de la choſe leguée ſur la tête du legataire, du jour de la mort du Teſtateur ; au lieu que la Loi 86, §. 2, *ff. de leg.* 1. ne fait paſſer cette proprieté que du jour de l'adition de l'herédité ; elle décide donc que ſi le légataire répudie, le legs ſera regardé de la même façon que s'il n'avoit jamais été fait ; que s'il l'accepte, l'acceptation remonte ſeulement au jour de l'adition d'heredité : mais il faut prendre garde que cette Loi eſt relative au droit ancien, c'eſt-à-dire à la Loi *Papia*, ſelon laquelle l'échéance des legs n'arrivoit que du jour de l'adition d'hérédité, ou de l'ouverture du teſtament, ce qui a été corrigé par la Loi unique, §. 1, *cod. de caduc. toll.* ſuivant laquelle l'échéance des legs & des fideicommis purs, ou à jour certain, arrive, non du jour de l'ouverture du teſtament ni de l'adition d'hérédité, mais du jour de la mort du Teſtateur : & c'eſt ce qui a été remarqué dans la Loi 1, & la Loi 5, §. 1, *ff. quando dies leg. cedat*, qui ont été rédigées rélativement à cette correction, qui avoit été projettée par l'Empereur Juſtinien, & qui a été exécutée dans la Loi un. *cod. de caduc toll.* Au reſte afin que la proprieté de la choſe leguée paſſe de plein droit ſur la tête du Legataire, il faut que cette proprieté appartienne à l'hérédité, comme le prouve la Loi 80, *ff. de leg.* 2, par ces paroles *quod hereditatis fuit*, ou que du moins la choſe appartienne à l'héritier ; mais il faut prendre garde que le légataire ne peut pas intenter l'action *rei vindicationis* pour les ſommes leguées : le Legataire ne peut intenter dans ce cas que l'action perſonnelle & l'hypotecaire, comme nous le dirons plus bas.

L'écheance du legs n'arrivoit qu'au moment de l'adition par le Droit ancien.

La proprieté ne paſſe de plein droit au Legataire que quand elle appartient au Teſtateur.

19. Differences entre les legs & les fideicommis.

Quoique la Loi 1, *ff. de leg.* 1, diſe, *per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſis* ; & que la Loi 1, *cod. commun. de leg.* diſe encore, *omnibus tam legatariis quàm Fideicommiſſariis unam naturam imponere* (*cenſemus*,) il ne faut pourtant pas s'imaginer qu'il ne reſte encore quelques différences entre les legs & les fideicommis, que les Interpretes ont fort bien remarquées, &

l'on ne doit pas confondre les fideicommis universels avec les legs, ou les fideicommis particuliers; car quoique le Fideicommissaire universel puisse faire contraindre l'heritier grevé d'accepter l'hérédité pour la restituer, le Légataire ni le Fideicommissaire particuliers n'ont pas la même faculté. L'Empereur Justinien a abrogé & corrigé les différences entre les legs universels, & les fideicommis universels, & entre les fideicommis particuliers & les legs particuliers; il a emporté toutes les formules des paroles; ensorte que de quelque façon que les legs & les fideicommis soient conçus ils sont valables, pourvu qu'il conste de la volonté du Testateur; & il a communiqué aux uns & aux autres les mêmes actions: c'est-à-dire la personnelle, l'hypotecaire & la vendication. Il ne faut pas même distinguer si le testament est olographe, ou reçu par une personne publique par rapport à l'hypoteque; parce qu'elle est accordée par la Loi indépendament de la publicité de l'acte du Testament. Le Parlement de Paris l'a jugé ainsi par un Arrêt du 27 May 1710, rapporté par Augeard.

Les legs & les fideicommis sont valables de quelque façon qu'ils soient conçus, *s'ils constent de* la volonté.

30. Comment les trois actions peuvent être intentées pour les legs & les fideicommis.

Il ne faut pourtant pas croire que les trois actions qui sont données tendent à faire demander plusieurs fois le même legs, ou le fideicommis, ni qu'elles autorisent le légataire à se servir de plusieurs actions pour demander les parties différentes du même legs, *L. cum filius* 76, *§. variis* 8, *ff. de leg.* 2, ni que le Légataire ou Fideicommissaire soit tenu de choisir l'action dont il voudra se servir. Les trois actions pourroient être exercées de la façon que le Legataire ou le Fideicommissaire trouvera le plus convenable pour se procurer la chose leguée, & rien n'empêche qu'on ne puisse avoir plusieurs actions pour la même chose, sans que l'une consume l'autre, jusqu'à ce que le legs ait été payé ou delivré; & quoique le texte que nous venons de citer semble décider le contraire, il doit être entendu selon les regles du Droit ancien; ainsi il a été corrigé par la Loi 1, *cod. commun. de leg.* qui accorde les trois actions, non afin que le legataire en choisisse une, mais afin qu'il puisse les exercer toutes en tant qu'elles sont compatibles, selon la qualité du legs, & pour les faire concourir.

31. L'action personnelle & hypotecaire concourent pour le legs d'une quantité.

Il est certain que l'action personnelle & l'action hypotecaire peuvent competer au Legataire ou Fideicommissaire pour les legs d'une quantité ou d'une somme à prendre sur les biens du Testateur; & que dans ce cas, l'action *rei vindicationis* ne peut pas competer; elle ne peut avoir lieu que pour les legs ou fideicom-

mis d'un corps existant & appartenant au Testateur ou à son heritier, parce que le Testateur ne peut pas leguer moins librement les choses appartenantes à son heritier que celles dont il est proprietaire ; & cette action réelle ou de vendication compete non-seulement contre l'heritier qui possede; mais encore contre tout tiers acquereur ou possesseur, qui tient son droit de l'heritier: car les alienations que l'heritier peut faire ne nuisent point au legataire, soit que le legs soit pur ou sous condition; car lorsque la condition arrive, elle remonte au tems du décès du Testateur & elle résoud toutes les alienations, servitudes, charges & hypoteques que l'heritier auroit pû établir *medio tempore* sur la chose leguée, comme le décide la Loi 3, *cod. commun. de leg.* Il en est de même des fideicommis; à cela près, qu'afin qu'ils puissent prévaloir sur les droits acquis aux tiers acquereurs ou créanciers de l'heritier à titre onereux, il faut que le testament qui contient le fideicommis ait été publié, insinué & enregistré en la forme exprimée par l'article 57 de l'Ordonnance de Moulins, & par la Déclaration du Roy du 18 Janvier 1712, ainsi que nous l'avons dit ailleurs.

L'action *rei vindicationis* compete pour le legs d'un fonds dont la proprieté appartenoit au Testateur ou à son heritier.

Les aliénations des choses leguées faites par l'heritier, ne nuisent pas au Legataire ou Fideicommissaire.

Insinuation du testament.

32. L'effet de l'action personnelle consiste, en ce qu'elle peut servir de fondement à la condamnation de l'heritier pour le contraindre à délivrer la chose si elle est existante, & qu'il ait la faculté d'en faire la délivrance, sinon d'en payer la legitime valeur, ou bien de le faire condamner au payement des sommes leguées.

Quel est l'effet de l'action personnelle.

33. L'effet de l'action hypotecaire est de faire déclarer les biens du défunt affectez & hypotequez du jour de sa mort, pour le payement des legs & des fideicommis; parceque l'hypoteque se prend du jour du décès du Testateur, auquel tems le testament doit être exécuté, & non plutôt, sans examiner si le testament est d'écriture autentique & publique, ou d'écriture privée seulement selon les regles du Droit écrit. Car l'hypoteque ne naît pas de la forme de l'acte, mais elle vient de la puissance de la Loi qui l'accorde pour procurer une exécution plus ample & plus sure de la volonté des défunts, *Loyseau, du déguerpissement, liv. 1, ch. 7, n. 5.*

Quel est l'effet de l'action hypotecaire.

34. Mais cette action hypotecaire comment peut-elle être exercée? Le legataire peut-il agir solidairement contre chacun des heritiers, ou seulement pour sa portion héréditaire? Et cette hypoteque peut-elle se répandre sur les biens propres de l'heritier? La premiere de ces deux difficultez est clairement résolue par les regles

Comment l'action hypotecaire peut être intentée.

du Droit ancien, qui n'assujettissoit les heritiers au payement des legs que eû égard à la portion héréditaire d'un chacun, sans que le solvable pût être convenu pour l'insolvable; parce qu'ils n'étoient tenus que d'une action personnelle, laquelle se divise de plein droit : *legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit : nec pro his qui solvendo non sunt, onerari coheredes oportet*, L. 33, *ff. de leg.* 2, ce qui avoit lieu même pour les legs des alimens quelque favorables qu'ils fussent : *jam nunc sciatis partes eorum qui solvendo esse desierint non pertinere ad onus reliquornm heredum*, L. 3, *ff. de alim. & cibariis legatis.*

35. Disposition de la Loi 1, *cod. commun. de leg.*

Mais la Loi 1, *cod. commun. de leg.* ayant attribué l'action hypotecaire, qui de sa nature est solidaire & indivisible; ce changement a rendu la question extrêmement difficile, sibien que les Auteurs se sont partagez en quatre opinions differentes. Les uns soutiennent que l'action hypotequaire est divisible, & même divisée par la Loi, tout comme la personnelle, de laquelle elle dépend, & que les heritiers n'en sont tenus qu'à concurrence de leurs portions héréditaires, sans aucune distinction. *Dumoulin, de dividuo & individuo, part.* 2, *num.* 8 & *seq. Corvinus*, sur le titre du code *de hereditariis actionibus*, *Giphanius*, sur la Loi 33, *ff. de leg.* 2, *lib.* 9, *responsa. Modestini. Henrys, livre* 4, *question* 171 *de la nouvelle édition. Ricard, des donations, tome* 1, *partie* 2, *chapitre* 1, *section* 4, *nombres* 25 & *suivans.*

Les Auteurs sont partagez en quatre opinions pour sçavoir si l'hypoteque est divisée.

Auteurs qui soutiennent que l'hypoteque est divisée.

D'autres ont crû que l'hypoteque est divisible dans les legs ordinaires; mais qu'elle est solidaire & indivisible pour les legs pieux, pour les legs d'alimens, ou pour mariage & autres causes favorables, *Carondas, livre* 6, *réponse* 33; *M. Maynard, livre* 8, *chapitre* 63; *Chopin, sur la Coutume de Paris, livre* 2, *titre* 4, *nombre* 19; *Despeisses, des legs, section* 2, *nombre* 41; & *Henrys, liv.* 1, *quest.* 49, le sentiment de ceux-ci n'est pas contraire à celui des précedens, il ne renferme que des exceptions.

36. Auteurs qui ont crû que l'hypoteque du legs pieux est indivisible.

Il y a un troisiéme avis qui distingue les testamens reçus par une personne publique, de ceux qui sont olographes. Les premiers portent une hypoteque solidaire & indivisible à cause du contrat public qui, suivant l'usage du Royaume, produit une hypoteque par la nature du contrat; au lieu que celle qui résulte d'un testament d'écriture privée n'étant que légale, elle doit être divisée entre les héritiers par portions héréditaires, *Loyseau, du déguerpissement, liv.* 1, *ch.* 7, *n.* 5, & *Renusson, traité des propres, ch.* 3, *sect.* 12.

37. Auteurs qui ont distingué les testamens par acte public, des testamens d'écriture privée.

38. Auteurs qui ont soutenu que l'hypoteque est indivisible.

Enfin il y a un quatriéme avis de ceux qui, rejettant toutes ces distinctions, soutiennent que l'hypoteque légale résultante du testament par acte public ou privé, est indivisible & solidaire contre tous les heritiers qui sont tenus au payement des legs, & qu'ils doivent être condamnez personnellement pour leur portion héreditaire, & hypotequairement pour le tout, & ceux-ci appuyent leur sentiment sur une foule d'Arrêts, *Bacquet des droits de Justice, chap.* 8, *n.* 26, *Mornac sur la Loi* 18, *cod. de pactis*, *Ragueau sur la Loi* 1, *cod. commun. de leg.* dans son Commentaire sur les Loix de l'Empereur Justinien, & quelques autres.

39. Les opinions des Auteurs qui distinguent n'ont aucun fondement.

L'opinion de ceux qui distinguent entre les différentes especes des legs, & entre les testamens par acte public, & ceux qui sont seulement d'écriture privée, n'a aucun fondement du moins par rapport aux regles du Droit écrit, où tous les legs sont de même nature, où les uns ne sont pas plus privilegiez que les autres à cause que l'Empereur Justinien y a attaché les mêmes actions; ensorte que celles des uns ne doivent pas avoir plus de force & d'efficace que celles des autres, & où l'hypoteque ne dérive pas de la forme du testament, mais elle vient de la puissance de la Loi qui l'établit indépendament de la forme du testament; afin que la volonté du Testateur soit exécutée avec plus d'assurance. Et c'est ce qui a été nettement jugé par l'Arrêt du 27 May 1710, rapporté par *Me. Augeard, tome* 3, *chap.* 96, qui a accordé l'action hypotecaire à un legs fait dans un codicile olographe, non reconnu pardevant Notaire.

Arrêt du Parlement de Paris, qui accorde l'hipoteque à un legs fait par codicile olographe

40. Conflit entre ceux qui affirment & ceux qui nient que l'hypoteque soit divisible.

Il ne peut donc y avoir de vrai conflit qu'entre l'opinion de ceux qui prétendent, que l'hypoteque est divisée de droit, & de ceux qui pensent qu'elle est individue & solidaire. Pour sçavoir quelle de ces deux opinions est la véritable, il faut peser & balancer les raisons sur lesquelles elles sont fondées; *Henrys & Ricard*, qui sont du même sentiment sur la divisibilité de l'hypoteque derivant du legs, & qui l'appuyent d'une maniere très-forte, ne sont pas d'accord entr'eux sur la nature & les effets de l'hypoteque légale. *Henrys* pense qu'il n'y a que l'hypoteque conventionnelle qui soit indivisible, & il n'attribue pas le même effet à l'hypoteque légale; *Ricard* au contraire convient qu'il n'y a aucune différence à faire entre l'hypoteque conventionnelle & la légale, par rapport à son effet indivisible; & l'opinion de ce dernier Auteur semble plus conforme aux regles du Droit Romain, aux maximes du Droit François, & à la na-

Diversité d'opinions entre *Henris* & *Ricard*, sur l'effet de l'hypoteque légale.

ture de l'hypoteque qui eſt toujours la même, ſoit qu'elle ſe trouve établie ſur la convention des Parties & ſur la puiſſance de la Loi qui l'établit; car le pouvoir de la Loi n'eſt pas moins fort ni moins efficace que celui des hommes qui le tiennent de la Loi-même.

41. Raiſons des Auteurs qui ſoutiennent que l'hypoteque eſt diviſible.

Les raiſons de la diviſibilité de l'hypoteque des legs ſont, que l'action perſonnelle eſt la baſe & le fondement de l'action hypotecaire, que l'Empereur Juſtinien attribue aux legs; enſorte que l'action perſonnelle ſe diviſant de plein droit entre les co-heritiers par portions héréditaires, l'hypoteque qui en eſt un acceſſoire doit ſe diviſer de la même façon; & à parler plus exactement, il n'eſt pas queſtion de diviſer une hypoteque ſolidaire & individue dans ſon principe & de ſa nature: mais d'une hypoteque qui n'a jamais été indiviſe pour le tout, & qui n'eſt introduite que par portions héréditaires; qu'il eſt bien vrai que la Loi donne l'action hypotecaire aux légataires, mais qu'il eſt pareillement vrai que la même Loi qui la donne, la limite, & la reſtraint aux portions héréditaires à concurrence de ce que chaque heritier eſt tenu de payer en conſéquence de l'action *perſonnelle, ſi bien que* cette hypoteque ayant été établie par une eſpece de droit contre les regles du Droit ancien, on ne peut pas lui donner plus d'effet que l'Empereur Juſtinien n'a voulu lui en attribuer, & il ne lui en a donné d'autre qu'en aſſujettiſſant les heritiers à cette hypoteque par portions héréditaires, par ces paroles remarquables de la Loi 1, *cod. commun. de legatis*: *in omnibus autem hujuſmodi caſibus, in tantum & hypotecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum perſonalis actio adverſus eum competit.* De-là vient qu'il ne faut pas examiner ſi l'hypoteque en général eſt indiviſible de ſa nature. Dès que l'Empereur Juſtinien en attribuant aux legs une hypoteque, en a borné & limité les effets, & l'a reſſerrée dans des bornes plus étroites par rapport aux legs, que ne l'eſt l'hypoteque ordinaire dérivant de la convention, laquelle prenant ſa ſource dans la perſonne du défunt, & affectant tous ſes biens en général, on ne doit pas la diviſer dans la perſonne de ſes heritiers, qui repréſentent ſolidairement la perſonne du défunt; que le teſtament ne commence à avoir ſa perfection & ſon effet qu'à l'inſtant du décès du Teſtateur; voilà pourquoi il n'a pas pu être exécuté contre le défunt, & les légataires ne peuvent avoir eu aucune action ni perſonnelle, ni hypotecaire contre lui ou ſur ſes biens à raiſon de ſon teſtament. Toutes les actions que la Loi attribue

aux teſtamens ne commencent que contre l'heritier, *L.* 40, *ff. de obligat. & actionib. & L. un. cod. ut actiones ab hered. & contra heredes incipiant.* Ainſi l'obligation n'ayant ſon effet que contre les heritiers, qui ſont ſaiſis de tous les effets de la ſucceſſion, même des choſes leguées, il s'enſuit que n'y ayant point d'obligation ſolidaire dans ſa naiſſance, laquelle ne peut dériver que de la ſtipulation ou de la nature de la choſe, les heritiers ne ſont tenus des legs faits par le défunt, que par portions héréditaires; parce que l'hypoteque ne peut pas ſurpaſſer l'obligation telle qu'elle eſt dans ſon origine & dans ſa naiſſance. Que s'il y a des cas où les Loix ont décidé que les légataires pourroient agir ſolidairement contre chacun des co-heritiers, ce n'eſt pas à raiſon de l'hypoteque; mais parce qu'il eſt queſtion d'un legs d'une choſe indiviſible, comme s'il s'agit d'une ſervitude, d'un ouvrage qui doive être fait, & autres choſes qui ne reçoivent point de diviſion, *L. Fideicommiſſa* 11, *§. ſi in opere* 23, *ff. de Leg.* 3.

Cas où l'action eſt diviſible contre chacun des heritiers.

Au contraire les Auteurs qui tiennent que les heritiers ſont tenus d'une action ſolidaire pour le payement des legs, diſent: 1°. Que l'Empereur Juſtinien contre les regles du Droit ancien a attribué aux legs une action hypotecaire; qu'ainſi on ne doit pas conſulter les Loix qui avoient été faites avant l'introduction de cette action, pour décider la queſtion préſente. 2°. Que l'action hypotecaire eſt ſelon la Loi 1, *cod. commun. de leg.* l'action ſervienne utile ſur les biens du défunt, *utilem ſervianam, id eſt hypotecariam ſuper his quæ fuerunt derelicta in res mortui.* Que cette action eſt individue & indiviſible, *eſt tota in toto, & tota in qualibet parte*, ſuivant les regles du Droit Romain & du Droit François, & que cet effet ne doit pas moins être attribué à l'hypoteque légale qu'à la conventionnelle; qu'ainſi l'Empereur Juſtinien en attribuant l'action hypotecaire par la puiſſance de la Loi, a voulu lui donner l'effet de l'indiviſibilité qui eſt de ſa nature dans tous les cas. 3°. Qu'il ne faut pas penſer que l'Empereur, lorſqu'il a fixé l'hypoteque rélativement à l'action perſonnelle, ait entendu établir une hypoteque diviſible tout comme l'action perſonnelle, parce que c'eſt contre la nature de l'hypoteque; mais qu'il a déterminé ſeulement, que ceux-là ſeront tenus de l'action hypotecaire qui pourroient être convenus par l'action perſonnelle: c'eſt-à-dire, que l'hypoteque ne pourroit être exercée que contre les heritiers qui pourroient être convenus par action perſonnelle; enſorte qu'il a voulu que les heritiers qui ſeroient déchargez du paye-

42. Raiſons des Auteurs qui ſoutiennent que l'hypoteque eſt indiviſible.

ment des legs, lorsque le Testateur l'auroit assigné sur quelques-uns des heritiers, ceux qui ne seroient pas sujets à la contribution des legs n'étant pas tenus d'une action personnelle, ne pussent pas non plus être convenus par action hypotecaire, à cause que le Testateur en les déchargeant de la contribution aux legs, avoit voulu les décharger de toute action personnelle & hypotecaire: c'est de cette façon que doivent être entendues ces paroles de la Loi 1, *cod. commun. de leg.* que nous avons transcrites ci-dessus en rapportant les raisons de l'opinion contraire; ensorte que l'Empereur Justinien a bien voulu décharger de l'action hypotecaire les heritiers, qui seroient déchargez par le Testateur de l'action personnelle, en les exemptant de la contribution aux legs; mais il n'a pas voulu que la portion en laquelle les heritiers pourroient être convenus personnellement, fût la même, & fixât la quotité de l'action hypotecaire: parce que ce seroit établir une hypoteque extraordinaire & heteroclite qui ne rempliroit pas les vues du Legislateur, lequel ayant eu pour objet d'assurer le payement des legs, & leur ayant donné pour cela trois actions, si l'action hypotecaire n'établissoit pas une solidité d'obligation contre chacun des co-heritiers, ensorte que le solvable ne fût pas tenu pour l'insolvable, les nouveaux expédiens introduits pour assurer le payement des legs ne produiroient aucun avantage, & les légataires seroient exposez à perdre une partie de leurs legs. En quatriéme lieu, l'Empereur Justinien déclare expressément qu'il introduit cette action hypotecaire à l'exemple de celle que les Loix anterieures avoient permis au Testateur d'établir par son testament, & des autres hypoteques tacites & legales que les Loix avoient introduites auparavant, par où il faut comprendre qu'il vouloit attribuer le même effet & la même indivisibilité qu'à l'hypoteque établie expressément dans son testament, & qu'aux autres hypoteques légales qui sont indivisibles & solidaires. *Cum enim jam hoc jure nostro increbuit, licere Testatori hypotecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare, & iterum novellæ constitutiones in multis casibus & tacitas hypotecas introduxerunt, non abs re est etiam nos in præsenti casu hypotecariam donare actionem*, dit la Loi, 1, *cod. commun. de legatis.* En cinquiéme lieu, quand le Testateur fait sa disposition, il regarde tous ses biens, & il ne considere pas le nombre de ses heritiers. L'hypoteque est acquise aux légataires au moment du décès du Testateur, au lieu que selon le Droit Romain les heritiers n'étoient

n'étoient saisis de l'hérédité que du jour de l'adition, *L. un. §. 1, & §. 6, cod. de caduc. toll.* si bien que l'acquisition de l'hypoteque se trouvoit antérieure à l'acquisition de l'hérédité par les heritiers, & par conséquent il est clair que cette hypoteque commençoit avant que les heritiers eussent acquis aucun droit sur l'heredité, & qu'elle étoit établie tandis que l'hérédité représentoit la personne du défunt; & par voye de conséquence, l'hypoteque a été indivisible & solidaire, avant que les heritiers fussent tenus de l'action personnelle qui ne venoit que de l'adition par laquelle les heritiers quasi contractoient avec les légataires. Que si selon notre usage & la maxime *le mort saisit le vif*, les heritiers sont saisis de l'heredité dès le moment du décès du Testateur, les légataires sont aussi saisis de l'hypoteque sur les biens du défunt dans le même instant; & par conséquent, on ne peut pas concevoir un instant où le droit des heritiers ait précedé celui des légataires, ni que la division ait pû se faire; encore moins peut-on dire qu'il s'agisse ici d'une hypoteque divisée dans son origine, sous prétexte que l'obligation ne commence qu'en la personne des heritiers, & qu'elle n'a pas pris racine en la personne du défunt: & l'on peut dire au contraire que le droit des légataires étant établi pendant la vie du défunt, il a affecté ses biens avant que les heritiers eussent acquis aucun droit, & par conséquent avant qu'il eût pû se faire aucune division de l'action hypotecaire. La Loi 40, *ff. de oblig. & action.* bien-loin d'appuyer l'opinion contraire sert à la renverser, en ce qu'elle déclare que les legs sont des actions héréditaires tout de même que les dettes passives; & à l'égard des autres Loix citées par *Ricard*, elles ne peuvent fournir aucun argument pour son opinion; parce que quand ces Loix furent faites, les legs ne produisoient que l'action personnelle, ou tout au plus dans certains cas la vendication: ainsi il n'est pas merveilleux qu'elles eussent décidé que les heritiers n'étoient pas tenus d'une action solidaire, & que les solvables n'étoient pas obligez de payer pour les insolvables. Ce qui a été changé depuis que l'action hypotecaire, qui est solidaire & indivisible de sa nature, a été attribuée aux legs par l'Empereur Justinien, & par voye de conséquence tous les heritiers chargez du payement des legs, peuvent être poursuivis personnellement pour leur portion, & hypotequairement pour le tout.

43. Résolution de la question pour l'indivisibilité.

S'il m'est permis d'ouvrir mon avis sur cette question difficile, je pense, que presque tous les argumens & les raisonnemens

dont on appuye l'une & l'autre opinion ſont étrangers, & qu'il n'y a qu'un ſeul & unique point déciſif qui conſiſte à ſçavoir, ſi l'Empereur Juſtinien a accordé une action hypotecaire telle qu'on la connoît dans le Droit Romain, & avec les effets que ce Droit lui a attribué, ou bien une action hypotecaire d'une nature différente; enſorte qu'elle ſoit bornée & limitée aux mêmes termes & à la même meſure que l'action perſonnelle, ce qui dépend de l'explication de la Loi 1, *verſic. in omnibus cod. commun. de legatis* : car ſi l'Empereur Juſtinien n'a attribué qu'une hypoteque reſtrainte & limitée, comme le prétendent les Auteurs qui tiennent la premiere opinion, il n'y a point lieu de douter qu'elle ne ſoit juſte & juridique & qu'elle ne doive être ſuivie; parce qu'on ne doit pas donner à cette hypoteque plus d'effet & plus d'efficacité que l'Empereur n'a voulu lui en attribuer, & qu'on ne doit pas examiner la nature & l'effet des autres hypoteques.

44. Suite. Que ſi au contraire l'Empereur Juſtinien a attribué aux legs une véritable action hypotecaire, dont il n'ait point borné & limité les effets, il faut ſans contredit donner la préférence à la ſeconde opinion qui attribue aux légataires une action ſolidaire contre chacun des heritiers.

45. Suite. Il ne faut point diſſimuler que la Loi ne ſoit équivoque dans la maniere dont elle s'eſt expliquée, lorſqu'elle dit : *in omnibus autem hujuſmodi caſibus in tantum, & hypotecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum perſonalis actio adverſus eum competit*, car les mots *in tantum* ſont ſuſceptibles d'une double traduction & peuvent être tournez à deux ſens différens, pouvant être rendus par les termes François *en tant*, ou bien *autant*. Dans le premier ſens les paroles de la Loi ſignifient que l'Empereur veut que les heritiers puiſſent être convenus par l'action hypotecaire *en tant* qu'ils ſeront tenus d'une action perſonnelle, pour exclure ſeulement les heritiers qui auroient été déchargez du payement des legs que le Teſtateur auroit ordonné être payables par d'autres; & dans le ſecond ſens elles ſignifient, que les heritiers ſeront tenus de l'action hypotecaire autant & pour la portion dont ils peuvent être convenus par action perſonnelle: & ces deux traductions différentes peuvent également convenir aux paroles du texte, parce que ces mots *in tantum* ſignifient auſſi-bien *autant* que *en tant*; il faut donc chercher dans toute la contexture de la Loi le ſens qui eſt le plus propre & qui cadre le mieux avec l'objet & l'intention du Legiſlateur,

& de quelle maniere elle a été expliquée par les Arrêts.

Or le sens de cette Loi ayant été déterminé pour la solidité de l'hypoteque contre chacun des co-heritiers, par une jurisprudence constante des Arrêts des Cours superieures, il y auroit à mon avis de la témerité de l'expliquer aujourd'hui dans le sens de la division de l'hypoteque par portions hereditaires : on trouve en effet un premier Arrêt du 8 Juin 1386, rapporté par *Duluc, lib.* 10, *tit.* 3, *cap.* 2. *Bacquet des droits de Justice, ch.* 8, *n.* 26, en rapporte deux autres des 24 Juillet 1561 & 7 Septembre 1584, qui ont condamné solidairement des heritiers; *Mornac sur la Loi* 18, *cod. de pactis*, en rapporte un autre du 27 Juillet 1581; *Carondas, liv.* 6, *rép.* 33, fait mention d'un autre du 14 Mai 1571. On en trouve encore un autre de l'année 1577 dans *M. Maynard, liv.* 8, *chap.* 63, & *Bretonnier sur Henrys, dans ses nouvelles observations, liv.* 4, *quest.* 171, fait mention d'un autre du 27 May 1710, qui a pareillement prononcé la condamnation solidaire contre les heritiers en réformant une Sentence du Châtelet qui avoit ordonné la division de l'hypoteque. Ce même Arrêt se trouve dans le Recueil *de M^e. Augeard, tome*, 3, *chap.* 96; & ce dernier *Auteur* en rapporte encore un autre du 17 Décembre 1707 *au tome* 2, *ch.* 78; il est même remarquable qu'on ne trouve dans nos Auteurs aucun Arrêt qui ait jugé en faveur de la division de l'hypoteque. Il est vrai que *Boniface, tome* 5, *liv.* 1, *titre* 24, *chapitre* 9, rapporte un Arrêt du Parlement de Provence du 5 Avril 1677, qui juge qu'un des co-heritiers ne pouvoit pas être convenu solidairement pour une pension obituaire établie par testament; mais l'Auteur remarque que le légataire avoit agi par action personnelle, & que l'on auroit jugé autrement si le Chapitre de Sisteron legataire étoit venu par action réelle & hypotecaire sur les biens de l'heredité possedez par les heritiers du Testateur.

46. Suite.

Arrêts qui confirment cette opinion.

D'ailleurs l'interprétation que les Arrêts ont donnée à la Loi derniere, *cod. commun. de legatis*, paroît plus conforme à l'intention du Legislateur, que l'explication que *Ricard* & les autres Auteurs favorables à la division de l'hypoteque, se sont efforcez de lui donner. Cela résulte 1°. De ce que l'Empereur Justinien a attribué aux legs une vraie action hypotecaire ou quasi servienne, la Loi 1, *cod. commun. de leg.* le dit en termes exprès, & cette action tend à poursuivre les biens par hypoteque suivant le §. *item Serviana* 7, aux Institutes *de actionibus*; & s'il avoit

47. Suite.

Raisons pour appuyer cette opinion.

voulu introduire une action hypotecaire de différente nature; il l'auroit fait par une clause claire & sans équivoque.

48. Suite. 2°. Cette action hypotecaire a été introduite pour assurer l'exécution de la volonté des Testateurs, & le payement des legs. La Loi 1, *cod. commun. de leg.* le dit en termes exprès; or une hypoteque tronquée & mutilée par la division, ne rempliroit pas les vuës du Legislateur.

49. Suite. 3°. Si l'on suivoit l'opinion de quelques Auteurs qui pensent que l'action personnelle est la base & la mesure de l'action hypotecaire, il s'ensuivroit que si l'un des co-heritiers vendoit sa portion des biens, les légataires n'ayant qu'une action hypotecaire divisée contre les autres co-heritiers, risqueroient de perdre le legs pour la portion du co-heritier qui auroit aliené sa portion: car ils ne pourroient pas agir contre les co-heritiers au de-là de leur portion, ils ne pourroient pas non plus agir contre le tiers acquereur, parce que n'étant pas obligé personnellement, il ne pourroit pas être convenu hypotequairement, vû que selon l'opinion de ces Auteurs, l'action personnelle doit servir de fondement à l'action hypotecaire, & que les biens ne peuvent être hypotequez qu'autant qu'ils sont en la main d'une personne obligée personnellement; cependant l'obligation personnelle ne passe pas contre l'acheteur du fonds, & la Loi 1, *cod. commun. de leg.* refusant l'action hypotecaire sur les biens de l'heritier, il ne resteroit aux legataires qu'une action personnelle contre celui qui auroit vendu sa portion des biens, laquelle action pourroit devenir inutile par l'insolvabilité du co-heritier dont les biens propres pourroient être absorbez par des créances hypotecaires qu'il auroit contractées, & qui seroient préferées à l'action personnelle des légataires du défunt. Il y a apparence que l'Empereur Justinien a introduit l'action hypotecaire en faveur des légataires pour remedier à cet inconvenient, & à bien d'autres qui pourroient exposer les légataires à perdre une partie de leurs legs.

50. Si les Legataires ont une hypoteque sur les biens de l'heritier. Venons à la seconde difficulté que nous avons annoncée, qui consiste à sçavoir, si les légataires ont une hypoteque sur les biens propres de l'heritier. La Loi 1, *cod. commun. de leg.* la décide nettement pour la négative, elle accorde l'action hypotecaire sur les biens du défunt, mais elle la refuse sur les biens de l'heritier; *& hypotecam esse non ipsius heredis vel alterius personæ quæ gravata est fideicommisso, rerum, sed tantummodo earum quæ à Testatore ad eam pervenerint.*

Mais du moins les légataires ne doivent-ils pas avoir une hypoteque sur les biens propres de l'heritier depuis son adition, puisqu'elle forme un quasi contrat entr'eux, & l'heritier qui accepte l'heredité, *§. heres 7, instit. de obligat. quæ ex quasi contractu nasc.* Dans la résolution de cette difficulté on ne doit pas distinguer les légataires des créanciers ; parce que les legs sont mis au rang des actions hereditaires passives, & les légataires sont considerez comme créanciers, *L. 40, ff. de obligat. & action. Hereditariarium actionum loco habentur, & legata, quamvis ab herede cæperint.* La Loi *Paulus 29, ff. de pignor.* décide que les créanciers du défunt n'ont point d'hypoteque sur les biens de l'heritier, même après l'adition ; il faut que l'heritier ait renouvellé la créance par contrat public, ou que les créanciers ou légataires du défunt ayent obtenu une condamnation contre l'heritier, auquel cas l'hypoteque sur les biens particuliers de l'heritier sera acquise du jour du contrat de renouvellement, ou de la condamnation : c'est l'usage de plusieurs Parlemens du Royaume, surtout de celui de Paris, *Bacquet des droits de Justice, ch. 21, n. 170 : Mornac*, sur la Loi *Paulus 29, ff. de pignor. M. Bouguier lett. H, ch. 5, & Brodeau, sur M. Louet, lett. H, somm. 19.* Le Parlement de Grenoble le juge de même, *Basset, tome 2, liv. 2, tit. 5, ch. 3*, & le Parlement de Provence, *Boniface, tom. 2, liv. 4, tit. 3, ch. 3.* Le Parlement de Toulouse l'a jugé aussi de même anciennement, on en trouve un Arrêt du 26 Juin 1660, dans la nouvelle édition *d'Albert, lettre A, chapitre 15* ; la raison est, parce qu'encore que l'adition oblige l'heritier envers les créanciers & légataires du défunt, elle ne produit point d'hypoteque, mais une simple action personnelle.

51. S'ils ont cette hypoteque du jour de l'adition.

Usage des Parlemens de Paris, de Grenoble & de Provence.

Ancien usage du Parlement de Toulouse.

Le Parlement de Bourgogne juge au contraire que les créanciers du défunt ont une hypoteque sur les biens particuliers de l'heritier, du jour de l'adition constatée par acte public. *Mᵉ. Raviot sur Perrier, quest. 141, num. 15, & quest. 273, num. 13*, remarque cette Jurisprudence, & il rapporte dans la *question 350, n. 23*, un Arrêt général du 19 Juillet 1641, confirmé par des Lettres Patentes données à Fontainebleau le 4 Août 1642, & le Parlement de Toulouse le juge aujourd'hui de même. Il y a un Arrêt rendu en la premiere Chambre des Enquêtes au rapport de M. Bartan le 22 Août 1733, dans la distribution des biens de Jean & autre Jean Mejanelle, pere & fils, entre M. de Colbert, Evêque de Montpellier, Mᵉ. Astruc, Professeur Royal en Medecine, le sieur Vogué & autres créanciers. Par

52. Usage du Parlement de Bourgogne.

Arrêt du Parlement de Toulouse qui change la Jurisprudence.

cet Arrêt les créanciers, légataires & légitimaires de Jean Mejanelle pere, furent allouez sur le patrimoine de Jean Mejanelle fils, heritier de son pere, du jour de l'adition d'heredité ; il porte en propres termes : *Ordonne notredite Cour, qu'en cas d'insuffisance des biens de Jean Mejanelle premier, les créanciers & légataires, & légitimaires dudit Jean Mejanelle premier, seront payez des sommes à eux dûes sur les biens dudit Jean deuxiéme, à compter du jour qu'il accepta l'hérédité dudit Jean son pere.* Cette jurisprudence me paroit exacte, & conforme à nos maximes, car il est indubitable que l'adition d'héredité est un quasi contrat qui oblige l'heritier envers les créanciers & les légataires, comme nous l'avons dit *num.* 51. Nous ajoutons, qu'afin que ce quasi contrat produise son effet, il n'est pas nécessaire que les créanciers, les légataires & les autres intereſſez soient préſens, ou l'acceptent. Si donc ce quasi contrat se trouve dans un acte public, qui produit hypoteque selon nos usages, il est clair que l'hypoteque est acquise aux créanciers, aux légataires & aux autres intereſſez sur les biens de l'heritier, du jour de l'adition ou de l'acceptation faite par l'heritier par un acte public, qui produit par lui-même cette hypoteque. Et si le Droit Romain a décidé le contraire, c'est parce que l'hypoteque n'étoit acquise que par la convention, & non par la qualité de l'acte, ni par la publicité de la personne qui l'avoit reçu.

53. Si l'action hypotecaire pour les legs & fideicommis, peut être exercée contre les tiers acquereurs.

L'action hypotecaire pour les legs & fideicommis peut être exercée, non-seulement lorsqu'elle est jointe à la personnelle, c'est-à-dire tandis que les biens héréditaires sont en la main de l'heritier ; mais encore lorsqu'ils ont été alienez, & qu'ils ont passez en la main des tiers acquereurs, quoiqu'ils ne soient pas tenus d'une action personnelle : la raison est, parce qu'au moment du décès du Testateur, ses biens sont affectez & hypotequez pour le payement des legs & des fideicommis, si bien que quand l'heritier les aliene, ils passent au tiers acquereur avec la charge & l'affectation de l'hypoteque que la Loi leur a imprimée, & ils sont hypotequez de la même maniere que s'ils étoient demeurez en la main de l'heritier, *alienatio cum fit, cum suâ causâ dominium ad alium transferimus, quæ esset futura, si apud nos ea res mansisset*, L. 67, *ff. de contrah. empt.* De-là vient que l'opinion des Auteurs qui ont crû que les biens du défunt ne pouvoient être hypotequez, qu'autant que l'action personnelle seroit jointe à l'hypotecaire n'a aucun fondement ; car il est bien vrai qu'il n'y a que les héritiers qui sont tenus d'une action per-

ſonnelle, c'eſt-à-dire qui n'ont pas été déchargez du payement des legs, qui ſoient tenus de l'action hypotecaire; mais l'action hypotecaire s'étant rencontrée ſur la tête de l'heritier ſujet au payement des legs avec la perſonnelle, s'il aliene les biens après que l'hypoteque eſt acquiſe, elle paſſe contre le tiers acquereur, quoique l'action perſonnelle ſe trouve dans ce cas détachée de l'hypotecaire.

54. Si les Legataires peuvent commencer par ſaiſie.

Il nous reſte deux autres difficultez à examiner. La premiere, ſi les légataires doivent venir par ſimple action pour demander la délivrance des legs, ou s'ils peuvent commencer par ſaiſie & exécution, & ſi l'on doit diſtinguer à cet égard le teſtament public du teſtament privé & olographe. La ſeconde, ſi lorſque le teſtament eſt attaqué, les légataires peuvent demander par proviſion la délivrance de leurs legs: mais avant d'examiner ces deux difficultez, il faut en diſcuter une autre qui eſt préliminaire: Si les légataires peuvent prendre poſſeſſion des legs de leur autorité privée, & de quelle action l'heritier peut uſer pour faire rendre les legs, lorſque les légataires s'en ſont emparez ſans ſon conſentement.

55. S'il y a des legs qui ne ſoient pas ſujets à délivrance.

Nous avons vû ci-devant qu'il y avoit des legs dont le légataire n'étoit pas obligé de demander la délivrance, & qu'il pouvoit prendre de ſon autorité privée, ſans le conſentement de l'heritier, ſçavoir ceux qui étoient faits *per vindicationem*, ou bien *ſinendi modo*; mais que par le Droit nouveau cela avoit été changé; tous les legs de quelque façon qu'ils ſoient conçus ſont de même nature, le légataire n'a que les trois actions, perſonnelle, réelle ou vendication, & hypotecaire; auſſi dans la définition du legs que l'Empereur Juſtinien nous a donnée aux Inſtitutes *de legatis*, §. 1, on a ajouté que la délivrance du legs devoit être faite par l'heritier, *ab herede præſtanda*; il faut donc ſuivant l'uſage d'aujourd'hui, que le légataire demande à l'heritier la délivrance du legs.

56. Uſage du Pays Coutumier.

Cela s'obſerve non-ſeulement dans les Païs du Droit écrit, mais encore avec plus de rigueur dans les Païs coutumiers, où l'on doit prendre le legs d'un immeuble de la main des heritiers, & le legs des meubles de la main de l'Exécuteur teſtamentaire, s'il y en a, ſuivant *Ricard, des donations, tome* 1, *partie* 2, *nomb.* 7 & 8; & quoiqu'on y donne aux legs les trois actions dont nous avons parlé, comme le remarque *Me. Claude-Joſeph de Ferrieres ſur le* §. 2, *inſtit. de legatis*, & qu'on accorde même l'action hypotecaire au legs contenu dans un teſtament

non-reçu, ni reconnu devant Notaire, *Ricard*, au lieu cité; *num.* 41 *&* 42, néanmoins le légataire d'une choſe qui eſt poſſedée par une tierce perſonne, n'eſt pas recevable à intenter l'action *rei vindicationis*, à moins que l'heritier n'en ait fait délivrance; c'eſt-à-dire qu'il ait déclaré par acte qu'il conſent que le légataire en pourſuive le *deſiſtat* contre le tiers poſſeſſeur; enſorte que le légataire qui veut vendiquer la choſe leguée doit faire de deux choſes l'une, ou bien obtenir le conſentement de l'heritier, ou bien faire aſſigner l'heritier pour voir ordonner qu'il ſera tenu de faire la délivrance du legs, & à même tems mettre en cauſe le poſſeſſeur, à ce qu'il ſoit tenu de faire le délaiſſement de la choſe leguée, *Bacquet des droits de Juſtice, chap.* 5, *n.* 21. Ce qui, à mon avis, eſt une erreur, par la raiſon que nous allons expliquer; vû que dans les Païs coutumiers, on donne aux légataires les trois actions, ainſi que je l'ai remarqué plus haut. Mais dans les Païs du Droit écrit, on s'eſt garanti de cette erreur, & le légataire peut intenter l'action *rei vindicationis*, contre le tiers poſſéſſeur de la choſe leguée, ſans avoir beſoin ni de faire aſſigner l'heritier pour faire la délivrance, ni de rapporter un acte de conſentement de la part de l'heritier; parce que la proprieté du legs paſſe de plein droit au moment de la mort du défunt, ſur la tête du légataire, *L.* 80, *ff. de leg.* 2, *& L.* 64, *ff. de furtis*: & en conſéquence de cette proprieté, il peut vendiquer la choſe des mains du tiers poſſeſſeur, tout comme il pourroit la vendiquer des mains de l'heritier s'il la poſſedoit; car la Loi transferant au Légataire & au Fideicommiſſaire la proprieté de plein droit, dès que le legs eſt échû, il eſt inutile d'avoir le conſentement de l'heritier pour l'exercice d'une action que la Loi transfere indépendament de la volonté de l'heritier, & qui peut être exercée contre l'heritier même malgré lui. Que ſi la choſe leguée étoit litigieuſe ſur la tête du Teſtateur, contre lequel la demande en vendication avoit été intentée en Jugement, & qu'elle eût été livrée au légataire, comme ſuivant *la Novelle* 112, *ch.* 1, le legs de la choſe litigieuſe ne comprend que ce qui peut en revenir par l'évenement du Procès, *quoniam ſciens Teſtator rem litigioſam eſſe, litis eventum legatario dereliquit:* il eſt clair que le Procès peut être repris & continué contre le légataire, par celui qui avoit intenté l'action *rei vindicationis* contre le défunt, parce que la choſe ne peut pas avoir paſſé ſur la tête du légataire qu'avec la charge du Procès; à raiſon duquel

La proprieté du legs paſſe de plein droit au Legataire.

Quid ſi la choſe leguée eſt litigieuſe.

le

le légataire poſſeſſeur actuel eſt légitime contradicteur, & tenu d'ailleurs de l'action réelle qui ne peut être intentée que contre le poſſeſſeur, *L. 25, ff. de obligat. & actionib. L. 9, ff. de rei vindicatione, L. un. cod. de alien. jud. mutand. cauſa, & §. 1, cod. ubi in rem actio ;* & ſi l'action étoit intentée contre les heritiers du Teſtateur, ils devroient être abſous comme n'étant plus poſſeſſeurs, ſuivant *la Loi 42, & la Loi 52, ff. de rei vindic.*

57. Peine de l'heritier qui prend poſſeſſion du legs de ſon autorité.

Lorſque le légataire prend poſſeſſion du legs ſans en avoir obtenu le conſentement de l'heritier, celui-ci peut demander d'en être reſaiſi, & intenter l'interdit appellé en Droit *quod legatorum.* La raiſon eſt parce qu'il n'eſt pas permis aux particuliers de ſe faire droit par eux-mêmes, *L. 1, §. 2, ff. quod legatorum. Et quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id reſtituet heredi ; etenim æquiſſimum Prætori viſum eſt, unumquemque non ſibi ipſum jus dicere occupatis legatis, ſed ab herede petere ;* de maniere que ſi pluſieurs choſes ont été leguées & que l'heritier ait conſenti que le légataire en prît une, l'heritier pourra demander d'être reſaiſi des autres dont le légataire s'eſt emparé ſans ſon conſentement, *L. 1, §. 2, ff. ſi duæ 12, ff. eod.* L'interdit ceſſe lorſque le légataire a pris poſſeſſion du conſentement de l'heritier ; ſoit que ce conſentement ait été donné avant ou après l'adition de l'heredité, *L. 1, §. 11, ff. eod.* & ſi l'héritier donne ſon conſentement il ne pourra pas le revoquer, & intenter l'interdit *quod legatorum,* parce que, *quod ſemel placuit, amplius dicere non poteſt, L. 1, §. prodeſt 14, ff. eod.* De là vient, que ſi après que le légataire auroit pris le legs de ſon autorité, l'heritier y conſentoit & donnoit ſon approbation, il ne ſeroit pas recevable à intenter l'interdit, & à demander d'être reſaiſi, parce qu'il ſe ſeroit départi de ſon droit ; que ſi de pluſieurs heritiers l'un donne ſon conſentement, l'autre non, l'interdit competera à celui qui n'aura pas conſenti & ſera refuſé à l'autre, *L. 1, §. ſi alter 15, ff. quod legator.*

Des cas où l'interdit *quod legatorum* a lieu, ou n'a pas lieu.

58. Si l'heritier peut prendre le prélegs de ſon autorité.

Lorſque le Teſtateur fait un prélegs à quelqu'un de ſes heritiers, il n'a pas beſoin pour prendre poſſeſſion de la portion qui lui appartient ſur la choſe en qualité de co-heritier, de demander & d'obtenir le conſentement de ſes coheritiers ; mais ce conſentement eſt néceſſaire pour les portions qu'il doit prendre de ſes co-heritiers : autrement ils pourroient intenter l'interdit, & demander d'être reſaiſis des portions, dont ils doivent faire la délivrance, *L. 1, §. qui verò, 6, ff. quod legator.*

mais la déciſion de ce texte, comme fondée ſur une ſubtilité, n'eſt pas obſervée à la rigueur; car ſelon la remarque de *Mornac* ſur la Loi *dominus* 53, *ff. de condict. indeb.* & ſur la Loi 43, *ff. de jure dot.* lorſque le co-heritier a pris poſſeſſion en entier de la choſe à lui préleguée, ſans le conſentement de ſon coheritier, on ordonne bien que l'autre co-heritier ſera reſaiſi; mais on l'oblige en même tems à faire la délivrance, enſorte que le reſaiſiſſement demandé n'a aucun effet réel.

59. Si les legs pieux ſont ſujets à délivrance.

Les legs pieux ſont ſujets à délivrance tout comme les autres. Certains Auteurs ont crû qu'ils devoient en être diſpenſez à cauſe que la proprieté en étoit acquiſe de plein droit, comme le remarque *Mornac* ſur la Loi 24, *cod. de Epiſcop. & Cler.* mais ce n'eſt pas une faveur qui ſoit particuliere aux legs pieux; puiſque la proprieté de toutes ſortes de legs paſſe de plein droit au légataire au moment du décès du Teſtateur, *L.* 80, *ff. de leg.* 2, *& L.* 64, *ff. de furtis;* ainſi ce ſeroit un très-mauvais fondement ſi l'on vouloit, ſous ce prétexte, exempter les legs pieux de la néceſſité d'en demander la délivrance: car il faudroit par la même raiſon en exempter les autres legs, ce qui ſeroit contre les regles.

60. Des cas où le Legataire n'eſt pas obligé de demander la délivrance.

Il y a quelques cas où les légataires ne ſont pas obligez de demander la délivrance. Le premier eſt, lorſque le légataire ſe trouve en poſſeſſion de la choſe à lui leguée, *L.* 1, §. 5, *ff. quod legator. M. Maynard, liv.* 7, *ch.* 1. Le ſecond eſt, lorſque le Teſtateur a donné une permiſſion expreſſe au légataire de prendre la poſſeſſion du legs ſans en demander la délivrance, *Guypape, queſtion* 609, & les Docteurs ſur la Loi *Titia cum teſtamento*, 34, §. 1, *ff. de leg.* 2, ce qui ſelon *Ricard, des donations part.* 2, *n.* 9, ne peut pas avoir lieu dans le Païs coutumier, à moins que la Coutume ne le permette, comme celle de *Nivernois;* parce que la poſſeſſion de droit des heritiers étant en leur faveur, en vertu de la maxime *le mort ſaiſit le vif*, & contre la liberté du Teſtateur qui ne peut pas s'affranchir d'une Loi qui lui eſt impoſée, il s'enſuit qu'il ne peut pas y déroger.

61. Si le Legataire d'une choſe particuliere pour légitime doit en demander la délivrance.

Jacques de Ferrieres ſur la queſtion 609 *de Guypape*, croit que le légataire d'une choſe particuliere pour ſa légitime peut prendre poſſeſſion de la choſe léguée, ſans en demander la délivrance à l'heritier, & il cite pluſieurs Auteurs qui le décident de même; mais le ſentiment de ces Auteurs eſt contraire aux regles du Droit Romain, n'y ayant aucun texte qui excepte ce cas de la néceſſité de demander la délivrance: le légataire d'un fond

pour la légitime est toujours légataire, & par conséquent obligé de demander la délivrance à l'heritier. *Benedicti, sur le chap. Raynutius, verb. si absque liberis moreretur, lib.* 2, *n.* 145 & suivans, *de legatis & fideicommissis*, rapporte plusieurs autres cas où il est permis au légataire de prendre le legs sans en demander la délivrance : on peut les voir dans l'Auteur même. Nous n'en parlons pas, parce qu'ils ne sont pas fondez sur le droit ni sur nos usages.

61. A quoi aboutit l'usage de l'interdit *quod legatorum.*

Mais il faut remarquer avec *Carondas dans ses résolutions des questions, part.* 5, *chap.* 9, que l'interdit, *quod legatorum*, & le resaisissement ordonné en faveur de l'heritier, lorsque le légataire a pris possession sans son consentement, ne produit pas un grand effet ; car en resaisissant l'heritier pour la forme, on le condamne par le même Jugement à faire la délivrance du legs dans le même instant, & sans déplacer : ce qui est pratiqué pour éviter le circuit & prévenir les frais & les longueurs, si le légataire étoit obligé de fournir une nouvelle action pour demander la délivrance du legs ; & cette pratique qui est très-équitable convient avec l'Arrêt rapporté par *Mornac*, sur la Loi *dominus* 53, *ff. de condict. indeb.* ce qui néanmoins doit être limité selon *Ricard, des donations, tome* 1, *partie* 2, *n.* 14, au cas où l'heritier n'auroit aucune raison pour contester le legs ; car s'il le soutenoit nul, il devroit être resaisi réellement ; sauf au légataire à intenter son action, & à contester avec l'heritier sur la nullité prétendue.

61. Si le Legataire doit venir par simple action, ou s'il peut user de saisie.

Diversité d'avis des Auteurs.

Passons à la premiere difficulté que nous avons annoncée : Si le légataire doit venir par simple action ou s'il peut commencer par commandement, saisie ou exécution, & s'il faut faire différence entre les testamens d'écriture publique & les testamens olographes non reconnus pardevant Notaires ? Il y a des Auteurs, entr'autres *Boërius, decis.* 295, *n.* 12, qui tiennent que le légataire peut commencer par voye d'exécution. D'autres distinguent le testament par acte public du testament olographe, ils pensent que quand le testament est olographe, le légataire ne peut venir que par action. C'est même l'usage du Parlement de Bordeaux, comme l'atteste *l'Auteur des notes sur la Peyrere, verb. testament*, qui rapporte deux Arrêts conformes. D'autres enfin tiennent indistinctement que le légataire ne peut venir que par simple action, & que ce n'est qu'après la condamnation qu'il peut user de la voye d'exécution, *Fachinæus, lib.* 5, *controversiarum, cap.* 31, & *Benedicti* sur le ch. *Raynutius, verb.*

si absquè liberis moreretur 2°. *de legatis & fideicommissis*, *n.* 191. C'est l'usage du Parlement de Toulouse, & *Bacquet*, *des droits de Justice*, *chap.* 8, *n.* 21, remarque que cela se pratique de même dans les Païs coutumiers encore plus rigoureusement que dans les Païs du Droit écrit, puisque, comme nous l'avons dit, le légataire ne peut pas agir ici *rei vindicatione* contre un tiers possesseur de la chose leguée, sans en avoir préalablement obtenu la délivrance de l'heritier, ou sans assigner en même tems l'heritier pour faire la délivrance.

64. Résolution que le Legataire ne peut pas commencer par saisie.

Il ne me paroît pas douteux que le sentiment des Auteurs qui pensent que le légataire ne peut venir que par simple action, ne soit le plus conforme aux regles du Droit Romain. En effet nous avons vû que la Loi 1, *cod. commun. de legatis*, accorde trois actions au légataire, la personnelle, la réelle, & l'hypotecaire; il est clair qu'en vertu de l'action personnelle, le légataire ne peut agir que contre la personne de l'heritier pour le faire condamner, & après la condamnation il peut mettre la Sentence ou Arrêt à exécution.

65. Le Legataire ne peut pas venir par exécution en conséquence de l'action réelle.

Le légataire ne peut pas non plus venir par exécution en vertu de l'action réelle, ou de la vendication, parce qu'elle n'a pour objet que de faire ordonner le *desistat* de la chose, ce qui ne se peut faire que par simple action, à cause que celui qui se trouve en possession n'en doit être dépouillé qu'avec connoissance de cause.

66. Si l'action hypotecaire peut servir de fondement à la voye d'exécution.

A l'égard de l'action hypotecaire, il est vrai qu'elle peut donner lieu, suivant l'usage du Royaume, à la voye d'exécution, quand elle est fondée sur un contrat que l'on appelle garantigié, & passé sous le scel Royal ou autentique; mais l'usage du Royaume contraire en cela au Droit Romain qui ne permettoit l'exécution qu'en vertu des Sentences & Jugemens, *leg. minor.* 40, *ff. de minoribus*, & les Docteurs sur cette Loi, n'ont introduit cette voye d'exécution que pour les contrats synalagmatiques, & fondez sur le consentement des deux Parties au moins; ce qui ne peut convenir aux testamens qui sont l'ouvrage & la disposition d'une seule personne, & qui ne donnent que des actions à intenter par la voye ordinaire, & non l'exécution.

67. Si le testament doit être exécuté par provision en faveur des Legataires, quoiqu'il soit attaqué.

Comme le testament doit être exécuté par provision en faveur de l'heritier, quoiqu'il soit attaqué par quelque vice interieur, & qui ne touche pas à sa forme exterieure: comme s'il est impugné de faux ou prétendu nul par préterition, ou at-

taqué par la plainte d'inofficiosité, *L.* 2, *&* *L.* 3, *cod. de edicto divi Adriani tollendo* ; de même le testament doit être exécuté en faveur des Légataires & Fideicommissaires ; ce n'est pas que les Légataires ou Fideicommissaires puissent, comme l'héritier, demander d'être mis en possession des legs ou fideicommis par voye d'exécution, mais ils peuvent demander la délivrance ou le payement provisionnel du legs ou du fideicommis, en baillant caution, *L.* 6, *ff. de hered. petit.* Quoique le testament soit attaqué, & que l'hérédité soit demandée à l'heritier institué : & si l'heritier succombe & que le testament soit emporté, les Légataires ou Fideicommissaires qui ont obtenu la délivrance de leurs legs, doivent en faire la restitution avec les fruits ou intérêts depuis la réception. C'est ainsi que le décident la Loi 9, *cod. de legatis*, & la Loi derniere, *cod. de petit. hereditatis ; Bouchel dans sa Biblioteque du Droit François*, *verb. provision*, rapporte un Arrêt par lequel la provision fut jugée sur le champ en la Grand-Chambre au profit des légataires, sur le testament de l'Archevêque de Vienne, nonobstant & sans préjudice de tous les faits de suggestion, de fausseté, & plusieurs autres faits & moyens qui furent alleguez contre le testament, en baillant caution. *Duluc*, *lib.* 8, *placitorum*, *tit.* 6, *cap* 7 *&* 8, & *Papon*, *l.* 18, *tit.* 1, *art.* 25, en rapportent plusieurs autres semblables ; cependant la délivrance provisionnelle du legs ne devroit pas être faite, quoique le testament n'eût aucun vice apparent, si la personne à laquelle le legs étoit fait, étoit accusée par exception, d'avoir entretenu un mauvais commerce avec le Testateur. *Duluc*, au lieu cité, *ch.* 10, rapporte un Arrêt de l'année 1548, qui l'a ainsi jugé : & selon *Ricard*, *des donations*, *tome* 1, *part.* 2, *num.* 44, lorsqu'on reconnoît d'abord sommairement la nullité du testament, & qu'il ne doit point être regardé comme un effet de la volonté du Testateur, les Juges n'en ordonnent pas l'exécution dans les Païs coutumiers, & ils laissent la possession aux successeurs *ab intestat. L'Auteur des observations sur Ricard*, au lieu cité, témoigne même avoir vû donner la provision pour les quatre quints des propres à une sœur exhéredée, à cause qu'elle étoit fondée en la Coutume qui défend de disposer de ces portions au préjudice des heritiers du sang ; qu'ainsi la disposition de la Loi doit suspendre celle de l'homme jusqu'à ce que la clause de l'exhéredation soit prouvée, & l'exhéredation confirmée.

Si les Legataires qui ont reçu leurs legs doivent les rendre quand le testament est cassé.

Cas où le testament n'est pas exécuté par provision en faveur des Legataires.

SECTION PREMIERE.

De l'adition d'hérédité.

SOMMAIRE.

1. *Le testament ne peut être exécuté qu'après la mort du Testateur.*

Quid *après la profession en Religion.*

2. *De plusieurs especes d'aditions chez les Romains.*

Adition solemnelle appellée Cretio.

Adition non solemnelle.

Les heritiers siens n'avoient pas besoin d'adition.

3. *Chez les Romains les heritiers pouvoient être instituez avec cretion ou sans cretion.*

Deux sortes de cretions.

Parfaite ou imparfaite.

Cretion vulgaire ou continue.

4. *Quelle étoit la cretion parfaite ou imparfaite.*

5. *Effet de la cretion parfaite.*

Il falloit accepter avec solemnité.

C'étoit une espece de condition.

6. *Les heritiers siens étoient exemts de la cretion.*

Idem *des Esclaves qui étoient heritiers nécessaires.*

7. *Si les enfans au-dessous de sept ans pouvoient accepter une hérédité.*

Abrogation de la cretion.

Qui pouvoit accepter pour les enfans au-dessous de sept ans, qui étoient instituez.

8. *A quel tems doit-on rapporter l'abrogation totale de la cretion.*

9. *Les heritiers instituez sans cretion pouvoient accepter sans aucune solemnité.*

10. *Utilité de ces observations.*

Aujourd'hui l'adition se fait sans aucune formalité, par la seule démonstration de la volonté.

11. *Adition & immixtion, à quoi s'appliquent.*

En France, tous sont heritiers siens.

Ce que les Loix disent de l'immixtion s'applique à l'adition, & vice versâ.

12. *Les enfans en la puissance du Testateur étoient heritiers* ipso jure *sans faire acte d'heritier.*

Cela fut étendu aux descendans qui n'étoient pas en la puissance du défunt.

Ils avoient la liberté d'abstenir sans recourir à l'autorité du Préteur.

13. *L'adition étoit nécessaire à ceux qui n'étoient pas descendans, pour acquerir l'hérédité,*

& pour la transmettre.

14. *La maxime* le mort saisit le vif, *a lieu même pour les institutions en Pays du Droit écrit.*

Quoiqu'en Pays Coutumier elle n'ait lieu qu'en la succession légitime, à cause que l'institution n'y a pas lieu.

Toutes sortes d'heritiers même étrangers, sont saisis de plein droit.

Cette maxime fait acquerir la proprieté & la possession.

15. *Les heritiers saisis peuvent répudier.*

Maxime nul n'est heritier qui ne veut.

L'acquisition en vertu de la Coutume, ne lie pas l'heritier envers les créanciers.

Il n'est lié que par l'adition.

Avant l'adition l'heritier est réputé heritier pour la transmission.

Ne peut pas répudier au préjudice de ses créanciers.

16. *Quelles sont les personnes qui peuvent accepter une hérédité.*

Celui-là peut accepter une hérédité qui peut valablement s'obliger, & vice versâ.

L'adition n'est pas nécessaire pour acquerir l'hérédité.

Elle n'est nécessaire que pour s'assujettir aux charges héréditaires.

Quelles personnes pouvoient accepter, quoiqu'elles ne pussent pas s'obliger suivant le Droit Romain.

Elle n'étoit permise à ces personnes que pour acquerir l'hérédité.

17. *De l'adition du majeur.*

18. *De l'adition du fils de famille.*

19. *Correction du Droit ancien par rapport au fils de famille.*

Le fils de famille peut accepter une hérédité qui lui est déferée.

Le pere peut accepter à son profit quand le fils institué refuse.

Si l'un & l'autre concourent, la proprieté est acquise au fils, & l'usufruit au pere.

20. *Du fils de famille mineur.*

Si le pere peut accepter l'hérédité déferée à son fils Soldat.

Le pere qui accepte doit supporter les charges héréditaires.

21. *Du fils de famille pupille.*

Le pere qui accepte au nom de son fils pupille, est tenu des charges héréditaires, quoique le fils se fasse restituer envers l'adition.

Le pere est aussi tenu subsidiairement des charges héréditaires, lorsque le fils se fait restituer pour accepter sous bénéfice d'inventaire.

22. *De la répudiation faite par le pere de l'hérédité déferée à son fils impubere.*

Si le fils restitué pour accepter peut se faire restituer pour répudier de nouveau.

23. *De l'acceptation des legs & des fideicommis laissez aux fils de famille.*

24. *De l'adition du mineur qui n'est pas en la puissance de son pere.*

S'il peut accepter sans l'assistance

d'un Curateur.

25. *Explication de la Loi 3,* cod. de in integrum reſtit. minor.

26. *De l'adition du pupille qui eſt dans l'enfance.*

27. *Le pupille aſſiſté de ſon Tuteur peut valablement accepter une hérédité.*

28. *Le pupille ne peut pas accepter ſans Tuteur.*

Il peut répudier ſans ſe faire reſtituer en entier.

Quid *s'il fait des actes d'heritier en minorité.*

29. *Si le pupille qui s'immiſce en l'hérédité de ſon pere peut s'abſtenir ſans ſe faire reſtituer.*

30. *Si le Tuteur peut accepter ſeul ſans le pupille.*

Quid *en France.*

Si le pupille doit intervenir dans les contrats faits par ſon Tuteur.

31. Quid *dans les Pays Coutumiers où la tutelle dure juſqu'à la majorité.*

Le pupille peut faire ſa condition meilleure.

32. *De l'adition du prodigue interdit.*

33. *De l'adition du furieux, ou de celui qui eſt dans la démence.*

34. *De l'adition de la femme mariée dans le Pays Coutumier.*

35. *De l'adition de la femme mariée dans les Pays du Droit écrit.*

36. *De l'adition du mari pour la femme dans les Pays Coutumiers ou du Droit écrit.*

37. *De l'adition du Curateur du mineur.*

38. *De l'adition du Curateur du furieux ou imbécile.*

39. *De l'adition du Procureur fondé.*

Opinion des Auteurs qui penſent que l'hérédité ne peut pas être acceptée par Procureur.

40. *La poſſeſſion des biens pouvoit être acquiſe par Procureur.*

S'il faut faire difference entre l'adition & la poſſeſſion des biens.

41. *Le Prince Souverain heritier inſtitué pouvoit accepter par ſon Procureur General.*

42. *Diſtinction entre le Droit ancien & le Droit nouveau.*

Réſolution que l'hérédité peut être acceptée par Procureur.

43. Quid *ſuivant l'uſage de France.*

Quel pouvoir faut-il pour accepter une hérédité pour autrui.

44. *De l'adition des héréditez déferées aux Corps, Communautez ou Colleges.*

45. *En quel cas les heritiers qui ont accepté peuvent répudier ou non.*

Du majeur.

46. *Suite.*

Du fils majeur qui s'eſt immiſcé.

47. *Si le majeur qui a accepté peut répudier à ſon préjudice.*

48. *Si le poſſeſſeur peut ſe faire reſtituer en entier envers l'acceptation, lorſqu'il a quelque moyen*

moyen légitime.

49. *Du co-heritier qui a accepté, auquel une portion vient à accroître par répudiation.*

S'il a besoin d'impetrer pour être reçu à répudier.

S'il peut répudier lorsque les créanciers se contentent de sa portion d'action.

50. *Si l'heritier qui est évincé d'une partie considerable de l'hérédité peut se faire restituer envers l'acceptation.*

Arrêt rapporté par Henrys pour l'affirmative.

51. *Résolution pour la négative.*

52. *Si les Esclaves pouvoient renoncer à l'hérédité.*

Quid *des impuberes heritiers siens, s'ils peuvent renoncer après s'être immiscé.*

Si le pupille qui a accepté sans Tuteur ou avec Tuteur, peut répudier sans se faire restituer.

Si le pupille qui accepte une hérédité répudiée par son pere, peut se faire restituer pour répudier.

53. *Du mineur qui a accepté, s'il peut répudier.*

S'il faut faire difference entre le mineur qui a un Curateur, & celui qui n'en a pas.

54. *Dans quel tems le mineur doit se pourvoir.*

55. *Si le mineur qui a accepté faisant de nouveaux actes d'heritier en majorité peut se faire restituer.*

Si l'on doit raisonner du pupille qui a accepté en pupillarité, & qui a fait des actes d'heritier en minorité, tout comme à l'égard du mineur qui a fait des actes d'heritier en majorité.

56. *Si le mineur qui a commis des fraudes, doit être restitué envers l'adition.*

57. *Si le mineur peut se faire restituer envers l'hérédité sans prouver la lezion.*

Auteurs pour l'affirmative.

Résolution pour la négative.

58. 59. *Suite.*

60. *Cas où le mineur seroit restitué sans prouver que l'héréditè est onereuse.*

61. *Opinion de Ferrieres refutée.*

62. *Si les heritiers du mineur peuvent demander la restitution en entier envers l'adition du mineur.*

63. *Si le Tuteur ou Curateur qui ont accepté pour leur mineur peuvent demander la restitution en entier, envers l'adition par eux faite.*

64. *Le mineur qui a accepté purement peut-il se faire restituer pour accepter sous bénéfice d'inventaire?*

65. *Cas de la Loi* 2, cod. si minor. ab hereditate se abstineat.

66. *Comment le mineur doit-il se faire restituer en entier envers son adition, pour pouvoir renoncer.*

67. *Ce qui a été fait de bonne foi avant la restitution envers l'adition subsiste.*

68. *Si lorsque la succession est réduite* ab intestat *par la restitu-*

tion du mineur qui répudie, les legs payez sont répetez.

69. *Qu'est ce que le mineur doit rendre quand il est restitué envers l'adition, & qu'il répudie.*

70. *Si la substitution vulgaire est éteinte par l'adition du mineur, lorsqu'il se fait restituer envers l'adition.*

Explication de la Loi 44, ff. de re judic.

71. *Résolution que la substitution est éteinte.*

72. *Si les substitutions pupillaires & exemplaires subsistent, lorsque le mineur se fait restituer envers l'adition.*

Si l'existence de l'heritier sien fait subsister la substitution pupillaire.

73. *Si le fideicommis universel est conservé, quoique le mineur qui a accepté se fasse restituer envers l'adition.*

74. *Si les substitutions sont conservées quand le mineur qui a répudié, se fait restituer, & accepte l'hérédité.*

75. *Si le mineur qui s'est fait restituer envers l'acceptation peut se faire restituer de nouveau pour reprendre.*

Diversité d'avis sur cette question.

76. *Quels sont les textes propres pour décider cette difficulté.*

Explication des Loix.

77. *Suite.*

Explication de la Loi 7, §. 9, ff. de minorib.

Contrariorum eadem est disciplina.

78. *Disposition contraire de la Loi derniere*, §. 6, cod. de bonis quæ liberis.

79. *Que cette Loi corrige celle du Digeste.*

Si la Loi du Code abroge totalement celle du Digeste.

Le mineur ne peut pas se faire restituer une seconde fois quand l'adition ou la répudiation a été faite par son pere.

Aliud *quand c'est le mineur lui-même qui a répudié ou accepté.*

80. *Des conditions requises, afin de pouvoir accepter une hérédité.*

81. *Les quatre premieres conditions ont été expliquées ci-dessus.*

82. *L'heritier doit être instruit de la mort du Testateur, pour pouvoir accepter.*

Quid *par l'usage de France.*

Qui doit faire la preuve de la connoissance ou de l'ignorance de la mort du Testateur.

83. *L'heritier doit connoître si l'hérédité lui a été déferée, & si c'est purement ou sous condition.*

De ce qu'il n'a pas besoin de connoître.

84. *Si l'heritier peut accepter avant l'ouverture du testament.*

En quoi consiste l'abrogation de la Loi 32, §. 1, ff. de acquir. hered.

85. *Septiéme condition. L'heritier*

doit connoître l'état du Testateur.

Quels sont les effets que produit l'adition.

86. *Huitiéme condition ; que l'heritier sçache qu'il est appellé en premier rang.*

On ne peut pas accepter tandis qu'on attend un autre heritier.

Si l'opinion de la grossesse de la veuve empêche l'heritier testamentaire d'accepter.

87. *Neuviéme condition ; que l'heritier connoisse comment l'hérédité lui est déferée.*

L'adition doit être conforme au titre qui défere l'herédité.

L'erreur vicie les contrats & les quasi contrats.

Si celui qui accepte en vertu d'un testament qu'il croit bon, n'est pas censé renoncer à l'hérédité ab intestat.

Conciliation de la Loi 97, ff. de acquir. hered. *avec la Loi* 19, ff. de inoff. testam.

Deux testamens de la même personne sont incompatibles.

88. *Qu'il faut adopter la décision de la Loi* 19, ff. de inoff. testam. *à l'exclusion de la Loi* 97, ff. de acquir. hered.

Celui qui accepte une hérédité ne peut pas avoir l'intention de la répudier.

Celui qui accepte en vertu d'un testament qu'il croit bon, est dans l'erreur.

Celui qui exécute un testament qu'il croit bon, n'entend pas lui donner une vertu qu'il n'a pas.

Actus agentium præter intentionem operari non potest.

L'adition & la répudiation qui sont deux contraires, doivent être régies sur les mêmes regles.

Actus agentium interpretamur ex eorum proposito.

Celui qui répudie comme heritier testamentaire, n'est pas censé répudier ab intestat.

Celui qui croit que le testament est faux ou nul, ne peut accepter ni répudier.

La Loi 97, ff. de acquir. hered. *est un des textes qui ont échappé sans attention.*

Observation sur l'imperfection de la compilation des Loix.

Conclusion que celui qui accepte en vertu d'un testament qu'il croit bon, ne renonce pas à la succession ab intestat.

89. *Dixiéme condition ; l'heritier doit être capable de recueillir ; l'adition faite par l'incapable ne peut pas former un quasi contrat.*

Le quasi contrat ne se forme que par l'acquisition irrévocable de l'hérédité.

Les charges doivent suivre l'hérédité.

Explication de la Loi derniere, ff. de interrog. in jure faciend.

Les actes d'heritier faits par celui qui n'est pas heritier actu *sont inutiles.*

90. *Onziéme condition ; que l'a-*

dition soit pure & sans condition ou modification.

91. *Des cas où l'hérédité est censée acceptée ou non, & des actes d'heritier.*

Premiere regle: Aditio est potius animi quàm facti.

L'hérédité est acceptée par la seule volonté, sans toucher aux effets héréditaires.

92. *Deuxiéme regle; ce qui ne peut être fait* extra jus & nomen heredis, *induit l'adition.*

93. *Troisiéme regle; ce qui peut être fait* citra jus & nomen heredis, *n'induit pas l'adition.*

94. *Quatriéme regle; les actes ambigus n'induisent pas l'adition.*

95. *Comment fait-on acte d'heritier.*

En prenant la qualité d'heritier par une énonciative.

S'il faut une déclaration devant Notaire.

Si le Donataire universel fait acte d'heritier en prenant la qualité d'heritier.

Si l'adition a besoin de l'acceptation ou intervention de quelqu'un.

L'adition est indivisible.

On ne peut pas être heritier à l'égard d'une personne, sans l'être à l'égard de tous.

L'heritier doit representer la personne du défunt.

96. *On fait acte d'heritier en constituant un Procureur pour accepter.*

Ou pour exiger les dettes.

Ou pour répondre que l'on est heritier.

97. *Si celui qui traite de l'hérédité fait acte d'heritier.*

De celui qui renonce par simple abdication.

Quid *de celui qui a reçu un prix pour répudier.*

98. *De celui qui dispose de l'hérédité par cession ou transport.*

99. *De celui qui renonce en faveur d'une personne.*

De celui qui dispose par testament ou codicile, de partie des effets d'une hérédité.

100. *De celui qui impugne le testament de faux, ou par quelqu'autre voye.*

101. *En demandant le délaissement d'une hérédité.*

102. *De celui qui prend de son autorité la chose qui lui est dûë, laquelle se trouve dans l'hérédité.*

Difference entre la Coutume de Paris & le Droit Romain.

Il n'y a point d'adition sans l'intention de devenir heritier.

103. *En vendant ou baillant à ferme, en cultivant les biens héréditaires.*

Si l'intention d'être heritier doit se présumer dans ces actes.

Quid *s'il y a protestation.*

En partageant l'hérédité.

104. *Si la possession de la maison ou des biens induit un acte d'heritier.*

Explication de la Loi 4, cod.

undè cognati.

105. *Si l'heritier qui eſt créancier fait acte d'heritier, en poſſedant les biens héréditaires.*

Auteurs qui ſoutiennent l'affirmative.

106. *Auteurs qui tiennent pour la négative.*

Uſage du Parlement de Toulouſe.

Si la proteſtation eſt néceſſaire.

107. *De la poſſeſſion des biens communs.*

108. *De la poſſeſſion des biens héréditaires priſe avec proteſtation.*

109. *De celui qui tranſige ſur les Procès de la ſucceſſion.*

Tranſaction ou arbitrage avec les Legataires.

110. *Du payement des dettes héréditaires.*

De celui qui charge ſon heritier de payer les legs d'une ſucceſſion qu'il a recueillie.

111. *On peut faire acte d'heritier par autrui.*

112. *De celui qui accomplit la condition.*

113. *De celui qui continue une ſocieté commencée pendant la vie du défunt.*

114. *De celui qui exige les dettes héréditaires.*

115. *Si le fils Donataire fait acte d'heritier en rapportant.*

Auteurs pour la négative.

Avis contraire pour l'affirmative.

Explication de la Loi 13, ff. de condict. cauſâ datâ.

La poſſeſſion des biens devoit être demandée en jugement.

L'adition dépend de la volonté.

116. *Si le fils qui a joui des biens de ſon pere ſans autre titre que la legitime, a fait acte d'heritier.*

117. *De l'heritier qui après avoir abſtenu, acquiert les biens paternels.*

118. *De l'heritier qui tranſige ſur le meurtre du défunt.*

Quid *des enfans.*

119. *De celui qui demande un délai pour déliberer.*

120. *Il peut ſe preſenter d'autres cas où l'adition eſt induite.*

Comment doivent-ils être décidez.

121. *Quels ſont les faits qui peuvent être regardez comme clairs ou comme ambigus.*

122. *Si l'adition qui réſulte des faits eſt expreſſe ou tacite.*

123. *Si l'adition ſe préſume.*

124. *Si l'adition peut être prouvée par Témoins.*

Si les Témoins ſinguliers font preuve dans ce cas.

Réſolution que la preuve des faits eſt admiſſible par Témoins.

125. *Si la preuve par Témoins des déclarations verbales eſt admiſſible.*

126. *Réſolution que les Témoins ſinguliers ne font pas preuve.*

127. *Des cas où l'adition n'eſt pas induite.*

Diſtinction des Pays Coutumiers de ceux du Droit écrit.

Dans certaines Coutumes la pro-

teſtation n'empêche pas l'acte d'heritier.

128. *Il n'y a point d'acte d'heritier en Pays de Droit écrit, quand il y a proteſtation contraire.*

129. *Il n'y a point d'adition de la part de celui qui a un autre titre.*

130. *De l'heritier qui explique la cauſe pour laquelle il gere.*

131. *L'adition peut être excluſe par la nature de l'acte.*

Il n'y a point d'acte d'heritier ſans la volonté & l'intention.

132. *Cas de la Loi* 20, §. 2, ff. de acquir. hered.

De celui qui demande comme heritier une choſe qui lui appartient comme fils.

133. *Antinomie entre la Loi* 20, §. 2, *& la Loi* 88, ff. de acquir. hered.

Conciliation de Bartole.

134. *Conciliation de* Cujas.

Si l'immixtion doit ſe faire animo & facto.

Que cette conciliation n'eſt pas veritable.

Preuves.

135. *Autre conciliation qui n'eſt pas bonne.*

136. *Autre conciliation mauvaiſe.*

137. *Veritable conciliation de ces deux textes.*

138. *De celui qui fait enterrer le défunt.*

139. *De l'heritier qui recele ou détourne les effets héréditaires.*

Quid *du fils qui recele, s'il doit être privé du bénéfice d'abſtention, ou s'il fait acte de repriſe.*

140. *De celui qui demande la repreſentation des comptes du défunt pour déliberer.*

141. *Du fils qui après avoir répudié l'hérédité du pere, ſe trouve en poſſeſſion des biens paternels comme dépendans de l'hérédité de ſa mere.*

142. *Les enfans émancipez ne devenoient pas heritiers en s'immiſçant.*

Ils devoient demander la poſſeſſion des biens en Jugement.

Abrogation de la poſſeſſion des biens.

143. *Les enfans ne font pas acte d'heritier en faiſant enterrer le défunt.*

144. *Du fils qui tranſige ſur le meurtre de ſon pere.*

145. *De celui qui accepte un don du Roi fait aux heritiers.*

146. *La confection d'inventaire n'eſt pas un acte d'heritier.*

147. *Les Coutumes ſont plus rigoureuſes au ſujet des actes d'heritier, que le Droit Romain.*

Elles exigent que l'heritier ait touché aux effets héréditaires ſans rechercher l'intention.

Elles n'admettent point les proteſtations contraires aux actes d'heritier.

148. *Diſpoſition de la Coutume de Paris, & d'Orleans.*

149. *De la Coutume de Normandie.*

150. *De la Coutume de Senlis.*

De Nivernois. De Bourbonnois.

La déclaration par acte judiciaire eſt un acte d'heritier en la Coutume de Paris.

Aliud *des déclarations verbales ou par écrit privé.*

On doit ſe précautionner à l'égard des Auteurs Coutumiers.

151. *Si l'adition peut être faite pour partie.*

Si l'on peut accepter l'une de pluſieurs portions, & répudier les autres.

152. *Celui qui eſt inſtitué purement en une portion & ſous condition en une autre portion, devient heritier* in ſolidum *en acceptant.*

De la faculté de renoncer quand une autre portion accroît.

153. *Si celui qui accepte une partie & répudie l'autre, devient heritier.*

Auteurs pour l'affirmative.

Réſolution pour l'opinion contraire.

Raiſons de cette réſolution.

Explication de la Loi 10 *& de la Loi* 80, §. 1, ff. de acquir. hered.

154. *L'adition ne peut être faite qu'une fois.*

Quid *quand il y a pluſieurs heritiers.*

155. *Quels ſont les effets de l'adition.*

Les enfans ſont heritiers avant l'adition ſuivant le Droit Romain.

156. Quid *des heritiers étrangers.*

En France tous les heritiers acquierent l'hérédité avant l'adition.

L'adition n'eſt néceſſaire que pour aſſujettir aux charges, & pour exclure la répudiation.

157. *L'adition confirme toutes les diſpoſitions du teſtament.*

158. *L'adition a un effet rétroactif au tems du décès du Teſtateur.*

159. *L'heritier doit venir avant que ſon droit ſoit éteint par preſcription.*

Dans quel tems la preſcription a lieu.

160. *Afin que la preſcription ait lieu, il faut qu'un autre ait acquis le droit.*

De l'hérédité qui eſt ſur la tête d'un Curateur.

161. *Si l'on peut fixer un délai pour accepter, après lequel l'heritier ſoit exclus.*

Cas où l'on peut obliger l'heritier à accepter.

Si l'heritier peut être pourſuivi juſqu'à ce qu'il ait répudié.

162. *Opinion de* Valla *refutée.*

163. *Au Parlement de Toulouſe on ne connoît que la preſcription de trente ans.*

De la preſcription de dix ans avec titre & bonne foi.

164. *Si la fille inſtituée par ſa mere a trente ans pour accepter en vertu du teſtament, & autres trente ans pour accepter* ab inteſtat.

La répudiation indéfinie comprend la ſucceſſion teſtamentaire, & ab inteſtat.

1. Le testament ne peut être exécuté qu'après la mort du Testateur.

LA succession n'est ouverte que par le décès du Testateur, parce que, *viventis nulla est hereditas*, *L.* 27, *&* *L.* 94, *ff. de acquir. hered.* C'est alors seulement que le testament peut être exécuté, & suivant les expressions de l'Apôtre saint Paul: *Ut testamentum valeat, intercedat mors testatoris necesse est;* mais dès aussitôt que le Testateur est décedé, l'heritier institué purement & sans condition, est saisi du droit d'accepter, ou de répudier l'hérédité; on excepte parmi nous, le cas de la Profession Religieuse, qui donne lieu à l'ouverture de la succession tout de même que la mort naturelle.

Quid après la Profession en Religion.

2. De plusieurs especes d'aditions chez les Romains.

On connoissoit par l'ancien Droit des Romains, deux sortes d'aditions d'hérédité, par rapport aux heritiers étrangers, c'est-à-dire, autres que les enfans en la puissance du Testateur; l'une étoit solemnelle, & l'autre non solemnelle. L'adition solemnelle étoit appellée *cretio*; l'adition non solemnelle étoit appellée *aditio, pro herede gestio, agnitio*, & par rapport aux enfans du Testateur, on l'appelloit *immixtio*, & l'hérédité étoit acquise aux heritiers étrangers par l'une de ces trois premieres manieres, comme le remarque *M. Cujas* sur *Ulpien*, titre 22; mais les enfans heritiers siens étoient heritiers de plein droit, sans adition ni immixtion, *L. in suis* 11, *ff. de liberis & posthumis.* M. le Président Faber, *de error. pragmat. decade* 3, *error.* 4, & M. Cujas, sur la Loi *gerit* 88, *ff. de acquir. hered. lib.* 1, *quæst. Pauli*, sur la Loi 3, *ff. de leg.* 3, & dans plusieurs autres endroits de ses ouvrages. Nous devons observer que c'est tout-à-fait mal-à-propos que certains Auteurs, notamment *M^e. d'Anteserre*, sur la Loi 20, *ff. de acquir. hered.* ont voulu distinguer l'adition de la *gerition* d'heritier, & qu'ils ont prétendu que tel pouvoit faire des actes d'heritier, & acquerir par-là l'hérédité, qui ne pouvoit pas faire l'adition; car les termes, *aditio, pro herede geritio, agnitio*, sont synonimes, & aboutissent à la même fin, c'est-à-dire, à l'acceptation de l'hérédité, & celui qui peut faire l'un peut faire les autres; & au contraire, celui qui ne peut pas faire l'adition, ne peut pas non-plus faire des actes d'heritier, ni reconnoître ou accepter l'hérédité. Le même Auteur est tombé dans deux autres équivoques, lorsqu'il a dit sur la Loi 88, *ff. de acquir. hered.* 1°. Que *agnitio* est une acceptation propre aux heritiers siens. 2°. Que *pro herede geritio requirit factum & animum;* car le contraire de ces deux propositions est prouvé par le texte de la

Adition solemnelle appellée *cretio.*

Adition non solemnelle.

Les heritiers siens n'avoient pas besoin d'adition.

Il n'y a aucune difference entre *adire, pro herede gerere, & agnoscere* Voyez Matan *in parat. de acquir. hered. in fine.*

Celui qui peut faire l'un peut faire les autres *& vice versâ.*

Celui qui ne peut pas faire l'un ne peut pas faire les autres.

a Loi 88, *ff. de acquir. hered.* par ces paroles : *Gerit pro hered: qui animo agnoſcit ſucceſſionem ; licet nihil attingat hereditarium.* Mais pour entendre ceci, & pour bien pénétrer l'eſprit de pluſieurs Loix qui ſont rapportées au titre du Digeſte *de acquir. vel omittenda hered.* & dans les titres *de jure deliberandi, au Digeſte & au Code,* il faut connoître l'Hiſtoire du Droit Romain ſur ce point. C'eſt ce que nous tâcherons de développer un peu plus exactement que ne l'ont fait les Interpretes du Droit Romain.

3. Chez les Romains les heritiers pouvoient être inſtituez avec cretion ou ſans cretion.

Il faut donc ſçavoir, que les heritiers pouvoient être inſtituez de deux façons, c'eſt-à-dire avec *cretion*, ou ſans *cretion*; & qu'il y avoit deux cretions, l'une parfaite & l'autre imparfaite. Les heritiers étoient inſtituez ſans *cretion* lorſque le Teſtateur ne leur impoſoit point la condition d'accepter l'hérédité dans un certain délai; & au contraire ils étoient inſtituez avec *cretion* lorſque le Teſtateur leur impoſoit la condition d'accepter l'hérédité dans un certain délai par lui fixé, & qui étoit ordinairement de cent jours; faute de quoi il les exhéredoit, ou il ſubſtituoit d'autres heritiers. La formule de cette inſtitution nous eſt marquée par le Juriſconſulte *Ulpien, dans ſes Fragmens, tit.* 22, §. 24 & 31 : *Titius heres eſto, cernitoque in diebus proximis centum, quibus ſcieris poteriſve : niſi ita creveris exheres eſto : tunc Mævius heres eſto, cernitoque in diebus, &c.* La *cretion* étoit ou vulgaire ou continue; elle étoit vulgaire lorſque le Teſtateur avoit ajouté les paroles *quibus ſcieris poteriſve*, & dans ce cas le délai dans lequel l'heritier devoit faire l'acceptation ne commençoit à courir que depuis qu'il avoit connu que l'hérédité lui étoit déférée, & qu'il pouvoit accepter. La cretion étoit continue, & le délai pour accepter commençoit à courir depuis la mort du Teſtateur, ſoit que l'heritier l'eût connue & eût pu accepter ou non, lorſque les mots *quibus ſcieris poteriſve* n'étoient pas ajoutez à l'inſtitution avec *cretion. Ulpien*, au lieu cité, §. 28, & 29.

Deux ſortes de cretion. Parfaite ou imparfaite.

Cretion vulgaire ou continuë.

4. Quelle étoit la cretion parfaite ou imparfaite.

La cretion parfaite étoit celle où le Teſtateur avoit ajouté ces paroles à l'inſtitution, *ſi non creveris, exheres eſto*, & elle étoit imparfaite s'il étoit dit ſeulement, *ſi non creveris, tunc Mævius heres eſto.* Lorſque la cretion étoit imparfaite, l'heritier inſtitué en faiſant la cretion ou l'acceptation ſolemnelle excluoit totalement le ſubſtitué; mais s'il ſe contentoit de faire ſimplement des actes d'heritiers ſans y ajouter la ſolemnité de la *cretion*, le ſubſtitué étoit admis en portion avec l'inſtitué par le Droit an-

cien; & dans la ſuite l'Empereur Marc ordonna que l'inſtitué en faiſant des actes d'heritier, ſans ajouter la ſolemnité de la cretion, ſeroit heritier pour le tout, à l'excluſion du ſubſtitué, *Ulpien*, au lieu cité, §. 32.

5. Effet de la cretion parfaite.

Il falloit accepter avec ſolemnité.

C'étoit une eſpece de condition.

Lors donc que l'heritier étoit inſtitué avec une *cretion* parfaite, il ne pouvoit devenir heritier que par une acceptation ſolemnelle, qui étoit faite par ces paroles, *cùm me Mævius heredem inſtituerit eam hereditatem adeo cernoque*, *Ulpien*, *dans ſes Fragmens*, *tit.* 22, §. 25. Ainſi avant cette acceptation ſolemnelle l'heritier ne pouvoit acquerir ni tranſmettre aucun droit ſur l'hérédité. C'étoit une eſpece de condition qu'il falloit remplir, avant d'avoir aucun droit.

6. Les heritiers ſiens étoient exemts de la cretion.

Idem des Eſclaves qui étoient heritiers néceſſaires.

Les heritiers ſiens, & qui étoient en la puiſſance du Teſtateur n'étoient pas ſujets à cette Loi, parce qu'ils étoient heritiers *ipſo jure*, juſques-là qu'ils ne pouvoient pas ſe diſpenſer de reconnoître l'hérédité, *L.* 11, *ff. de liber. & poſthum.* & §. 2, *inſtit. de hered. qual. & differ.* Il en étoit de même des eſclaves inſtituez par leur Maître, parce qu'ils étoient heritiers néceſſaires, §. 1, *inſtit. eod.* Mais le Préteur accorda dans la ſuite le bénefice d'abſtention aux enfans qui étoient en la puiſſance du Teſtateur, & l'on accorda aux eſclaves le bénefice de ſéparation.

7. Si les enfans au-deſſous de ſept ans pouvoient accepter une hérédité.

Il s'enſuivroit de cette rigueur du Droit ancien, que quand des perſonnes qui étoient en bas âge, & au-deſſous de ſept ans, avoient été inſtituées avec *cretion* par des étrangers ou par leur mere, ils ne pouvoient pas devenir heritiers, parce qu'ils ne pouvoient pas faire l'acceptation ſolemnelle; mais l'Empereur Conſtantin par les Loix 1 & 2, *cod. Theod. de maternis bonis*, abrogea la formalité de la cretion pour les héreditez qui étoient déferées par les meres à leurs enfans; & les Empereurs Arcadius & Honorius, par une Loi qu'ils porterent en 407, que l'on trouve au Code Theod. *de maternis bonis*, *L.* 8, l'abrogerent pour les héreditez de toute ſorte de perſonnes, lorſqu'elles étoient déferées à des enfans de famille, comme le remarque *J. Godefroy* ſur la Loi 8, *cod. Theod. de maternis bonis*; & néanmoins on conſerva la néceſſité de l'adition comme devant être faite par l'heritier même: enſorte que ceux qui par leur âge n'étoient pas en état de faire l'acceptation, à cauſe qu'ils ne pouvoient pas parler ne pouvoient pas tranſmettre l'hérédité à eux déferée par teſtament à leurs heritiers; à quoi les Empereurs Theodoſe & Valentinien remedierent, en permettant au pere, à l'ayeul, ou autres aſcendans qui avoient en leur puiſſance l'heritier inſtitué, de faire

Abrogation de la cretion.

l'acceptation pour lui, par la Loi *si infanti*, 18, *cod. de jur. delib.* Que si le pere ou l'ayeul négligeoient de faire l'acceptation, si l'enfant venoit à mourir avant l'âge de sept ans, il transmettoit à son pere ou à son ayeul le droit d'accepter l'hérédité, §. 1; que si l'enfant institué n'avoit point de pere ou d'ayeul vivant, son Tuteur pouvoit faire l'acceptation pour l'heritier institué, qui étoit au dessous de l'âge de sept ans, § 2; & si l'enfant n'avoit point de Tuteur, ou si en ayant il négligeoit de faire l'acceptation: quoique l'enfant vînt à déceder avant la septiéme année accomplie, il ne transmettoit point l'hérédité à ses heritiers, & il étoit consideré tout de même que s'il n'avoit pas été institué, §. 3. Mais si l'enfant venoit à mourir après avoir accompli la septiéme année sans laisser son pere ou son ayeul survivant, on devoit observer la rigueur du Droit ancien; que si le pupille parvenoit à l'âge de sept ans accomplis il pouvoit accepter l'hérédité, ou avec l'assistance de son pere, ou avec celle de son Tuteur, s'il en avoit, sinon il pouvoit accepter d'autorité du Préteur, §. 4.

Qui pouvoit accepter pour les enfans au dessous de sept ans, qui étoient instituez.

8.

A quel tems doit on rapporter l'abrogation totale de la cretion.

L'Empereur Justinien en faisant rédiger les Loix de son Code voulut abroger totalement & indistinctement la formalité scrupuleuse de la *cretion* par ces paroles de la Loi 17, *cod. de jur. delib. Cretionum scrupulosam solemnitatem hac lege penitus amputari decernimus*, lesquelles il attribue aux Empereurs Arcadius, Honorius & Theodose qui s'étoient néanmoins expliquez autrement, & qui ne parloient que des héreditez déferées aux enfans de famille, comme on peut le voir dans la Loi 8, *cod. Theodos. de maternis bonis*, qui parle ainsi: *Cretionem autem scrupulosam solemnitatem, sive materna filiofamilias, sive alia quædam deferatur hereditas, hac lege emendari penitus amputarique decernimus*: ensorte que quoique l'Empereur Justinien rapporte l'abrogation totale de la solemnité de la cretion à l'année 407, elle n'est pourtant en effet que de l'année 529, que le Code de Justinien fut compilé, pour les héreditez qui étoient déferées avec *cretion* à d'autres que des enfans de famille; car c'est alors seulement que la cretion fut abrogée à cet égard.

9.

Les heritiers instituez sans cretion pouvoient accepter sans aucune solemnité.

Lorsque les heritiers avoient été instituez sans *cretion*, ils n'avoient pas besoin pour acquerir l'hérédité de l'accepter avec solemnité; il leur suffisoit de faire des actes d'heritier. Mais lorsqu'ils étoient instituez avec *cretion*, ils ne pouvoient l'acquerir qu'avec la formalité nécessaire, *extraneus heres si quidem cum cretione sit heres institutus, cernendo fit heres: si verò sine cretione, pro*

herede gerendo, pro herede gerit, qui rebus hereditariis tamquam dominus utetur, dit *Ulpien, dans ſes Fragmens, titre* 22, §. 22, & 23.

10. Utilité de ces obſervations.

Les obſervations que nous venons de faire ſont abſolument neceſſaires pour entendre les Loix qui parlent de l'acceptation ſolemnelle, & font voir qu'il n'y a à préſent qu'une ſeule & unique eſpece d'acceptation ou d'adition : C'eſt-à-dire celle qui réſulte de l'intention de l'heritier qui prend cette qualité, ou qui touche aux biens héréditaires, en qualité d'heritier : & que toutes les Loix qui parlent de l'acceptation ſolemnelle, ſont préſentement abrogées, comme l'explique l'Empereur Juſtinien aux Inſtitutes *de heredum qualitate & differentia, §. item extraneus 6,* qui s'explique ainſi, *poteſt aut pro herede gerendo, aut etiam nudâ voluntate ſuſcipiendæ hereditatis, heres fieri.* Ainſi l'adition ne requiert aujourd'hui aucune ſorte de formalité ni de ſolemnité ; il ſuffit que l'heritier témoigne ou de parole, ou par quelque fait, qu'il veut ſe rendre heritier, & accepter l'hérédité. Il faut néanmoins prendre garde que ſelon l'eſprit du texte des Inſtitutes, que nous avons rapporté, l'adition ſe fait proprement *verbis*, & quand on ſe déclare heritier par quelqu'écrit : au lieu que quand on touche aux biens héréditaires dans l'eſprit de ſe rendre heritier, on appelle cela *pro herede gerere* : qu'ainſi l'adition eſt l'acceptation par les paroles, & *pro herede geritio*, eſt l'acceptation par les faits.

Aujourd'hui l'adition ſe fait ſans aucune formalité, par la ſeule démonſtration de la volonté.

11. Adition & immixtion, à quoi s'appliquent.

On trouve dans les Loix deux différens termes pour exprimer l'acceptation d'hérédité, dont on fait uſage ſelon la qualité des perſonnes ; ſçavoir l'adition, que l'on applique communément aux heritiers étrangers, c'eſt-à-dire, qui ne ſont pas en la puiſſance du Teſtateur ; & l'immixtion que l'on applique aux enfans en la puiſſance du défunt, parce que ceux-ci s'immiſcent plutôt en l'adminiſtration libre d'un bien qui étoit cenſé leur appartenir, même du vivant de leur pere, qu'ils n'acceptent une hérédité. *L. in ſuis* 11, *ff. de liberis & poſthumis.* On ne connoit point en France cette différence, parce qu'au moyen de la maxime *le mort ſaiſit le vif*, tous les heritiers ſiens ou étrangers ſont de même nature, & ils ſont tous également ſaiſis de l'hérédité dès le moment de la mort du défunt, & ils la tranſmettent à leurs heritiers quels qu'ils ſoient, pourvu qu'ils ſoient inſtituez ſans condition, & qu'ils ſurvivent au Teſtateur, ſans qu'il ſoit beſoin qu'ils ayent fait aucun acte d'heritier, ni aucune aprehenſion des effets héréditaires : ainſi que nous l'avons mon-

En France, tous ſont heritiers ſiens.

tré au commencement du *ch.* 8. Voilà pourquoi ce que les Loix disent de l'immixtion peut s'appliquer selon notre usage à l'adition, *& vice versâ*, comme l'ont fort bien remarqué *M^e.* *Duval* Professeur en Droit François à Toulouse, dans ses *Institutions du Droit François, liv.* 2, *ch.* 15, *page* 462, *& Loyseau du déguerpissement, liv.* 4, *ch.* 1, *n.* 8.

Ce que les Loix disent de l'immixtion s'applique à l'adition, *& vice versâ.*

Par le Droit Romain les enfans en la puissance du Testateur devenoient heritiers de plein droit au moment de la mort de leur pere ou ayeul en la puissance duquel ils étoient. *L.* 8, *cod. jur. delib. L.* 7, *§.* 2, *cod. de curator. furios. L. in suis* 11, *ff. de liberis & posthumis.* Ce qui fut étendu à tous les enfans & descendans par mâle, ou par fille, lesquels devinrent heritiers de plein droit, avant même que le testament eût été ouvert, & sans aucune aprehension de l'hérédité de fait ni de parole, quoiqu'ils n'eussent aucune connoissance de l'institution faite en leur faveur, & ils la transmettoient à leurs enfans, pourvu qu'ils n'eussent pas abstenu. *L. un. cod. de his qui ante apert. tab. hered. transmitt. & L. un. §.* 5, *cod. de caduc. toll.* Mais nonobstant cette acquisition ils avoient la liberté d'abstenir & de refuser l'hérédité avant d'avoir fait des actes d'heritiers, parce qu'ils n'étoient pas irrévocablement liez : voilà pourquoi ils n'avoient pas besoin de recourir à l'autorité du Préteur pour se faire dégager des charges héréditaires, *L.* 12, *ff. de acquir. hered. Ei qui se non miscuit hereditati paternæ, sive major sit, sive minor, non est necesse Prætorem adire, sed sufficit se non miscuisse hereditati*, dit ce texte.

12. Les enfans en la puissance du Testateur étoient heritiers *ipso jure* sans faire acte d'heritier.

Cela fut étendu aux descendans qui n'étoient pas en la puissance du défunt.

Ils avoient la liberté d'abstenir sans recourir à l'autorité du Préteur.

A l'égard des heritiers qui n'étoient pas du nombre des descendans, ils ne devenoient heritiers que par l'adition. C'étoit en acceptant l'hérédité qu'ils devenoient proprietaires des biens héréditaires. *L. heredes* 23, *ff. de acquir. possess. cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt.* Que si les heritiers instituez venoient à mourir avant d'avoir accepté l'hérédité, ils ne la transmettoient pas à leurs heritiers, pas même à leurs enfans. *L.* 1, *§.* 5, *cod. de caduc. toll. Hereditatem etenim nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur : exceptis scilicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super hujusmodi casibus introducta loquitur.* C'est de la Loi 1, *cod. de his qui ante apertas Tab.* que l'Empereur Justinien entend parler en faisant cette exception.

13. L'adition étoit nécessaire à ceux qui n'étoient pas descendans, pour acquerir l'hérédité, & pour la transmettre.

La maxime *le mort saisit le vif*, qui est pratiquée en France dans les Pays du Droit écrit pour les institutions d'heritier,

14. La maxime *le mort saisit le vif*, a lieu même

pour les institutions en Pays du Droit écrit.

quoique dans les Pays où l'institution n'a pas lieu elle ne soit observée que dans la succession *ab intestat*, a mis les heritiers étrangers au niveau des heritiers siens du Droit Romain ; ensorte que toute sorte d'heritiers, sans distinction, qui se trouvent instituez, sont saisis de l'hérédité & la transmettent avant l'ouverture du testament & avant l'adition, non-seulement à leurs enfans, mais encore à toute sorte d'heritiers testamentaires ou légitimes, même aux heritiers étrangers. Il suffit qu'ils ayent survêcu au Testateur. De plus cette maxime non-seulement fait acquerir de plein droit l'hérédité & la proprieté des biens héreditaires avant l'adition ; mais encore elle transfere la possession du défunt sur la tête de ses heritiers ; en quoi elle déroge au Droit Romain, dans la Loi 23, *ff. de acquir. possess.* qui n'attribuoit la possession aux heritiers, même après l'adition, que quand ils avoient pris la possession réelle & corporelle, *possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet.*

Quoiqu'en Pays Coutumier elle n'ait lieu qu'en la succession légitime à cause que l'institution n'y a pas lieu.

Toutes sortes d'heritiers même étrangers, sont saisis de plein droit.

Cette maxime fait acquerir la proprieté & la possession.

15. Les heritiers saisis peuvent répudier.

Cependant les heritiers ainsi saisis de l'hérédité & de la possession ne laissent pas d'avoir la liberté de répudier, tout comme ils l'avoient par le Droit Romain avant l'adition. La raison est, parce que nonobstant l'acquisition de la proprieté & la possession civile de l'hérédité & des effets héreditaires, on observe cette autre maxime, *nul n'est heritier qui ne veut*, tirée de *l'article* 571 *de la Coutume de Bretagne*, & de *l'article* 316 *de celle de Paris* ; que cette acquisition faite en vertu de la Coutume ne lie pas l'heritier envers les créanciers & les légataires ; & que ce n'est que par l'adition, qui renferme un quasi contrat, que l'heritier est assujetti aux charges héreditaires, *§. heres quoque 5, instit. de oblig. quæ ex quasi contractu nasc.* qu'il est irrévocablement lié & obligé personnellement envers les créanciers & les légataires, & jusqu'à ce que cette obligation personnelle soit produite par l'adition, l'heritier peut se liberer des charges en répudiant ou en abstenant ; mais avant l'adition l'heritier est reputé vrai heritier, tout comme s'il avoit accepté, soit par rapport à la transmission, soit par rapport à la faculté de répudier en fraude & au préjudice des créanciers de l'heritier, ce qu'on ne lui permet point en France : & l'on donne aux créanciers la faculté d'accepter l'hérédité à leurs risques, perils & fortunes, comme nous le dirons dans la section suivante : sur quoi on peut voir *M. Tiraqueau, tractat.* le mort saisit le vif, *partie* 7, *déclarat.* 9 ; *Dumoulin sur la Coutume de Paris*, §. 43, *gloss in verb.* qui dénie le Fief, *n.* 158, *Gregor. Tolos. in syntagm. juris, lib.* 46, *cap.* 1, *n.* 7, *Bacquet, des*

Maxime *nul n'est heritier qui ne veut.*

L'acquisition en vertu de la Coutume, ne lie pas l'heritier envers les créanciers.

Il n'est lié que par l'adition.

Avant l'adition l'heritier est réputé heritier pour la transmission.

Ne peut pas répudier au préjudice de ses créanciers.

droits de Justice, ch. 21, n. 359; M. Dolive, liv. 5, ch. 29, & M. de Catellan, liv. 2, ch. 69.

16. Quelles sont les personnes qui peuvent accepter une hérédité.

Des réflexions que nous avons faites, on peut tirer une regle sûre, pour connoître quelles sont les personnes qui peuvent accepter une hérédité pour soi ou pour autrui; car d'un côté l'adition n'ayant besoin d'aucune solemnité, & formant un quasi contrat qui produit une obligation, laquelle assujettit l'heritier aux charges héréditaires, suivant le *§. heres quoque 5, instit. de obligat. quæ ex quasi contractu nascuntur, L. 5, §. 2, ff. de obl. & act. L. 3, §. 3. L. 4, ff. quib. ex caus. in possessionem eatur*, il est clair, que toute personne qui peut valablement contracter une obligation sans l'intervention du ministere d'autrui, est capable d'accepter une hérédité par lui-même; & que d'autre côté, toute personne qui ne peut pas s'obliger sans l'intervention du ministere d'autrui, ne peut pas valablement accepter seule une hérédité; il faut le ministere de celui dont l'intervention est nécessaire pour s'obliger, afin que l'adition soit efficace & puisse produire son effet d'assujettir aux charges héréditaires. Car pour acquerir l'hérédité, selon nos usages, l'adition n'est nullement nécessaire, comme nous l'avons prouvé plus haut. Cependant il y a plusieurs Loix dans le Digeste & dans le Code, qui décident, que plusieurs personnes incapables de contracter une obligation valable, ne laissent pas de pouvoir accepter une hérédité; par exemple, le pupille peut accepter une hérédité d'autorité du Juge, même sans l'assistance du Tuteur, *L. 18, §. 4, cod. de jur. delib.* le prodigue interdit par Justice peut aussi accepter une hérédité sans l'assistance de son curateur, *L. 5, §. 1, ff. de acquir. hered.* Mais dans ce cas & autres semblables, l'adition n'étoit permise, qu'afin que l'heritier pût acquerir l'hérédité & la transmettre, & non qu'elle liât irrévocablement l'heritier, & l'assujettît sans retour aux charges héréditaires; ensorte qu'il faut toujours distinguer avec soin ces cas où la Loi Romaine déclare l'adition bien faite, quoique par des personnes incapables de s'obliger efficacement, comme devant être entendus rélativement à l'effet qu'une telle adition pourroit produire, de faire transmettre l'hérédité ainsi acceptée; & comme une adition de cette espece n'est pas nécessaire parmi nous pour la faculté de transmettre, on peut dire que ces Loix sont abrogées, & que leur usage est devenu inutile au moyen de l'acquisition de l'hérédité, qui se fait parmi nous de plein droit, en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*; & qu'il n'y a parmi nous de véritable adition que de la part des personnes qui sont capables de s'obliger.

Celui-là peut accepter une hérédité qui peut valablement s'obliger, *& vice versâ.*

L'adition n'est pas nécessaire pour acquerir l'hérédité.

Elle n'est nécessaire que pour s'assujettir aux charges héréditaires.

Quelles personnes pouvoient accepter, quoiqu'elles ne pussent pas s'obliger suivant le Droit Romain.

Elle n'étoit permise à ces personnes que pour acquerir l'hérédité.

17. De l'adition du majeur.

Nous observons d'abord que le majeur peut valablement accepter l'hérédité qui lui a été déferée, *L.* 10, *cod. de jure delib.* & qu'il est irrévocablement lié par son acceptation; ensorte qu'il ne peut point se dégager des obligations contractées par l'adition, quand même il répudieroit, *L. sicut major* 4, *cod. de repud. hered. sicut major* 25 *annis antequam adeat delatam repudians successionem, post quærere non potest; ita quæsitam renuntiando nihil agit, sed jus quod habuit retinet*, & cela a lieu même à l'égard du majeur qui est sourd & muet de naissance, *L.* 5, *ff. de acquir. hered. & §. ult. instit. de hered. qual. & differ.*

18. De l'adition du fils de famille.

Comme selon les regles du Droit ancien, tout ce qui étoit acquis au fils de famille appartenoit de plein droit à son pere ou à son ayeul, en la puissance duquel il étoit, à l'exception du pecule castrense ou quasi castrense, *§.* 1, *instit. per quas personas cuique acquiritur, & L.* 79, *ff. de acquir. hered.* & que par conséquent l'hérédité déferée au fils de famille devoit appartenir à celui en la puissance duquel il étoit: le fils de famille ne pouvoit pas accepter l'hérédité qui lui étoit déferée, sans le consentement de son pere; parce que l'adition devant produire un assujettissement aux charges héréditaires, il ne devoit pas être au pouvoir du fils de famille d'obliger son pere sans son consentement, *qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum, in cujus est potestate, ne æri alieno pater obligaretur*, *L.* 6, *ff. de acquir. hered.* & au contraire le pere ne pouvoit pas accepter l'hérédité déferée à son fils sans la volonté du fils, mais il falloit le concours de la volonté & du consentement du pere & du fils pour remplir la solemnité, *L.* 4, *& l.* 11, *cod. de jur. delib.* On peut voir dans les Loix 6 & 25, *ff. de acquir. hered.* une explication détaillée des cas, où le pere étoit censé avoir donné un *mandat* suffisant à son fils pour accepter l'hérédité à lui déferée. Je ne m'y arrête pas, parce qu'on n'en peut faire aucun usage parmi nous.

19. Correction du Droit ancien par rapport au fils de famille.

Mais l'Empereur Justinien ayant corrigé le Droit ancien, & attribué au fils de famille la proprieté de tout ce qu'il acquiert par son industrie ou autrement qu'avec le bien & la substance de son pere, sauf l'usufruit qui est réservé au pere, *L. cum oportet* 6, *cod. de bonis quæ liberis*: il est permis au fils de famille, majeur de 25 ans, d'accepter lui-même une hérédité qui lui est déferée, quand le pere refuse de l'accepter; & dans ce cas, le pere ne pourra prétendre aucun usufruit sur l'hérédité acceptée par le fils seul malgré son pere: & au contraire, il est permis

Le fils de famille peut accepter une hérédité qui lui est déferée.

au

au pere seul d'accepter l'hérédité déferée à son fils, quand le fils la refuse, auquel cas tout l'émolument & toutes les charges regarderont le pere, *L. cùm non solum, 8, cod. de bonis quæ liberis.* Que si le pere de concert avec son fils accepte l'hérédité déférée au fils, la proprieté est acquise au fils & l'usufruit au pere, suivant le principe renfermé dans la Loi 6 du même titre, & la décision textuelle de la Loi 8, §. 3, *cod. eod.*

Le pere peut accepter à son profit quand le fils institué refuse.

Si l'un & l'autre concourent, la proprieté est acquise au fils, & l'usufruit au pere.

Quand le fils de famille auquel une hérédité a été déferée, est mineur de 25 ans, & qu'il n'est pas dans la pupillarité, on doit observer les mêmes regles qu'à l'égard du fils de famille majeur; c'est-à-dire qu'il peut accepter l'hérédité refusée par le pere; *& vice versa*, le pere peut accepter l'hérédité que le fils refuse, sauf que le fils mineur doit se pourvoir devant le Juge pour faire nommer un curateur avec l'assistance duquel il administrera l'hérédité, & que le fils de famille mineur pourra demander la restitution en entier envers ce qu'il aura fait de préjudiciable, soit en refusant, soit en acceptant l'hérédité, *L. 8, §. 1, cod. de bonis quæ liberis.* Il est encore permis au pere d'accepter l'herédité déferée à son fils Soldat, quoiqu'elle lui soit acquise à l'occasion de la Guerre, & qu'elle dût faire partie de son pecule castrense, lorsque le fils refuse de l'accepter; & cette hérédité appartiendra au pere en proprieté & usufruit de la même maniere, que si elle lui avoit été déferée; aussi en devra-t-il supporter toutes les charges, suivant le §. 2, *de la même Loi.*

20. Du fils de famille mineur.

Si le pere peut accepter l'hérédité déferée à son fils Soldat.

Le pere qui accepte doit supporter les charges héréditaires.

Mais si le fils de famille à qui l'hérédité est déferée est pupille, il est permis au pere d'accepter l'hérédité au nom de son fils sans son consentement; cependant après que le fils aura été émancipé ou qu'il sera venu à l'âge de puberté, il pourra demander d'être restitué en entier envers l'adition faite par son pere: & dans ce cas, le pere qui aura accepté quoiqu'au nom de son fils, demeurera assujetti à toutes les charges héréditaires, sans que la restitution en entier obtenue par le fils puisse profiter au pere. Que si après que le fils aura été restitué en entier, & qu'il aura répudié l'hérédité acceptée en son nom par son pere, il vouloit reprendre l'hérédité & être restitué envers la premiere répudiation, il ne devroit pas être écouté, *ne ludibrio leges ei fiant sæpius eandem & amplecti, & respuere hereditatem cupienti, L. 8, §. uti autem 6, cod. de bonis quæ liberis. Henrys, liv. 6, quest. 32*, agite la question, si lorsque le fils se fait restituer en entier envers l'adition faite par son pere purement & simplement, & qu'il veut l'accepter par bénefice d'inventaire, le pere doit être sujet aux

21. Du fils de famille pupille.

Le pere qui accepte au nom de son fils pupille, est tenu des charges héréditaires, quoique le fils se fasse restituer envers l'adition.

Le pere est tenu subsidiairement

des charges héréditaires, lorsque le fils se fait restituer pour accepter sous bénéfice d'inventaire.

dettes & charges de l'hérédité. Il semble pencher pour l'avis qui tend à la liberation du pere, sur le fondement de quelques textes étrangers; mais le texte de la Loi 8, §. 6, *cod. de bonis quæ liberis*, est trop précis pour pouvoir être affoibli par des argumens tirez des autres textes. Cette Loi donne au pere la faculté d'accepter l'hérédité déferée à son fils, lorsque celui-ci la refuse, tout de même que si le pere étoit institué: voilà pourquoi quand le fils répudie, le pere est irrévocablement heritier & demeure obligé aux charges héréditaires; ainsi le pere qui accepte une hérédité pour son fils doit prendre ses précautions, & faire proceder à un inventaire pour ne pas être exposé à la poursuite des créanciers, en cas que son fils se fasse restituer en entier, & que l'hérédité se trouve insolvable. La Loi est dure à la verité, mais elle est portée; elle est même juste dans son cas, il faut donc l'exécuter.

22. De la répudiation faite par le pere de l'hérédité déferée a son fils impubere.

Si le fils restitué pour accepter peut se faire restituer pour répudier de nouveau.

Que si le pere a répudié une hérédité déferée à son fils impubere, il est permis au fils émancipé ou non, & quoiqu'il soit encore pupille ou mineur, d'accepter l'hérédité avec l'assistance de son Tuteur ou Curateur; mais dans ce cas, s'il vouloit se faire restituer en entier envers une telle acceptation, il ne devroit pas être écouté: *simili modo & in hâc parte nulla ei, vel tutoribus vel curatoribus ejus, licentia concedenda contra priorem suam voluntatem in integrum restitutionem petere*, L. 8, §. 6, *versic. sin autem, cod. de bonis quæ liberis.*

23. De l'acceptation des legs & des fideicommis laissez aux fils de famille.

Et tout ce qui est dit dans cette Loi par rapport à l'acceptation de l'hérédité par le pere ou par le fils de famille, doit avoir lieu par rapport à l'acceptation des legs ou fideicommis universels ou particuliers: *quæ & in legatis & fideicommissis, tam specialibus, quàm per universitatem relictis, & in aliis causis quas suprà enumeravimus, similibusque eis, observanda sunt*, L. 8, §. 6, *in fine, cod. de bonis quæ liberis.*

24. De l'adition du mineur qui n'est pas en la puissance de son pere.

Nous venons d'expliquer les regles qui regardent l'adition du mineur & du pupille qui sont en la puissance de leur pere, il faut voir présentement ce qui regarde l'adition du mineur ou du pupille qui ne sont pas en la puissance d'autrui. La Loi 101, *ff. de verbor. oblig.* décide que le mineur peut valablement s'obliger sans être assisté d'un Curateur, *puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* De-là il s'ensuit que le mineur peut valablement accepter une hérédité sans l'assistance d'un Curateur, L. 17, *ff. de appellat.* & il ne lui reste d'autre remede, que de recourir au bénefice de la restitution en entier., L. 1, *cod. si minor*

S'il peut accepter sans l'assistance d'un Curateur.

ab hereditate se abstineat. Cette restitution en entier doit être traitée devant le Juge avec les créanciers de l'hérédité, qui doivent être appellez, suivant la *Novelle* 119, *ch.* 6, & *l'Auth. Si omnes, cod. si minor ab hered. se abstineat.*

25. Explication de la Loi 3, *cod. de in integr. restit. minor.*

La Loi 3, *cod. de in integr. restit. minor.* semble contraire à ce que nous venons de dire, qu'il est permis à un mineur qui a un Curateur, d'accepter une hérédité, sans l'assistance de son Curateur, puisqu'elle compare le mineur qui a un Curateur à un prodigue interdit d'autorité de Justice, lequel ne peut point s'obliger valablement sans son Curateur: au lieu que la même loi décide que le mineur qui n'a point de Curateur, peut valablement s'obliger sans l'assistance du Curateur; que l'obligation par lui contractée n'est pas nulle, & qu'il peut tout au plus se faire restituer en entier, pourvû qu'il vienne dans le tems prescrit; mais *M. Cujas*, sur la Loi 101, *ff. de verbor. oblig.* remarque fort bien que la Loi 3, *cod. de integr. restit. minor.* est dans le cas de l'alienation faite par le mineur de ses immeubles sans l'assistance de son Curateur, laquelle est nulle de plein droit, parce que le mineur ne peut pas aliener sans Curateur & sans Décret, *tot. tit. cod. de prædiis & aliis rebus minor. sine decreto non alienand.* & quoique certains Auteurs ayent crû que la Loi 101, *ff. de verbor. obligat.* étoit dans le cas d'un mineur qui n'a point de Curateur, leur observation n'est pas vraie, la preuve en est dans ces termes de la Loi, *sine Curatoribus suis*, qui suppose bien clairement que le mineur dont elle parle avoit des Curateurs. Il faut donc dire que la Loi 3, *cod. de in integr. restit. minor.* ne compare le mineur qui a un Curateur, à un prodigue interdit, que par rapport à l'aliénation de ses immeubles, & non dans les autres cas, où il est permis par les autres Loix de s'obliger valablement sans l'assistance du Curateur, quoiqu'il en ait; & c'est l'usage du Parlement de Toulouse, où l'on ne distingue point si le mineur contracte avec le Curateur ou sans Curateur; car dans l'un & l'autre cas, ses obligations subsistent, sauf le bénefice de restitution, *M. Maynard, livre* 3, *chap.* 53.

26. De l'adition du pupille qui est dans l'enfance.

Lorsque le pupille est dans l'enfance, & qu'il n'a pas sept ans accomplis, il ne peut point accepter une hérédité par lui-même, elle doit être acceptée, ou par le pere, en la puissance duquel il est, ou par son Tuteur, *L. infanti* 18, *cod. de jur. delib.* même le consentement du pupille qui est dans l'enfance, n'est pas requis; la raison est, parce que celui qui est dans l'enfance est incapable de donner aucun consentement déliberé, *§. 9, instit. de*

inutil. ſtipulat. Nam infans, & qui infantiæ proximus eſt non multum à furioſo diſtat, quia hujuſmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum ; mais le pupille qui avoit ſept ans paſſez, & qui n'avoit point de Tuteur, pouvoit accepter d'autorité du Préteur, une hérédité qui lui étoit déferée, *L.* 18, *§.* 4, *cod. de jur. delib.* ce qui n'avoit été ainſi ordonné que pour donner au pupille le droit de tranſmettre l'hérédité à lui déferée; auſſi faut-il avoir recours à d'autres regles pour ſçavoir ſi le pupille qui accepte une hérédité par lui-même, eſt aſſujetti aux charges héréditaires, & s'il eſt obligé envers les créanciers & les legataires.

27. *Le pupille aſſiſté de ſon Tuteur peut valablement accepter une hérédité.*

Nous diſons donc, en premier lieu, que le pupille aſſiſté de ſon Tuteur, peut valablement accepter une hérédité, & s'aſſujettir par-là aux charges héréditaires, *Leg. pupill.* 49, *ff. de acquir. hered. §.* 1, *inſtit. de autor. tutor. L.* 9, *§.* 3, *de autor. tutor. L.* 8, *& L.* 9, *ff. de acquir. hered.* La raiſon, parce que le pupille peut valablement s'obliger par l'autorité de ſon Tuteur: *Inſtit. de autor. tutor. in princip. & §.* 9, *inſtit. de inutil. ſtipulat.* ſauf le benefice de reſtitution, auquel il n'a pas beſoin de recourir quand il fait l'adition ſans Tuteur, *L.* 57, *ff. de acquir. hered.* parce qu'il ne peut pas s'obliger, *L.* 16, *ff. de minor.*

28. *Le pupille ne peut pas accepter ſans Tuteur.*

En ſecond lieu, que le pupille ne peut pas accepter une hérédité par lui-même, ſans l'autorité de ſon Tuteur, *L.* 9, *§.* 3, *ff. de autor. tutor. L.* 8, *ff. de acquir. hered. & §.* 1, *inſtit. de autorit. tutor.* parce qu'encore que le pupille qui eſt ſorti de l'enfance, & qui a quelqu'entendement, puiſſe contracter une obligation naturelle par lui-même, *L.* 1, *§.* 1, *ff. de novat.* néanmoins, une telle obligation ne produit aucun effet, parce qu'elle n'eſt pas approuvée par la Loi, & qu'elle eſt inefficace, *inſtit. de autorit. tutor. in princip. & §.* 9, *inſtit. de inutil. ſtipulat.* Ainſi quand le pupille accepte une hérédité ſans l'autorité de ſon Tuteur, il n'a pas beſoin de ſe faire reſtituer en entier pour ſe dégager des charges héréditaires; il s'en dégage en répudiant, *L. neceſſariis* 57, *ff. de acquir. hered. & L.* 16, *ff. de minor.* mais s'il poſſedoit l'hérédité en minorité, comme cette poſſeſſion induiroit une adition valable, de laquelle naîtroit une obligation civile, il ſeroit obligé envers les créanciers & les legataires, & par conſéquent, il auroit beſoin de recourir au benefice de reſtitution en entier, pour ſe faire liberer de l'obligation que l'adition produit, de la même maniere que s'il avoit commencé l'adition en minorité, & qu'il n'eût pas poſſedé auparavant l'hé-

Il peut répudier ſans ſe faire reſtituer en entier.

Quid s'il fait des actes d'heritier en minorité.

rédité, comme nous l'avons expliqué en parlant de l'adition du mineur, parce que dans ce cas, les actes d'heritier faits en minorité sont autrement efficaces que ceux que l'heritier fait dans la pupillarité.

29. Si le pupille qui s'immisce en l'hérédité de son pere peut s'abstenir sans se faire restituer.

En troisiéme lieu, quoique suivant le Droit Romain, dans la Loi 8, *ff. de acquir. hered.* le pupille qui succedoit à son pere ou autre ascendant, en la puissance duquel il étoit, pût s'immiscer en l'hérédité, parce qu'il étoit heritier nécessaire ; néanmoins, il n'étoit pas irrévocablement obligé aux charges héréditaires, parce que le Préteur accordoit aux enfans le benefice d'abstention, *§. sui autem 2, instit. de hered. qualit. & differ.* Il ne faut donc pas croire qu'un tel pupille eût besoin de recourir au benefice de restitution, pour se liberer des charges héréditaires, parce qu'une telle immixtion étoit incapable d'obliger civilement le pupille ; mais il pouvoit abstenir de l'hérédité de plein droit, comme n'étant pas lié, & nous devons dire la même chose selon notre usage, puisque comme nous l'avons remarqué ci-devant, l'adition ou l'immixion ne peut produire d'obligation qu'autant que l'heritier qui accepte est personne légitime & capable pour s'obliger.

30. Si le Tuteur peut accepter seul sans le pupille.

En quatriéme lieu, la Loi 5, *cod. de jure deliberandi*, décide que le Tuteur ne peut pas seul, & sans la volonté de son pupille, acquerir l'hérédité : *potuit pupillus pro herede, tutore auctore gerendo, consequi successionem ; sed ipsius actus & voluntas fuit necessaria ; nam si quid nesciente eo tutor agit, illi hereditatem non potuit acquirere* ; ce qui doit s'entendre du Tuteur d'un pupille qui est sorti de l'enfance, & qui a passé sept ans ; car le Tuteur du pupille qui est dans l'enfance peut accepter l'hérédité au nom du pupille, *L. 18, §. 2, cod. de jur. deliberandi ;* mais comme en France l'adition n'est pas nécessaire pour acquerir une hérédité déferée, & qu'elle est acquise de plein droit à l'heritier en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*, ensorte qu'il la transmet de la même maniere que s'il l'avoit acceptée ; que de plus, on n'y observe pas les Loix qui exigent que le pupille intervienne dans les contrats, ou quasi-contrats qui le regardent, tout cela pouvant se faire par le Tuteur seul qui agit, ou contracte au nom du pupille, comme le remarque *Me. Claude-Joseph de Ferrieres*, sur les institutes, *tit. de autor. tutor. in princip. & §. 1 ;* il est indubitable parmi nous, que le Tuteur seul, sans l'intervention, ni le consentement de son pupille, sans distinguer s'il est dans l'enfance ou hors de l'enfance, peut

Quid en France.

Si le pupille doit intervenir dans les contrats faits par son Tuteur.

accepter une hérédité, & que le pupille demeurera obligé aux créanciers & legataires par le fait du Tuteur, sauf le benefice de restitution, ou son recours contre le Tuteur qui a mal-à-propos accepté une hérédité onereuse, sans recourir au benefice d'inventaire, *L.* 1, *cod. si tutor vel curator intervenerit.*

31. *Quid* dans les Pays Coutumiers où la tutelle dure jusqu'à la majorité.

De-là vient que comme dans la France Coutumiere, la tutelle dure jusqu'à la vingt-cinquiéme année accomplie, & que c'est le Tuteur qui paroît seul dans les contrats & dans tout ce qui regarde l'administration, non-seulement le pupille, mais encore le mineur, ne peuvent pas accepter une hérédité sans l'autorité de leur Tuteur; bien plus, c'est le Tuteur seul qui accepte, quoique celui qui est sous la tutelle ne soit plus en pupillarité; cependant l'intervention du pupille ou du mineur ne rendroit pas l'acceptation faite par le Tuteur, nulle ou inutile, parce que l'intervention d'une formalité superfluë, ne peut pas vicier l'acte: & quoiqu'un pupille qui a quelqu'intelligence puisse faire sa condition meilleure, tant en Pays de Droit écrit que Coutumier, suivant les principes du Droit Romain, §. 9, *instit. de inutil. stipul.* il ne peut pas néanmoins accepter seul une hérédité qui lui est déferée, parce que l'acceptation d'une hérédité renferme nécessairement une obligation, & un assujettissement aux charges de l'hérédité, de quoi le Public n'est point capable: *hereditas autem quin obliget nos æri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est, L. more* 8, *ff. de acquir. hered.* car on observe même dans le Pays Coutumier les regles du Droit Romain, qui veulent que le pupille ne puisse s'obliger en aucune façon, sans l'autorité de son Tuteur, suivant la Loi 5, §. 1, *ff. de acquir. hered.*

Le pupille peut faire sa condition meilleure.

32. De l'adition du prodigue interdit.

Le prodigue interdit par Justice pouvoit accepter une hérédité qui lui avoit été déferée, *eum cui lege bonis interdicitur heredem institutum, posse adire hereditatem constat.* Mais comme cela n'étoit ainsi ordonné que pour donner la faculté de transmettre l'hérédité, & que le prodigue ne peut pas valablement s'obliger sans l'intervention de son Curateur, *L.* 6, *ff. de verbor. obligat.* & *leg.* 10, *ff. de curator. furios.* l'acceptation de l'hérédité faite par un prodigue interdit sans l'autorité de son Curateur, ne pourroit pas l'assujettir aux charges héréditaires, sans même qu'il eût besoin de recourir au benefice de restitution en entier, parce que son adition seroit incapable de produire une obligation civile contre lui. *L'Ordonnance du mois de*

Février 1731, *article* 7, ne permet pas même au prodigue d'accepter une donation qui lui eſt faite; mais elle veut que l'acceptation ſoit faite par ſon Curateur, ou par ſes pere ou mere ou autres aſcendans pour lui, ſans qu'il ſoit beſoin d'aucun avis des parens pour rendre valable l'acceptation.

33. De l'adition du furieux, ou de celui qui eſt dans la démence.

Le furieux ou celui qui eſt dans la démence, ne pouvoient pas accepter une hérédité, même pour la faculté de la tranſmettre, ſuivant le Droit Romain, *L.* 7, *§.* 3, *cod. de curator. furioſi*, & *L.* 63, *ff. de acquir. hered.* parce que l'acquiſition qui réſultoit de l'adition devoit être un effet de la volonté, de laquelle le furieux n'eſt pas capable, *quoniam non niſi voluntate Domini acquiri hereditas poteſt, furioſi autem voluntas nulla eſt, L. qui ſervum* 47, *ff. de acquir. hered.* A plus forte raiſon un furieux ou imbécile, & tout autre dépourvû de bon ſens, peuvent-ils moins accepter une hérédité pour s'aſſujettir aux charges héréditaires, puiſque cela dépend, comme nous l'avons prouvé, de la faculté & de la capacité de s'obliger.

34. De l'adition de la femme mariée dans le Pays Coutumier.

La femme en Pays Coutumier, paſſe en la puiſſance de ſon mari; par cette raiſon, elle ne peut pas valablement s'obliger ſans être autoriſée de ſon mari, & par conſéquent, elle ne peut point accepter une hérédité, de façon qu'elle ſoit aſſujettie irrévocablement aux charges, ſans l'autoriſation de ſon mari. On a même porté ſi loin ce principe du Droit Coutumier, que *l'art.* 9 *de l'Ordonn. du mois de Février* 1731, ne permet pas à la femme mariée, quoiqu'elle ne ſoit pas commune en biens, ou qu'elle ſoit ſéparée de ſon mari par autorité de Juſtice, d'accepter aucune donation entre-vifs, ſans être autoriſée par ſon mari, ou par Juſtice à ſon refus.

35. De l'adition de la femme mariée dans les Pays du Droit écrit.

On doit dire la même choſe de la femme dans les Pays du Droit écrit, où elle ne paſſe pas en la puiſſance de ſon mari, lorſqu'elle s'eſt conſtituée tous ſes biens, preſens & à venir, & qu'elle ne peut pas par conſéquent avoir des biens paraphernaux; la raiſon eſt, parce qu'on ne peut pas accepter une hérédité ſans s'obliger aux charges héréditaires, *L. more* 8, *ff. de acquir. hered.* & que la femme ne peut pas obliger ſes biens dotaux, *L. un. §. & cum lex Julia* 15, *cod. de rei uxor. act. & Novell.* 61; auſſi l'article 9 de l'Ordonnance déja citée, ne permet à la femme mariée d'accepter une donation ſans être autoriſée par ſon mari, ou par Juſtice à ſon refus, que quand il s'agit d'une donation faite à la femme pour lui tenir lieu de bien paraphernal, dans les Pays où les femmes mariées peuvent avoir des biens de cette qualité.

36. De l'adition du mari pour la femme dans les Pays Coutumiers ou du Droit écrit.

Le mari ne pouvant pas par son fait, obliger valablement sa femme, suivant la rubrique du code *ne uxor pro marito*, encore moins lorsqu'il s'agit des biens dotaux, *Instit. quibus alienare licet vel non*, *L. un. §. & cum lex Julia* 15, *cod. de rei uxor. actione & novell.* 61, il est clair que l'adition faite par le mari, d'une hérédité déferée à sa femme, sans la participation & le consentement de la femme, ne peut pas l'assujettir ni l'obliger irrévocablement aux charges héréditaires, ni l'empêcher de répudier; ce qui est observé quand même la femme seroit commune en biens & que l'hérédité déferée à la femme devroit entrer en communauté, suivant *M. Louet, lettre M. sommaire* 25, parce que la femme ne peut pas être efficacement obligée sans son consentement: Ainsi, lorsqu'une hérédité est déferée à une femme mariée dans les Pays Coutumiers, ou du Droit écrit, il faut que la femme accepte, ou qu'elle consente à l'adition faite par son mari pour elle, afin qu'elle soit efficacement obligée aux charges héréditaires.

37. De l'adition du Curateur du mineur.

Nous avons vû ci-dessus de quelle maniere, & en quels cas le Tuteur peut accepter seul une hérédité déferée à son pupille: Il faut voir presentement, si le Curateur du mineur peut accepter une hérédité déferée au mineur; on doit distinguer à cet égard, les Pays Coutumiers de ceux du Droit écrit. Dans les premiers, c'est le Curateur, & non le mineur, qui contracte, qui agit, & qui peut s'obliger au nom de son mineur: Il peut donc ainsi que nous l'avons remarqué plus haut, accepter pour son mineur l'hérédité qui lui est déferée, sans même qu'il soit besoin que le consentement du mineur intervienne; & quand le Curateur ou le Tuteur du mineur aura accepté, il ne restera d'autre ressource au mineur, que d'implorer le benefice de la restitution en entier, pour se liberer des charges héréditaires. A l'égard des Pays du Droit écrit, la Loi 90, *ff. de acquir. hered.* décide nettement que le Curateur ne peut pas acquerir une hérédité à son mineur, *per curatorem hereditatem acquiri non posse*, dit le texte cité. Il faut que le mineur accepte lui-même, non pour acquerir l'hérédité, comme le veut le Droit Romain, parce que l'hérédité est acquise de plein droit en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*; mais afin que le mineur puisse être valablement assujetti aux charges héréditaires.

38. De l'adition du Curateur du furieux ou imbécile.

Nous avons vû que le furieux étant incapable de volonté, & par conséquent de s'obliger, il ne pouvoit pas accepter une hérédité qui lui étoit déferée. Il faut donc que l'adition se fasse par

par son Curateur, *L.* 7, *§.* 3, *cod. de curator. furiosi.* L'acceptation peut aussi être faite par le Curateur du muet qui n'a aucune intelligence, *L. servo* 65, *§. si pupillo* 3, *ff. ad Senatusconsult. Trebell. Quo exemplo & mutus, qui nihil intelligere potest, per curatorem adjuvatur ;* mais on ne distingue pas parmi nous, comme on faisoit chez les Romains, entre l'hérédité qui étoit déferée au furieux par son pere ou autre en la puissance duquel il étoit, qui étoit dévoluë de plein droit, & acquise sans adition, à cause qu'il étoit heritier nécessaire, & l'hérédité de toute autre personne, *L.* 7, *§.* 2 *&* 3, *cod. de curator. furiosi* ; parce que comme nous l'avons remarqué plusieurs fois, l'hérédité est acquise parmi nous de plein droit en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*, & est transmise même avant l'adition, quoiqu'il s'agisse de l'hérédité d'une personne étrangere ; ensorte que l'adition du Curateur ne peut pas aujourd'hui avoir d'autre effet, que d'assujettir le furieux aux charges héréditaires ; que si le furieux revient en son bon sens, il aura la liberté de répudier l'hérédité acceptée par son Curateur, *L.* 7, *§.* 7 *&* 8, *cod. de curator. furiosi.*

39. De l'adition du Procureur fondé.

L'adition est un acte de volonté ; il ne peut donc pas y en avoir dès que l'heritier auquel l'hérédité est déferée, ne démontre point cette volonté. De-là vient que l'adition ne peut pas être faite par une tierce personne, au nom de l'heritier, à moins qu'elle ne soit du nombre de celles ausquelles la Loi le permet, comme sont le pere, le Tuteur, le Curateur du furieux, ou du prodigue, & autres semblables. Mais on demande si l'adition d'hérédité peut être faite par le ministere d'un Procureur fondé. *M. Cujas*, sur le titre *de jure deliberandi*, au code, soutient la négative, sur ce qu'il pense, qu'encore que la formalité de la *cretion* soit abrogée, son effet ne laisse pas de subsister. *La glose* sur la Loi 90, *ff. de acquir. hered.* qui pense qu'il faut lire dans cette Loi, *per procuratorem*, au lieu des mots *per curatorem*, pense aussi qu'une hérédité ne peut pas être acquise par le ministere d'un Procureur, soit general ou spécial ; la raison du Glossateur est, parce qu'au moment que l'heritier constitue un Procureur pour accepter, l'adition est déja faite par le Mandant, & qu'il ne reste plus rien à faire par le Procureur, l'hérédité étant acquise au Mandant, parce que l'acquisition dépend de la nuë volonté de l'heritier ; mais quoiqu'il semble que ces Auteurs soient de même avis, ils pensent néanmoins d'une maniere très-differente ; car *M. Cujas*, *lib.* 1, *observat.*

Opinion des Auteurs qui pensent que l'hérédité ne peut pas être acceptée par Procureur.

cap. 34, soutient qu'une hérédité ne peut pas être acquise par le Procureur, ni par le mandat qui le constitue pour accepter, au lieu qu'Accurse croit que l'hérédité est acquise par le mandat, sans que le ministere du Procureur soit nécessaire.

40. La possession des biens pouvoit être acquise par Procureur.

Cependant, il est certain que la possession Prétorienne des biens pouvoit être acquise par Procureur ; elle étoit même censée acquise du jour de la procuration, lorsque le Procureur avoit accepté, quoique le Mandant fût tombé depuis dans la fureur ; au lieu qu'il en étoit autrement si le Mandant étoit tombé dans la fureur ou dans la démence avant l'acceptation faite par son Procureur, *L.* 48, *ff. de acquir. vel omitt. hered.* Mais *M. Cujas, lib.* 1, *observat. cap.* 34, croit qu'il faut faire difference entre la demande de la possession des biens, & l'adition d'hérédité. La premiere étant introduite par le Préteur, qui suivoit l'équité, au lieu que l'adition est du Droit Civil, qui est de rigueur.

S'il faut faire difference entre l'adition & la possession des biens.

41. Le Prince Souverain heritier institué pouvoit accepter par son Procureur General.

Il est encore nettement décidé par la Loi 1, §. dernier, *ff. de Officio Procuratoris Cæsaris*, que quand l'Empereur étoit institué heritier, son Procureur pouvoit accepter & acquerir l'hérédité au Prince: *si Cæsar heres instituatur, miscendo se opulentæ hereditati, Procurator heredem Cæsarem facit* ; mais cette Loi dit que cela est particulier au Procureur du Prince : *est hoc præcipuum in Procuratore Cæsaris.*

42. Distinction entre le Droit ancien & le Droit nouveau.

Pour résoudre cette difficulté, il faut distinguer les regles du Droit ancien de celles du Droit nouveau. Il paroît assez clairement de plusieurs textes, notament de la Loi 4, *cod. de jure delib.* que l'adition étoit un acte solemnel, qui exigeoit une formalité, laquelle devoit être remplie par l'heritier même ; & tandis que cette formalité a subsisté, l'hérédité ne pouvoit pas être acquise à l'heritier, ni par le Tuteur, ni par le Curateur, ni par le Procureur fondé, même de procuration spéciale, comme l'a pensé *M. Cujas* ; excepté qu'il ne s'agit d'une hérédité déférée à un Pupille qui étoit dans l'enfance, ou à un furieux, ou à quelque autre personne destituée de toute intelligence, auquels cas les Loix permettoient au Tuteur, ou au Curateur d'accepter l'hérédité par une espece de dispense de la rigueur de la regle : mais la formalité & la solemnité de l'adition ayant été retranchée & abrogée, & la Loi ne la faisant plus dépendre, que de la démonstration de la volonté de l'heritier, il est clair qu'une hérédité peut être acceptée par le ministere d'un Procureur fondé ; que même dès aussitôt que l'heritier donne pouvoir

Résolution que l'hérédité peut être acceptée par Procureur.

à quelqu'un d'accepter l'hérédité à son nom, il l'accepte véritablement; parce qu'il témoigne qu'il veut être heritier: ce qui suffit pour constituer l'adition.

43. *Quid* suivant l'usage de France.

Ce qui a lieu encore à plus forte raison en France, où l'hérédité est acquise de plein droit, & avant l'adition, en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*; qu'ainsi le principal effet de l'adition n'est pas d'acquerir l'hérédité à l'heritier; mais elle n'opere d'autre effet que d'assujettir l'heritier aux charges héréditaires: si bien que ne s'agissant pas de remplir une formalité pour acquerir l'hérédité, qui est acquise de plein droit, & n'étant question que d'obliger l'heritier aux Créanciers, & aux Legataires du défunt, on peut contracter une telle obligation, aussi-bien par Procureur, que par soi-même: car l'obligation que l'on contracte par le ministere d'un Procureur suffisamment fondé, n'est pas moins efficace, que celle que l'on contracte par soi-même; ainsi il est clair qu'il suffit que l'acceptation soit faite par un Procureur, qui a un pouvoir suffisant pour obliger le Mandant, quand même il ne seroit pas spécial pour accepter l'hérédité, quoique la Loi *si quis* 25, §. 5, *ff. de acquir. hered.* exige que le mandat que le pere donne à son fils pour accepter une hérédité déferée au fils soit spécial: car ce texte n'est pas applicable à notre cas; & cela me paroît plus conforme à nos maximes, que l'avis *de Benedicti* sur le chap. *Raynutius verb. mortuo testatore* 1, *n.* 326, qui pense que l'adition d'hérédité ne peut être faite, que par un Procureur fondé de procuration spéciale.

Quel pouvoir faut-il pour accepter une hérédité pour autrui.

44. De l'adition des héréditez déferées aux Corps, Communautez, ou Colleges.

A l'égard des héréditez qui sont déferées aux Communautez Laïques ou Ecclesiastiques, Corps ou Colleges approuvez, & qui sont capables de recueillir des successions, l'acceptation en peut être faite par leurs Syndics, Officiers & autres Administrateurs, qui ont un pouvoir suffisant pour gerer & administrer les autres biens de ces Communautez, Corps & Colleges, & les obliger, sauf qu'ils peuvent recourir au bénéfice de restitution en entier, quand ils se trouvent lezez; parce qu'ils jouissent du privilege des mineurs.

45. En quel cas les heritiers qui ont accepté peuvent répudier ou non. Du majeur.

Voyons présentement les cas auxquels les heritiers, qui ont accepté peuvent, ou ne peuvent pas se liberer des charges héréditaires, en renonçant à l'hérédité, & commençons par le majeur. Suivant un rescrit de l'Empereur Adrien mentionné dans la Loi 22, *cod. de jur. delib.* & dans le §. *extraneis* 5, *instit. de hered. qualit. & differ.* lorsque le majeur avoit accepté une hérédité, & que l'on découvroit beaucoup de dettes passives, qui étoient

inconnuës au tems de l'adition, il pouvoit se faire restituer en entier. L'Empereur Gordien attribua le même avantage aux Soldats, & il voulut qu'ils ne pussent être convenus qu'à concurrence de la valeur des biens, qui se trouvoient dans l'hérédité. Aujourd'hui cela est abrogé par les Loix posterieures, notament par la Loi 22, *cod. de jur. delib.* excepté ce qui concerne le Soldat. Un heritier majeur qui ne fait point d'inventaire, & qui accepte l'hérédité purement, ne peut point être restitué en entier envers l'adition pour se dégager des dettes & charges hereditaires, quoique l'on découvre des dettes, qui excedent la valeur des biens de l'hérédité. Dès que l'heritier néglige de profiter des avantages que la Loi lui présente en faisant faire inventaire, & en acceptant l'hérédité sous le bénéfice de cet inventaire; il n'est plus excusable, & il doit s'imputer de s'être chargé sans précaution, d'une hérédité, qui se trouve par évenement onereuse, comme le dit le §. 12 de la Loi 22, *cod. de jur. delib.*

46. Suite. Aussi la Loi 4, *cod. de repud. hered.* décide-t-elle, que quand le majeur a accepté une hérédité, il ne se décharge point des dettes, quoiqu'il renonce à l'hérédité, & il la retient quand il l'a une fois acquise irrévocablement par l'adition; ce qui a lieu non-seulement à l'égard de l'heritier étranger; mais encore à l'égard du fils qui s'est immiscé dans l'hérédité de son pere; car l'insuffisance des biens de l'hérédité, ni l'enlevement des biens qu'un co-heritier peut avoir fait, ne lui fourniſſent pas un moyen de se faire restituer en entier pour le liberer des charges héréditaires, L. 10, *cod. de jur. delib. Si te bonis paternis major quinque & viginti annis immiscuisti : neque inopia patris te excusat; neque vis fratris portionem tuam, vel testamentum eripientis, arcere de exactione creditorum, qui jure civili pro hereditaria portione te conveniunt, potest.*

Du fils majeur qui s'est immiscé.

47. Si le majeur qui a accepté peut répudier à son préjudice. Il y a des Auteurs, qui ont cru, notament *Grassus lib. 2, art. acquisitio hereditatis, quæst. 14, n. 2*, qu'à la verité l'heritier, qui a une fois accepté ne peut pas en répudiant se liberer des charges hereditaires, desquelles il demeure tenu envers les créanciers & les Legataires, nonobstant la répudiation; mais qu'en renonçant à l'hérédité, il peut s'en exclure, & que l'hérédité peut être acceptée par un autre après une telle répudiation comme ayant dépouillé l'heritier de tout le droit qu'il pouvoit avoir sur l'hérédité. Cette décision est formellement condamnée par la Loi 4, *cod. de repud. hered.* Car elle ne décide pas seulement que l'heritier majeur, qui a accepté, ne peut pas en répudiant, se

liberer envers les créanciers; mais elle ajoute que nonobſtant une telle répudiation l'heritier retient l'hérédité qu'il a une fois acquiſe par l'adition, *ſed jus quod habuit retinet*; il ne peut perdre l'hérédité qu'en la transferant à un autre par voye de donation ou de ceſſion, *L. 3, cod. eod.* Ainſi il eſt clair que la répudiation ne peut faire rien perdre à l'heritier, qui a une fois accepté: cependant ſi l'heritier transferoit ſon droit à un autre heritier, où s'il répudioit dans une inſtance formée avec ſon co-heritier, ou avec un heritier au ſecond dégré, qui après la renonciation ou répudiation, acceptât la portion, ou l'hérédité répudiée, la répudiation devroit valoir comme un tranſport, *& in vim pacti*, quoiqu'elle ne pût pas dépouiller l'heritier, ſi elle demeuroit aux termes d'une ſimple répudiation.

48. Si le majeur peut ſe faire reſtituer en entier envers l'acceptation, lorſqu'il a quelque moien légitime.

Quoique l'heritier majeur, quand il a accepté ſans inventaire, ne puiſſe pas ſe faire reſtituer en entier ſous prétexte de la découverte des dettes paſſives qui abſorbent l'héredité & au-de-là, ni pour quelque autre accident: il pourroit néanmoins être reſtitué en entier s'il y avoit quelque moyen ſuffiſant, comme s'il étoit intervenu du dol, de la force ou violence dans l'acceptation, ou quelque autre moyen qui fût capable de faire caſſer un contrat entre majeurs. Car l'obligation qui eſt contractée par l'adition, qui forme un quaſi contrat, doit ſe regler de la même maniere que celle qui vient des contrats, comme nous l'expliquerons dans la ſection ſuivante.

49. Du co-heritier qui a accepté auquel une autre portion vient à accroître par répudiation.

Lorſque le majeur co-heritier avec un mineur a accepté ſa portion, & que le mineur qui a accepté auſſi ſe fait reſtituer envers ſon acceptation, le co-heritier majeur n'eſt pas tenu des dettes hereditaires pour la portion qui avoit été acceptée par le mineur & qui eſt répudiée après la reſtitution en entier: mais les créanciers doivent être mis en poſſeſſion de la portion vacante pour la faire vendre à leur profit. *L. ſi minor 61, ff. de acquir. hered.*

S'il a beſoin d'impetrer pour être reçu à répudier.

De même lorſqu'un co-heritier majeur a accepté ſa portion, ſi ſon co-heritier répudie la portion qui lui eſt déferée, il pourra répudier la portion par lui acceptée ſans avoir beſoin de recourir au bénefice de reſtitution, parce que la Loi lui en accorde la faculté. *Cum hereditate patris neceſſarius heres ſe abſtineat, conditio coheredi, ſive ſuo ſive extraneo defertur, ut aut totam agnoſcat, aut à tota recedat, & ita ſe abſtinere poteſt propter alium, qui per ſuam perſonam non poterat, L. 55, ff. de acquir. hered.* Celui qui accepte une portion n'entend ſe lier qu'à concurrence de cette portion. Voilà pourquoi, ſi après ſon acceptation, ſon co-heritier abſ-

tient ou répudie, ou se fait restituer en entier envers son acceptation, il peut *ex nova causa* se faire relever de son acceptation; mais si les créanciers héréditaires déclarent qu'ils ne veulent agir contre le co-heritier, que pour sa portion & qu'ils s'en contentent, il ne pourra point venir contre son acceptation: *si tamen creditores dicant, se contentos esse ejus portione; quia non potest exonerari nisi deferatur conditio; & alterius parte abstinere se creditores, ut ejus actiones ei qui convenitur, dentur, L. 55, ff. de acquir. hered.* Et quoique la répudiation ou la restitution du co-heritier n'arrive qu'après la mort de l'autre co-heritier majeur, qui a accepté sa portion, son heritier aura la liberté de répudier, à moins que les créanciers ne déclarent qu'ils se contentent de la portion de créance qui les compete, *L. 56, ff. eod.* Il est toutefois remarquable, que quoique dans les cas que nous avons observez la Loi accorde au majeur qui a accepté sa portion, la faculté de renoncer sans recourir au bénefice de restitution, il est pourtant nécessaire suivant notre usage d'impetrer des Lettres pour faire résoudre l'obligation qui naît de l'acceptation: *Charondas dans ses Observations verb. heritier* rapporte trois Arrêts qui l'ont jugé ainsi. Il faut donc que les Lettres soient impetrées & signifiées dans les dix ans depuis la répudiation du co-heritier.

S'il peut répudier lorsque les créanciers se contentent de sa portion d'action.

10. Si l'heritier qui est évincé d'une partie considerable de l'hérédité peut se faire restituer envers l'acceptation.

On demande, si après que l'heritier majeur a accepté l'hérédité, il vient à être évincé d'une partie si considerable de l'hérédité, qu'elle soit insuffisante pour le payement des dettes passives, il pourra se faire restituer en entier envers son acceptation, & être reçu à renoncer à l'hérédité. *M. Claude Henrys, livre 4, question 2*, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, du 25 Juillet 1635, qui releva une femme de l'acceptation par elle faite purement & sans inventaire, de l'hérédité de son fils, à cause qu'elle avoit été dépouillée de la plus grande partie de l'hérédité par une substitution, & que les distractions avoient été réduites à une somme modique.

Arrêt rapporté par Henrys pour l'affirmative.

11. Résolution pour la négative.

Nonobstant cet Arrêt, qui est fondé sur des circonstances particulieres, notamment sur un fideicommis que l'heritiere avoit restitué, il y a lieu de décider que l'heritier qui a accepté sans inventaire, ne peut pas être restitué en entier envers son acceptation faite en majorité, parce qu'il n'y a aujourd'hui d'autre ressource que le bénéfice d'inventaire qui puisse mettre l'heritier à l'abri de la poursuite des créanciers; & s'il n'a pas recours à ce remede, il ne peut pas se dispenser d'acquiter toutes les dettes & charges de l'hérédité, quoiqu'elles excedent la valeur des

biens, suivant la Loi 8, *ff. de acquir. hered.* la Loi 10 & la Loi 22, §. 12, *cod. de jur. delib.* l'heritier sans inventaire devant courir le risque de tous les évenemens qui peuvent arriver, soit par la découverte des dettes passives & connues, soit pour les évictions ou autres accidens qui peuvent diminuer les biens & rendre l'hérédité de façon qu'elle devienne onereuse; car si le majeur a prévû ou connu les évenemens qui pouvoient diminuer l'hérédité; c'est sa faute de l'avoir acceptée sans précaution, & il doit s'imputer le dommage qu'il souffre; que s'il ne les a pas connus, les évenemens qui surviennent ne peuvent pas lui fournir un moyen de restitution, puisqu'ils ne servent pas même au mineur. *L. verum* 11, §. *item* 4, *&* §. *si locupleti* 5, *ff. de minor.* Enfin, les Arrêts rapportez par *M. Louet, lettre H. sommaires* 7 *&* 8, ont jugé que la lezion n'étoit pas un moyen suffisant pour faire rescinder la vente d'une hérédité, ou des droits successifs, à cause de l'incertitude des évenemens qui peuvent arriver par la découverte des nouvelles dettes, des évictions ou garanties qui peuvent épuiser l'hérédité, & assujettir l'Acquereur au payement des charges, même au-de-là de l'émolument: ce qui prouve que l'on ne peut pas revenir contre l'adition, sous prétexte des évictions qui diminuent les biens de l'hérédité, & qui la rendent onereuse.

52. Si les Esclaves pouvoient renoncer à l'hérédité.

Les Esclaves impuberes ou puberes, instituez heritiers par leur Maître, n'avoient pas la faculté de renoncer à l'hérédité, parce qu'ils étoient heritiers nécessaires, *L. necessariis*, 57, §. dernier, *ff. de acquir. hered.* mais ils pouvoient demander la séparation du patrimoine du défunt, avec ses biens propres; les impuberes, heritiers siens & nécessaires, suivant le Droit Romain, avoient la faculté d'abstenir de l'hérédité, quoiqu'ils se fussent immiscez en l'hérédité de leur pere, sans même recourir au bénéfice de restitution, & après l'abstention, les créanciers héréditaires n'avoient aucune action contr'eux: *Quamvis creditoribus hereditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non datur, si velint derelinquere hereditatem; sed impuberibus quidem, etiam si se immiscuerint hereditati, L. necessariis* 57, *ff. de acquir. hered.* ce qui doit s'entendre quand les impuberes qui étoient sortis de l'enfance, s'étoient immiscez sans l'autorité de leur pere, ou de leur Tuteur; car si l'autorité du pere ou du Tuteur est intervenue, il faut recourir au bénéfice de restitution en entier, à cause de la nécessité qu'il y a de faire résoudre l'obligation civile contractée par le pere, ou par le Tuteur, au nom du pu-

Quid des impuberes heritiers siens, s'ils peuvent renoncer après s'être immiscé.

pille, comme nous l'avons expliqué ci-dessus; & cela est certain, selon les regles du Droit Romain, parce que soit que le Tuteur agisse seul, soit que le consentement du pupille intervienne avec l'autorité du Tuteur, il naît une obligation civile, *toto titulo, ff. quando ex facto tutoris*, & *L.* 48, *ff. de acquir. hered.* pour faire résoudre laquelle obligation, il faut demander la restitution en entier: *Sfortia Oddo de restitutione in integrum, quest.* 62, *n.* 41, a crû après la *gloſe*, *Jaſon*, & quelques autres Docteurs, que le pupille n'avoit pas besoin de se faire restituer en entier, quoiqu'il eût accepté avec l'autorité de son Tuteur; mais cette opinion n'est pas soutenable, elle est même expressément reprouvée par la gloſe sur la Loi *Impuberibus* 11, *ff. de acquir. hered.* La Loi 57, *ff. eod.* décide à la verité, que le pupille qui a accepté seul, n'a pas besoin de se faire restituer en entier. La Loi 16, *ff. de minoribus*, le décide ainsi pour les autres contrats faits par le pupille sans son Tuteur, parce qu'il n'est obligé que naturellement, *L.* 1, *§.* 1, *ff. de novat.* mais étant valablement tenu d'une obligation naturelle & civile, quand il a accepté ou contracté avec le Tuteur, il faut nécessairement qu'il ait recours au bénéfice de restitution pour faire résoudre son obligation; il faut même prendre garde que la Loi 8, *§.* 6, *cod. de bonis quæ liberis* refuse au pupille le bénéfice de restitution envers l'adition par lui faite avec l'autorité du Tuteur, d'une hérédité qui avoit été répudiée par le pere du pupille.

Si le pupille qui a accepté sans Tuteur, ou avec Tuteur, peut répudier sans se faire restituer.

Si le pupille qui accepte une hérédité répudiée par son pere, peut se faire restituer pour répudier.

53. Du mineur qui a accepté, s'il peut répudier.

A l'égard du mineur qui a accepté par lui-même, ou avec son Curateur, il est valablement assujetti aux charges héréditaires, comme nous l'avons dit ci-dessus nombres 24, 25, & 37; mais il peut demander d'être restitué en entier envers l'adition, lorsque l'hérédité se trouve onereuse, *L.* 7, *§.* 5, *ff. de minor.* & *§. extraneis* 5, *inſtit. de hered. qual. & differ. Nam hujus ætatis hominibus, ſicut in cæteris omnibus cauſis, deceptis, ita & ſi temerè damnoſam hereditatem ſuſceperint, Prætor ſuccurrit*; & quoique la gloſe sur la Loi, *impuberibus* 11, *ff. de acquir. hered.* en convenant que le mineur, qui n'ayant point de Curateur, accepte seul, a besoin de se faire restituer, soutienne que celui qui a un Curateur, peut abstenir ou répudier lorsqu'il a accepté sans l'autorité de son Curateur, sans recourir au bénéfice de restitution, parce qu'il est comparé au pupille, on doit tenir indistinctement que le mineur doit se faire restituer, soit qu'il ait de Curateur ou non, & quoiqu'il ait accepté seul, par les raisons que nous avons expliquées ci-dessus.

S'il faut faire difference entre le mineur qui a un Curateur, & celui qui n'en a pas.

Mais

54. Dans quel tems le mineur doit se pourvoir.

Mais le mineur doit se pourvoir par lettres en restitution en entier, qui doivent être impetrées & signifiées dans les trente-cinq ans de son âge : après quoi il est irrecevable à demander d'être restitué envers l'adition tout comme dans les contrats, suivant l'article 134 de l'Ordonnance de 1539 & la décision des Auteurs, notamment des Auteurs du *Journal du Palais*, *tom.* 1, *pag.* 2.

55. Si le mineur qui a accepté faisant de nouveaux actes d'heritier en majorité, peut se faire restituer.

Mais le mineur qui a accepté en minorité peut-il se faire restituer en entier, lorsqu'il a ratifié en majorité, & qu'il a fait quelqu'acte d'heritier different de ceux qu'il avoit fait en minorité ? Les Auteurs ne sont pas d'accord sur cette difficulté ; les uns la décident pour la négative : de ce nombre sont les Auteurs du *Journal du Palais*, *tome* 1, *page* 2, & Brodeau *lettre H. somm.* 24, *n.* 3 ; les autres la décident pour l'affirmative, notamment *M. de Catelan*, *livre* 5, *chap.* 13. Le sentiment de ce dernier Auteur me paroît plus conforme aux regles. Il est certain que l'adition se fait par le premier acte, & par la démonstration que l'heritier donne de la volonté où il est de se porter pour heritier, *L. si solus* 80, *§. ult. ff. de acquir. hered.* Si bien que les nouveaux actes d'heritier, quelque réiterez ou multipliez qu'ils soient, n'ajoutent rien à l'adition faite par le premier acte d'heritier durant la minorité, à cause que l'adition est parfaite par le premier acte ; & que tous les posterieurs se rapportent au premier, & sont censez faits *in consequentiam prioris actus*, comme une exécution du contrat originaire, laquelle n'induit point de ratification capable d'exclure la restitution en entier. Voilà pourquoi le mineur doit être restitué en entier *initio inspecto*, quoiqu'il ait fait des actes d'heritier nouveaux & d'un genre différent après sa majorité, suivant la décision textuelle de la Loi 3, *§. Seio* 2, *ff. de minoribus.* Ce que nous disons ici ne fait rien contre ce que nous avons dit ci-devant, qu'encore que le pupile qui a accepté seul une heredité ne soit pas lié, il le devient lorsqu'il fait de nouveaux actes d'heritier quand il est parvenu à la puberté, & que dans ce cas il a besoin d'être restitué en entier; quoiqu'il ne soit pas nécessaire de recourir à ce remede, quand il a accepté en pupillarité, à cause qu'il est incapable de contracter une obligation civile, s'il n'est autorisé de son Tuteur : car il y a une grande difference à faire entre l'adition du pupile & celle du mineur. Le pupile n'est lié envers les créanciers qu'autant qu'il possede l'heredité sujette aux dettes, & non par l'adition ; parce que le pupile est incapable de s'obliger civilement : voilà pourquoi il

Si l'on doit raisonner du pupile qui a accepté en pupillarité, & qui a fait des actes d'heritier en minorité, tout comme à l'égard du mineur qui a fait des actes d'heritier en majorité.

peut répudier ſans recourir au bénefice de reſtitution, *L. 57, ff. de acquir. hered.* au lieu que le mineur en acceptant contracte une veritable obligation civile, pour ſe dégager de laquelle il a beſoin de recourir au bénefice de reſtitution, *L. 3, §. 2, l. 7, §. 5, de minoribus, l. 57, §. 1, ff. de acquir. hered. & §. extraneus 5, inſtit. de hered. qualit. & differ.* & par conſéquent quoiqu'on doive rapporter les actes d'heritier faits en majorité à ceux que l'heritier a faits durant la minorité ; on ne peut pas de même rapporter les actes d'heritiers, faits durant la minorité, à la premiere adition que l'heritier peut avoir faite en pupillarité, à cauſe des raiſons de difference.

56. Si le mineur qui a commis des fraudes, doit être reſtitué envers l'adition.

Mais l'heritier qui auroit accepté en minorité ne devroit pas être reſtitué en entier s'il avoit commis des fraudes, détourné & recelé des effets héréditaires pour fruſtrer les créanciers héréditaires, parce que *deceptis, non decipientibus jura ſubveniunt;* que ſuivant la Loi *auxilium 37, ff. de minoribus*, le mineur n'eſt point reſtitué pour les délits ; on lui refuſe encore la reſtitution en entier toutes les fois qu'il y a du dol dans ſa conduite, *L. ſi ex cauſa 9, §. 2, ff. eod.* encore moins devroit-on le reſtituer en entier ſi les fraudes, les recelez & les latitations avoient été faites en majorité, *M. Louet & Brodeau, lettre H, ſomm. 24.*

57. Si le mineur peut ſe faire reſtituer envers l'hérédité ſans prouver la lezion.

C'eſt une grande queſtion chez les Interpretes, ſi le mineur peut ſe faire reſtituer en entier envers l'adition d'une hérédité, ſans prouver qu'il eſt lezé, & que l'hérédité eſt onéreuſe. Les uns ſoutiennent l'affirmative, & que le mineur eſt preſumé lezé, de cela ſeul, qu'il accepte une hérédité où il y a des dettes paſſives. C'eſt l'opinion *de Balde*, ſur la Loi 1, *cod. ſi minor ab hereditate ſe abſtineat; & Bretonnier ſur Henrys, livre 4, queſt. 1.*

Auteurs pour l'affirmative.

Réſolution pour la négative.

Les autres tiennent au contraire que le mineur n'eſt reſtitué envers ſon adition, que quand il eſt clairement juſtifié qu'il eſt lezé, *Joannes Mauricius, tractat. de reſtit. in integr. cap. 127.* Ce dernier avis eſt ſans contredit fondé ſur la diſpoſition préciſe des Loix: en effet, le *§. extraneis 5, aux inſtitutes, de hered. qualit. & hered.* accorde le bénefice de reſtitution au mineur qui a accepté imprudemment une hérédité onereuſe, *ſi temerè damnoſam hereditatem ſuſceperint*; & par conſéquent le mineur ne doit pas être reſtitué, de cela ſeul, que par l'adition il s'eſt obligé envers les créanciers hereditaires; mais ſeulement s'il a accepté une hérédité onereuſe, & s'il eſt lezé: ce qui eſt conforme aux principes généraux, qui ne veulent pas que le mineur ſoit reſtitué par la ſeule qualité de mineur, mais ſeule-

ment quand il eſt lezé, *non tanquam minor, ſed tanquam læſus*, L. 24, §. 1, *ff. de minoribus*. La Loi *verum* 11, §. *ſi locuplet.* 5, *ff. eod.* le décide expreſſement dans le cas de l'adition d'hérédité; & elle refuſe la reſtitution en entier au mineur, lorſqu'il a accepté une heredité plus que ſuffiſante pour ſupporter les charges, quoiqu'elle devienne inſolvable dans la ſuite par des accidens & des cas fortuits. *Marcellus apud Julianum notat ceſſare in integrum reſtitutionem, neque enim ætatis lubrico captus eſt adeundo locupletem hereditatem, & quod facto contingit, cuivis patrifamilias quamvis diligentiſſimo poſſit contingere.*

58. Suite. Cependant la même Loi veut que la reſtitution puiſſe être accordée au mineur qui a accepté une hérédité riche, dans laquelle ſe trouvent pluſieurs effets périſſables, & qui eſt chargée de beaucoup de dettes, à cauſe que le mineur n'a pas prévu que la perte de ces effets pouvoit arriver: *ſed hæc res adferre poteſt reſtitutionem minori, ſi adiit hereditatem, in qua res erant multæ mortales, vel prædia urbana, æs autem alienum grave: quod non proſpexit poſſe evenire ut demoriantur mancipia, prædia ruant: vel quod non citò diſtraxerit hæc quæ multis caſibus obnoxia ſunt*, L. 12, §. 5, *ff. de minor.*

59. Suite. La Loi 7, §. 5, *ff. de minoribus*, exige auſſi comme une condition de la reſtitution, que le mineur ait accepté une heredité onereuſe, *ſi hereditatem minor adiit minus lucroſam.* Il eſt vrai que la Loi 1, & la Loi 2, *cod. ſi minor ab hereditate ſe abſtineat*, diſent que le mineur qui a accepté une hérédité doit être reſtitué, à cauſe de ſon âge; mais ce qui eſt obmis dans ces textes qui ne parlent point de la lezion du mineur, doit être ſuppléé par les autres textes qui exigent que le mineur ſoit lezé pour obtenir la reſtitution en entier.

60. Cas où le mineur ſeroit reſtitué, ſans prouver que l'héréditté eſt onereuſe. Il pourroit néanmoins arriver, que quoique le mineur eût accepté une hérédité opulente, & plus que ſuffiſante pour payer les charges, il ſe trouveroit néanmoins lezé, & qu'il devroit être reſtitué en entier: comme s'il y avoit des dettes paſſives conſiderables, en conſéquence deſquelles les créanciers auroient fait ſaiſir les biens de l'heredité, & ceux qui appartiennent en propre au mineur; enſorte qu'il riſqueroit d'être dépouillé de tous ſes biens par un Décret: dans ce cas, la lezion du mineur, que la ſaiſie empêcheroit de payer les dettes héréditaires, ſeroit toute apparente; & il ſeroit de l'équité de lui accorder la reſtitution en entier envers l'adition, pour éviter la vente judiciaire de ſes propres. Cette exception eſt fondée ſur les principes géné-

raux, qui veulent que le mineur soit restitué toutes les fois qu'il est réellement lezé.

61. Opinion de Ferriere refutée.

Me. Claude de Ferriere, sur la Coutume de Paris, art. 316, *§.* 2, *de la renonciation, aux successions, n.* 10, dit que le mineur ne doit être restitué envers l'acceptation d'une hérédité, que quand il prouve qu'il a été induit par le dol & la fraude de ses Parties adverses, co-heritiers ou créanciers, lesquels auroient fait paroître la succession plus avantageuse qu'elle n'étoit en effet. Mais cette décision qui peut être bonne par rapport au majeur, est contraire aux regles à l'égard du mineur, lequel peut être restitué en entier envers l'adition, quoiqu'il n'y ait point de dol, dès qu'il paroît qu'il est lezé, ainsi que nous venons de le montrer. Il paroît même qu'il y a une faute d'impression dans l'endroit cité *de Ferriere*, & qu'il doit lire *majeur* au lieu de *mineur*: ce qui est si vrai qu'au *nombre* 11, le même Auteur convient que le mineur peut être restitué en entier envers l'adition; quoiqu'il l'ait faite avec l'assistance de son Tuteur ou Curateur, & par l'avis des parens.

62. Si les heritiers du mineur peuvent demander la restitution en entier envers l'adition du mineur.

La restitution que la Loi accorde au mineur contre l'adition d'une hérédité onereuse passe à ses heritiers quels qu'ils soient, L. *non solum* 6, *ff. de in integr. restit. Ferriere*, au lieu cité, *n.* 12. Mais les heritiers doivent se pourvoir dans les dix ans s'ils sont majeurs, ou dans les trente-cinq années de l'âge du mineur qui est mort en majorité; ou s'ils sont eux-mêmes mineurs, dans les dix ans après leur majorité, en joignant néanmoins le tems qui s'est écoulé depuis la majorité de l'heritier qui a accepté en minorité, & celui qui s'est passé depuis la majorité des heritiers. Si bien que s'il se trouve un intervale libre de dix ans en conjoignant ces tems, les heritiers ne seront plus recevables à demander la restitution en entier.

63. Si le Tuteur ou Curateur qui ont accepté pour leur mineur peuvent demander la restitution en entier, envers l'adition par eux faite.

Mais le Tuteur ou Curateur qui auroit accepté l'hérédité pour son mineur, venant à succeder au mineur, peut-il demander la restitution en entier du chef de son mineur auquel il a succedé, quoiqu'il ne le peut pas de son propre chef comme étant majeur? L'affirmative ne peut pas à mon avis souffrir du doute, parce que le Tuteur ou Curateur qui a accepté, n'a pas agi pour lui; mais pour son mineur. C'est tout comme si le mineur avoit accepté lui-même, parce que le fait du Tuteur ou du Curateur devient le propre fait du mineur, & lui est approprié, *tot. tit. ff. quando ex facto Tutoris vel Curatoris.* Bien plus, ce que le Tuteur fait en cette qualité, est pour ainsi dire forcé par la

néceſſité de ſon devoir, pour ne pas répondre à ſon mineur d'avoir obmis une hérédité qui n'eſt pas notoirement onereuſe, comme il le devroit s'il le négligeoit. Il y a un Arrêt au Journal du Palais du 18 Août 1678 qui l'a jugé ainſi. *M. de Catellan livre 5, chapitre 47*, rapporte des Arrêts qui ont jugé que la mere qui contracte comme Adminiſtratrice de ſon fils, venant à ſucceder à ce fils, peut venir contre ſon propre fait. *M. le Preſident Faber, dans ſon Code, lib. 6, tit. 35, defin. 15 & Dargentré ſur la Coutume de Bretagne, article* 484, le décident de même.

64. Le mineur qui a accepté purement peut-il ſe faire reſtituer, pour accepter ſous bénéfice d'inventaire?

Le mineur, qui a accepté par lui ou par ſon pere, ou autre Tuteur & Curateur, une hérédité purement & ſans bénefice d'inventaire, peut ſe faire reſtituer envers une telle acceptation, & prendre l'hérédité ſous bénefice d'inventaire. *M. Claude Henris, liv. 6, queſt. 32*, rapporte un Arrêt où la queſtion fut ainſi jugée, & *M. Cujas* le décide de même. Mais les heritiers du mineur peuvent-ils, comme l'auroit pû leur auteur, ſe faire reſtituer en entier du chef du mineur, & accepter l'hérédité ſous bénefice d'inventaire? *M. le Preſtre, centur. 2, ch.* 84, rapporte un Arrêt du 23 Août 1608, qui débouta un des heritiers des Lettres par lui impetrées en reſtitution en entier, & pour être reçu à accepter ſous bénefice d'inventaire; mais il y avoit cette circonſtance dans cet Arrêt, que l'heritier qui avoit recueilli les biens paternels du défunt, s'oppoſoit à ce que celui qui avoit recueilli les biens maternels, ne fût admis à ſa demande en reſtitution, & à accepter l'hérédité maternelle ſous bénefice d'inventaire; parce qu'une partie de la même hérédité ne pouvoit pas être acceptée purement, & l'autre ſous bénefice d'inventaire, ſans quoi il y a apparence que l'on auroit accueilli la demande de l'heritier du mineur: parce que la regle eſt que l'héritier peut uſer de la reſtitution en entier de la même maniere que le défunt l'auroit pû s'il avoit vêcu, comme nous l'avons dit après la Loi 6, *ff. de in integr. reſtit.*

65. Cas de la Loi 2, *cod. ſi minor. ab hereditate ſe abſtineat.*

La Loi 2, *cod. ſi minor ab hereditate ſe abſtineat*, décide un cas aſſez particulier & aſſez obſcur, parce que les circonſtances n'en ſont pas bien expliquées. Des ayeux avoient inſtitué heritiere leur petite fille. Le pere de cette heritiere lui laiſſa auſſi ſa ſucceſſion. La petite fille qui étoit mineure ayant accepté l'heredité de ſon pere, n'avoit pas accepté celle de ſes ayeux. On demande ſi cette heritiere mineure, peut ſe faire reſtituer en entier envers l'adition de l'hérédité de ſon pere, & accepter

les héréditez de ſes ayeux. L'Empereur Gordien répond qu'elle le peut. Les mots *non adiiſti*, que l'on trouve dans la Loi, font comprendre que les ſucceſſions déferées à la petite fille étoient des ayeux maternels; & comme au tems de cette Loi qui fut portée l'an 242, les héréditez déferées aux enfans de famille même par les aſcendans maternels, appartenoient à leur pere à cauſe de la puiſſance paternelle, vû que le pere ne fut réduit au ſimple uſufruit des biens maternels que par la conſtitution de l'Empereur Conſtantin qui eſt de l'année 319, *L.* 1, *cod. de bonis maternis*, il falloit que les héréditez des ayeux eûſſent fondues dans celle du pere. Il devoit donc être queſtion dans la conſultation faite à l'Empereur Gordien, de ſçavoir ſi la petite fille étoit recevable à ſéparer les héréditez de ſes ayeux de celle de ſon pere, & ſi elle pouvoit accepter celles des ayeux en répudiant celle du pere qu'elle avoit acceptée, & cela en ſe faiſant reſtituer: à quoi elle fut déclarée bien fondée. Les Interpretes ont crû que la Loi 2, *cod. ſi minor. ab hered. ſe abſtineat*, décidoit ſimplement que l'on pouvoit ſéparer des héréditez déferées par des teſtamens de différentes perſonnes: mais s'il n'avoit été queſtion que de cela, le cas n'auroit pas merité la peine de conſulter l'Empereur, parce qu'il n'auroit été nullement douteux: ainſi en expliquant cette Loi rélativement aux principes qui étoient obſervez du tems de l'Empereur Gordien, il faut qu'elle ait décidé que quand des héréditez étoient déferées au pere par l'inſtitution faite en faveur de ſa fille, qu'il avoit en ſa puiſſance, quoiqu'elle fût confondue avec les biens du pere, néanmoins l'heritiere inſtituée après avoir accepté l'hérédité de ſon pere en minorité, pouvoit, en ſe faiſant reſtituer en entier envers l'acceptation, répudier l'hérédité du pere, & retenir celle des ayeux, parce que c'étoit le ſeul cas douteux, & qui pût meriter une conſultation.

66. Comment le mineur doit-il ſe faire reſtituer en entier envers ſon adition, pour pouvoir renoncer.

La Loi 29, *§. dernier*, *ff. de minoribus*, décide que quand le mineur a accepté une hérédité, il ne peut pas ſe dégager de ſes obligations par une ſimple répudiation faite en Jugement ſans appeller les créanciers, & qu'une telle répudiation ne peut nuire en aucune façon au droit des créanciers, quand même le mineur ſe ſeroit fait reſtituer en entier par le Juge: *Herennius Modeſtinus reſpondit, cum non evocatis creditoribus, integrum reſtitutionis decretum interpoſitum proponatur, minimè id creditoribus præjudicaſſe.* Il faut que la demande en reſtitution en entier formée par le mineur, ſoit traitée avec tous les créanciers appellez de-

vant le Juge ; autrement elle ne peut point nuire à ceux qui n'auront pas été appellez & avec lesquels elle n'a pas été discutée. La maniere d'intenter cette demande est expliquée dans la *Novelle* 119, *ch.* 6, *& dans l'Auth. Si omnes cod. si minor ab hereditate se abstineat.* En France, du moins au Parlement de Toulouse, le mineur qui est poursuivi par quelque créancier peut impétrer des Lettres pour se faire relever de l'acceptation, & faire enteriner ces Lettres avec un seul créancier poursuivant, sans qu'il soit nécessaire d'appeller tous les autres ; & la Sentence de restitution en entier obtenue par le mineur vaudra à l'égard du créancier avec lequel elle aura été rendue ; mais elle ne nuira pas aux autres créanciers non-appellez, qui pourront former opposition, & faire traiter & juger de nouveau la même demande.

67. Ce qui a été fait de bonne foi avant la restitution envers l'adition, subsiste.

Lorsque le mineur ou le pupile se font restituer en entier envers l'adition, ce qui a été fait de bonne foi auparavant par eux ou par le Tuteur, doit subsister tout comme avant la restitution en entier, qui ne donne aucune atteinte à ce qui a été geré par le mineur, ou par le Tuteur du pupile, *L. quotiens* 44, *ff. de acquir. hered. & l.* 22, *ff. de minoribus.* De-là vient que si le mineur a payé les legs, ou donné la liberté aux esclaves conformément au testament, on ne peut pas lui en demander compte, *L.* 22, *ff. de minoribus.* On ne peut pas non plus rechercher les créanciers qui ont reçû leur payement avant la restitution en entier, *L. si mulier* 31, *ff. eod.* De même lorsque le mineur qui a répudié, se fait restituer envers la répudiation, & qu'il accepte, tout ce qui aura été fait par le Curateur décerné à l'hérédité vacante, devra subsister, *L.* 22, *ff. de minorib.*

Si les créanciers peuvent être recherchez.

68. Si lorsque la succession est réduite *ab intestat* par la restitution du mineur qui répudie, les legs payez sont répetez.

Mais lorsqu'au moyen de la restitution en entier, & de la répudiation faite par le mineur, la succession est réduite *ab intestat*, les legs n'étant pas dûs, parce que le testament est anéanti, les successeurs *ab intestat* peuvent demander aux légataires la répetition des legs qu'ils ont reçus de l'heritier mineur, *L.* 2, *§.* 1, *l.* 3, *l.* 5 *& l.* 65, *§.* 3, *ff. de condict. indeb.* Que s'il y avoit un substitué qui acceptât & fit valoir le testament, les légataires retiendroient les legs, comme ayant été duement payez ; & ils ne pourroient pas être poursuivis en répetition, parce que le payement des legs est censé imposé au substitué. *L. licet* 74, *ff. de leg.* 1°.

69. Qu'est-ce que le mineur doit rendre quand il est

Il y a deux opinions parmi les Interpretes sur la question de sçavoir, qu'est-ce que le mineur doit rendre quand il se fait resti-

restitué envers l'adition, & qu'il répudie.

tuer en entier envers l'adition. Les uns distinguent l'heritier sien de l'heritier étranger. Ils disent que l'heritier sien ne doit rendre que ce qui aura tourné à son utilité ; & que l'heritier étranger doit rendre tout ce qu'il aura touché de l'hérédité, soit qu'il l'ait consumé sans en profiter, soit qu'il l'ait utilement employé à son avantage. Les autres croyent indistinctement que l'heritier mineur ne doit rendre que ce qui sera justifié avoir tourné à son avantage. Ce dernier avis paroit le mieux fondé, comme étant appuyé sur la regle établie par la Loi 32, §. 4, *ff. de administr. tutor.* qui veut que le mineur ne soit tenu de rendre que ce qui est prouvé avoir tourné ou être employé à son utilité, *in quantum factus est locupletior*, & que le mineur heritier étranger ne doit pas être traité moins favorablement que l'heritier sien, parce que la même foiblesse de l'âge qui est le fondement de la restitution, se trouve dans l'un & dans l'autre. C'est le sentiment de *Sfortia Oddo*, dans son traité *de restitutione in integrum, quæst. 62, n. 73.*

70. Si la substitution vulgaire est éteinte par l'adition du mineur, lorsqu'il se fait restituer envers l'adition.

Il est indubitable que la substitution vulgaire est éteinte par l'adition, *L. post aditam 5, cod. de impuber. & aliis substit.* Il est également certain que la restitution en entier, qui se fait par voye de Justice, rétablit les choses au même état où elles étoient avant l'acte contre lequel la restitution est accordée : *restitutio autem ita facienda est ut unusquisque in integrum jus suum recipiat, L. quod si minor 24, §. 4, ff. de minoribus.* Le conflit de ces deux principes donne lieu de douter, si lorsque le mineur après avoir accepté, vient à se faire restituer & à répudier la substitution vulgaire, la pupillaire ou l'exemplaire doivent sortir à effet ? C'est une grande question sur laquelle les Interpretes sont partagez. Les uns tiennent que la substitution est absolument éteinte par l'adition, & les autres soutiennent qu'elle revit par la restitution en entier. Les raisons & argumens de l'une & l'autre de ces opinions sont rapportez par *Sfortia Oddo, de restit. in integr. quest. 62, art. 7* & 8. Commençons par la substitution vulgaire, la Loi *ex contractu* 44, *ff. de re jud.* insinue bien clairement que quoiqu'un pupille se soit immiscé dans l'hérédité de son pere, s'il s'abstient, la substitution vulgaire n'est pas éteinte, & les biens doivent appartenir au substitué. *M. Cujas* sur la Loi, *ait Prætor, §. sed quod Papinianus, ff. de minoribus*, remarque que dans le cas de la Loi 44, *ff. de re jud.* la substitution vulgaire avoit été faite à une fille pupille, qui étoit en la puissance de son pere ; laquelle substitution renfermant la pupillaire

Explication de la Loi 44, *ff. de re judic.*

pupillaire tacite, ne pouvoit pas prendre fin par la simple adition, comme celle qui est faite à un pubere ou à un étranger heritier institué: ainsi cette Loi ne doit pas être étendue hors de son cas.

71. Résolution que la substitution est éteinte.

La Loi *ait Prætor* 7, §. *sed quod Papinianus*, *ff. de minoribus*, décide que quand un mineur institué avec substitution vulgaire en faveur d'un esclave, a accepté, s'il se fait restituer en entier, la substitution est éteinte par l'adition & ne revit point, à moins que l'hérédité ne soit absolument insolvable; auquel cas la substitution éteinte reprend sa force, & l'esclave devient heritier nécessaire; afin que le Testateur ne meure pas sans heritier, & que l'hérédité ne soit pas abandonnée aux créanciers, pour en faire vendre les biens, ce qui étoit réputé à deshonneur pour le Testateur, suivant la maniere de penser des Romains. On trouve donc dans cette Loi une regle qui établit que quand le mineur a accepté une hérédité, la substitution vulgaire est éteinte, sans pouvoir revivre, quoique le mineur se fasse restituer envers l'acceptation, & une exception, lorsque la substitution vulgaire est faite en faveur de l'esclave du Testateur, & que l'hérédité est insolvable: de maniere qu'il n'y ait point d'espérance qu'elle soit acceptée par les successeurs *ab intestat.* Ainsi on doit décider que la substitution vulgaire est éteinte par l'adition, quand même l'heritier se feroit restituer; parce que *qui semel est heres non potest desinere esse heres*; & que la restitution en entier n'empêche pas que l'heritier ne conserve cette qualité, ne pouvant operer d'autre effet que de liberer l'heritier des charges héréditaires: ce qui semble confirmé par la Loi *si minor* 61, *ff. de acquir. hereditate*, qui décide que quand le mineur co-heritier a accepté sa portion, quoiqu'il se fasse restituer, l'autre co-heritier n'est pas obligé de payer les charges de la moitié qui se trouve répudiée & vacante, & que la possession des biens est accordée aux créanciers héréditaires. Cela est encore confirmé par la Loi 2, §. 3, *ff. de vulg. & pupill.* qui décide que quand le mineur a repudié, l'hérédité est déferée au substitué vulgaire, quoique le mineur se fasse restituer envers la répudiation: car ce qui est dit de la répudiation par rapport à son effet, peut être appliqué à l'adition; & comme la répudiation donne lieu à l'ouverture de la substitution, quoique le mineur se fasse restituer, il faut aussi que l'adition éteigne la substitution nonobstant la restitution en entier.

72. Si les substitutions pupillaires & exemplaires subsistent, lorsque le mineur se fait restituer envers l'adition.

A l'égard de la substitution pupillaire, & de la substitution exemplaire, elles se trouvent confirmées par l'adition une fois faite par le mineur, lequel conservant sa qualité d'heritier nonobstant la restitution en entier, cette restitution ne peut donner aucune atteinte aux substitutions pupillaire & exemplaire: & par consequent les substituez de cette maniere pourront prendre l'heredité après la répudiation faite par l'heritier en exécution de la restitution en entier; d'autant mieux que, selon plusieurs Auteurs, la substitution pupillaire est soutenue par l'existence de l'heritier sien, quoiqu'il abstienne; ce que nous expliquerons dans la section suivante, *n.* 102.

Si l'existence de l'heritier sien fait subsister la substitution pupillaire.

73. Si le fideicommis universel est conservé, quoique le mineur qui a accepté se fasse restituer envers l'adition.

On doit dire la même chose à plus forte raison par rapport aux fideicommis universels, lesquels ne peuvent recevoir aucune atteinte par la répudiation de l'heritier grevé, qui peut au contraire être contraint d'accepter & de rendre l'hérédité aux Fideicommissaires à leurs perils & risques; & si le grevé ne peut pas repudier au préjudice des Fideicommissaires, tandis que les choses sont entieres, encore moins le peut-il lorsqu'il a accepté: & tout ce que peut operer la restitution obtenue par l'heritier mineur, c'est de faire passer le fideicommmis dont la validité est assurée par l'adition, sur la tête des Fideicommissaires.

74. Si les substitutions sont conservées quand le mineur qui a répudié, se fait restituer, & accepte l'hérédité.

Que si après avoir repudié, le mineur se fait restituer en entier envers la répudiation, les substitutions dont le mineur est chargé, & qui étoient éteintes par l'abandon du testament, reprennent leur force par l'adition faite en consequence de la restitution accordée à l'heritier mineur pour reprendre l'hérédité par lui abandonnée, parce qu'il devient vrai heritier, & que le testament est exécuté tout comme s'il n'y avoit point eu de répudiation, *L.* 2, *§. ego* 3, *ff. de vulg. & pupill. substit.* Si les tutelles & les autres dispositions du testament sont conservées ou anéanties, lorsque l'heritier mineur qui a accepté, & qui n'a point de co-heritier ou de substitué, se fait restituer en entier envers l'adition & repudie. *Vid. Sfortia Oddo de restitutione in integrum, quest.* 62, *art.* 10.

75. Si le mineur qui s'est fait restituer envers l'acceptation, peut se faire restituer de nouveau pour reprendre.

Il reste une grande difficulté, qui consiste à sçavoir, si le mineur qui s'est fait restituer en entier envers l'acceptation par lui faite d'une heredité, peut se faire restituer de nouveau envers la premiere restitution, & être reçu à reprendre l'hérédité qu'il a abandonnée. On allegue pour la négative les Loix du titre du Code, *si sæpius in integrum restitutio postuletur*, la Loi dern. *cod. de repud. hered.* & la Loi dern. *§. 6, cod. de bonis quæ liber.* Pour l'affir-

Diversité d'avis sur cette question.

mative, on allegue la Loi *ait Prætor* 7, §. *restitutus* 9, *ff. de minoribus*, & quelques autres textes qui distinguent si l'heredité a été appurée & les biens héréditaires vendus, ou si les choses sont encore entieres, *L. quod si minor*, 24, §. *Scævola* 2, *ff. de minoribus.*

76. Quels sont les textes propres pour décider cette difficulté.

Il n'y a que deux textes qui soient précisement dans le cas de notre question, les autres sont étrangers; car il n'est parlé dans le titre du Code *si sæpius in integrum restitutio postuletur*, que de la restitution plusieurs fois demandée sur le même sujet. Si le mineur en a été débouté par un Jugement, l'exception de la chose jugée lui fera obstacle. C'est le cas de la Loi 1, *du titre cité.* La Loi 2 décide que si le mineur a de nouvelles raisons pour soutenir sa demande en restitution en entier, il pourra faire rétracter la Sentence qui lui refuse la restitution en entier. Il ne s'agit donc point dans ces Loix d'une seconde restitution contre une premiere qui a été obtenue. La Loi derniere *cod. de repud. hered.* ne parle pas non plus d'une seconde restitution envers la premiere; il est question de sçavoir, si le fils qui a abstenu de l'heredité de son pere peut la reprendre, s'il a besoin de se faire restituer en entier, & dans quel tems. On ne peut donc tirer aucun argument de ces Loix qui sont étrangeres. Pour ce qui est de la Loi 24, §. 2, *ff. de minoribus*, elle décide que quand le mineur, *juvenili levitate ductus*, a repudié une heredité, il peut se faire restituer envers la répudiation, lorsque les choses sont encore entieres; c'est-à-dire si les biens hereditaires n'ont pas été vendus pour le payement des dettes, & si l'heredité n'a pas été appurée. Que si les dettes ont été acquittées par les heritiers qui ont accepté après la répudiation du mineur, & que toutes les affaires de l'heredité soient finies & appurées, le mineur n'est pas recevable à demander la restitution ni la reprise de l'heredité qu'il a abandonnée.

Explication des Loix 1 & 2.

77. Suite.

Il n'y a donc que deux textes qui puissent servir à la décision de notre cas, dont l'un decide pour l'affirmative; c'est-à-dire, que le mineur peut se faire restituer contre la premiere restitution: & l'autre pour la negative. La Loi *ait Prætor* 7, §. *restitutus* 9, *ff. de minoribus*, decide généralement, & en these, que le mineur qui se fait restituer envers la répudiation qu'il avoit faite d'une heredité pour la reprendre & l'accepter, peut demander une seconde fois la restitution envers le premier Jugement qui le restitue pour prendre; & d'être reçu à repudier l'heredité reprise par voye de restitution, *restitutus autem cum se hereditati*

Explication de la Loi 7, §. 9, *ff. de minorib.*

miſceat vel eam adeat, quam repudiavit, rurſus reſtitui poterit, ut ſe abſtineat, & hoc & reſcriptum & reſponſum eſt. Ce que l'on peut appliquer au cas contraire où l'heritier commence par accepter, & qui après s'être fait reſtituer envers l'acceptation, demande par une ſeconde reſtitution à reprendre l'heredité repudiée; parce que *contrariorum eadem eſt diſciplina*; que d'ailleurs il n'y a point de raiſon de difference entre le cas où le mineur commence & finit par repudier, & celui où il commence & finit par l'acceptation de l'heredité; mais il faut prendre garde, au ſujet du texte que nous venons de tranſcrire, que par les mots, *cum ſe hereditati miſceat*, il entend parler de l'heredité du pere deferée au fils; & par les mots, *vel eam adeat*, il entend parler de l'heredité d'une perſonne étrangere deferée au mineur.

Contrariorum eadem eſt diſciplina.

78. Diſpoſition contraire de la Loi derniere, §. 6, *cod. de bonis quæ liberis.*

Le ſecond texte dont nous avons parlé qui renferme une diſpoſition contraire au précedent, eſt la Loi derniere, §. 6, *cod. de bon. quæ liber.* Il décide que quand une heredité a été deferée à un fils de famille qui eſt dans l'enfance, le pere de cet heritier a la liberté d'accepter l'heredité ſans le conſentement de ſon fils; & néanmoins l'Empereur Juſtinien veut, que quand le fils aura été émancipé, ou qu'il ſera parvenu à la puberté, il puiſſe demander la reſtitution en entier envers l'acceptation faite par ſon pere: mais qu'il n'ait plus la liberté de reprendre l'heredité repudiée en conſéquence de la reſtitution en entier, & que toute voye de nouvelle reſtitution lui ſoit fermée. *Ubi autem puerilis ætas patri licentiam præſtat, etiam ſine conſenſu filii, hereditatem nomine ejus adire: ſi hoc fecerit pater, damus quidem filio in integrum reſtitutionem poſtquàm patria fuerit poteſtate liberatus, vel adoleverit .... nos autem filio damus licentiam, ſi in integrum reſtitutionem petat, reſpuendam credens eſſe hereditatem adhuc minoribus curriculis inſtantibus, iterum per aliam reſtitutionem adire præfatam hereditatem, ne ludibrio leges ei fiant, ſæpius eamdem amplecti & reſpuere hereditatem cupienti.*

79. Que cette Loi corrige celle du Digeſte.

Il eſt remarquable que cette Loi eſt de l'année 531, & par conſéquent poſterieure de deux ans à la premiere compilation du Code de Juſtinien qui fut faite en 529; elle eſt donc du nombre des conſtitutions faites pour corriger le Droit ancien, & qui ont été ajoutées à la ſeconde édition du Code. Il faut encore prendre garde que la déciſion de ce texte n'eſt pas auſſi générale que celle de la Loi 7, §. 9, *ff. de minoribus*, puiſque celle-ci comprend toute ſorte de mineurs qui après s'être fait reſti-

tuer contre l'acceptation ou la répudiation, veulent encore se faire restituer de nouveau pour reprendre ou repudier une seconde fois : au lieu que la Loi derniere, §. 6, *cod. de bonis quæ liberis*, est resserrée dans le cas d'une acceptation faite par le pere de l'heritier, contre laquelle l'heritier a obtenu une premiere restitution, & a repudié en consequence l'heredité qui avoit été acceptée par son pere. Or quoiqu'on ne puisse pas revoquer en doute que la Loi ajoutée dans la seconde édition du Code, ne corrige la Loi du Digeste, autant qu'elle s'y trouve contraire, on peut néanmoins douter raisonnablement si la Loi du Code n'abroge pas totalement celle du Digeste; & s'il ne faut pas dire qu'aujourd'hui le mineur qui a été une fois restitué envers l'acceptation d'une heredité, n'est plus recevable à se faire restituer de nouveau pour reprendre l'heredité repudiée ensuite de la restitution en entier; mais comme on ne doit admettre la correction du Droit ancien qu'autant que les dispositions des Loix nouvelles le détruisent ou sont incompatibles, il semble plus raisonnable de dire que la Loi derniere, *cod. de bonis quæ liberis*, ne refuse la restitution en entier, que quand l'heredité a été d'abord acceptée par le pere de l'heritier, qui est le cas précis de cette Loi, & non quand c'est le mineur lui-même qui a accepté l'heredité, qui s'est ensuite fait restituer envers son acceptation, & qui veut se faire restituer de nouveau contre la premiere restitution pour reprendre l'heredité repudiée, selon l'espece de la Loi 7, §. 9, *ff. de minoribus*. Ainsi il faut suivre la décision de ces textes, chacun dans son cas, & dans son espece, par la raison de cette regle, *quod non mutatur, cur stare prohibeatur*. Cette distinction a été adoptée; suivant le temoignage *de M. de Catellan*, par les Juges qui rendirent un Arrêt que cet Auteur rapporte *livre 5, chapitre 65*; par lequel Arrêt un mineur qui s'étoit fait restituer envers une donation par lui acceptée, fut de nouveau restitué & reçu à reprendre la donation repudiée: & cela sur le fondement du §. 9 de la Loi 7, *ff. de minoribus*; & par un autre Arrêt du 2 Mars 1582, rapporté par *M. la Roche, liv. 6, tit. 40, Arrêt 2*, on refusa au mineur la restitution en entier envers la répudiation qui avoit été faite par son pere, d'une donation faite à ce mineur, tandis qu'il étoit encore dans la pupillarité; ce qui fut ainsi jugé sur le fondement de la Loi derniere, §. 6, *cod. de bon. quæ liberis*. Ces deux differens Arrêts autorisent bien clairement notre opinion.

Si la Loi du Code abroge totalement celle du Digeste.

Le mineur ne peut pas se faire restituer une seconde fois quand l'adition ou la répudiation a été faite par son pere.

Aliud quand c'est le mineur lui-même qui a répudié ou accepté.

80. Des conditions requises, afin de pouvoir accepter une hérédité.

Les Interpretes, & notamment *Accurse* sur la Loi *is potest* 18, *ff. de acquir. hered.* enseignent que neuf conditions sont requises afin qu'une heredité puisse être valablement & irrévocablement acceptée. La premiere, que l'heritier soit personne libre & non pas esclave. La seconde, qu'il soit pere de famille. La troisiéme, qu'il ait son bon sens. La quatriéme, qu'il soit majeur de vingt-cinq ans. La cinquiéme, qu'il sçache, & qu'il soit assuré que le Testateur est décedé. La sixiéme, qu'il sçache que l'heredité lui a été deferée. La septiéme, qu'il connoisse l'état du Testateur. La huitiéme, qu'il connoisse qu'il n'est précedé de personne au droit de succeder. La neuviéme, qu'il connoisse de quelle maniere l'heredité lui est deferée, si c'est par testament ou *ab intestat.*

81. Les quatre premieres conditions ont été expliquées ci-dessus.

Comme nous n'avons point d'esclaves, la premiere de ces conditions ne peut être d'aucun usage parmi nous. Du reste, nous avons expliqué ci-devant de quelle maniere devoit être acceptée l'heredité deferée à un fils de famille, à un pupille, à un mineur, à un furieux, imbecile ou prodigue, & à un majeur; nous avons donc suffisamment éclairci les trois autres conditions que la glose remarque, en deuxiéme, troisiéme & quatriéme rang.

82. L'heritier doit être instruit de la mort du Testateur, pour pouvoir accepter.

Venons à la cinquiéme condition, qui consiste en ce que l'heritier doit être instruit de la mort du Testateur, afin qu'il puisse accepter son hérédité; elle est fondée sur la disposition préciſe du §. 6, aux instit. *de hered. qual. & differ.* & de la Loi *qui hereditatem* 19, *ff. de acquir. hered. Qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet defunctum esse Testatorem;* car s'il croit que le Testateur est encore vivant, il ne peut pas faire des actes d'heritier, ni accepter l'hérédité: *heres institutus si putet Testatorem vivere, quamvis jam defunctus sit, adire hereditatem non potest*, L. 32, *ff. eodem;* la raison de cela est, parce que l'hérédité doit être ouverte, & déferée pour pouvoir être acceptée, L. 21, §. 2, *ff. eod.* & qu'il ne peut point y avoir d'hérédité d'une personne vivante, L. *neminem* 27, & L. *qui superstitis* 94, *ff. eod.* & que selon les regles du Droit Romain, l'adition d'hérédité est un acte de pure volonté, qu'on ne peut pas exercer, tandis que l'heritier est dans l'opinion que le Testateur vit, & que par conséquent son hérédité n'est pas encore déferée, vû que dans cette matiere qui dépend absolument de la volonté, *plus est in opinione quàm in veritate*, L. 15, *ff. eod.* Il faut prendre garde que le Droit Romain n'exigeoit la condition de la connoissance de la mort, que parce que l'adition

étoit néceſſaire pour acquerir l'hérédité, afin de pouvoir la tranſmettre; ce qui n'étant pas requis par notre uſage, puiſque l'hérédité eſt déferée & acquiſe de plein droit à l'heritier, au moment du décès du Teſtateur, de maniere que ſi l'heritier décede, il la tranſmet à ſes heritiers même étrangers: il ne faut pas croire qu'une adition fût nulle parmi nous, & que l'heritier ne fût pas tenu envers les créanciers, de cela ſeul, qu'il ne ſeroit pas juſtifié que quand l'heritier a accepté, il connoiſſoit la mort du Teſtateur; mais il ſuffiroit qu'il fût juſtifié en quelque tems que ce ſoit, que le Teſtateur étoit mort, lorſque l'heritier a fait des actes d'acceptation, afin qu'il fût valablement obligé envers les créanciers, puiſque l'hérédité étoit ouverte, déferée & acquiſe en vertu de la maxime *le mort ſaiſit le vif*, au moment du décès du Teſtateur, & que d'ailleurs il eſt difficile de comprendre que celui qui fait des actes d'heritier, puiſſe s'excuſer, en diſant qu'il ne connoiſſoit pas la mort du Teſtateur, puiſque le fait des actes d'heritier qui ſuppoſent néceſſairement la connoiſſance de la mort, prouve tout le contraire: Ainſi, cette condition de la connoiſſance de la mort du Teſtateur, ne peut pas être d'un grand uſage parmi nous, qui avons d'autres regles pour l'acquiſition de l'hérédité, indépendamment de l'adition, & qui n'exigeons l'adition qu'afin que l'heritier ſoit lié envers les créanciers, & les Legataires du défunt. Voilà pourquoi on doit peu s'embarraſſer de la preuve de cette connoiſſance du décès du Teſtateur, & ſi c'eſt à l'heritier à faire la preuve de la connoiſſance ou de ſon ignorance, ſur quoi les Auteurs font naître une infinité de queſtions oiſeuſes, & qui n'ont aucune application dans la pratique.

Quid par l'uſage de France.

Qui doit faire la preuve de la connoiſſance ou de l'ignorance de la mort du Teſtateur.

La ſixiéme condition eſt non-ſeulement que l'hérédité ſoit ouverte & déferée, *L. ſi quis 21, §. 2, ff. de acquir. hered. pro herede gerendo, acquiret hereditatem ſi jam ſit ei delata*; mais encore que l'heritier ſçache que l'hérédité lui eſt déferée, *§. 6, inſtit. de hered. qual. & differ.* & s'il a été inſtitué purement ou ſous condition; car tandis que la condition eſt pendante, l'hérédité eſt en ſuſpens, l'heritier n'a aucun droit, & par conſéquent il ne peut pas accepter, ni faire des actes d'heritier, comme nous l'avons montré en parlant des conditions, au chapitre 7: *Sed ſi ſcit ſe heredem inſtitutum, ſed utrum purè, an ſub conditione ignorat, non poterit adire hereditatem, licet purè heres inſtitutus ſit, & ſub conditione, licet paruerit conditioni, L. heres 32, §. 1, ff. de acquir. hered.* & *L. 1, §. 4, ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund.*

83.
L'heritier doit connoître ſi l'hérédité lui a été déferée, & ſi c'eſt purement ou ſous condition.

tabulas; mais il n'a pas besoin de connoître la portion en laquelle il a été institué, & le substitué n'a pas besoin non plus de connoître la répudiation de l'heritier, après lequel il est appellé par substitution, & pourvû qu'il connoisse la condition sous laquelle il est substitué, il n'est pas nécessaire qu'il connoisse que la condition est arrivée, *L. si quis* 21, §. 3, *ff. de acquir. hered.* ce qu'il faut néanmoins entendre, pourvû que le substitué ne doive pas lui-même accomplir la condition sous laquelle il est appellé; parceque dans ce cas il devroit l'accomplir avec connoissance, suivant la Loi 32, §. 1, *ff. eod.*

De ce qu'il n'a pas besoin de connoître.

84. Si l'heritier peut accepter avant l'ouverture du testament.

Il semble qu'on doive induire de la décision de ce dernier texte, que l'heritier ne peut pas accepter ni faire des actes d'heritier avant l'ouverture du testament solemnel; parce que c'est alors seulement qu'il peut connoître avec certitude que l'heredité lui est déferée, & si c'est purement ou sous condition. Cependant la Loi un. §. 5, *cod. de cad. toll.* décide nettement, que même avant l'ouverture du testament clos, l'heritier peut accepter l'heredité: *etiam clausis tabulis tam existere heredes quàm posse adire, sive ex parte sint, sive ex asse instituti censemus.* Ainsi il faut de deux choses l'une, ou que le principe renfermé dans la Loi 32, §. 1, *ff. de acquir. hered.* soit corrigé par la Loi du Code, ou bien que la décision de la Loi du Digeste soit bornée au seul cas où il paroîtroit clairement que l'heritier, qui avoit accepté avant l'ouverture du testament, a erré dans la maniere dont il a accepté; auquel cas l'adition ne devroit être d'aucune consideration, & ne pourroit pas le lier, comme fondé sur l'erreur. Je pense que quoiqu'il ne puisse point y avoir de doute que l'heritier a le pouvoir d'accepter avant l'ouverture du testament, comme le décide la Loi du Code 9, la Loi 32, §. 1, *ff. de acquir. hered.* n'est pas totalement abrogée, & que si l'acceptation n'étoit pas relative à l'institution, elle ne pourroit pas assujettir l'heritier aux charges hereditaires; mais qu'il en devroit être autrement s'il n'y avoit aucune répugnance entre l'acceptation & la maniere dont l'heredité est déferée, quoique l'adition eût été faite avant l'ouverture du testament: parce qu'un heritier peut avoir été informé par le Testateur même, qu'il est heritier, & de la forme en laquelle il est institué.

En quoi consiste l'abrogation de la Loi 32, §. 1, *ff. de acq. hered.*

85. Septiéme condi-

La septiéme condition est que l'heritier connoisse l'état du Testateur,

Teſtateur, & s'il a pû valablement teſter : car s'il eſt incertain de la condition du Teſtateur, & s'il doute qu'il ſoit fils de famille ou pere de famille, il ne pourra pas accepter l'heredité déferée par teſtament; quoique dans la verité le Teſtateur ait eu la liberté & la faculté de teſter : *ſed & ſi de conditione Teſtatoris incertus ſit, paterfamilias, an filiusfamilias, non poterit adire hereditatem; & ſi ejus conditionis ſit in veritate ut teſtari potuerit, L. heres* 32, *§. ult. ff. de acquir. hered.* L'adition d'heredité devant produire deux effets differens ; le premier, l'acquiſition irrévocable de l'heredité; & le ſecond, l'aſſujettiſſement de l'heritier aux charges hereditaires : il faut que l'heritier ne ſoit pas dans le doute ni dans l'incertitude ſi l'heredité lui a été legitimement déferée, afin que ſon acceptation puiſſe produire les deux effets naturels.

tion. L'heritier doit connoître l'état du Teſtateur.

Quels ſont les effets que produit l'adition.

La huitiéme condition eſt, que l'heritier ſçache qu'il eſt appellé pour recueillir l'heredité en premier rang, & qu'il n'y en a point d'autre qui le précede, & qui doive recueillir avant lui. La Loi *quandiu* 3, & la Loi 69, *ff. de acquir. hered.* établiſſent clairement cette regle, en décidant, que tandis qu'il y a un premier inſtitué qui ſubſiſte & qui peut accepter, le ſubſtitué ne peut pas faire des actes d'heritier, *quandiu prior heres inſtitutus adire poteſt, ſubſtitutus non poteſt.* La Loi *cum quidam* 30, *§.* 1 *&* 2, *ff. de acquir. hered.* rapporte un autre exemple où l'on peut faire une juſte application de la même regle. Un Teſtateur qui eſt marié, dont la femme eſt en âge d'avoir des enfans, inſtitue un étranger, ſans inſtituer ni exhereder les poſthumes dont la femme peut être enceinte, & même ſi la femme eſt veritablement enceinte, ou bien ſi l'heritier inſtitué eſt dans l'opinion qu'elle eſt enceinte, il ne pourra pas accepter l'heredité, juſqu'à ce qu'il ſoit verifié que la veuve n'eſt point enceinte. Mais ſi l'heritier connoît que la veuve n'eſt pas groſſe, il pourra faire des actes d'heritier & accepter l'heredité. On peut voir dans les *§§.* ſuivans de la même Loi les autres cas où la groſſeſſe & l'opinion de groſſeſſe de la veuve, peut ou ne peut pas être un obſtacle à l'adition d'heredité.

86.
Huitiéme condition, que l'heritier ſçache qu'il eſt appellé en premier rang.

On ne peut pas accepter tandis qu'on attend un autre heritier.

Si l'opinion de la groſſeſſe de la veuve empêche l'heritier teſtamentaire d'accepter.

La neuviéme condition eſt, que l'heritier connoiſſe de quelle façon l'heredité lui eſt déferée, & ſi c'eſt par teſtament ou *ab inteſtat*; car ſi l'adition n'eſt pas conforme au titre par lequel l'heredité a été déferée, comme ſi l'heritier accepte *ab inteſtat* tandis qu'il eſt heritier teſtamentaire, *& vice verſa*, l'adition ſera nulle & ne pourra produire aucun effet, *L. ſi is ad quem* 22, *ff. de ac-*

87.
Neuviéme condition ; que l'heritier connoiſſe comment l'heredité lui eſt déferée.

L'adition doit être conforme au titre qui défere l'heredité.

quir. hered. Ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati, scire debet quâ ex causâ hereditas ad eum pertineat; veluti agnatus proximus justo testamento scriptus heres, antequàm Tabulæ proferantur, cùm existimaret intestato patremfamilias mortuum, quamvis omnia pro domino fecerit, heres tamen non erit: & idem jus erit, si non justo testamento scriptus heres; prolatis Tabulis, cùm putaret justum esse quamvis omnia pro domino administraverit, hereditatem tamen non acquiret. Et tout comme l'erreur de fait vicie les obligations qui résultent des contrats, elle vicie aussi celle qui resulte des quasi-contrats; cependant rien n'empêche que celui qui se croit heritier par testament, & qui a agi en cette qualité, quoiqu'il succombe & que le testament soit cassé, ne puisse accepter l'heredité *ab intestat*, quand elle lui a été déferée de cette façon; parce qu'en acceptant l'heredité testamentaire qu'il croyoit lui appartenir par cette voye, il n'est pas censé avoir renoncé à la légitime qui lui appartient. *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, L. mater 19, ff. de inoff. testam.* La Loi *Clodius 97, ff. de acquir. hered.* renferme, sinon une décision, du moins un principe décisif contraire à la Loi 19, *ff. de inoff. testam.* Titius qui avoit fait un premier testament valable en faveur de Sempronius, en fit un second qui étoit nul en faveur du même Sempronius. Cet heritier accepta l'heredité en vertu du 2e. testament. Les heritiers *ab intestat* prétendirent que l'adition faite en vertu du testament nul étoit nulle, & que néanmoins l'heritier en acceptant en vertu du second testament étoit censé avoir renoncé à l'utilité du premier testament. La contestation portée devant le Juge, le Jurisconsulte Papinien fut d'avis que l'heritier étoit censé avoir renoncé au premier testament, en acceptant l'heredité en vertu du second quoique nul. Le Jurisconsulte Paul fut d'avis au contraire qu'un heritier qui accepte en vertu d'un testament, qu'il croit être bon, n'est pas censé repudier. Le Juge prononça dans ce cas, que le Testateur étoit décedé *ab intestat*, par où l'opinion de Papinien fut accueillie. *Denis Godefroy* qui approuve le sentiment de Paul & rejette celui de Papinien, croit que le Testateur fut déclaré être mort *ab intestat*, à cause que l'heritier étoit mort avant d'avoir accepté une seconde fois en vertu du premier testament; mais la Loi ne dit ni n'insinue point cette circonstance, il ne faut donc point la supposer. Et il est clair que la Loi 97, *ff. de acquir. hered.* décide

L'erreur vicie les contrats & les quasi-contrats.

Si celui qui accepte en vertu d'un testament qu'il croit bon, n'est pas censé renoncer à l'hérédité *ab intest.*

Conciliation de la Loi 97, *ff. de acquir. hered.* avec la Loi 19, *ff. de inoff. testam.*

que la succession est réduite *ab intestat*, lorsque le même heritier est institué par deux testamens de la même personne, dont le premier est bon, & l'autre nul, & que l'heritier accepte en vertu du second testament. La raison est sans doute, parce que deux testamens de la même personne sont essentiellement incompatibles, & que le second détruit nécessairement le premier; ensorte que l'heritier ayant approuvé le second, quoique nul, il avoit détruit de plein droit le premier à cause de l'approbation: si bien que le second testament ne pouvant pas valoir à cause de sa nullité; & le premier se trouvant emporté par l'approbation que l'heritier avoit donnée au second, le Testateur devoit être décedé *ab intestat*, comme le Juge le déclare dans le cas de la Loi 97, *ff. de acquir. hered.*

Deux testamens de la même personne sont incompatibles.

88.

Il faut pourtant convenir que la décision de la Loi 19, *ff. de inoff. testam.* & l'avis du Jurisconsulte Paul qui est rapporté dans la Loi 97, *ff. de acquir. hered.* sont plus conformes aux principes généraux & à l'équité, & que la décision de la Loi 97, *ff. de acquir. hered.* n'est fondée que sur une subtilité trop rigoureuse: car premierement celui qui accepte une heredité ne peut pas avoir l'intention de la répudier, *factum contrariam voluntatem declarat.* En second lieu, celui qui accepte l'heredité en vertu d'un testament qu'il croit bon, est dans l'erreur, & par consequent il ne peut pas faire une renonciation valable, ni contracter aucune obligation, parce qu'un consentement erroné ne peut pas servir de fondement à un contrat, ni à un distrat, ni à un quasi-contrat; ainsi l'approbation que l'heritier donne au second testament nul en le croyant valable, ne peut pas détruire ni emporter l'effet du premier testament, qui ne peut être revoqué par un second que quand il est bon & parfait, *§. posteriore, instit. quib. mod. testam. infirmentur.* En troisiéme lieu, on ne peut pas dire que celui qui exécute un testament qu'il croit bon, l'approuve pour lui donner une vertu qu'il croit qu'il n'a pas; puisqu'il est dans une pensée toute opposée, & que son objet est de recueillir une succession qu'il pense lui être déferée par un tel testament; & par consequent on ne peut pas induire de sa démarche aucune sorte d'approbation pour l'exclure de l'hérédité qui lui étoit déferée par le précedent testament, parce que *actus agentium præter intentionem operari non potest*; & qu'il est impossible de s'imaginer que celui qui agit pour acquerir une heredité, ait la pensée de s'en exclure par la démarche qu'il fait pour la recueillir. Car, comme le remarque *Denis Godefroy, sur la Loi 24, ff. de acquir. hered.*

Qu'il faut adopter la décision de la Loi 19, *ff. de inoff. testam.* à l'exclusion de la Loi 97, *ff. de acquir. hered.*

Celui qui accepte une hérédité ne peut pas avoir l'intention de la répudier.

Celui qui accepte en vertu d'un testament qu'il croit bon, est dans l'erreur.

Celui qui exécute un testament qu'il croit bon, n'entend pas lui donner une vertu qu'il n'a pas.

Actus agentium præter intentionem operari non potest.

Actus agentium interpretamur ex eorum proposito.

L'adition & la répudiation qui sont deux contraires, doivent être régies sur les mêmes regles.

Actus agentium interpretamur ex eorum proposito, non ex opposito. En quatriéme lieu, l'adition d'heredité & la répudiation, qui sont deux contraires, lesquels doivent être regis par les mêmes regles, parce que *contrariorum eadem est disciplina*, ne peuvent se faire qu'avec connoissance de cause, parce qu'elles dépendent de l'intention & de la destination de la volonté; & suivant la Loi 76, *ff. de regul. jur. in totum omnia quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera & certa scientia perfici possunt.* Il faut être instruit non-seulement de son droit, mais encore de la maniere dont il est déferé; que s'il y a quelqu'erreur de la part de celui qui accepte ou repudie, l'adition ou la répudiation ne peuvent avoir aucun effet, *L. is qui* 13, *l.* 14, *l.* 15, *l.* 16, *l.* 17, *l.* 22, *ff. de acquir. hered.* parce que dans cette matiere, *plus est in opinione quàm in veritate*, *L.* 15, *ff. eod.* Voilà pourquoi celui qui repudie comme heritier testamentaire n'est pas censé repudier comme heritier *ab intestat*, *L.* 17, §. 1, *ff. eod.* & celui qui accepte en vertu d'un testament nul, n'est pas censé avoir repudié le droit de recueillir l'heredité *ab intestat. L.* 22, *ff. eod.* & comme celui qui croit qu'un testament est faux ou nul, quoiqu'il ne soit ni l'un ni l'autre, ne peut ni accepter ni repudier, *L.* 17, *ff. eod.* il est clair que celui qui accepte en vertu d'un testament nul, & qu'il croit bon, ne peut se porter aucun préjudice au droit qu'il peut avoir, soit *ab intestat*, soit en vertu d'un autre testament qui est valable. Ainsi la Loi 97, *ff. de acquir. hered.* est un de ces textes qui se sont glissez sans attention, & qui ont échapé à la pénétration de ceux qui ont compilé le Digeste par l'ordre de l'Empereur Justinien, qui n'ont pas laissé de tomber dans plusieurs fautes & de recueillir des textes contraires, qu'il est impossible de concilier avec d'autres, quoiqu'il ait plû à l'Empereur Justinien d'assurer que dans sa compilation il n'y avoit rien de contraire, *nihil perperam positum, nihil contrarium.* Tous les hommes quelque grand genie qu'ils ayent, se ressentent toujours de la foiblesse de l'humanité; ils sont sujets à des imperfections, & leurs ouvrages se ressentent toujours de la foiblesse attachée à la condition humaine. La chose ne pouvoit pas arriver autrement dans un recueil si vaste que le Digeste, qui est composé d'un nombre infini de lambeaux détachez, pris des écrits de plusieurs Jurisconsultes imbus de principes differens, qu'ils avoient puisez dans les differentes écoles où ils avoient été enseignez, & qui avoient répondu differemment dans les mêmes questions sur lesquelles ils avoient été consultez. Il faut donc dire, malgré la Loi 97,

Celui qui répudie comme heritier testamentaire, n'est pas censé répudier *ab intestat.*

Celui qui croit que le testament est faux ou nul, ne peut accepter ni répudier.

La Loi 97, *ff. de acq. hered.* est un de ces textes qui ont échappé sans attention.

Observation sur l'imperfection de la compilation des Loix.

ff. de acquir. hered. non-seulement que celui qui accepte une heredité en vertu d'un testament qu'il croit être valable & qui est nul, ne renonce pas à la succession *ab intestat*, suivant la Loi 19, *ff. de inoffic. testam.* mais encore celui qui accepte une heredité en vertu d'un testament posterieur, nul & qu'il croit valable, ne renonce pas à l'heredité qui lui est déferée en vertu du premier testament valable, en consequence des principes généraux qui sont renfermez dans les autres textes qui conduisent à cette conclusion.

Conclusion que celui qui accepte en vertu d'un testament qu'il croit bon, ne renonce pas à la succession *ab intestat*.

89. Dixiéme condition; l'heritier doit être capable de recueillir.

Il y a une dixiéme condition encore plus essentielle que toutes les autres, afin qu'une adition soit valable & irrévocable. C'est que l'heritier auquel l'heredité est déferée, soit capable de la recueillir: car comme nous l'avons montré dans le *chap. 6, sect. 2*, une personne incapable ne peut pas acquerir une heredité. La maxime *le mort saisit le vif*, n'a même son effet que par rapport à ceux qui sont habiles & capables. Voilà pourquoi l'incapable ne pouvant pas acquerir l'heredité, parce que la Loi ou la Coutume qui l'excluent forment un obstacle insurmontable, l'adition par lui faite ne peut pas former un quasi-contrat capable de le lier envers les créanciers du défunt; parce que le quasi-contrat ne peut se former que par le moyen de l'acquisition irrévocable de l'heredité. Si bien que quand cette acquisition manque, il ne peut naître aucune obligation de l'adition, quelque formelle qu'elle puisse être; car les charges héreditaires & l'obligation de payer les dettes & les legs doivent nécessairement suivre l'heredité, & non celui qui se dit heritier lorsqu'il ne l'est pas réellement, suivant la Loi derniere, *ff. de interrog. in jur. faciendis.* Cette Loi décide que quand une personne interrogée en Jugement si elle est heritiere, ou non, & qu'elle dit qu'elle l'est, elle sera bien tenue d'une action envers le créancier auquel elle aura fait la réponse; mais elle ne sera pas tenue envers les autres créanciers hereditaires: *respondit ab his qui in jure non interrogassent, ex responso suo conveniri non posse*: la raison est parce que celui qui répond être heritier, quoiqu'il ne le soit pas, n'est pas obligé comme l'heritier, puisqu'il n'a pas l'heredité sur sa tête, mais il est tenu seulement à raison de sa reponse, par l'action appellée en Droit *Interrogatoire*; laquelle n'est acquise & ne peut profiter qu'à celui qui a interrogé. Mais si celui qui a répondu être heritier, l'étoit en effet; & si l'heredité lui étoit déferée, il deviendroit irrévocablement heritier par sa réponse à l'égard de tous les créanciers hereditaires, parceque ce seroit

L'adition faite par l'incapable ne peut pas former un quasi contrat.

Le quasi contrat ne se forme que par l'acquisition irrévocable de l'hérédité.

Les charges doivent suivre l'hérédité.

Explication de la Loi derniere, *ff. de interrog. in jure faciend.*

un acte d'heritier qui le lieroit envers tous les intereſſez ; comme nous l'expliquerons en ſon lieu. De-là vient que ſi celui qui ſe dit heritier, ou qui gere comme heritier, ne l'eſt pas en effet, lorſqu'il fait les actes d'heritier, ſoit qu'il agiſſe comme ſucceſſeur *ab inteſtat*, tandis qu'il eſt exclus par un teſtament valable, ou qu'il ſoit parent, mais non des plus proches en dégré, enſorte que l'heredité ne lui ſoit point dévolue; ſes actes d'acceptation ne pourront produire aucun effet, parce que pour pouvoir devenir heritier, & être tenu des dettes & charges hereditaires, il faut non-ſeulement que la ſucceſſion ſoit ouverte, mais encore qu'elle ſoit actuellement déferée à celui qui l'accepte. C'eſt ce que la Coutume d'Orleans, article 336, donne à entendre lorſqu'elle dit, *ſi aucun étant en degré de ſucceder, &c.* à moins que l'heritier teſtamentaire, ou le ſucceſſeur plus prochain en degré, n'euſſent repudié; auquel cas le ſucceſſeur *ab inteſtat*, ou celui qui ſe trouveroit dans le degré prochain, pourroit faire acte d'heritier.

Les actes d'heritier faits par celui qui n'eſt pas heritier *actu* ſont inutiles.

90. Onziéme condition ; que l'adition ſoit pure & ſans condition ou modification.

Enfin l'adition doit être faite purement & ſans être compliquée d'aucune condition expreſſe, car l'appoſition d'une condition la rendroit nulle : *Sed etſi quis ita dixerit, ſi ſolvendo hereditas eſt, adeo hereditatem, nulla aditio eſt*, L. *eum qui* 51, §. dernier, *ff. de acquir. hered. M. Cujas*, ſur cette Loi, *tractat.* 4, *ad Africanum*, & ſur le titre du Code, *de jure deliber.* La raiſon eſt parce que l'adition étoit, ſelon l'ancien Droit, un acte legitime qui n'étoit point ſuſceptible de condition expreſſe; mais une condition tacite ne la rendoit pas nulle, *L. actus legitimi* 77, *ff. de regul. jur.* Mais quoique par le Droit nouveau elle ne ſoit plus un acte legitime, & qu'elle ne dépende que de la ſeule intention démontrée par les faits, ou par les paroles, ſans aucune formalité, comme nous l'avons prouvé ci-devant; on a néanmoins retenu la regle du Droit ancien, qu'elle ne peut pas être faite ſous condition. L'adition eſt encore cenſée nulle, & comme non avenue, lorſqu'elle eſt bornée à une portion moindre que celle en laquelle on eſt heritier. Comme ſi l'on eſt inſtitué en la moitié, & qu'on accepte pour le quart : *reſpondit magis nihil actum eſſe, quemadmodum cum ex ſemiſſe ſcriptus heres, ex quadrante per errorem adiit hereditatem*, L. 75, *ff. de acquir. hered.*

91. Des cas où l'heredité eſt cenſée acceptée ou non, & des actes d'heritier.

Voyons préſentement les cas auſquels l'heredité eſt cenſée acceptée, & quels ſont les actes d'heritier qui ſont ſuffiſans ou non pour produire l'acceptation. Avant d'entrer dans ce détail

nous devons remarquer quatre regles ſures, qui ſont comme la clef de cette matiere, & qui ſont communes à toute ſorte d'heritiers ſiens ou étrangers, & qui prouvant l'adition, prouvent auſſi l'immixtion de l'heritier ſien, & le lient, *L. eum bonis* 87, *ff. de acquir. hereditat. & M. Cujas, ſur cette Loi, lib.* 10, *Reſponſ. Papin.* avec le ſecours deſquelles regles on peut connoître & diſtinguer les actes d'heritier qui ſont ſuffiſans, de ceux qui ne le ſont pas. La premiere regle eſt, que l'adition d'heredité, *eſt magis animi quàm facti, L. pro herede* 20, *ff. de acquir. hered.* C'eſt un acte de pure volonté, *nudâ voluntate extraneus heres fit, §. 6, inſtitut. de hered. qualit. & different.* ou comme s'explique la Loi *gerit* 88, *ff. de acquir. heredit. gerit pro herede, qui animo agnoſcit ſucceſſionem, licet nihil attingat hereditarium* : enſorte qu'on devient heritier dès que l'on témoigne de parole ou par quelque fait, que l'on eſt dans la volonté de l'être. *Pro herede autem gerere quis videtur, ſi rebus hereditariis tamquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo, locandove, & quoquo modo voluntatem ſuam declaret vel re, vel verbo de adeundâ hereditate*, dit le *§. 6*, aux inſtitutes, *de hered. qual. & differ.* Et l'adition dépend tellement de la nue volonté, que l'on devient heritier par la poſſeſſion d'une choſe comme hereditaire, quoiqu'elle ne dépende pas de l'heredité : *& ſi alienam rem ut hereditariam poſſediſſet, L.* 88, *ff. de acquir. hered. & L.* 21, *§.* 1, *ff. eod.* en un mot, *ex ſola animi deſtinatione heres fieri poteſt, L. avia 6, cod. de jur. delib.* Ainſi ſans examiner quelle étoit la valeur que les Loix anciennes attribuoient aux differentes expreſſions pour deſigner l'acceptation de l'heredité, tels que ſont *cretio, aditio, pro herede geritio, agnitio, immixtio*, ni les formalitez qu'elles exigeoient, le Droit nouveau introduit par l'Empereur Juſtinien dans ſes Inſtitutes, & dans pluſieurs Loix du Digeſte, n'exige plus que la volonté & l'intention de ſe porter pour heritier; pourvu que cette volonté & cette intention ſoient manifeſtées par quelque parole ou par quelque fait, c'eſt-à-dire par quelque ſigne univoque exterieur.

Premiere regle : *Aditio eſt potius animi quàm facti.*

L'hérédité eſt acceptée par la ſeule volonté, ſans toucher aux effets héréditaires, & ſans examiner la valeur des mots *cretio, aditio, agnitio, pro herede geritio, immixtio.*

La deuxiéme eſt, que tout ce qui ne peut être fait *citra jus & nomen heredis*, induit une acceptation. *Itaque tunc pro herede geri dicendum eſſe ait, quotiens accipit quod citra nomen & jus heredis accipere non poterat, L. pro herede* 20, *§. Papinianus*, 4, *ff. de acquir. hered.* Ainſi on devient heritier par tout acte qu'on ne peut point faire valablement & légitimement ſans avoir le titre & la qualité d'heritier.

92. Deuxiéme regle : ce qui ne peut être fait *citra jus & nomen heredis*, induit l'adition.

93. Troisiéme regle; ce qui peut être fait *citra jus & nomen heredis*, n'induit pas l'adition.

La troisiéme est une conséquence de la précedente, elle consiste en ce que ce qui peut être fait valablement & légitimement, sans avoir le titre & la qualité d'heritier, *citra nomen & jus heredis*, n'induit point l'adition : *si quid quasi non heres egit, sed quasi alio jure Dominus, apparet non videri pro herede gessisse*, L. *pro herede* 20, *ff. de acquir. hered.* Brodeau, sur M. Louet, *lett. H. somm.* 10, *n.* 4. Cela est encore fondé *sur la Coutume de Paris*, *art.* 317.

94. Quatriéme regle ; les actes ambigus n'induisent pas l'adition.

La quatriéme, qu'un acte ambigu & équivoque n'induit pas l'adition, à cause que dans le doute, il faut prendre le parti qui exclut l'obligation, *L. Arrianus* 47, *ff. de obligat. & actionibus* ; *Brodeau, au lieu cité* ; *Ferriere sur la Coutume de Paris*, & les autres Auteurs. Ce qui est particulierement fondé sur l'*art.* 317 *de la Coutume de Paris*, qui exclut l'adition toutes les fois qu'on a quelqu'autre qualité que celle d'heritier, pour toucher aux biens hereditaires, par ces mots *sans autre qualité*. La Loi 42, §. dernier, *ff. de acquir. hered.* paroît encore plus formelle, lorsqu'elle dit, *nisi evidenter quasi heres manumiserit, non debet eum calumniam pati, quasi se miscuerit hereditati.* Mais pour faire une juste application de ces quatre regles, il faut prendre garde que celui auquel une heredité est déferée peut, en traitant au sujet des biens hereditaires, tomber dans deux cas differens. Le premier est, s'il entreprend quelque chose qu'il puisse faire *citra jus & nomen heredis*, mais qui ne sera point utile & efficace à moins qu'il ne soit heritier ; dans ce cas, il doit être censé avoir fait acte d'heritier, parce que dans le doute on doit présumer qu'il a traité en la qualité qui lui donnoit le pouvoir de faire l'acte valablement, comme s'il vend les biens hereditaires ; car quoiqu'on puisse vendre les biens d'autrui, comme la vente ne peut être efficace que quand elle est faite par le proprietaire, l'heritier qui n'aura pas pris de qualité sera censé avoir vendu comme heritier : parce que *quilibet actus, eo modo accipiendus est, ut potius valeat quàm pereat.* Le deuxiéme est, lorsque l'heritier designé peut faire utilement & efficacement la chose qu'il fait ; mais il ne peut pas la faire en son nom, à moins qu'il ne soit heritier, comme s'il cultive les biens hereditaires, s'il nourrit les bestiaux, s'il paye les dettes hereditaires, il doit être présumé l'avoir fait à son nom & en qualité d'heritier : cela résulte clairement du §. *item extraneus* 7, *instit. de hered. qual. & differ.* & du principe renfermé dans la Loi 4, *ff. de solut.*

95. Comment fait-

On fait acte d'heritier, non-seulement lorsque l'on dit en termes

termes diserts, que l'on accepte l'heredité, que l'on est heritier, que l'on veut être heritier; mais encore en prenant simplement la qualité d'heritier, soit en Jugement, soit hors Jugement, dans quelque contrat ou acte public, ou privé, de quelque nature qu'il soit, ou bien par une simple énonciative: *nutu possunt significare velle se periculo suo hereditatem adire, quomodo absentes per nuntium, L. servo 65, §. si pupilli 3, ff. ad Senatusconf. Trebell.* & il suffit que l'acte, qui contient la déclaration ou la qualité d'heritier, ou l'énonciative, soit probatoire, & qu'il constate *animi destinationem*, sans même qu'il soit nécessaire que l'heritier ait touché à quelqu'un des effets hereditaires. Ceci resulte clairement des textes que nous avons rapportez pour appuyer la premiere regle. Et c'est l'avis unanime de tous les Auteurs du Droit Romain, notamment *de Bartole* sur la Loi *gerit* 80, *ff. de acquir. hered.* C'est contre les principes du Droit Romain, que quelques Auteurs coutumiers, entr'autres *Ferriere sur l'art.* 317 *de la Coutume de Paris*, *n.* 2, ont dit qu'il falloit une déclaration devant Notaire, afin que l'heritier fût lié; car la volonté de l'heritier qui forme la substance de l'adition, peut aussi-bien être connue par un écrit privé que par un acte public: cependant si le Donataire universel, qui se trouveroit en même tems heritier légitime, avoit pris la qualité d'heritier, il ne seroit pas censé avoir accepté la qualité d'heritier pour abandonner sa donation universelle, comme le remarque *le Brun, des successions, livre* 3, *chap.* 8, *sect.* 2, *n.* 10; mais dès que l'heritier qui n'a point d'autre titre universel, a expliqué & déclaré sa volonté, il est lié irrévocablement envers tous les créanciers & les légataires, sans qu'il soit besoin de leur part, d'aucune acceptation, stipulation, intervention ni approbation; parce que, comme nous l'avons dit, l'adition dépend de la seule destination de la volonté, que l'heredité est irrévocablement acquise à l'heritier, dès qu'il témoigne cette volonté de fait ou de parole; que l'acquisition d'heredité est inséparablement accompagnée de l'obligation de remplir les charges hereditaires; que c'est un quasi-contrat qui produit son effet par le seul fait de l'heritier, sans l'acceptation ni la stipulation des interessez, & que l'adition est indivisible, *L.* 1, *ff. de acquir. hered.* de maniere qu'on ne peut pas être heritier à l'égard d'une personne avec laquelle on a pris cette qualité, qu'on ne le soit à l'égard de tous les créanciers & legataires; à cause que c'est le fait de l'adition, qui produit l'obligation de l'heritier qui accepte. Qu'enfin l'heritier devant représenter la personne du

on acte d'heritier.

En prenant la qualité d'heritier par une énonciative.

S'il faut une déclaration devant Notaire.

Si le Donataire universel fait acte d'heritier en prenant la qualité d'heritier.

Si l'adition a besoin de l'acceptation ou intervention de quelqu'un.

L'adition est indivisible.

On ne peut pas être heritier à l'égard d'une personne, sans l'être à l'égard de tous.

L'heritier doit representer la personne du défunt.

défunt, il seroit absurde, qu'après avoir fait des actes d'heritier, avec un des créanciers, il représentât la personne du défunt à l'égard de ce créancier, & non à l'égard des autres, & que l'heredité fût censée remplie par rapport à ce créancier, & vacante par rapport aux autres. Cela est ainsi décidé par l'*article* 32 *de la Coutume de Bourbonnois*, & c'est l'opinion unanime de tous les Auteurs. On peut voir Bartole & Alexandre sur la Loi derniere *ff. de interrog. in jure faciend.* & encore Bartole sur la Loi *gerit*, *ff. de acquir. hered.* & Ferriere sur l'*article* 317, *n.* 24 *de la Coutume de Paris.*

96. On fait acte d'heritier en constituant un Procureur pour accepter.

De-là vient qu'on fait acte d'heritier, soit en constituant un Procureur pour accepter, avant même que la procuration soit signifiée ou exécutée; parce que la procuration déclare suffisamment la volonté du Mandant: car comme dit fort bien la glose sur la Loi *per Curatorem* 90, *ff. de acquir. hered. statim quod mando de adeundo, jam adeo; & ita nihil remanet faciendum per Procuratorem.* Les Docteurs rapportez par Grassus, *lib.* 2, *art. acquisitio hereditatis, quest.* 4, *n.* 21, le décident de même. Soit en constituant un Procureur pour exiger les dettes hereditaires, parce que cela ne peut point se faire *citrà nomen & jus heredis*: soit en constituant un Procureur pour répondre que l'on est heritier, ou pour déclarer la portion que l'on a en l'heredité. On peut voir les Loix 2, 3, 4, 5, 6, & 9, *ff. de interrog. in jus faciend.*

Ou pour exiger les dettes.

Ou pour répondre que l'on est heritier.

97. Si celui qui traite de l'hérédité fait acte d'heritier.

Mais un heritier qui traite d'une heredité qui lui est déferée fait-il acte d'heritier? Il faut user de distinction; car ou l'heritier renonce purement & simplement au droit qu'il avoit sans le ceder & le transporter, dans ce cas ce n'est point un acte d'heritier, quoiqu'il reçoive une somme certaine pour le prix de sa renonciation, *L. fuit quæstionis* 24, *ff. de acquir. hered. Fuit quæstionis an pro herede gerere videatur, qui pretium hereditatis omittendæ causâ capit? Et obtinuit hunc pro herede quidem non gerere, qui ideò accepit ne heres sit.* Il ne faut donc point distinguer, comme quelques Auteurs l'ont pensé, notamment *Ferriere sur la Coutume de Paris, art.* 317, *n.* 19, entre la renonciation faite avec prix, & celle qui est faite sans prix, parce que la Loi condamne cette distinction.

De celui qui renonce par simple abdication.

Quid de celui qui a reçu un prix pour répudier.

98. De celui qui dispose de l'heredité par cession ou transport.

Mais si l'heritier dispose du droit qu'il a sur une heredité, s'il le cede, soit qu'il le fasse avec prix ou sans prix, il est censé faire acte d'heritier; parce que la cession, le transport & la disposition renferment deux actes distincts, dont l'un est caché *fictione*

brevis manus : car pour pouvoir disposer d'une chose, la ceder & la transporter, il faut commencer par l'accepter soi-même ; & ce n'est qu'ensuite d'une telle acceptation que la cession, le transport & la disposition peuvent être faites. On peut voir la Loi *si avia 6, cod. de jur. delib.* & les Interpretes sur cette Loi.

99. De celui qui renonce en faveur d'une personne.

Il faut dire la même chose dans le cas de la renonciation en faveur d'une personne qui stipule la renonciation, parce qu'elle renferme un transport des droits qui appartiennent au renonçant : Voilà pourquoi il commence par accepter avant de faire le transport. Il ne faut donc pas distinguer, comme fait *Ferriere*, entre la renonciation faite en faveur du co-heritier, ou d'une personne étrangere. Il ne faut pas non plus examiner si la renonciation est faite moyennant un cettain prix ou sans prix, parce que la raison décisive est prise de l'acceptation qui accompagne la rénonciation en faveur, laquelle renferme un transport : & non de la qualité du contrat onereux ou gratuit. Ainsi il n'y aura donc point d'acte d'heritier dans la renonciation pure, qui est une abdication ou une renonciation, parce qu'elle ne renferme aucune acceptation de la part du renonçant ; mais au contraire, il y aura un vrai acte d'heritier toutes les fois qu'il y aura un transport, parce qu'il doit nécessairement renfermer une acceptation. Comme nous avons traité amplement cette difficulté dans la quarante-troisiéme de nos questions sur les donations, nous renvoyerons à ce que nous avons dit en cet endroit. *V. le Brun, des successions, livre 3, ch. 8, sect. 2, n. 14* & suivans. Il faut même prendre garde que celui qui dispose par testament ou codicile de quelqu'effet particulier dépendant d'une heredité qui lui a été déferée, fait acte d'heritier, *L. Pannonius 86, §. 2, ff. de acquir. hered. & L. si avia 6, cod. de jure delib.*

De celui qui dispose par testament ou codicile, de partie des effets d'une hérédité.

100. De celui qui impugne le testament de faux, ou par quelqu'autre voye.

Celui qui impugne de faux le testament, & demande la maintenue en la succession, est censé faire acte d'heritier, *L. cum quidam 14, ff. de bonor. possef.* mais il faut qu'il ait obtenu sa demande ; car s'il avoit succombé, & si le testament étoit confirmé, l'hérédité appartiendroit à l'heritier testamentaire : & la demande formée par le successeur *ab intestat*, devroit être considerée comme non avenue. On doit dire la même chose de tous les autres cas où le testament est impugné par les successeurs légitimes par nullité, ou autrement, parce qu'en faisant renverser le testament & en obtenant l'heredité, ils deviennent vrais heritiers. On peut voir la Loi 3, *cod. de repud. hered. la glose*,

Bartole, *Balde & Denis Godefroy*, sur cette Loi. De même le fils prétérit qui attaque le testament de son pere comme nul, fait acte d'heritier, *L. 3, cod. de repud. hered.*

101. En demandant le délaissement d'une hérédité.

On fait encore acte d'heritier toutes les fois qu'on demande le délaissement d'une heredité, parce qu'une telle demande a pour fondement la qualité d'heritier, en conséquence de laquelle le Demandeur agit; & qu'on peut appliquer à ce cas la regle qui veut qu'il y ait adition toutes les fois qu'on fait ce qu'on ne pourroit point faire *citrà nomen & jus heredis.*

102. De celui qui prend de son autorité la chose qui lui est dûe, laquelle se trouve dans l'hérédité.

La Coutume de Paris, art. 317, veut que quand le successeur *ab intestat* se trouve créancier du défunt, & que s'il prend de son autorité la chose à lui due, il fait acte d'heritier. *Et supposez*, dit ce texte, *qu'il lui fût dû aucune chose par le défunt, il le doit demander & se pourvoir en Justice; autrement, s'il la prend de son autorité, il fait acte d'heritier.* Ferriere *sur cet article*, en tire cette conséquence, que si le legataire successeur *ab intestat* du défunt prend le legs de son autorité, il fait acte d'heritier; mais la disposition de cette Coutume n'est pas conforme aux principes du Droit Romain. A la verité, la Loi ne permet pas au légataire ni aux créanciers du défunt de prendre le legs ni ce qui lui est dû de son autorité, mais elle établit d'autres peines pour punir cet attentat, & elle ne déclare pas que ce soit un acte d'heritier. Un créancier, un légataire qui prennent ce qui leur appartient n'ont pas intention de se rendre heritiers. Ils témoignent même par leur fait, une intention toute contraire: cependant on ne peut pas faire des actes d'heritier, qu'au moyen de ce que l'on fait en qualité d'heritier, & dans l'intention de le devenir irrévocablement, suivant les textes que nous avons rapportez pour établir la premiere regle.

Difference entre la Coutume de Paris & le Droit Romain.

Il n'y a point d'adition sans l'intention de devenir heritier.

103. En vendant ou baillant à ferme, en cultivant les biens héréditaires.

Si l'intention d'être heritier doit se présumer dans ces actes.

Quid s'il y a protestation.

On fait acte d'heritier en vendant, en baillant à ferme ou à loyer, en cultivant ou faisant cultiver les biens hereditaires, *vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo, locandove, §. item extraneus 6, instit. de hered. qual. & differ.* Tous ces actes sont naturellement déterminez à la qualité d'heritier, & quoique cette qualité ne soit pas exprimée dans le contrat, on doit la présumer par la nature de l'acte, s'il n'y a preuve ou protestation contraire, *L. 20, §. 1, ff. de acquir. hered. l. 1, cod. de repud. hered. M. le Président Faber*, dans son Code, *lib. 6, tit. 12, defin. 1*, rapporte un Arrêt de l'année 1614, qui le jugea ainsi contre un fils qui avoit vendu des biens dépendans de l'heredité de son pere, sans prendre aucune qualité. M. Boutaric dans ses institutions du

Droit François, *page* 318. en rapporte un autre tout semblable du Parlement de Toulouse du 31 Août 1722, en la deuxiéme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Courtois, en faveur du Sieur Comte de la Fare, contre Demoiselles Dauphine & Henriette Bernard: qui déclara ces deux filles heritieres pures & simples de leur pere, pour avoir vendu des biens dépendans de son heredité, sans prendre aucune qualité précise, quoiqu'elles fussent créancieres de cette heredité pour la dot de leur mere, à cause qu'en vendant elles n'avoient pas exprimé qu'elles le faisoient comme créancieres, & que cette qualité ne leur donnoit pas le droit de faire une vente efficace; & qu'ayant d'ailleurs promis la garantie, elles avoient entendu aliéner des biens qui leur appartenoient comme heritieres de leur pere. On fait encore acte d'heritier quand on partage l'heredité; c'est même de tous les actes d'heritier le plus exprès, *L.* 1, *& l.* 2, *ff. famil. ercisc.* mais le partage des biens sous un autre titre que celui d'heritier n'induiroit pas l'adition.

En partageant l'hérédité.

104. Si la possession de la maison ou des biens induit un acte d'heritier.

L'heritier testamentaire ou légitime qui se trouve en possession de la maison ou des biens hereditaires est censé avoir fait acte d'heritier, parce que l'on présume qu'il a pris possession comme heritier, si le contraire n'est prouvé par lui. Et cette présomption doit avoir lieu contre le fils qui se trouve en possession de la maison paternelle, quoiqu'il ait abstenu de l'heredité, *L.* 1, *cod. de repud. hered.* C'est le sentiment commun des Interpretes, entr'autres de *Bartole & Balde*, sur cette Loi, *& Masuer, titre* 32, *n.* 63. *M. le Président Faber, dans son Code, lib.* 6, *tit.* 12, *defin.* 2, rapporte un Arrêt de 1592 qui l'a ainsi jugé. La Loi 4, *cod. undè cognati*, ne décide rien de contraire, parce que dans le cas de cette Loi, le cognat étoit en possession, *sine voluntate acquirendæ sibi hereditatis*: ce qui excluoit toute présomption d'acte d'heritier, qui ne peut avoir lieu, *sine animo gerendi pro herede*; cependant quoique l'heritier se fût logé dans la maison, qu'il se fût saisi des clefs, des papiers & des effets hereditaires, qu'il se fût même fait payer des Fermiers avant de faire inventaire, & pendant les délais pour déliberer: s'il repudie dans ce délai, il n'est pas censé avoir fait acte d'heritier, comme il a été jugé par l'Arrêt du 26 May 1674 rapporté au *Journal du Palais.*

Explication de la Loi 4, *cod. undè cognati.*

Mais il y a varieté d'opinions pour sçavoir si lorsque l'heritier créancier de l'heredité, qui se trouve en possession des biens hereditaires, est censé avoir fait acte d'heritier; comme si le fils heritier de son pere possede la maison & les biens paternels en

105. Si l'heritier qui est créancier fait acte d'heritier, en possedant les biens héréditaires.

vertu de la dot de la mere, à cauſe de laquelle il eſt créancier de l'heredité paternelle. *M. le Préſident Faber*, dans ſon Code, *lib. 6, tit. 12, defin. 1*, décide que le fils eſt cenſé avoir fait acte d'heritier; parce qu'il faut préſumer qu'il s'eſt mis en poſſeſſion en qualité d'heritier, & non comme créancier; & cette opinion ne pourroit pas ſouffrir de difficulté aux termes de l'article 317 *de la Coutume de Paris*, qui déclare que le créancier qui prend quelque choſe de ſon autorité, quoiqu'elle lui ſoit due, fait acte d'heritier. Il ſemble que cette opinion eſt fondée ſur la déciſion de la Loi *pro herede* 20, §. 1, *ff. de acquir. hered.* qui s'explique ainſi: *& ideo ſolent teſtari liberi qui neceſſarii exiſtunt, non animo heredis ſe gerere quæ gerunt; ſed pietatis, aut cuſtodiæ cauſa, aut pro ſuo.* Si donc il n'y a point de proteſtation de leur part, ils ſont cenſez faire acte d'heritier.

Auteurs qui ſoutiennent l'affirmative.

106. Auteurs qui tiennent pour la négative.

Pluſieurs autres Auteurs, notamment *Bartole*, ſur la Loi *gerit*, *ff. de acquir. hered.* *Balde*, ſur la Loi 1, *cod. de repud. hered.* *Maſuer*, *titre* 32, *n.* 63, & *Schneidevin*, ſur le §. dernier, *n.* 4, *inſtit. de hered. qual. & differ.* tiennent que la qualité de créancier exclut toute préſomption d'acte d'heritier, & d'intention de poſſeder en qualité d'heritier; & ſelon *François Marc*, dans ſes déciſions du Parlement de Grenoble, *tome* 1, *queſt.* 431, le fils qui eſt en poſſeſſion de l'hérédité de ſon pere, eſt préſumé poſſeder *titulo utiliori.* C'eſt même l'opinion la plus commune qui eſt reçue dans l'uſage du Parlement de Toulouſe, & qui ſemble une ſuite de la quatriéme regle que nous avons établie ci-deſſus: car le fils ſe trouvant créancier de l'heredité de ſon pere, & pouvant par conſéquent poſſeder en qualité de créancier, tout comme en qualité d'heritier, le titre de la poſſeſſion eſt donc ambigu & douteux: voilà pourquoi il faut ſe tourner du côté qui tend à exclure l'obligation que l'adition devroit produire ſi elle étoit préſumée. Et ſi la Loi 20, §. 1, *ff. de acquir. hered.* dit que les enfans ont accoutumé de proteſter qu'ils n'entendent point s'immiſcer, une telle proteſtation ne peut être néceſſaire que quand les enfans n'ont aucun autre titre pour poſſeder les biens de leur pere que celui d'heritier, & non quand ils ont quelqu'autre titre qui vaille pour eux.

Uſage du Parlement de Toulouſe.

Si la proteſtation eſt néceſſaire.

107. De la poſſeſſion des biens communs.

La poſſeſſion des biens héréditaires ne pourroit pas être regardée comme un acte d'heritier, ſi elle n'étoit que d'un bien qui fût commun entre le défunt & ſon heritier: comme ſi l'heritier continuoit de poſſeder la maiſon dont il jouiſſoit auparavant en commun avec le Teſtateur; parce que dans ce cas l'he-

ritier pourroit en jouir en vertu de son propre droit, à moins que le consort ou associé n'eût joui au-delà de sa portion, *L. duo fratres* 78, *ff. de acquir. hered. Respondit nisi eo consilio usus esset, quod vellet se heredem esse non adstringi: itaque cavere debet, ne quâ in re plus suâ parte dominationem interponeret.*

108. De la possession des biens héréditaires prise avec protestation.

Celui qui se met en possession des biens héréditaires, ne fait pas acte d'heritier par une telle possession, lorsqu'en la prenant il proteste par acte, qu'il ne veut posseder que *custodiæ causâ*, & pour la conservation des effets héréditaires, *L.* 20, *§.* 1, *ff. de acquir. hered.* parce qu'une telle protestation exclut bien clairement toute intention de se porter pour heritier, sans laquelle intention il ne peut point y avoir d'adition, ni d'acte d'heritier obligatoire, *nam hoc animo esse debet ut velit esse heres*, *L.* 20, *ff. eod.* ce qui ne peut point se rencontrer dès qu'il y a une protestation contraire.

109. De celui qui transige sur les Procès de la succession.

Quand celui auquel une hérédité est déferée, transige sur un Procès de la succession, il est censé faire acte d'heritier, comme le remarque *Ferriere*, *sur la Coutume de Paris*, *article* 317, *n.* 10, parce que pour transiger il faut être le maître, ou avoir un mandat spécial du maître; & que cela ne se peut point faire valablement *citrà nomen & jus heredis.* C'est aussi un acte d'heritier que de transiger ou arbitrer avec les légataires au sujet de leur legs, parce que c'est l'heritier qui doit en faire la délivrance; & que c'est se reconnoître heritier, que de traiter au sujet d'une chose à laquelle on est tenu comme heritier, *Balde*, *Cons.* 272, *vol.* 5.

Transaction ou arbitrage avec les Legataires.

110. Du payement des dettes héréditaires.

L'heritier qui paye les dettes héréditaires est censé faire acte d'heritier, ce qui a lieu même à l'égard du fils qui paye les dettes passives de son pere, *L.* 8, *§.* 1, *cod. de inoff. testam. & l.* 2, *cod. de jur. delib. Cum debitum paternum te exolvisse alleges: pro portione hereditariâ agnovisse te hereditatem defuncti non ambigitur*: à moins qu'en faisant le payement, il n'eût protesté qu'il n'entendoit pas se porter pour heritier, ou qu'il n'eût pris la subrogation du créancier en augmentation de ses hypoteques, ou autrement; auquels cas, il ne pourroit pas y avoir des actes d'heritier, parce qu'il paroîtroit d'une volonté contraire. Comme aussi celui qui a succedé à un défunt, & qui n'a pas encore expliqué sa volonté sur l'acceptation, chargeant son heritier de payer les legs & les dettes passives de son Auteur, est censé faire des actes d'heritier. C'est une suite de la décision de la Loi 2, *cod. de jure delib.* parce qu'on ne se reconnoit pas moins heritier

De celui qui charge son heritier de payer les legs d'une succession qu'il a recueillie.

en donnant ordre de payer les legs & les dettes héréditaires ; qu'en les payant soi-même. C'est ainsi que *Balde, vol. 5, Conf.* 71, décide ce dernier cas.

111. On peut faire acte d'heritier par autrui.

On peut faire acte d'heritier, non-seulement par soi-même, mais encore par le ministere d'autrui ; voilà pourquoi si l'heritier permet qu'une tierce personne fasse pour lui des actes d'heritier, il est censé avoir accepté. *L. filiofamilias* 4, *cod. de jure delib. Bartole*, sur la Loi *si filius, ff. de tutelis.*

112. De celui qui accomplit la condition.

Celui qui accomplit la condition sous laquelle il a été institué heritier, dans l'intention de purifier la disposition, & de devenir heritier, est censé faire acte d'heritier, *L. Antistius* 62, *ff. de acquir. hered.* Il en seroit autrement si la condition avoit été accomplie sans l'intention de devenir heritier, *L. conditionibus* 5, *ff. de conditionibus & demonstrat.* mais on ne doit pas présumer l'intention d'accepter l'hérédité, parce que l'accomplissement n'est qu'une préparation pour accepter.

113. De celui qui continue une société commencée pendant la vie du défunt.

Lorsque le fils continue une société commencée pendant la vie de son pere, il n'est pas censé avoir fait indistinctement acte d'heritier ; mais il est censé avoir fait acte d'heritier en continuant une chose commencée avec le pere, au lieu qu'il n'est pas censé avoir fait acte d'heritier, quand il commence une nouvelle négociation indépendante de la premiere, à cause que c'est une société nouvelle qu'il contracte de son chef, & non comme heritier. *Si in societatem quam vivo patre inchoaverat filius post mortem patris perseveraverit : Julianus rectè distinguit, interesse utrùm rem captam sub patre perfecit, an novam inchoavit ; nam si quid novum in societatem inchoavit, non videri miscuisse hereditati patris, scripsit*, L. 42, §. 1, *ff. de acquir. hered.*

114. De celui qui exige les dettes héréditaires.

L'heritier qui exige les dettes actives hereditaires, doit être présumé l'avoir fait en qualité d'heritier, & par conséquent avoir fait acte d'heritier : à moins qu'il ne paroisse qu'il l'a fait à autre titre & sous une autre qualité. L'exaction des dettes par voye ordinaire n'appartient qu'au proprietaire ; & les créanciers ne peuvent venir que par voye de baniment ou arrestation, pour demander la délivrance d'autorité de Justice. Si donc celui à qui une hérédité est déferée exige les dettes actives, on doit penser qu'il l'a fait comme heritier, à moins qu'il n'eût déclaré le contraire dans la quittance ; car la protestation contraire excluant la volonté & l'intention qui doit caracteriser l'acte d'heritier, elle doit conséquemment exclure l'adition, qui doit nécessairement être fondée sur la volonté de se porter pour heritier.

C'est

115.

Si le fils Donataire fait acte d'heritier en rapportant.

C'eſt une grande queſtion parmi les Interpretes du Droit, ſi dès-là qu'un fils donataire, & qui eſt coheritier de ſon pere avec ſes freres, en rapportant à la maſſe de l'hérédité les biens qui lui avoient été donnez, eſt cenſé faire acte d'heritier. *Bartole, Balde & quelques autres* ſur la Loi *ſi filius* 13, *ff. de condict. cauſa data, cauſa non ſecuta*, ſoutiennent la négative, ſur le fondement de cette Loi qui décide, que ſi le fils rapporte à ſon frere ce qui lui avoit été donné, dans le deſſein de reconnoître la poſſeſſion des biens qu'il ne demande point dans la ſuite, il peut uſer de répetition. Au contraire d'autres ſont d'avis que le frere, de cela ſeul qu'il rapporte les biens à lui donnez, eſt cenſé faire acte d'heritier; & cet avis eſt le mieux fondé, parce que le rapport ne peut avoir lieu qu'entre co-heritiers, *L. 1, & l. ult. ff. de collatione dotis, l. filiæ dotem* 4, *l. filiam* 16, *cod. de collat.* Si donc le frere rapporte ſa donation, ce ne peut être que dans la vûe de ſe porter pour heritier, & par-là il devient véritablement heritier: car l'acceptation précede naturellement l'action du rapport, vû qu'il n'y a que celui qui veut être heritier qui puiſſe être aſſujetti au rapport, *L. ult. ff. de collat. dotis.* Il eſt donc clair que l'action de rapporter renferme deux actes diſtincts, dont l'un eſt caché, mais ſous-entendu *fictione brevis manus*, ſçavoir, l'acceptation de l'hérédité; & l'autre découvert, qui eſt le rapport: enſorte que le rapport n'étant qu'une ſuite & une conſéquence de l'acceptation de l'heredité, il faut ſuivant la regle vulgaire, *qui vult conſequens, vult neceſſarium antecedens*, que le rapport renferme néceſſairement en ſoi la déclaration, que celui qui rapporte veut être heritier. La Loi 13, *ff. de condict. cauſa data, cauſa non ſecuta*, ne décide rien de contraire; car elle ne parle point de l'adition qui dépend uniquement de l'intention, & de la ſeule démonſtration de la volonté. Elle parle de la poſſeſſion des biens qui ne pouvoit pas être acquiſe par la ſeule démonſtration de la volonté; mais il falloit en former la demande devant le Juge; ainſi il n'eſt pas ſurprenant que quand le frere a rapporté dans la vue de demander la poſſeſſion des biens, il puiſſe répeter les biens qu'il avoit rapportez lorſqu'il change de deſſein, & qu'il ne forme pas la demande de la poſſeſſion des biens, la cauſe pour laquelle le rapport avoit été fait manquant ou venant à ceſſer; mais la déciſion de ce texte ne peut point être appliqué à l'adition, parce qu'elle dépend de la ſeule volonté, ſans qu'il ſoit néceſſaire de déclarer en Jugement ni de former la demande en Juſtice; & qu'auſſi-

Auteurs pour la négative.

Avis contraire pour l'affirmative.

Explication de la Loi 13, *ff. de condict. cauſa data.*

La poſſeſſion des biens devoit être demandée en Jugement.

L'adition dépend de la volonté.

tôt que le co-heritier rapporte les biens donnez dans la vue de prendre part à la succeſſion qui lui eſt déferée, il fait acte d'heritier.

116. Si le fils qui a joui des biens de ſon pere ſans autre titre que la légitime, a fait acte d'heritier.

C'eſt encore une très-grande queſtion, ſi le fils qui a joui des biens de ſon pere ſans aucun titre, autre qu'en vertu de ſa légitime, eſt cenſé avoir fait acte d'heritier; & ſi ſa légitime eſt un titre ſuffiſant pour ſervir de fondement à ſa poſſeſſion, de maniere qu'on puiſſe dire qu'il l'a faite *citrà nomen & jus heredis. Menoch. de præſumpt. lib.* 4, *præſumpt.* 101, *n.* 39, & ſuivans, agite cette queſtion de part & d'autre, & allegue les raiſons pour la négative & pour l'affirmative. Mais ſans entrer dans tous les différens argumens, on doit décider que le fils qui a joui de toute l'hérédité de ſon pere ne peut pas ſe diſpenſer de reconnoître qu'il a fait acte d'heritier; car quoique je penſe que le fils peut répudier l'hérédité & retenir la légitime, c'eſt même la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe: néanmoins la légitime étant une quote des biens, elle ne peut pas ſervir de prétexte ni d'excuſe au fils qui a joui des biens au-delà de la portion qui lui competoit en vertu de ſa légitime. Car ſi l'heritier qui avoit une choſe commune avec le défunt, en jouit au-delà de ſa portion, eſt cenſé faire acte d'heritier, *L.* 78, *ff. de acquir. hered.* il en doit être de même du légitimaire, qui n'eſt que co-portionaire quand il jouit plus que de la part que la légitime lui attribue.

117. De l'heritier qui après avoir abſtenu, acquiert les biens paternels.

Le fils heritier légitime ou teſtamentaire qui après avoir abſtenu de l'hérédité, acquiert les biens paternels par le moyen d'une perſonne interpoſée, eſt réputé heritier nonobſtant ſon abſtention, & il peut être convenu par les créanciers héréditaire, *L. ſi is qui bonis* 91, *ff. de acquir. hered. Si is qui bonis paternis ſe abſtinuit, per ſuppoſitam perſonam emptoris bona patris mercatus, probatur, perindè eum conveniri oportere à creditoribus, atque ſi bonis paternis ſe immiſcuiſſet.* La raiſon eſt parce que ſon abſtention eſt préſumée feinte & frauduleuſe; mais il en ſeroit autrement s'il avoit acquis de bonne foi & publiquement les biens dépendans de l'hérédité de ſon pere vendus aux encheres, *L.* 2, *cod. de repud. hered.* Comme auſſi le fils qui après avoir abſtenu de l'hérédité de ſon pere vendroit les biens qui en dépendent, ou les poſſederoit ſans aucun titre, enſorte qu'il ne pût le faire que comme heritier, devroit être conſideré comme vrai heritier, *L.* 1, *cod. de repud. hered.* & il ſeroit cenſé avoir révoqué l'abſtention & repris l'hérédité, comme il lui eſt per-

mis par la Loi derniere, *cod. de repud. hered. Coquille, ſur la Coutume de Nivernois, chap. des ſucceſſions, art.* 26. Si de pluſieurs enfans ou heritiers d'un même pere, l'un abſtenoit de l'herédité, & qu'enſuite il vendît conjointement avec ſes freres un effet héréditaire, il ne ſeroit pas cenſé avoir fait acte de repriſe, *Charondas dans ſes Obſervations*, à moins qu'il n'eût pris la qualité d'heritier. La raiſon eſt que le frere qui abſtient ne prenant point de qualité eſt cenſé être intervenu dans le contrat de vente comme caution, & que ſon intervention étant équivoque & ambigue, elle ne peut pas induire un acte d'heritier, ou de repriſe de l'herédité qu'il a abandonnée.

118. De l'heritier qui tranſige ſur le meurtre du défunt.

C'eſt faire acte d'heritier lorſqu'un étranger inſtitué par le défunt qui a été tué, tranſige avec le meurtrier au ſujet des dommages & interêts, parce qu'il ne peut pas le faire *citrà jus & nomen heredis*, & qu'il ne peut prétendre aux dommages & interêts adjugez qu'en vertu de ſa qualité d'heritier. Il en eſt autrement des enfans du défunt, comme nous l'expliquerons ci-après. *Quid* des enfans.

119. De celui qui demande un délai pour déliberer.

Enfin celui auquel une ſucceſſion eſt déferée, étant appellé en Jugement, & demandant un délai pour déliberer, s'il ne répudie pas dans ce délai, eſt cenſé avoir fait acte d'heritier, & il eſt irrévocablement lié envers les créanciers, *L. Scimus* 22, § *ſin autem* 14, *cod. de jur. delib. Si non intra datum tempus recuſaverit hereditatem, omnibus in ſolidum debitis hereditariis teneatur :* mais cela ne peut pas avoir lieu parmi nous, à cauſe que l'Ordonnance de 1667, au titre des délais pour déliberer, a changé la diſpoſition du Droit Romain, comme nous le montrerons dans la ſection 3.

120. Il peut ſe preſenter d'autres cas où l'adition eſt induite.

Le détail que nous venons de faire ne comprend pas tous les cas, où l'on peut induire l'adition de l'hérédité. Comme les faits ſont infinis, & que l'adition réſulte de la volonté exprimée par des paroles, ou par des faits, il peut ſe rencontrer un grand nombre d'autres cas dans leſquels on peut induire l'adition. Il ſuffit d'avoir remarqué les principaux : tous les autres qui peuvent ſe préſenter ſont renfermez dans la regle générale, qu'on eſt cenſé faire acte d'heritier, toutes les fois qu'on fait quelque choſe, qu'on ne pourroit point faire *citrà nomen & jus heredis*, & quand on témoigne une volonté libre & déliberée avec connoiſſance de cauſe, de ſe porter pour heritier, ſoit de parole, ſoit par quelque fait qui démontre cette volonté. Comment doivent-ils être décidez.

121. Quels ſont les

Il peut y avoir des déclarations & des faits qui prouvent clai-

faits qui peuvent être regardez comme clairs ou comme ambigus.

rement cette volonté : il peut y en avoir d'autres qui ſont équivoques. Lorſque les paroles ou les faits ne renferment pas une preuve claire de cette volonté, on ne doit pas induire l'adition, ſuivant la quatriéme regle que nous avons établie ci-deſſus. Quelles ſont les paroles, quels ſont les faits qui peuvent être regardez comme clairs ou ambigus : on peut voir *M. d'Argentré ſur la Coutume de Bretagne, art.* 514, *gloſ.* 2, *& Graſſus lib.* 2, *art. acquiſitio hereditatis, depuis la queſt.* 6 *juſqu'à la queſt.* 17.

112. Si l'adition qui réſulte des faits eſt expreſſe ou tacite.

Quoique pluſieurs Auteurs, entr'autres *Graſſus lib.* 2, *art. acquiſitio hereditatis, & Ferriere ſur l'art.* 317 *de la Coutume de Paris*, ayent penſé que l'adition d'herédité pouvoit être faite expreſſément ou tacitement, & qu'ils faſſent conſiſter l'adition expreſſe en la déclaration diſerte & litterale de l'heritier comme il accepte, & ſe porte pour heritier, & la tacite aux faits qui peuvent, ſuivant le Droit, induire l'acceptation, il eſt pourtant certain que l'adition qui réſulte des faits qui l'induiſent n'eſt pas moins expreſſe, ni moins efficace, que celle qui réſulte de la déclaration diſerte & litterale. La qualité d'heritier dépend de la nuë volonté, de l'intention, de la deſtination de l'eſprit, *animi deſtinatione, voluntate :* Ainſi dès que cette volonté paroît, qu'elle ſoit manifeſtée par des paroles, ou par des faits clairs & certains, elle eſt également expreſſe.

113. Si l'adition ſe préſume.

On ne doit point préſumer l'adition, *L.* 2 *& L.* 3, *ff. de interrog. in jure faciendis*, quand même il s'agiroit d'une herédité opulente, ſoit qu'elle eût été déferée à un deſcendant, ou à un étranger, comme le remarque *M. le Préſident Faber, de error. pragmat. decade* 3, *error.* 1, *n.* 24 *&* 25. Elle ſe fait par un quaſi-contrat, qui doit produire une obligation, laquelle aſſujettit l'heritier aux charges héréditaires ; toutes ces circonſtances ſont autant de raiſons pour obliger ceux qui alleguent l'adition, à rapporter la preuve, ou des faits, ou des déclarations de l'heritier, qui doivent produire l'adition, & l'obligation qui en eſt une ſuite. C'eſt le ſentiment unanime de tous les Auteurs.

114. Si l'adition peut être prouvée par Témoins.

On n'a jamais révoqué en doute, que ſelon les regles du Droit Romain, on ne fût recevable à prouver par Témoins les faits ou les déclarations capables de produire l'adition ; parce que ce cas n'eſt pas du nombre de ceux dont les Loix Romaines avoient défendu la preuve teſtimoniale. Quelques Interpretes ont même prétendu que la preuve des actes d'heritier pouvoit être faite par des Témoins ſinguliers, qui dépoſaſſent chacun d'un fait particulier, à cauſe que tous ces faits tendent à la même fin,

Si les Témoins ſinguliers font preuve dans ce cas.

c'eſt-à-dire, à l'adition; c'eſt ainſi que l'a penſé *Coquille ſur la Coutume de Nivernois, chap. 34, des ſucceſſions, art. 26;* mais cette queſtion ſi la preuve par Témoins peut être reçuë parmi nous, peut faire la matiere d'un doute conſiderable à cauſe de la diſpoſition de l'*art. 54 de l'Ordon. de Moulins* & de l'*art. 2 du tit. 20 de celle de 1667.* Il ſemble d'abord qu'il faut diſtinguer les faits qui font la matiere d'un contrat, qui peut être rédigé par écrit par l'heritier qui diſpoſe des biens héréditaires, d'avec ceux auſquels on ne paſſe point des actes par écrit, & que la preuve par Témoins doit être admiſe dans ce dernier cas, & non au premier. Mais il faut tenir indiſtinctement que la preuve par Témoins doit être admiſe pour les faits, qui peuvent induire l'adition, ſoit parce que l'adition eſt un quaſi-contrat, qui par conſéquent n'eſt pas compris dans les Ordonnances, ſoit parce qu'elles n'excluent pas la preuve des faits, ſurtout pour ce qui regarde les tierces perſonnes. Il eſt vrai qu'il peut être queſtion de la preuve des contrats conſentis par l'heritier; la preuve deſquels contrats ne pourroit pas être faite, quand il s'agit de l'interêt unique des contractans: parce que c'eſt leur faute de ne les avoir pas rédigez par écrit; mais on ne peut pas imputer la même choſe à de tierces perſonnes, qui n'ont pas contracté, & qui veulent ſeulement tirer avantage des traitez faits par l'heritier, que l'on ſupprime par dol & de mauvaiſe foi, en fraude des créanciers & autres intereſſez en la ſucceſſion, des effets de laquelle l'heritier a diſpoſé par des écrits privez, que les créanciers ne peuvent pas repréſenter: il faut donc les admettre indiſtinctement à la preuve par Témoins; parce que c'eſt l'unique moyen par lequel ils peuvent faire connoître la vérité.

Réſolution que la preuve des faits eſt admiſe par Témoins.

A l'égard des déclarations faites par l'heritier, il peut y avoir un peu plus de difficulté à cauſe qu'elles peuvent être conſtatées par écrit, & qu'on ne doit pas avoir égard à de ſimples paroles, qu'on ſuppoſeroit avoir été dites par celui qu'on ſoutiendroit avoir fait acte d'heritier de cette maniere, & que ce ſeroit d'une conſéquence très-dangereuſe, qu'on pût charger un heritier légitime ou teſtamentaire des dettes immenſes d'une ſucceſſion, ſur le fondement d'une ſimple déclaration verbale. Il me ſemble qu'on doit appliquer à ce cas la prohibition des Ordonnances, & que leur motif milite de la même maniere que par rapport aux conventions & aux contrats; mais s'il étoit prétendu que l'heritier en avoit pris la qualité dans un acte public ou privé, qui fût frauduleuſement ſupprimé, il faudroit admettre la preuve par Témoins

115. Si la preuve par Témoins des déclarations verbales eſt admiſſible.

de l'exiſtence de l'acte contenant une telle déclaration, à cauſe du dol réſultant de la ſuppreſſion frauduleuſe, pour fruſtrer les créanciers héréditaires ; car il eſt indubitable, ſuivant le ſentiment des Auteurs, que la prohibition des Ordonnances ne porte pas ſur les cas où il y a du dol.

116. Réſolution que les Témoins ſinguliers ne font pas preuve.

Mais je penſe que la doctrine des Auteurs, qui ont cru que l'adition pouvoit être prouvée par des Témoins ſinguliers, & qui dépoſeroient chacun ſur un fait différent, eſt contraire aux vrais principes du Droit Romain, malgré la raiſon qu'ils alleguent, que tous les faits tendent à la même fin ; car il eſt indubitable que la dépoſition d'un Témoin n'eſt conſiderée pour rien, & ne fait aucune preuve, *unus teſtis nullus teſtis, L. 9, §. 1, cod. de teſtib.* Il eſt donc indubitable que le fait qui n'eſt appuyé que ſur la dépoſition d'un ſeul Témoin n'eſt pas prouvé ; ainſi il n'y aura aucune preuve de chaque fait en particulier. Voilà pourquoi la preuve ſera toujours incomplette & inſuffiſante dès qu'il n'y aura qu'un ſeul Témoin pour chaque fait particulier, & il faut au moins qu'il y ait deux Témoins qui dépoſent ſur le même fait, parce que c'eſt par ce ſeul moyen que le fait peut être conſtaté ; & quoique chaque fait particulier puiſſe tendre au même but, reſte toujours qu'aucun des faits n'étant prouvé légalement, on ne peut jamais les unir pour en faire un corps de preuves ; & c'eſt un vrai paradoxe de ſoutenir le contraire.

117. Des cas où l'adition n'eſt pas induite.

Voyons maintenant les cas où l'on n'induit point l'adition, quoique l'heritier *ab inteſtat* ou teſtamentaire touche aux choſes héréditaires. Il faut d'abord diſtinguer les Pays du Droit écrit, des Pays Coutumiers; car dans ceux-ci l'adition s'induit plus facilement, ſurtout ſelon l'*art. 317 de la Coutume de Paris*, qui déclare que c'eſt faire acte d'heritier que de toucher aux biens héréditaires, à moins qu'on n'ait quelque qualité, autre que celle d'heritier, & encore plus dans les Coutumes qui n'admettent pas la proteſtation contraire que l'heritier pourroit faire, qu'il n'entend pas ſe porter pour heritier : comme celle *de Bourbonnois art. 325.* Car dans ces Coutumes l'acte même détermine l'adition ou l'acceptation ; quoiqu'il ne paroiſſe pas de la volonté, de l'intention & de la deſtination de ſe porter pour heritier ; au lieu que comme nous l'avons remarqué, il ne peut point y avoir d'adition ſuivant le Droit Romain, à moins que cette intention ne paroiſſe ou par les paroles ou par les faits : *pro herede autem gerere non eſſe facti quàm animi; nam hoc animo eſſe debet, ut velit eſſe heres, L. pro herede 20, ff. de acquir. hered.* Ainſi tout acte quel qu'il ſoit, eſt incapable

Diſtinction des Pays Coutumiers de ceux du Droit écrit.

Dans certaines Coutumes la proteſtation n'empêche pas l'acte d'heritier.

de produire l'adition, s'il ne renferme une preuve claire de l'intention & de la volonté de se porter pour heritier.

118. Il n'y a point d'acte d'heritier en Pays de Droit écrit, quand il y a protestation contraire.

Voilà pourquoi lorsque l'heritier fait quelque chose avec protestation qu'il n'entend pas être heritier, & lorsqu'il déclare qu'il ne le fait pas comme heritier, il ne fait point acte d'heritier, *L. pro herede 20, §. 1, ff. de acquir. hered. Et ideo solent testari liberi qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere quæ gerunt.*

129. Il n'y a point d'adition de la part de celui qui a un autre titre.

Il n'y a pas non plus d'acte d'heritier dans ce qui est fait par celui qui a un autre titre que celui d'heritier, *si quid quasi non heres egit, sed quasi alio jure Dominus, L. pro herede 20, ff. de acquir. hered.*

130. De l'heritier qui explique la cause pour laquelle il gere.

Lorsque l'heritier explique la cause pour laquelle il gere, comme s'il prend les effets héréditaires *custodiæ causâ*, & pour veiller à leur conservation, il n'y a point d'acte d'heritier, *si quid custodiæ causâ fecit, L. 20, ff. de acquir. hered.*

131. L'adition peut être exclue par la nature de l'acte.

La nature & la qualité de l'acte peut exclure l'adition, comme si l'heritier a geré *pietatis causâ, aut pro suo*, ou s'il vend des choses périssables qui font dans l'hérédité, *aut res pro tempore perituras distraxit, L. 20, §. 1, ff. de acquir. hered.* En un mot il faut toujours en revenir à cette regle, qu'il ne peut point y avoir d'acte d'heritier, si la volonté, l'intention & la destination de se porter pour heritier ne paroît clairement de ce que l'heritier fait en gerant les affaires de l'hérédité. Voici de quelle maniere s'explique la Loi 20, §. 1, *ff. de acquir. hered.* Il n'y a pas un seul terme qui ne mérite d'être pesé avec attention : *Et ideò solent testari liberi, qui necessarii existunt non animo heredis se gerere quæ gerunt, sed aut pietatis, aut custodiæ causâ, aut pro suo : ut puta patrem sepelivit, vel justa ei fecit ; si animo heredis pro herede gessit ; enim vero si pietatis causâ id facit, non videtur pro herede gessisse ; servos hereditarios pavit, jumenta aut pavit, aut distraxit, si ut heres, gessit pro herede : aut si non ut heres, sed ut custodiat, aut putavit sua, aut, dum deliberat, quid fecit, consulens ut salvæ sint res hereditariæ, si fortè ei non placuerit pro herede gerere, apparet non videri pro herede gessisse. Proinde & si fundos, aut ædes locavit, vel fulsit, vel si quid aliud fecit : non hoc animo quasi pro herede gereret, sed dum ei, qui substitutus est, vel ab intestato heres extaturus, prospexit, aut res tempore perituras distraxit, in ea causa est ut pro herede non gesserit, quia non hoc animo fecerit.*

Il n'y a point d'acte d'heritier sans la volonté & l'intention.

132. Cas de la Loi 20, §. 2, *ff. de acquir. hered.*

Le §. 2 *de la même Loi* renferme une décision très-remarquable, qui prouve que dans le doute on ne doit pas déterminer

les actes du côté de l'adition, s'ils peuvent être tournez à un autre sens. Un fils institué par son pere demande comme heritier les services dûs par un Affranchi de son pere. Le fils avoit droit de les demander comme fils, & non comme heritier *L. 29, ff. de operis libert.* & ces services ne passoient pas à l'heritier étranger. On demande au Jurisconsulte Ulpien si le fils a fait acte d'heritier; & s'il est assujetti par cette démarche aux charges héréditaires; il répond qu'il n'a point fait acte d'heritier: *Si quid tamen quasi heres petit, sed ex his quæ ad heredem extraneum non transeunt: videamus an oneribus se immerserit hereditatis: ut puta à liberto parentis operas petit; has heres extraneus petere non potuit: hic tamen petendo consequi potest, & constat pro herede eum non gessisse: cum petitio earum etiam creditoribus competat, & maximè futurarum.*

De celui qui demande comme heritier une chose qui lui appartient comme fils.

133. Il y a une antinomie sensible entre le texte que nous venons de transcrire & la Loi *gerit* 88, *de acquir. hered.* puisque l'on décide que celui qui demande en qualité d'heritier une chose qu'il peut demander de son chef, & qui ne dépend pas de l'hérédité, ne fait pas acte d'heritier, quoiqu'il témoigne se porter pour heritier, lorsqu'il prend cette qualité; au lieu que le second décide, que la seule intention de se porter pour heritier suffit, & que de toucher à une chose qui n'est pas héréditaire, dans l'opinion qu'elle dépend de l'hérédité, c'est faire acte d'heritier. La *gloſe* tâche de concilier ces textes; mais elle s'en acquitte très-mal. Nous ne devons pas nous arrêter à ces idées comme étant improuvées par le commun des Docteurs. *Bartole* & quelques autres ont cru que dans le cas de la *Loi* 20, *§.* 2, *ff. de acquir. hered.* le fils avoit formé sa demande comme fils, & non comme heritier: mais cette conciliation détruit la lettre, qui suppose que le fils forme la demande *quasi heres*, & non pas comme fils seulement; ainsi cette conciliation ne vaut pas mieux que celle de la *gloſe*.

Antinomie entre la Loi 20, §. 2 & la Loi 88, *ff. de acquir. hered.*

Conciliation de *Bartole.*

134. M. *Cujas* sur la Loi *gerit* 88, *ff. de acquir. hered. lib.* 1, *qu. Pauli*, concilie ces deux textes, en supposant que la Loi *gerit* est dans le cas d'un heritier étranger, & la *Loi* 20, *§.* 2, dans l'espece d'un fils heritier de son pere, & par les différences qu'il remarque, entre l'adition d'un heritier étranger & l'immixtion d'un enfant heritier sien, en observant d'un côté, que l'adition est nécessaire pour acquerir l'hérédité quand un étranger est institué; que cette acquisition se fait *solo animo*, même sans toucher aux biens héréditaires, & que l'acquisition qui se fait par l'adition est suivie de

Conciliation de *Cujas.*

de l'obligation de payer les charges héréditaires : au lieu que quand l'heritier ſien eſt inſtitué, l'hérédité lui eſt acquiſe de plein droit par le miniſtere de la Loi, ſans qu'il ait beſoin de s'immiſcer, ni de faire des actes d'heritier, & que c'eſt ſeulement par les actes d'heritier qu'il eſt aſſujetti aux charges héréditaires ; que l'immixtion ne ſe fait pas comme l'adition *ſolo animo*, mais *animo & facto* ; de-là vient que dans le cas de la *Loi* 20, §. 2, *ff. de acquir. hered.* le fils n'eſt pas aſſujetti aux charges héréditaires, quoiqu'il ait demandé comme heritier, les manœuvres ou ſervices dûs par l'Affranchi de ſon pere ; parce qu'ils n'appartenoient pas à l'hérédité, qu'ils lui appartenoient comme fils & non comme heritier ; qu'ainſi n'y ayant que la ſeule volonté, & n'ayant pas touché aux effets héréditaires, il n'eſt point cenſé avoir fait acte d'heritier, & il n'eſt pas aſſujetti aux charges héréditaires. Mais cette conciliation peche dans ſon fondement, car la *Loi gerit* renferme une déciſion générale qui comprend les actes d'heritier des enfans heritiers ſiens, auſſi bien que ceux des heritiers étrangers, & il n'y a aucun terme d'où l'on puiſſe induire néceſſairement qu'elle doit être bornée aux heritiers étrangers : elle dit *pro herede gerit qui animo agnoſcit ſucceſſionem.* Or le mot *agnoſcit* s'applique auſſi bien aux heritiers ſiens qu'aux étrangers, de même que les mots *pro herede gerere*, comme le prouve la *Loi* 20, §. 2, qui les employe pour déſigner l'acceptation, & les actes d'heritier d'un enfant du défunt ; & les heritiers ſiens ne font pas moins des actes d'heritier *ſolo animo*, & ſans toucher aux effets héréditaires, que les heritiers étrangers, ſuivant la *Loi* 88, *ff. de acquir. hered. M. Cujas* ajoute que le fils en demandant comme heritier des ſervices qui n'étoient pas dûs à l'hérédité, ne fait pas acte d'heritier ; parce qu'afin qu'un heritier ſoit cenſé accepter, il faut qu'il faſſe comme heritier ce qu'il a pû ou dû faire comme heritier. Cependant le fils pouvoit bien demander les manœuvres de ſon chef comme fils, mais non comme heritier ; mais cette réflexion eſt détruite par les dernieres paroles de la *Loi* 88, *ff. de acquir. hered. Idemque eſt, & ſi alienam rem ut hereditariam poſſedisſet ;* car celui qui ſe met en poſſeſſion d'une choſe d'autrui comme heritier, eſt cenſé faire acte d'heritier, quoiqu'il ne puiſſe, ni ne doive le faire comme heritier, attendu que l'hérédité n'a rien à avoir ſur la choſe d'autrui, ce qui eſt encore décidé de même dans la *Loi* 21, §. 1, *ff. eodem.*

Si l'immixtion doit ſe faire *animo & facto.*

Que cette conciliation n'eſt pas veritable.

Preuve.

Dirons-nous qu'il faut faire difference entre demander ſimple-

135 Autre conciliation

tion qui n'eſt pas bonne.

ment comme heritier une choſe qui n'appartient pas à l'hérédité, & ſe mettre en poſſeſſion comme heritier d'une choſe indépendante de l'hérédité ; & ſera-ce par cette diſtinction que ces deux textes pourront être conciliez ? Non, parce que la *Loi gerit* 88, *ff. de acquir. hered.* décide nettement qu'on fait acte d'heritier par la ſeule démonſtration de la volonté, ſans toucher à aucun des effets héréditaires : *gerit pro herede qui animo agnoſcit ſucceſſionem licet nihil attingat hereditarium :* Cependant la *Loi* 20, §. 2, *ff. eod.* dit bien préciſément que l'enfant heritier ne fait pas acte d'heritier en demandant comme heritier une choſe qui n'étoit pas dûë à l'hérédité.

116. Autre conciliation mauvaiſe.

Il eſt bien plus facile de découvrir les défauts qui ſe trouvent dans les différentes manieres que les Auteurs ont imaginées, pour accorder ce texte, que de trouver une conciliation vraye & ſolide. Il m'avoit ſemblé d'abord que l'antinomie pouvoit être levée par les mots de la Loi 20 *in principio, ff. de acquir. hered.* où il eſt dit *ſed quaſi alio jure dominus*, qui ſignifient que ſi l'heritier touche comme maître à autre titre qu'à celui d'heritier, à un effet qui eſt dans l'hérédité, ce titre exclut l'acte d'heritier ; mais ces paroles qui précedent celles que nous avons tranſcrites, *ſi quid quaſi non heres gerit*, ſuppoſent bien clairement que celui qui a un titre de proprieté doit avoir agi autrement qu'en qualité d'heritier : au lieu que le §. 2 de la même Loi dit expreſſément que le fils heritier ſien a agi en qualité d'heritier, & par conſéquent cette conciliation ne vaut pas mieux que les autres.

137. Véritable conciliation de ces deux textes.

Je ne vois donc d'autre reſſource pour accorder l'antinomie de ces deux textes, qu'en remarquant que la *Loi* 88, *ff. de acquir. hered.* établit une regle générale, & que la *Loi* 20, §. 2, du même titre décide une hipoteſe particuliere, qui doit être regardée comme une exception, & qu'on ne peut induire autre choſe de ce §. 2, ſinon que quand l'heritier demandera en qualité d'heritier, un effet qui lui appartient en propre, & qu'il a droit de demander de ſon chef, il ne fera point d'acte d'heritier ; & la déciſion de ce cas particulier ne doit pas empêcher que la regle ne doive être ſuivie dans tous les cas, autres que celui qui fait la matiere de ce §. 2, dans les circonſtances qu'il renferme. Nous trouvons dans les Loix une infinité de déciſions générales, & des cas particuliers, qui, à cauſe des circonſtances, ne ſont pas décidez par la regle générale, & qui n'en ſont que des exceptions ; & ce ſeroit envain que l'on voudroit concilier d'une autre maniere

ces textes qui semblent renfermer des décisions contraires.

138. De celui qui fait enterrer le défunt.

Le §. 3 *de la Loi* 20, *ff. de acquir. hered.* décide que si le fils heritier de son pere fait enterrer quelque personne, qui lui appartienne, dans le tombeau du pere, il n'est pas censé faire acte d'heritier, ni assujetti aux charges héréditaires, suivant le sentiment de Papinien adopté par Ulpien qui condamne l'avis contraire du Jurisconsulte Julien.

139. De l'heritier qui recele ou détourne les effets héréditaires.

Si un heritier étranger recele ou détourne les effets héréditaires, il n'est pas censé faire acte d'heritier, parce qu'il a pris les effets héréditaires à autre titre que celui d'heritier, comme le fait le démontre: *si quis extraneus rem hereditariam quasi subripiens, vel expilans tenet, non pro herede gerit: nam admissum contrariam voluntatem declarat*, L. *si quis* 21, *ff. de acquir. hered.* Ce texte ne parle que d'un heritier étranger, ainsi on ne doit pas appliquer sa décision à l'heritier sien, parce que la *Loi si servum* 71, §. *si quis* 4, *& §. 5 & seq. ff. eod.* refuse à l'heritier sien qui a recelé les effets de l'hérédité, le benefice d'abstention. Mais ce dernier texte a été corrigé, & le droit nouveau a imposé d'autres peines à l'heritier qui soustrait les effets héréditaires, comme nous l'avons montré au chap. 6, sect. 3. Il faut encore prendre garde, que quand l'heritier a abstenu, s'il pille ou détourne les effets héréditaires, il pourra être poursuivi par l'action de vol; mais il ne fait pas acte de reprise, suivant la *Loi* 71, §. *dernier, ff. de acquir. hered. M. Louet let. R. som.* 1, *& M. Auroux des Pommiers sur l'art.* 325 *de la Coutume de Bourbonnois*, *n.* 16.

Quid du fils qui recele, s'il doit être privé du bénéfice d'abstention, ou s'il fait acte de reprise.

140. De celui qui demande la représentation des comptes du défunt pour déliberer.

L'heritier qui demande devant le Juge la représentation des comptes d'une gestion faite par le défunt, lesquels comptes sont au pouvoir d'un dépositaire, pour déliberer s'il doit accepter ou répudier, ne fait pas acte d'heritier par une telle demande, *L. Aristo* 28, *& L.* 29, *ff. de acquir. hered.*

141. Du fils qui après avoir répudié l'hérédité du pere, se trouve en possession des biens paternels comme dépendans de l'hérédité de sa mere.

Le fils heritier de ses pere & mere, & qui après avoir accepté l'hérédité de sa mere, a joui d'un fonds paternel dans l'opinion où il étoit qu'il fût dépendant de l'hérédité de sa mere, n'est pas censé avoir fait acte d'heritier, *L. cum bonis* 87, *ff. de acquir. hered.* parce qu'il a possedé ce fonds non comme dépendant de l'hérédité du pere, mais comme proprietaire *& pro suo* en qualité d'heritier de sa mere, ce qui exclut toute idée d'acte d'heritier, *L.* 20, *& §.* 1, *ff. eodem.*

142. Les enfans émancipez ne devenoient pas heritiers en s'immisçant.

Comme les enfans émancipez perdoient la qualité de successeurs légitimes de leur pere, & n'avoient d'autre droit que de demander la possession des biens, ils ne devenoient pas heri-

tiers en s'immiſçant, en donnant la liberté aux eſclaves, & en aliénant les biens de l'hérédité pour les employer aux funerailles de leur pere, *L.* 1, *cod. de jur. delib.* La raiſon eſt que la poſſeſſion des biens devoit être demandée en Jugement, & n'étoit pas acquiſe par la ſeule volonté : mais ſi le fils non émancipé donnoit la liberté aux eſclaves de ſon pere, il étoit cenſé faire acte d'heritier, *L.* 42, *§.* 2, *ff. de acquir. hered.* Comme aujourd'hui par la *Novelle* 118, tous les enfans émancipez ſont ſucceſſeurs légitimes, & qu'ils n'ont pas beſoin de recourir au benéfice du Préteur pour demander la poſſeſſion des biens: s'ils aliénoient ſans autre titre que celui d'heritiers, les biens de leur pere, ils feroient acte d'heritier.

Ils devoient demander la poſſeſſion des biens en Jugement.

Abrogation de la poſſeſſion des biens.

143. Les enfans ne font pas acte d'heritier en faiſant enterrer le défunt.

Les enfans ou autres heritiers ne font point acte d'heritier en faiſant enterrer le défunt, & en fourniſſant aux frais funeraires; c'eſt un acte de pieté qui ne peut induire aucune acceptation de l'hérédité; il eſt vrai que chez les Romains, on avoit accoutumé de proteſter qu'on ne faiſoit un tel acte que *pietatis cauſâ*; mais une telle proteſtation étoit ſuperfluë, *L.* 14, *§.* 8, *ff. de relig. & ſumpt. funerum.*

144. Du fils qui tranſige ſur le meurtre de ſon pere.

Le fils dont le pere a été meurtri, tranſigeant avec le meurtrier ſur les dommages & interêts, ou interêt civil, ne fait point acte d'heritier, à la difference de l'heritier étranger: La raiſon eſt parce que l'heritier étranger n'a d'autre droit ni titre pour traiter au ſujet de ce dédommagement, que ſa qualité d'heritier. Voilà pourquoi il fait acte d'heritier comme je l'ai remarqué plus haut; mais il en eſt autrement du fils, parce qu'il peut prétendre à ce dédommagement par ſa ſeule qualité de fils, & à moins qu'il n'ait déclaré qu'il agiſſoit comme heritier, on ne pourra pas induire qu'il ſe ſoit immiſcé en l'hérédité de ſon pere, parce qu'il eſt cenſé avoir traité plutôt comme fils que comme heritier, s'il n'a pas pris de qualité, & que l'acte douteux doit être expliqué dans le ſens qui exclut l'adition, ſuivant la quatriéme regle que nous avons établie ci-deſſus. *Voyez Ferriere ſur l'article* 317 *de la Coutume de Paris, n.* 16.

145. De celui qui accepte un don du Roi fait aux heritiers.

Ce n'eſt point faire acte d'heritier, que de recueillir un don fait par le Roi en faveur des heritiers du défunt, ſelon *Ferriere au lieu cité, nombre* 18, comme il arrive aſſez ſouvent lorſque le défunt eſt en perte de ſon Office pour n'avoir pas payé le prêt & droit annuel, & que Sa Majeſté accorde la préference aux enfans & heritiers, parce que la déſignation des heritiers ne leur impoſe point la condition d'accepter l'hérédité du défunt. Le mot *des*

heritiers n'eſt employé dans le brevet de don que pour indiquer les parens plus proches. En acceptant le don, les heritiers préſomptifs ne touchent pas aux effets héréditaires, & l'on ne peut préſumer aucune volonté ni intention de ſe porter pour heritiers par une acceptation de l'hérédité; on peut appliquer à ce cas le principe déciſif renfermé dans la Loi 20, §. dernier, *ff. de acquir. hered.* qui déclare que le fils agiſſant criminellement contre ceux qui ont violé le ſépulchre de ſon pere, n'eſt pas cenſé s'être immiſcé: *Quia nihil ex bonis patris capit.*

146. La confection d'inventaire n'eſt pas un acte d'heritier.

La confection de l'inventaire, à la réquiſition de l'heritier teſtamentaire ou légitime, n'eſt pas un acte d'heritier; c'eſt une démarche de précaution, afin que l'heritier puiſſe connoître les forces de l'hérédité, & ſe déterminer à accepter ou répudier, *L. ſcimus* 22, §. *ſin autem* 14, *cod. de jure delib.*

147. Les Coutumes ſont plus rigoureuſes au ſujet des actes d'heritier, que le Droit Romain.

Les Coutumes ſont beaucoup plus étenduës, & plus rigoureuſes contre les heritiers au ſujet des actes d'heritier, qui réſultent des faits de geſtion des effets héréditaires; mais d'un autre côté, elles n'induiſent pas l'acceptation de l'hérédité, de la ſeule démonſtration de l'intention, comme fait le Droit Romain; elles exigent communément que l'heritier ait touché aux effets héréditaires, ſans rechercher ſcrupuleuſement quelle a été l'intention de l'heritier: elles préſument que l'heritier qui s'eſt immiſcé, l'a fait pour devenir heritier; à moins qu'il n'eût quelqu'autre titre que celui d'heritier pour toucher aux effets héréditaires; bien plus quelques-unes des Coutumes, notamment celle de *Nivernois, chap.* 34 *des ſucceſſions, article* 26; *l'article* 325 *de celle de Bourbonnois*, & *l'article* 272 *de celle de Melun*, n'admettent point les proteſtations contraires que l'heritier pourroit faire en adminiſtrant; même le payement des frais funeraires eſt conſideré comme un acte d'heritier dans la Coutume de Nivernois; mais dans les autres Coutumes on penſe le contraire, & avec raiſon.

Elles exigent que l'heritier ait touché aux effets héréditaires ſans rechercher l'intention.

Elles n'admettent point les proteſtations contraires aux actes d'heritier.

148. Diſpoſition de la Coutume de Paris, & d'Orleans.

L'article 317 *de la Coutume de Paris*, déclare que celui qui prend les biens du défunt, ou partie, quelle qu'elle ſoit, ſans avoir autre qualité ou droit de prendre ces biens, fait acte d'heritier, & qu'il en eſt de même, lorſqu'il prend de ſon autorité, ce qui lui eſt dû par le défunt. *L'article* 336 de celle d'Orleans renferme les même diſpoſitions, & ajoute, que l'heritier préſomptif qui eſt légataire du défunt, prenant le legs, ſans en demander la délivrance, fait acte d'heritier.

149. De la Coutume de Normandie.

La Coutume de Normandie, article 235, veut que l'heritier ma-

jeur soit tenu de déclarer en Justice dans quarante jours après la succession échûë, s'il entend y renoncer ; autrement, s'il a recueilli aucune chose, ou fait acte qu'il ne puisse sans nom & qualité d'heritier, il sera tenu & obligé à toutes les dettes.

150. De la Coutume de Senlis.

Celle de *Senlis, article* 156, porte : Quand aucun habile à être heritier d'un trépassé, s'immisce & prend de la succession dudit trépassé, & applique à son profit jusqu'à la valeur de cinq sols parisis, il est tenu & réputé vrai heritier. En un mot, toutes les Coutumes exigent qu'on touche aux effets de la succession du défunt pour induire l'acceptation : à l'exception de celles de *Nivernois* & de *Bourbonnois*, qui l'induisent aussi du payement des dettes & legs; mais non de la simple déclaration de volonté : Cependant, *Ferriere, sur l'article* 317 *de la Coutume de Paris*, dit qu'on fait acte d'heritier quand on prend par déclaration expresse la qualité d'heritier, pourvû néanmoins que ce soit dans un acte judiciaire; ce qui est fondé sur cette regle du Droit écrit, que *in judicio quasi contrahitur* ; & le même Auteur ajoute qu'une déclaration verbale, ni même celle qui se feroit par écrit, comme dans une simple lettre, ne seroit pas suffisante, ce qui est conforme à l'esprit general des Coutumes, qui font consister les actes d'acceptation d'une hérédité en l'apréhension & l'attouchement des effets héréditaires. J'ai fait ces observations pour faire remarquer la difference des principes du Droit Romain, avec ceux des Coutumes sur cette matiere, afin qu'on ne tombe pas dans l'erreur & dans l'équivoque en employant la décision des Auteurs Coutumiers, aux cas qui doivent être décidez par les regles du Droit Romain.

De Nivernois. De Bourbonnois.

La déclaration par acte judiciaire est un acte d'heritier en la Coutume de Paris.

Aliud des déclarations verbales ou par écrit privé.

On doit se précautionner à l'égard des Auteurs Coutumiers.

151. Si l'addition peut être faite pour partie.

Nous avons marqué ci-dessus quelques particularitez de l'addition, & notamment qu'elle ne pouvoit pas être faite sous condition expresse, ni modification; mais on demande si elle peut être faite pour partie, & non pour une autre partie, c'est-à-dire, si celui qui est heritier pour le tout peut accepter pour la moitié, & si celui qui est heritier pour la moitié peut accepter pour le quart, en rejettant ou répudiant le surplus. La Loi 20, *cod. de jur. delib.* & la Loi 1, *ff. de acquir. hered.* décident nettement ce cas pour la négative : *Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.* Bien plus *la Loi* 2 du même titre veut que celui qui est institué en deux portions distinctes, ne puisse pas accepter l'une & répudier l'autre : *Sed & si quis ex pluribus partibus in ejusdem hereditate institutus sit non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnos-*

Si l'on peut accepter l'une de plusieurs portions, & répudier les autres.

cere. Ce qui a lieu, quoique l'heritier ait un substitué en une portion, & non à une autre : *L. si solus* 80, *ff. eod. Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum; nec interest, in quibusdam habeam substitutum necne*; même celui qui est substitué pupillairement, ne peut pas séparer l'hérédité du pere de celle du pupille, & il ne peut pas accepter l'une sans l'autre; il faut tout accepter ou tout répudier, *Leg.* 20, *cod. de jure delib.* L'adition est donc indivisible, & elle doit être faite pour toute la portion qui est déferée à celui qui veut accepter.

152. Celui qui est institué purement en une portion, & sous une condition en une autre portion, devient heritier *in solidum* en acceptant.

De-là vient que la Loi *cùm heres* 52, *ff. eod.* décide que celui qui est institué purement en une portion, & sous condition en l'autre portion, s'il accepte la portion qui lui est déferée purement, il deviendra heritier pour le tout, & il acquerera la portion qui lui est déferée sous condition, même avant que la condition soit arrivée, à moins qu'il n'ait un substitué en la portion qui est laissée sous condition : *Qui ex parte heres institutus est purè, ex parte sub conditione, solus; etiam pendente conditione, si adierit hereditatem, ex asse heres erit; quia solus heres futurus est omni modo; nisi habeat in conditionalem partem substitutum.* De-là vient encore que celui qui est une fois heritier en une portion qu'il a acceptée, doit accepter les autres portions qui ne lui ont pas été déferées, lorsqu'elles se trouvent vacantes, *L.* 53, *§.* 1, *ff. eod.* sauf qu'il peut renoncer à la totalité, lorsqu'il ne veut pas accepter les portions qui lui adviennent par droit d'accroissement, *L.* 55, *ff. eod.* comme nous l'avons expliqué au *chapitre* 9.

De la faculté de renoncer quand une autre portion accroît.

153. Si celui qui accepte une partie & répudie l'autre, devient heritier.

Auteurs pour l'affirmative.

Mais lorsque l'heritier accepte une partie & répudie l'autre partie, doit-il être réputé heritier pour le tout, ou bien son acceptation est-elle nulle & inefficace? Les Docteurs citez par *Grassus lib.* 2, *art. acquisitio hereditatis, quest.* 16, *n.* 9, décident que l'acceptation d'une partie rend heritier pour toutes les autres qui sont déferées, & que celles qui sont répudiées doivent lui appartenir par droit d'accroissement : ils se fondent sur la Loi *si ex asse* 10, & la Loi *si solus* 80, *ff. de acquir. hered.* mais cette opinion me paroît contraire aux véritables regles : Il est vrai, comme nous venons de le remarquer, que quand l'heritier a accepté la portion qui lui est déferée, si d'autres portions viennent à vacquer, elles doivent accroître à la portion acceptée : il est encore vrai, qu'un heritier qui fait des actes d'heritier en touchant à la plus petite partie de l'hérédité, devient he-

Résolution pour l'opinion contraire.

ritier irrévocablement pour les portions qui lui ſont déférées; mais l'heritier inſtitué pour le tout par une ſeule diſpoſition, ou qui ſeroit inſtitué en pluſieurs portions diſtinctes, qui n'accepteroit qu'une portion, & répudieroit les autres, ne feroit pas une acceptation valable, & il ne pourroit pas être conſideré comme heritier. Cela eſt ainſi clairement décidé par la Loi *ex ſemiſſe* 75, *ff. de acquir. hered.* où il eſt dit que celui qui eſt inſtitué en la moitié, n'acceptant que pour le quart, ne fait rien, *magis eſt nihil actum eſſe*; les raiſons ſont 1°. Que celui qui eſt inſtitué en une ou pluſieurs portions ne peut pas accepter les unes & répudier les autres. 2°. Que l'adition eſt un acte légitime qui eſt nul & invalide toutes les fois qu'on y appoſe quelque condition expreſſe ou modification. 3°. Qu'on ne peut devenir heritier que par la volonté & l'intention que l'on démontre; enſorte que celui qui ne veut être heritier, que pour une portion ne témoignant cette volonté que pour la portion qu'il veut accepter, ne pourra à la rigueur devenir heritier que pour la portion acceptée, non pour les autres qu'il répudie, & ſa volonté ne pouvant pas être diviſée, ſon acceptation doit néceſſairement être inefficace; parce que l'acceptation eſt indiviſible; qu'ainſi ne pouvant valoir pour partie, elle ne vaut pour rien, *L.* 1, *ff. de acquir. hered.* Lorſqu'après qu'une portion a été acceptée, quelque autre portion vient à vacquer, il eſt vrai qu'elle accroît; mais on laiſſe à l'heritier la faculté de renoncer même à la portion acceptée, *L.* 55, *ff. de acquir. hered.* tant il eſt vrai qu'un heritier ne peut pas être obligé au-de-là de la volonté qu'il a témoignée: qu'ainſi il n'eſt pas vrai que celui qui accepte une portion, & répudie les autres, devienne heritier pour le tout; il eſt certain au contraire que par une telle acceptation, il n'acquiert rien, & ne contracte aucune obligation. On ne peut pas être induit à penſer le contraire, ſous prétexte que la Loi *ſi ſolus* 80, §. 1, *ff. de acquir. hered.* dit que celui qui eſt inſtitué en pluſieurs portions diſtinctes *aliis mixtus heredibus*, en acceptant une de ces portions, il les acquiert toutes; car cela eſt vrai, lorſqu'il ne paroît pas d'une volonté contraire de l'heritier qui témoigne en acceptant, qu'il ne veut qu'une portion, & répudie les autres; mais quand il montre une volonté préciſe, qu'il ne veut accepter qu'une portion, & qu'il renonce aux autres, ſa volonté ne pouvant pas être diviſée, il ne peut rien acquerir; parce que l'acceptation eſt indiviſible; ainſi ne valant pas pour les portions répudiées elle eſt inutile pour la portion acceptée;

Raiſons de cette réſolution.

Explication de la loi 80 & de la Loi 80, § 1, *ff. de acquir. hered.*

&

& ce n'eſt pas le cas du droit d'accroiſſement imaginé par les Auteurs qui ſoutiennent l'opinion contraire. Les mêmes raiſons ſervent de réponſe à la Loi *ex aſſe* 10, *ff. eod.* qui dit, que celui qui a intention de ſe porter pour heritier en partie, tandis qu'il eſt heritier pour le tout, *videtur in aſſem pro herede geſſiſſe.* Car autre choſe eſt ſe deſtiner pour recueillir une portion, autre choſe eſt vouloir ſe rendre heritier pour partie, & ne vouloir pas l'être pour le ſurplus. Au premier cas, il n'y a pas une volonté expreſſe contraire qui faſſe obſtacle à l'adition de l'entiere hérédité ; au lieu qu'au ſecond cas la volonté expreſſe de ne prendre qu'une partie annulle l'adition, parce que celui qui peut acquerir toute l'hérédité ne peut pas diviſer ſon acceptation & faire une adition pour une partie, *L.* 1, *ff. de acquir. hered.*

154. L'adition ne peut être faite qu'une fois.

Il y a encore cette autre particularité dans l'adition, c'eſt qu'elle ne peut être faite qu'une fois par une ſeule perſonne inſtituée ; enſorte que c'eſt par le premier acte d'heritier que l'on eſt irrévocablement lié, & que les faits nouveaux qui pourroient produire une nouvelle acceptation n'operent aucun effet, *& illud quod dicimus ſemel adeundum in ejuſdem perſona locum habet, L. ſi ſolus* 80, *§. ult. ff. de acquir. hered.* mais quand il y a pluſieurs heritiers, l'adition peut être faite pluſieurs fois & en pluſieurs tems, non par le même heritier, mais par chacun des heritiers ; ou bien lorſque l'hérédité eſt déferée à un eſclave appartenant à pluſieurs maîtres, auquel cas l'adition devant être faite par le commandement de chacun des maîtres, elle peut être faite en pluſieurs tems, de la même maniere que ſi les deux maîtres avoient été inſtituez indépendamment de leur eſclave, *L. cum ſolus* 68, *& L.* 80, *§. ult. ff. de acquir. hered.*

Quid quand il y a pluſieurs heritiers.

155. Quels ſont les effets de l'adition.

Nous avons parlé ci-deſſus en paſſant des effets de l'adition, & nous avons remarqué la difference qu'il y a entre le Droit Romain & notre Droit François. Il faut expliquer ceci plus exactement. Chez les Romains les enfans qui étoient en la puiſſance du défunt devenoient ſes heritiers ſiens de plein droit ; & l'hérédité leur étoit acquiſe par le miniſtere de la Loi, ſans que l'immixtion fût néceſſaire : ils étoient même heritiers néceſſaires ; mais le Préteur leur accordoit le bénefice d'abſtention, *L. in ſuis* 11, *ff. de liberis & poſthumis, & §.* 2, *inſtit. de hered. qual. & differ.* comme le remarque fort bien M. Cujas ſur la Loi *gerit* 88, *ff. de acquir. hered. lib.* 1, *quæſt. Pauli*, & *M. le Préſident Faber de error. Pragmat. decade* 3, *error.* 4 ; auſſi voit-on que les Loix qui parlent des actes d'heritier des enfans n'en

Les enfans ſont heritiers avant l'adition ſuivant le Droit Romain.

font mention que pour les assujettir aux charges héréditaires; *an oneribus se immerserint hereditariis, L.* 20, *§.* 1, *ff. de acquir. hered.* Ainsi la maxime *le mort saisit le vif*, qui est pratiquée parmi nous n'ajoute rien quant à l'acquisition de l'hérédité aux enfans, à ce qui étoit ordonné par le Droit Romain.

156. *Quid* des heritiers étrangers.

Mais par rapport aux heritiers étrangers, l'hérédité ne leur étoit acquise que par l'adition, *L.* 23, *ff. de acquir. possess.* Voilà pourquoi s'ils décedoient avant d'avoir fait acte d'heritier, ils ne transmettoient aucun droit à leurs heritiers; mais parmi nous, tous les heritiers sont considerez comme heritiers siens, & sont mis au niveau des enfans qui sont en la puissance du Testateur, ainsi que nous l'avons remarqué ci-devant : L'hérédité leur est acquise de plein droit en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*, tout comme elle l'étoit aux enfans par le Droit Romain, & l'adition est bien nécessaire pour lier irrévocablement les heritiers, & les assujettir aux charges héréditaires; mais non pour acquerir l'hérédité. *La Coutume de Normandie art.* 235 est expresse sur ce point, en déclarant que l'heritier est saisi de plein droit, parce que *le mort saisit le vif*, & que l'acte d'heritier assujettit aux charges héréditaires.

En France tous les heritiers acquierent l'hérédité avant l'adition.

L'adition n'est nécessaire que pour assujettir aux charges, & pour exclure la répudiation.

157. L'adition confirme toutes les dispositions du testament.

L'adition produit encore cet effet, de confirmer toutes les dispositions du testament qui deviendroient nulles si l'hérédité étoit abandonnée, *§. posteriore* 2, *instit. quib. mod. testam. infirm. & L.* 55, *§.* 2, *ff. ad S. C. Trebellian.* comme nous l'avons dit ailleurs. Elle produit aussi un quasi-contrat, qui assujettit l'heritier au payement des dettes & charges de l'hérédité. Nous expliquerons en son lieu de quelle maniere ces dettes & charges doivent être supportées.

158. L'adition a un effet rétroactif au tems du décès du Testateur.

En quelque tems que l'heritier accepte l'hérédité qui lui est déferée, son acceptation remonte au jour de la mort du défunt, & il est censé lui avoir succedé dès ce moment, *adeundo hereditatem, jam tunc à morte successisse defuncto intelligitur, L. heres* 54, *ff. de acquir. hered. & L. omnia ferè* 193, *ff. de regul. jur.* Si cela avoit lieu chez les Romains où l'adition étoit requise pour acquerir l'hérédité aux heritiers étrangers, on doit l'observer en France à plus forte raison, puisque tous les heritiers sont saisis, & l'hérédité leur est acquise de plein droit & sans adition en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*; ensorte qu'on n'a pas besoin de recourir à la fiction, comme il étoit nécessaire chez les Romains, pour opérer l'effet rétroactif.

159. L'heritier doit

Afin qu'on soit recevable à accepter une hérédité, il faut venir

dans le tems marqué par les Loix, & que le droit de l'heritier n'ait pas été éteint par la preſcription. La Loi 8, *cod. de jur. delib.* décide que le droit d'accepter une hérédité n'eſt pas ſujet à la preſcription de long-tems, c'eſt-à-dire, de dix ans. Il n'eſt donc ſujet qu'à la preſcription de trente ans depuis l'ouverture; & quoique certains Auteurs ayent cru que la faculté d'accepter une hérédité ne ſe perd pas par la preſcription de trente ans, il n'y a pas lieu de douter que l'opinion contraire ne ſoit certaine; parce que le laps de trente ans eſt le terme fatal de toutes les actions perſonnelles & réelles, *L. 4 & tot. tit. cod. de preſcript. 30, vel 40 annor.* & cette preſcription court contre les abſens, les ignorans & les mineurs: il n'y a que les pupilles qui n'y ſoient pas aſſujettis, *L. 3, cod. de preſcript. 30 vel 40 annor. Non ſexus fragilitatis, non abſentia, non militia contra hanc legem defendenda, ſed pupillari ætate dumtaxat, quamvis ſub Tutoris defenſione conſiſtat.* Mais le mineur pourroit ſe faire reſtituer en entier envers le laps du tems, en impétrant dans la trente-cinquiéme année de ſon âge, ſuivant la déciſion commune des Auteurs.

venir avant que ſon droit ſoit éteint par preſcription.

Dans quel tems a preſcription a lieu.

Mais il faut prendre garde qu'afin que le droit de l'heritier fût éteint par la preſcription, il faudroit qu'un autre l'eût acquis par la poſſeſſion; car la preſcription eſt bien miſe au rang des moyens d'acquerir ou de perdre; mais il faut afin qu'elle ait lieu, que ce qui eſt perdu par l'un à cauſe de ſa négligence, ſoit acquis par un autre à cauſe de ſa poſſeſſion; car ſi une hérédité étoit vacante, & ſur la tête d'un Curateur, qui ſeroit un ſimple dépoſitaire, lequel ne pourroit jamais l'acquerir par la preſcription, elle pourroit être acceptée même après les trente ans depuis la mort du défunt, parce que le droit n'en ſeroit pas perdu, à cauſe qu'il n'auroit pas été acquis par un autre.

160.
Afin que la preſcription ait lieu, il faut qu'un autre ait acquis le droit.

De l'hérédité qui eſt ſur la tête d'un Curateur.

Il y a des Auteurs, notamment *Gregor. Tholoſanus, lib. 46, cap. 6, n. 10*, qui ont cru que l'heritier ayant été appellé en Jugement pour déclarer s'il veut ſe porter pour heritier, ou renoncer à la ſucceſſion, ſi le Juge lui préfinit un délai pour faire cette déclaration, & qu'il laiſſe paſſer ce délai ſans accepter, il n'y ſera plus recevable; ce qu'ils fondent ſur la Loi *ſi curatoris 9, cod. de jur. delib.* mais cette Loi ne dit point cela; *Valla de reb. dub. tractat. 6, n. 6*, approuve la diſtinction de Bartole, qui dit que quand l'heritier eſt appellé en Jugement par les créanciers pour faire ſa déclaration, s'il accepte ou répudie, & qu'il garde le ſilence, il eſt cenſé avoir accepté; que s'il eſt appellé par les autres heritiers, qui viennent après lui, il eſt cenſé avoir répudié, s'il ne

161.
Si l'on peut fixer un délai pour accepter, après lequel l'heritier ſoit exclus.

fait sa déclaration dans le délai qui lui est préfini ; mais cette distinction n'est pas fondée. Il est vrai que la Loi 22, §. *sin autem* 14, *cod. de jure delib.* déclare que si l'heritier qui a demandé un délai pour déliberer, ne répudie pas dans ce délai, il est censé avoir accepté ; mais il n'y a point de texte qui appuye la distinction *de Bartole* : Il est décidé au contraire par la Loi 16 *cod. de jur. delib.* que l'adition est un acte de pure faculté à laquelle on ne peut pas être forcé ; on ne peut donc pas ôter à un heritier la faculté d'accepter quand il trouvera à propos, en lui préfigeant un délai pour faire sa déclaration s'il accepte ou répudie ; on ne peut forcer un heritier à déclarer s'il veut être heritier, que quand il y a une substitution, *L. quandiu 69, ff. de acquir. hered.* & il ne peut être contraint d'accepter que quand il est chargé d'un fideicommis universel afin qu'il le rende aux risques du Fideicommissaire en vertu du Senatusconsulte Trebellien ; cependant, l'heritier sien ou étranger, testamentaire, ou légitime, se trouvant saisi, & revêtu de l'hérédité en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*, il peut être poursuivi comme heritier par les créanciers jusqu'à ce qu'il ait abstenu ou répudié. *M. le Président Faber*, dans son code, *lib. 6, tit. 12, defin. 2*, le décide ainsi par rapport à l'heritier sien ; & quoiqu'il dise qu'il en est autrement selon le Droit Romain par rapport à l'heritier étranger, ce qui est vrai, on doit appliquer, selon nos maximes, à l'étranger, ce qui est décidé à l'égard de l'heritier sien, parce que l'un & l'autre est également saisi, & que l'hérédité lui est acquise de plein droit, même avant l'adition, comme le décident *l'article 246 de la Coutume de la Marche, & l'article 54 du chapitre 12 de celle d'Auvergne*, qui portent : *Aucun n'est recevable de soi dire n'être heritier d'aucun, s'il ne répudie & renonce expressément à sa succession ;* cependant on pratique dans les Pays Coutumiers de faire appeller en Jugement le présomptif heritier, pour qu'il déclare s'il veut se porter pour heritier ou renoncer, & le Juge lui prescrit un délai pour faire sa déclaration, après lequel, s'il est contumax, il est condamné comme heritier ; mais dans ce cas, il n'est réputé heritier qu'à l'égard de celui qui l'a fait condamner, au lieu que quand il fait sa déclaration en Jugement qu'il est heritier, quoiqu'avec un seul créancier, il est vraîment heritier à l'égard de tous : On peut voir *l'article 326 de la Coutume de Bourbonnois*, & *M. Auroux des Pommiers*, & *l'article 278 de celle de Poitou*, & *Boucheul.*

Cas où l'on peut obliger l'heritier à accepter.

Si l'heritier peut être poursuivi jusqu'à ce qu'il ait répudié.

Le même *Valla*, au lieu cité, croit que l'heritier qui garde le silence pendant un an, depuis qu'il a connu la mort du Testateur, ou que le testament a été publié & insinué, n'est plus recevable à accepter, & il se fonde sur la Loi *cum in antiquioribus* 19, *cod. de jur. delib.* Mais cette Loi décide seulement que si l'heritier demande un délai pour déliberer, & qu'il laisse passer le terme d'un an sans avoir accepté ou repudié; s'il vient à décéder après ce délai, il ne transmettra pas l'hérédité à ses heritiers: au lieu que s'il décede avant l'expiration de l'année, il transmettra à ses heritiers le droit de déliberer, & d'accepter l'hérédité dans le tems qui restera pour accomplir l'année; ce qui n'a rien de commun avec le droit qui compete à un heritier d'accepter l'hérédité pendant sa vie; d'ailleurs ce qui est décidé par cette Loi est abrogé par notre usage, puisque, comme nous l'avons dit plusieurs fois, l'adition n'est pas nécessaire pour acquerir & transmettre l'hérédité déferée.

161. Opinion de *Valla* réfutée.

Au Parlement de Toulouse, on ne connoit d'autre prescription pour l'acquisition ou perte des droits personnels ou réels, que celle de trente ans, & l'on n'y a pas reçu la prescription de dix ans avec le titre & bonne foi. Ainsi un heritier pourra demander l'hérédité pendant trente ans, même à celui qui possede avec un titre qui n'est pas capable de lui attribuer la proprieté, comme ayant été consenti *à non Domino*. Mais dans les Pays où la prescription de dix ans entre présens, & vingt ans entre absens avec titre & bonne foi, dont il est parlé dans la Loi 2, la Loi 11, *& toto titulo, cod. de præscript. longi temporis*, a été reçuë, l'heritier n'est pas recevable à intenter son action contre celui qui possede avec titre & bonne foi depuis dix ans entre presens, & vingt ans entre absens, comme le décide fort bien *Mornac*, sur la Loi 2, *cod. de hered. petit.* conformément à *l'article* 113 *de la Coutume de Paris*, qui admet cette prescription.

163. Au Parlement de Toulouse on ne connoît que la prescription de trente ans.

De la prescription de dix ans avec titre & bonne foi.

Gregor. Tolos. in syntagmat. juris, lib. 46, *cap.* 2, *num.* 24, dit que la fille instituée par sa mere a trente ans pour accepter la succession testamentaire, & qu'après l'échéance de ce délai, elle a encore la liberté d'accepter la même succession *ab intestat* pendant autres trente ans; mais cela n'est point vrai, parce que la succession testamentaire absorbe la succession légitime; ensorte que quand l'heritier testamentaire a perdu par prescription le droit d'accepter l'hérédité déferée par testament, il ne lui reste plus aucun droit sur cette hérédité, toute action étant éteinte par la prescription. *L. sicut* 3, *cod. de prescript.* 30, *vel* 40 *ann.* &

164. Si la fille instituée par sa mere à trente ans pour accepter en vertu du testament, & autres trente ans pour accepter *ab intestat*.

La répudiation indéfinie comprend la succession testamentaire & *ab intestat.*

L. 1, §. 1, *cod. de annali except.* car suivant la Loi *illud* 77; *ff. de acquir. hered.* celui qui est en même-tems heritier testamentaire & légitime, venant à répudier indéfiniment, & sans fixer la répudiation à un des titres en vertu desquels l'hérédité pouvoit lui être acquise, il est censé renoncer à l'un & à l'autre droit: *Verum eodem momento intelligor & ex testamento & legitimam repudiare.* Donc celui qui laisse prescrire contre lui le droit d'accepter, étant censé y renoncer, sans réserver aucun des deux titres qu'il pouvoit avoir, n'a plus aucune action, ni comme heritier légitime, ni comme heritier testamentaire.

Fin du Tome troisiéme.

TABLE
DES MATIERES
Contenues en ce Volume.

A

ACCEPTATION. De l'acceptation d'une hérédité. Voyez *Adition*, *Acte d'heritier.*

De l'acceptation des legs & des fideicommis laiſſez au fils de famille, 402

Accroiſſement, ſi l'inſtitution *in re certâ* produit ſon effet par le droit d'accroiſſement, 16

Le droit d'accroiſſement n'a pas lieu en Pays Coutumier, 66

Si l'accroiſſement a lieu dans la démiſſion des biens, 98

Matiere de l'accroiſſement fourmille en difficultez, 280

Obſervations pour bien entendre cette matiere, 280 & 281

On doit ſe fixer à la Loi unique *cod. de caducis tollend.* & ne recourir aux Loix anterieures que pour les cas que cette Loi nouvelle ne décide pas expreſſément, ou par argument, 281

Deſcription de l'accroiſſement en la proprieté, 281 & 282

Conditions qui caracteriſent le droit d'accroiſſement, 282 & 283

Eſt comparé à l'alluvion, 283

Difference entre l'accroiſſement de la proprieté & de l'uſufruit, *la même.*

Celui de la proprieté ſuit la portion acquiſe, & celui de l'uſufruit ſuit la perſonne, *la même.*

Singularité du droit d'accroiſſement en l'uſufruit, 306, 307, *& ſuiv.*

Lorſque le Teſtateur legue la proprieté d'un fonds à l'un, & l'uſufruit à d'autres, la portion de l'uſufruit qui viendra à vaquer accroîtra au Proprietaire & aux autres uſufruitiers, lorſque le Proprietaire concourt en l'uſufruit, 306

Le Proprietaire du fonds legué concourt en l'uſufruit avec les legataires de l'uſufruit, 306 307

L'accroiſſement a lieu en l'uſufruit après l'acquiſition des portions, 307

En eſt-il de même pour l'habitation & l'uſage, *la méme* & 308

Origine du droit d'accroiſſement, 283, 284

En quel cas le droit d'accroiſſement avoit lieu par le Droit an-

cien, 284
Il n'avoit pas lieu pour les portions caduques, & dans la conjonction *re tantùm*, *la même & 285*
Abrogation des distinctions du Droit ancien, 285
Le Droit d'accroissement cessoit dans les dispositions regardées comme non écrites, *la même.*
N'avoit pas lieu non-plus aux fideicommis ni aux legs faits *per damnationem*, ce qui est abrogé, 286
Deux especes de Droit d'accroissement; l'une *potestate juris*; l'autre à raison de la conjonction, *la même.*
Cas où l'accroissement a lieu *potestate juris*, 287
Quid dans les fideicommis universels quand le grevé accepte forcé, 287
Du Droit d'accroissement à raison de la conjonction, & quelles sont les conjonctions qui les produisent, *la même & 288*
Le Droit d'accroissement n'avoit pas lieu anciennement aux fideicommis; aujourd'hui il y a lieu tout comme aux legs, 286
Des conjonctions suivant le Droit ancien, 287 *& 288*
Aujourd'hui la conjonction *verbis tantùm* ne produit aucun effet, 290
Raisons de l'abrogation de l'effet de la conjonction *verbis tantùm*, *la même & suiv.*
Le Droit d'accroissement avoit été emporté par la Loi *Papia*, excepté en quelques cas, 292
Nouveau reglement sur la nature & les effets du Droit d'accroissement, & sur les especes des conjonctions qui devoient le produire, *la même.*
Quels sont les conjoints & les disjoints dont l'Empereur Justinien entend parler, *la même & suiv.*
Les conjoints *verbis tantùm* ne sont pas du nombre de ceux qui peuvent profiter des portions vacantes, 294
Varieté dans les Loix du digeste sur le Droit d'accroissement, 295
Loix qui n'admettoient le Droit d'accroissement qu'entre les Legataires solidaires, *la même & suiv.*
Dans quelles dispositions l'accroissement a lieu, 296
Il a lieu aux testamens, codiciles, & donations à cause de mort, *la même.*
Quid aux contrats, *la même.*
Quid aux institutions contractuelles, *la même & suiv.*
S'il a lieu entre l'heritier contractuel d'une partie, & l'heritier testamentaire ou *ab intestat* d'une autre partie, 297
Si le Droit d'accroissement a lieu en faveur de l'heritier institué *in re certâ*, *la même.*
Quid aux substitutions directes, 298
Droit d'accroissement *potestate juris*, au fideicommis universel, quand le grevé accepte forcé, *la même.*
Si le Droit d'accroissement a lieu dans les fideicommis universels ou dans les legs à raison de la conjonction *verbis tantùm*, *la même & 299*
Auteurs pour l'affirmative, & textes qui la confirment, *la même.*
Auteurs pour la négative, *la même.*
Contrarieté dans les Loix sur cette

cette queſtion, 300
Avis de l'Auteur pour la négative, *la même.*
Raiſon de ſon avis, *la même & 301*
Arrêts du Parlement de Paris conformes, 301 & 302
Le Droit d'accroiſſement a lieu dans les legs & les fideicommis pour les conjonctions *re & verbis & re tantùm*, 303
Les Legataires ou Fideicommiſſaires, ou Donataires à cauſe de mort, doivent être appellez à une même choſe, ou à une même ſomme pour avoir le Droit d'accroiſſement, & quand les portions ne ſont formées que par le concours, *la même.*
On ne doit pas faire difference entre un corps legué ou une ſomme leguée à pluſieurs, *la même.*
Si le Droit d'accroiſſement a lieu dans les charges impoſées *conditionis implendæ cauſa*, ou bien *in mortis cauſa capionibus*, 304
S'il a lieu dans la ſucceſſion *ab inteſtat*, *la même.*
Comment le Droit d'accroiſſement a-t'il lieu en faveur de pluſieurs qui repreſentent une même ſouche, 305
Si le Droit d'accroiſſement a lieu dans la poſſeſſion des biens, *la même.*
Cette poſſeſſion eſt abrogée en France, *la même.*
Si le Droit d'accroiſſement avoit lieu dans la plainte d'inofficioſité, & comment, 306
Droit d'accroiſſement pour l'uſufruit, *la même.*
Singularitez de ce Droit au nombre de cinq, *la même & ſuiv.*
Du Droit d'accroiſſement dans la communauté continuée en cas de décès de quelqu'un des enfans, 309
Raiſons pour ſoutenir que le Droit d'accroiſſement a lieu dans ce cas, 313 *& ſuiv.*
Raiſons pour le contraire, 314 *& ſuiv.*
L'accroiſſement dans la proprieté n'a pas lieu quand les portions ſont acquiſes, 318
Accroiſſement, comment ſe fait, 320 *& ſuiv.*
Dans les inſtitutions & ſubſtitutions directes, l'accroiſſement ſe fait *poteſtate juris* par portions héréditaires : dans les fideicommis même univerſels & dans les legs, il ſe fait en vertu de la conjonction, & par portions viriles, 320 & 321
L'accroiſſement ſe fait de plein droit *etiam ignoranti & invito*, 321
Quid ſi un Portionnaire ſe fait reſtituer en entier, *la même.*
L'accroiſſement ſe fait-il *invito* dans le cas du fideicommis univerſel, *la même.*
Quid ſi le grevé a accepté volontairement, 322
Diſtinction des differentes conjonctions, *la même.*
Le Droit d'accroiſſement n'a lieu dans les fideicommis univerſels qu'à raiſon de la conjonction, quand l'hérédité a été acceptée volontairement, *la même.*
Si l'accroiſſement ſe fait *invito* dans les legs & les fideicommis particuliers, *la même & 323*
Sur quoi eſt fondé le Droit d'accroiſſement, 345
Celui qui ſe fait *poteſtate juris* dans l'inſtitution, les ſubſtitutions directes & les fideicommis univerſels, lorſque l'heritier ſe fait forcer pour accepter, dérive de la

Loi, & arrive même contre la volonté du Teſtateur, 345 & 346
Celui qui ſe fait par la conjonction & par la diſpoſition ſolidaire vient de la volonté expreſſe du Teſtateur, qui deſtine la totalité à chaque Legataire, 346
Accroiſſement, comment ſe regle la préference entre pluſieurs conjoints, 323 & *ſuiv.*
S'ils ſont tous conjoints *re & verbis*, ils doivent tous concourir. Il en eſt de même s'ils ſont tous conjoints *re tantùm*; mais s'il y a des conjoints *re & verbis* & *re tantùm*, les conjoints *re & verbis* ſont préferez, 323
Exemple de cela, *la même &* 324
Si dans le mêlange des conjonctions le Droit d'accroiſſement doit ſe faire ſelon les portions que les Legataires ont au legs, 324
Quid ſi pluſieurs ſont appellez par leurs noms, & les autres en termes collectifs, *la meſme.*
A qui doit accroître la portion de l'un de ceux qui ſont appellez par un terme collectif, *la même &* 325
Accroiſſement dans la proprieté, *portio portioni accreſcit*, 325
Il paſſe à l'heritier de celui qui a recueilli ſa portion, *la même.*
Soit qu'il s'agiſſe de la ſucceſſion *ab inteſtat*, ou de la teſtamentaire, *la même.*
L'heritier du co-heritier qui ſeroit mort ſans accepter, peut accepter lorſque l'autre co-heritier répudie, *la même.*
Celui qui eſt indigne pour s'être chargé d'un fideicommis tacite ne profite pas du Droit d'accroiſſement, 326
Si le Droit d'accroiſſement paſſe aux heritiers du Legataire, même au Legataire de ſa portion, *la même.*
Si le Droit d'accroiſſement paſſe à l'heritier; differentes opinions des Auteurs; réſolution pour l'affirmative, *la même.*
Si le Droit d'accroiſſement paſſe aux tranſmiſſionnaires du fideicommis, *la même.*
Si le Droit d'accroiſſement ſuit le ſubſtitué, 327
Accroiſſement, s'il ſe fait avec la charge ou ſans charge, *la même.*
Dans les inſtitutions & ſubſtitutions directes il paſſe avec la charge: dans les legs on diſtingue les conjonctions, 327 & 328
Diſtinction des charges réelles d'avec celles qui ſont attachées à la perſonne, 328
Il faut ſuivre la volonté du Teſtateur quand il a pourvû aux charges, 328 & 329
Du Droit d'accroiſſement pour les portions conſiderées comme non écrites, 329 & 330
La portion vacante qui accroit peut être demandée par la même action que la portion acquiſe & acceptée, 330
Le Droit d'accroiſſement a un effet rétroactif, 330 & 340
Afin que l'accroiſſement ait lieu il faut que la portion ſoit veritablement vacante par incapacité des co-Legataires, ou par ſon prédécès, ou par ſa répudiation, non par ſimple ſilence, 330
Accroiſſement, quand eſt-ce qu'il ceſſe, 330 & 331
S'il a lieu dans les diſpoſitions du Soldat. Diſtinction, 331 & 332
Quel eſt le fondement du Droit d'accroiſſement qui vient de la conjonction, 332
Le Droit d'accroiſſement n'a pas

lieu dans la conjonction *verbis tantum*, 333
Il ceſſe dans les diſpoſitions contractuelles, aux Fiefs, emphiteoſes, contrats cenſuels, *la même* & 334
A-t'il lieu dans les ſubſtitutions contractuelles, 334
Si le Droit d'accroiſſement a lieu aux alimens, *la meſme.*
Quid s'ils ſont réſervez à deux Donateurs, 334 & 335
Peut-il être prohibé par le Teſtateur, 335
Quid dans les inſtitutions & ſubſtitutions directes, *la même.*
Si le Teſtateur peut en empêcher l'effet par des ſubſtitutions ou autres diſpoſitions, & ſi la ſubſtitution eſt plus forte que le Droit d'accroiſſement, *la même.*
Le Droit d'accroiſſement ceſſe quand les portions ne ſont pas vacantes de droit, quoiqu'elles puiſſent être ôtées par indignité, 336
La portion qui eſt ôtée à l'indigne, doit demeurer dans l'hérédité, *la même.*
Quand même l'indigne répudieroit, *la même.*
Le Droit d'accroiſſement ceſſe dans l'uſufruit laiſſé à pluſieurs, *alternis annis*, 336 & 337
Si le Droit d'accroiſſement a lieu dans les diſpoſitions faites pour tenir lieu de légitime, 337 & 338
Si la légitime de l'enfant juſtement exhéredé accroît aux autres légitimaires, ou ſi elle appartient à l'heritier, *la même.*
Si le Droit d'accroiſſement a lieu pour les portions des legs qui ſont reſcindées par la demande de la poſſeſſion des biens *contrà tabulas*, *la même*
S'il a lieu dans les diſpoſitions du teſtament dont l'inſtitution eſt nulle par préterition, *la même.*
S'il ceſſe lorſque le Legataire eſt admis contre la volonté du Teſtateur, & lorſque la volonté du Teſtateur y réſiſte, *la même* & 339
Si le Droit d'accroiſſement a lieu dans les teſtamens de deux perſonnes, *la meſme.*
Quid dans la ſubſtitution pupillaire, *la meſme.*
Il ceſſe dans la proprieté lorſque les portions ſont acquiſes, & il eſt ſuſpendu toutes les fois que l'on eſt à tems pour accepter, 318 & 339
Réfutation de l'opinion de Mornac, 340
Lorſque la portion eſt répudiée, elle accroît au co-Legataire, quoiqu'elle ſoit acquiſe par le bénefice de la Loi, *la même.*
Il n'y a que l'acceptation qui empêche le Droit d'accroiſſement, *la même.*
Si l'accroiſſement a lieu pour la portion qui a été acceptée, lorſque l'acceptation eſt emportée par la reſtitution en entier, 341
Quatre cas auſquels le Droit d'accroiſſement a lieu, quoique la portion ait été acceptée, *la même* 342
Premier cas; lorſque l'heritier refuſe d'exécuter la volonté du défunt, & qu'il eſt privé de l'hérédité, 341
Second cas; de celui qui eſt inſtitué conjointement avec un pupille, & qui lui eſt ſubſtitué pupillairement, *la même.*
Troiſiéme cas; dans les liberalitez du Prince, 342
Quatriéme cas; dans la plainte d'inofficioſité, *la même.*

Si la transmission empêche le Droit d'accroissement, *la même.*
Le Droit d'accroissement n'a lieu que quand la portion est comme non écrite, ou caduque, ou tombée en caducité, *la même.*
Si le Droit d'accroissement a lieu entre ceux qui viennent *diverso jure*, 343 & 344
Si le Droit d'accroissement a lieu dans les Pays Coutumiers, 344
S'il a lieu en faveur du Legataire d'une universalité, de laquelle le Testateur retranche certaines especes qui viennent à vaquer, 345
S'il y a dans le Droit ce que les Auteurs appellent *jus non decrescendi*, *la même.*
Quels sont les fondemens du Droit d'accroissement, *la même* & 346
Les conjoints *re & verbis* prennent les portions vacantes comme leur appartenantes, & les conjoints *re tantum* les prennent comme leur legs, n'étant pas diminué par le concours, 346

Acte. Actu agentium præter intentionem operari non potest, 435
Actus agentium interpretamur ex eorum proposito, non ex oppposito, 436

Acte d'heritier. Les actes d'heritier faits par celui qui n'est pas veritablement heritier, ne peuvent produire aucun effet, 438
Quels sont les actes d'heritiers qui induisent l'adition, *la même & suiv.*
Quatre regles pour connoître si les actes d'heritier sont suffisans ou non, 439 & *suiv.*
Tout acte exterieur qui démontre la volonté & l'intention de se porter heritier, suffit, 439
Tout ce qui ne peut être fait *extrà nomen & jus heredis* est un acte d'heritier; *la même.*
On devient heritier par tout acte qu'on ne peut faire valablement & légitimement, sans avoir le titre & la qualité d'heritier, *la même.*
Ce qui peut être fait valablement & légitimement *extrà jus & nomen heredis*, n'est pas un acte d'heritier, 440
Les actes ambigus n'induisent pas l'adition, *la meme.*
L'heritier est censé avoir fait l'acte en la qualité qui doit le rendre efficace, *la même.*
L'acte d'héritier s'induit lorsque l'heritier vend ou baille à ferme, ou cultive les biens héréditaires, s'il nourrit les bestiaux, s'il paye les dettes héréditaires, *la même* & 444
On fait acte d'heritier quand on se déclare heritier, ou que l'on veut être heritier, ou qu'on en prend la qualité en Jugement & hors Jugement, 440 & 441
Il n'est pas nécessaire qu'il y en ait une déclaration devant Notaire, 441
Si le Donataire universel fait acte d'heritier lorsqu'il en prend la qualité, *la même.*
On fait acte d'heritier en constituant un Procureur pour accepter, 409, 410 & 442
En constituant un Procureur pour exiger les dettes héréditaires, ou pour déclarer qu'on est heritier, 442
Celui qui traite au sujet d'une hérédité, fait acte d'heritier; mais non celui qui renonce par abdication simple, quand même il recevroit un prix pour renoncer, *la même.*
Celui qui cede une hérédité ou y renonce en faveur de quelqu'un avec prix ou sans prix, fait acte

d'heritier, *la même &* 443
Celui qui dispose par testament ou codicile de partie des effets de l'hérédité à lui déferée, fait acte d'heritier, 443
Celui qui impugne le testament de faux & demande la succession fait acte d'heritier, pourvû qu'il l'obtienne; non s'il succombe, *la même.*
Il en est de même de toutes les autres manieres d'impugner le testament, *la même.*
Le fils qui attaque le testament de son pere comme nul, fait acte d'heritier, 444
On fait acte d'heritier en demandant le délaissement de l'hérédité, *la même.*
Si celui qui prend de son autorité la chose qui lui est dûë, & qui est dans l'hérédité, fait acte d'heritier, *la même.*
Difference entre le Droit Romain & la Coutume de Paris, *la même.*
On fait acte d'heritier en vendant, en baillant à ferme, en cultivant ou faisant cultiver les biens héréditaires, 440 & 444
Ces actes sont naturellement déterminez à la qualité d'heritier, à moins qu'il n'y ait protestation, *la même.*
L'intention d'être heritier se présume de ces actes, *la même.*
Les enfans qui vendent les biens de leur pere sans prendre de qualité, font acte d'heritier, quoiqu'ils soient créanciers pour la dot de leur mere, *la même.*
Arrêt du Parlement de Toulouse qui l'a jugé ainsi, *la même &* 445
On fait acte d'heritier en partageant l'hérédité, 445
Si la possession de la maison ou des biens est un acte d'heritier, *la même.*
Si l'heritier qui est créancier de l'hérédité fait acte d'heritier en possedant les biens de l'hérédité, *la même &* 446
Si la protestation est nécessaire, 446
Si la possession des biens communs au-de-là de la portion, est un acte d'heritier, *la même &* 447
La possession des biens héréditaires avec protestation, ne fait pas acte d'heritier, 447
La transaction sur l'hérédité ou avec les Legataires est un acte d'heritier, *la même.*
Celui qui paye les dettes héréditaires fait acte d'heritier, *la même.*
Il en est de même de celui qui charge son heritier de payer les legs d'une succession, *la même.*
On peut faire acte d'heritier par soi ou par autrui, 448
Celui qui accomplit la condition fait-il acte d'heritier, *la même.*
Quid de celui qui continue une societé commencée par le défunt, *la même.*
Si celui qui exige les dettes héréditaires fait acte d'heritier, *la même.*
Si le fils Donataire fait acte d'heritier en rapportant la donation, 449
Si le fils qui jouit des biens de son pere sans autre titre que la légitime, fait acte d'heritier, 450
Si l'heritier qui après avoir abstenu, acquiert les biens paternels par une personne interposée fait acte d'heritier, *la même.*
Si l'heritier étranger qui transige sur le meurtre du défunt, fait acte

d'heritier, 451
Quid des enfans, *la même &* 460
Comment doivent être décidez les cas où il s'agit de sçavoir s'il y a acte d'heritier ou non, 451
Quels sont les faits qui peuvent être regardez comme clairs ou comme ambigus pour caracteriser l'acte d'heritier, 452
Si les actes d'heritier peuvent être prouvez par Témoins, *la même &* 453
Quid de la déclaration verbale de l'heritier, 453
Si les Témoins singuliers font preuve des actes d'heritier, 454
Des cas où l'on n'induit pas les actes d'heritier, quoique l'heritier touche aux biens héréditaires, 454
Si dans certaines Coutumes la protestation n'empêche pas les actes d'heritier, *la même.*
Quid dans les Pays du Droit écrit, 455
Il n'y a point d'acte d'heritier sans la volonté & l'intention d'être heritier, *la même.*
Ni lorsque l'heritier proteste, & qu'il explique la cause pour laquelle il gere, *la même.*
Ni quand l'heritier a un autre titre pour proceder, *la même.*
Celui qui demande comme heritier une chose qui lui appartient comme fils, ne fait pas acte d'heritier, 456
Si celui qui fait inhumer le défunt fait acte d'heritier, 459 460
Si l'heritier étranger qui détourne les biens héréditaires, fait acte d'heritier. *Quid* du fils qui recele, 459
Si celui qui demande la representation des comptes du défunt pour déliberer, fait acte d'heritier, 459
Si le fils qui après avoir abstenu de l'hérédité de son pere, se trouve en possession des biens paternels, comme dépendans de l'hérédité de sa mere, fait acte de reprise, *la même.*
Les enfans émancipez ne devenoient pas heritiers de leur pere en s'immiscant, *la même &* 460
Ils devoient demander la possession des biens en Jugement, *la mes.*
Celui qui accepte un don du Roi fait aux heritiers ne fait pas acte d'heritier, *la même &* 461
La confection de l'inventaire n'est pas un acte d'heritier; les Coutumes sont plus rigoureuses que le Droit écrit au sujet des actes d'heritier, 461
Elles n'exigent que l'intention, *la même.*
Des Coutumes de Paris, d'Orleans, de Normandie, de Senlis, de Nivernois, de Bourbonnois, *la même &* 462
La déclaration par acte judiciaire est un acte d'heritier dans la Coutume de Paris, 462
On doit se précautionner à l'égard des Auteurs Coutumiers, touchant les actes d'heritier, *la même.*
Action, les actions & les droits suivent la personne, & se reglent par la Loi du domicile du Testateur, 7 *& suiv.*
La portion qui accroît peut être demandée par la même action que celle qui est acquise, 330
Des trois actions que produisent les legs & les fideicommis, 359 *&* 360
Comment ces actions peuvent-elles être intentées, 362

L'action personnelle & l'hypotecaire concourent pour le legs d'une quantité, 362
Quel est l'effet de l'action personnelle & de l'hypotecaire, 363
Si l'hypoteque est solidaire contre les heritiers, *la même & suiv.*
Si elle a lieu sur les biens de l'héritier, 372 *& suiv.*
L'action réelle ne peut être intentée que contre le possesseur, 377
Adition d'hérédité, est un quasi contrat, qui oblige l'heritier envers les creanciers & les Legataires, 373 *&* 374.
Cette adition produit hypoteque quand elle est constatée par acte public, 374
L'adition produit l'obligation, quoique les créanciers, les Legataires & les autres interessez ne l'acceptent pas, 374
Adition étoit de deux sortes chez les Romains, la solemnelle & la non solemnelle, 392
Les enfans heritiers siens n'avoient pas besoin d'adition pour acquerir l'hérédité de leur pere: ils étoient heritiers de plein droit, *la même.*
Les étrangers ne devenoient heritiers que par l'adition, *la même.*
L'adition solemnelle étoit appellée *cretio*, la non solemnelle étoit nommée *aditio*, *pro herede gestio*, *agnitio*, & par rapport aux enfans *immixtio*, *la meme.*
Aditio, *pro herede geritio*, *agnitio*, sont synonimes, *la même.*
Depuis l'abrogation de la cretion il n'y a plus d'adition solemnelle, il n'y a qu'une espece d'adition qui résulte de l'intention lorsqu'on prend la qualité d'heritier, ou que l'on touche aux biens héréditaires comme heritier, 396
L'adition est proprement celle qui se fait *verbis*: quand on touche aux biens héréditaires, c'est *pro herede gerere*, *la même.*
L'adition est l'acceptation faite par les heritiers étrangers; & l'immixtion, celle des heritiers siens, *la même.*
Ce que les Loix ont dit de l'adition s'applique à l'immixtion, & *vice versâ*, 397
Les créanciers d'un heritier peuvent accepter en son nom & à leurs risques, une hérédité déferée à leur débiteur, 398
Adition. Quelles sont les personnes qui peuvent accepter une hérédité déferée, 399
Celui-là peut accepter l'hérédité qui peut valablement s'obliger, & *vice versâ*, *la même.*
L'adition n'est pas nécessaire pour acquerir l'hérédité, elle n'est nécessaire que pour s'assujettir aux charges héréditaires, *la même.*
Quelles personnes pouvoient faire acte d'heritier suivant le Droit Romain, quoiqu'elles ne fussent pas capables de s'obliger, *la même.*
L'adition dans ce cas étoit permise pour acquerir & transmettre l'hérédité, *la même.*
De l'adition du majeur, pere de famille, 400
De l'adition du fils de famille majeur, *la même.*
Correction du Droit ancien par rapport au fils de famille, *la même.*
Si le pere peut accepter à son profit quand le fils refuse l'hérédité à lui déferée, 400 *&* 401
Le fils peut aussi accepter quand le pere refuse, 400

Si le pere peut accepter une hérédité déferée à son fils Soldat, 401
Du fils de famille mineur, *la même.*
Du fils de famille pupille, *la même.*
Si le pere qui accepte au nom de son fils pupille est tenu des charges héréditaires lorsque le fils se fait restituer, *la même &* 402
Si le fils qui s'est fait restituer pour accepter peut se faire restituer pour répudier de nouveau, 402
Adition de mineur qui n'est pas en la puissance d'autrui, & s'il peut accepter sans l'assistance du Curateur, *la même.*
Si le pupille peut accepter avec son Tuteur; peut-il accepter sans Tuteur? 404
Si le Tuteur peut accepter seul sans le pupille. *Quid* en France, 405
Quid dans le Pays Coutumier, 406
De l'adition du prodigue interdit, *la même.*
De l'adition du furieux, de celui qui est en démence, ou qui est imbécile, 407
De l'adition de la femme mariée dans le Pays Coutumier, *la même.*
Quid dans le Pays du Droit écrit, *la même.*
De l'adition du mari pour sa femme en Pays Coutumier, 408
De l'adition du Curateur pour son mineur, *la même.*
De l'adition du Curateur pour le furieux ou imbécile, *la même &* 409
De l'adition du Procureur fondé, 409 *& suiv.*
S'il faut faire difference entre l'adition & la demande de la possession des biens, 410
Si le Procureur du Prince pouvoit accepter l'hérédité déferée au Prince, *la même.*
Distinction entre le Droit ancien & le nouveau, *la même.*
Résolution que l'hérédité peut être acceptée par Procureur, 410 *&* 411
Que le Procureur soit fondé de procuration spéciale, 411
Dès que le Mandant explique sa volonté dans une procuration, il est censé avoir accepté, 410, 411 *&* 442
De l'adition des héreditez déferées aux Corps, Colleges & Communautez, approuvez, 411
Adition, en quel cas ceux qui ont accepté une hérédité peuvent la répudier ou non, *la même & suiv. jusqu'à* 430
Quelles sont les conditions requises afin qu'une adition soit efficace, 430
La premiere, que l'heritier soit personne libre. La seconde, qu'il soit pere de famille. La troisiéme, qu'il ait son bon sens. La quatriéme, qu'il soit majeur de vingt-cinq ans. La cinquiéme, qu'il sçache & qu'il soit assûré que le Testateur est décedé. La sixiéme, qu'il sçache que l'hérédité lui est déferée. La septiéme, qu'il connoisse l'état du Testateur. La huitiéme, qu'il connoisse qu'il n'est précedé de personne au droit de succeder. La neuviéme, qu'il connoisse de quelle maniere l'hérédité lui est déferée, si c'est par testament ou *ab intestat*, *la même & suiv.*
La dixiéme qu'il soit capable de recueillir, 437
Onziéme condition, 438

Qui

Qui doit faire la preuve de la connoissance du décès, 431
L'heritier doit connoître si l'hérédité lui est déferée purement ou sans condition, *la même.*
De ce que l'heritier ou le substitué n'ont pas besoin de connoître pour accepter, 432
Si l'heritier peut accepter avant l'ouverture du testament, *la même.*
L'adition produit deux effets. Le premier est l'acquisition irrévocable de l'hérédité. Le second est l'assujettissement de l'heritier aux charges & dettes, 433 & 465
On ne peut pas accepter tandis qu'on attend un autre heritier, 433
Si l'opinion de la grossesse de la veuve du Testateur empêche l'heritier testamentaire d'accepter, *la même.*
L'adition doit être conforme au titre qui défere l'hérédité, 433 & 434
Si celui qui accepte en vertu d'un testament nul & qu'il croit bon est censé répudier l'hérédité *ab intestat*, ou renoncer à un précedent testament valable, 434 & 435
L'adition dépendant de l'intention ne peut se faire qu'avec connoissance de cause, 436
Celui qui croit le testament faux ou nul ne peut pas accepter, *la même.*
L'adition & la répudiation sont deux contraires, qui sont régis par les mêmes regles, *la même.*
L'adition faite par un incapable ne forme point de quasi contrat, 437
Le quasi contrat ne se forme que par l'acquisition irrévocable de l'hérédité, *la même.*
Onziéme condition de l'adition; qu'elle soit pure & sans condition ni modification, 438
Si l'adition est un acte légitime, *la même.*
Quels sont les actes d'heritier qui induisent l'adition, *la même & suiv.* Voyez *Acte d'heritier*, *aditio est potius animi quàm facti*, l'hérédité est acceptée par la seule volonté, sans toucher aux biens héréditaires, 439
L'adition n'exige que la démonstration de la volonté, *la même.*
L'adition s'induit de tout acte qu'on ne peut faire *citrà nomen & jus heredis*, *la même.*
Ce qui peut être fait valablement & légitimement *citrà nomen & jus heredis* n'induit pas l'adition, 440
Les actes ambigus ou douteux n'induisent pas l'adition, *la même.*
L'adition n'a pas besoin d'acceptation, 441
Elle est indivisible; on ne peut pas être heritier à l'égard d'une personne, sans l'être à l'égard de tous, *la même.*
Il n'y a point d'adition sans intention de devenir heritier, 444 & 449
Si l'adition qui résulte des faits est expresse ou tacite, 452
L'adition ne se présume pas, il faut la prouver, *la même.*
Si l'adition peut être prouvée par Témoins, *la même & 453*
Si la preuve par Témoins de la déclaration verbale est admissible, 453
Si les Témoins singuliers prouvent l'adition, 454
Des cas où l'on n'induit pas l'adition, quoique l'heritier touche

aux biens héréditaires, 454 & 455
L'adition peut être excluë par la nature de l'acte, 455
Si l'immixtion se fait *solo animo*, 457
L'adition ne peut pas être faite pour partie, 462
Si l'on peut accepter l'une de plusieurs portions, & répudier les autres, *la même &* 463
Celui qui est institué purement en une portion, & sous condition en l'autre, devient heritier *in solidum* en acceptant la portion laissée purement, 463
Si celui qui accepte une portion & répudie l'autre, est heritier pour le tout, *la même &* 464
Adition, si elle est un acte légitime, & si elle est nulle quand on y met quelque condition ou modification, 464
Elle ne peut être faite qu'une fois, *la même.*
Quid quand il y a plusieurs heritiers, 465
Quels sont les effets de l'adition, 433 & 465
Les enfans sont heritiers avant l'adition, suivant le Droit Romain, 465
Les heritiers étrangers n'acqueroient l'hérédité que par l'adition, 466
En France l'hérédité est acquise avant l'adition à tous heritiers, *la même.*
L'adition n'est nécessaire que pour assujettir aux charges & pour exclure la répudiation, *la même.*
L'adition confirme toutes les dispositions du testament, *la même.*
Elle a un effet rétroactif au jour du décès du Testateur, *la même.*
L'adition ne peut pas être faite après que le droit est éteint par la prescription, 467
Si le Juge peut fixer un délai pour accepter l'hérédité, après lequel l'heritier est exclus, *la même.*
Cas où l'on peut obliger l'heritier d'accepter dans un certain délai, 468
Agnation & cognation ne different plus, la difference est abrogée, 124
Aîneſſe. Si par le partage fait *inter liberos* par les ascendans, on peut déroger au droit d'aîneſſe, 87
L'exhéredation prive du droit d'aîneſſe, 175
Alienation des choses leguées, ou sujettes à un fideicommis; si elles nuisent aux Legataires ou Fideicommissaires, 363
Alienatio fit cum suâ causâ, 374
Alimens. Si les ascendans pauvres peuvent demander les alimens à leurs enfans riches, en se démettant de leurs biens en leur faveur, 97
Si la condamnation aux alimens est solidaire contre tous les enfans, *la même.*
Si le fils qui intentoit la plainte d'inofficiosité pouvoit demander les alimens pendant le Procès, 271
Arrêt du Parlement de Toulouse du . . . 1741, sur une espece où le Testateur avoit donné à sa femme le pouvoir de nommer heritier un de ses enfans, & de regler la légitime des autres, 57, 58 *& suiv.*
Arrêt du 17 Mars 1746, qui juge que l'enfant est préterit, quoiqu'il soit appellé à l'hérédité par un fideicommis conditionnel, 231
Arrêt du Parlement de Toulouse

du 25 Juin 1714, qui confirma un testament nul par préterition en vertu de la clause codicillaire, 245

Arrêt du Parlement de Toulouse du 16 May 1737, sur le droit d'accroissement de la continuation de communauté dans le cas de la renonciation de quelques-uns des enfans, 310 *& suiv.*

Arrêt du Parlement de Toulouse du 22 Août 1733, qui attribue l'hypoteque sur les biens propres de l'heritier du jour de l'adition par acte public, 373 & 374

Arrêt du Parlement de Toulouse du 31 Août 1722, qui juge que des filles qui avoient vendu les biens de leur pere sans prendre de qualité, avoit fait acte d'heritier, quoiqu'elles fussent créancieres pour la dot de leur mere, 445

Avantage. Si dans les Coutumes qui ne permettent pas d'avantager les enfans, les ascendans peuvent faire des partages inégaux, 86

B

Batard. De la préterition des bâtards,

Quid s'ils sont légitimez par mariage subséquent ou par rescrit du Prince, 234

Si les bâtards pouvoient intenter la plainte d'inofficiosité : *Quid* s'ils étoient légitimez, 262 & 263

Les bâtards légitimez par le mariage subséquent, sont considerez comme s'ils étoient nez d'un mariage légitime ; & ceux qui sont légitimez par rescrit du Prince, sont mis au niveau des légitimes, 263

Biens. Bona non dicuntur nisi deducto are alieno, 47

C

Clause codicillaire, fait valoir le testament qui ne contient point d'institution d'heritier, 18

Mais la clause codicillaire doit être exprimée, & on ne peut pas la suppléer, ni la sous-entendre, *la même.*

Si la clause codicillaire soutient le testament où il y a préterition, 61, 243 *& suiv.*

Distinctions des Auteurs réprouvées, 244 *& suiv.*

La clause codicillaire ne couvre que les défauts de forme exterieure, 247

Si la clause codicillaire qui s'étendroit à la donation à cause de mort, fait valoir comme donation le testament nul par préterition, 224 & 250

Codicile. Si l'institution est nécessaire au codicile, 18, 224

La préterition annulle le codicile qui dépend d'un testament, 246, 247

Le codicile *ab intestat* est indépendant du testament, 249

Si la préterition annulle le codicile qui renferme une disposition universelle, *la même.*

Si le codicile *ab intestat* en faveur d'une personne étrangere de la totalité des biens, est rompu par l'agnation d'un posthume, 224

Communauté. Si le Droit d'accroissement a lieu dans la communauté continuée en cas de décès de quelqu'un des enfans, 309

S'il a lieu dans le cas de la renonciation par quelqu'un des enfans, 310

Arrêt du Parlement de Toulouse

dans le cas d'une pareille renonciation, *la même & suiv.*
Le mari est le maître de la communauté; il peut vendre, aliéner, donner, hypotequer les biens de la communauté, 316
La continuation de communauté est sujette aux mêmes regles que la premiere communauté, *la même.*
La continuation de communauté est indivisible pour le tems, *la même.*
Tandis que la communauté continue, les enfans n'y ont qu'une simple esperance, comparée à l'augment, 316
Les enfans qui décedent tandis que la communauté continuë, ne transmettent rien à leurs heritiers étrangers, 316 & 317
Difference entre la mort des enfans & leur renonciation, 317
Difference entre le tems durant lequel la communauté continuë, & celui où elle est dissoute, quant à leur renonciation, *la même.*
Au moment du décès du dernier conjoint les enfans sont saisis de leur portion de la continuation de communauté, *la même &* 318
Le Droit d'accroissement dans la communauté n'a pas lieu quand les portions sont acquises, 318
L'inventaire qui est bon empêche la continuation de la communauté; que si l'inventaire est nul la communauté continuë avec tous les enfans, *la même &* 319
Faute d'inventaire la communauté continuë, si bon semble aux enfans, 319
Si les enfans transmettent leur portion après que la continuation de communauté est dissoute, *la même &* 320
Condition. Les enfans ne peuvent être instituez sous une condition casuelle ou mixte, mais seulement sous la condition potestative, 60
La premiere disposition conditionnelle est chargée par une seconde qui est pure, 72
Les enfans peuvent être instituez sous une condition potestative, & s'ils n'y satisfont pas, ils sont censez répudier, 231 & 232
Celui qui est institué sous une condition non potestative, est censé préterit, 231
Confusion. Si les actions éteintes par l'adition d'hérédité sont rétablies lorsque l'heritier est évincé de l'hérédité par la plainte d'inofficiosité, 272
Conjonction. Du Droit d'accroissement produit par la conjonction, 287
Quelles étoient les conjonctions du Droit ancien, *la même.*
De la conjonction *re & verbis*, *la même.*
De la conjonction *re tantum*, 288
De la conjonction *verbis tantum.*
Exemples de toutes ces conjonctions, *la même &* 289
Aujourd'hui il n'y a que deux conjonctions qui produisent le Droit d'accroissement, *la même.*
La conjonction *verbis tantum* ne produit aucun effet, 289 & 290
Preuves de l'abrogation de l'effet de la conjonction *verbis tantum*, 290 *& suiv.*
Quels sont les conjoints & les disjoints dont l'Empereur Justinien entend parler, 292 & 293
Coutume. Dans les Pays Coutumiers l'institution d'heritier n'est pas nécessaire, 4

Comment cela doit-il s'entendre ? 4
L'inſtitution vaut-elle comme legs ? *la meſme.*
Dans quelles Coutumes l'inſtitution ne vaut pas comme legs, 5
Dans les Pays Coutumiers on ne connoît que la ſucceſſion légitime, & l'inſtitution d'heritier ne ſaiſit pas, 4
Si le teſtament vaut ſans inſtitution, & ſi les enfans doivent être inſtituez dans les Coutumes qui ont retenu l'uſage de l'inſtitution, comme à Bordeaux, en Berry, en Bourgogne, 5 & 6
Quelle Coutume faut-il ſuivre pour les formalitez du teſtament. *Quid* pour l'exécution & pour la diſpoſition des biens, 6 & 7
Comment doit-on exécuter le teſtament de celui qui étant domicilié & ayant des biens dans les Pays Coutumiers teſte dans un Pays du Droit écrit, & *vice verſâ*, 7, 8 & 9
Cretion, étoit une adition ſolemnelle chez les Romains, 392
La cretion étoit de deux eſpeces; la parfaite & l'imparfaite, 393 & 394
De la cretion vulgaire, ou continue, 393
Quand il y avoit crétion parfaite, il falloit une acceptation ſolemnelle, c'étoit une eſpece de condition qu'il falloit remplir pour pouvoir acquerir l'héredité, 394
Les enfans heritiers ſiens n'étoient pas ſujets à la cretion, *la même.*
Abrogation de la cretion, *la même & 395*
Les heritiers inſtituez ſans cretion pouvoient accepter ſans aucune ſolemnité, 395
Si les enfans au-deſſous de ſept ans inſtituez avec cretion, pouvoient devenir heritiers, 394
Qui pouvoit accepter pour eux, 395

D

DELIVRANCE. En Pays Coutumier l'inſtitution d'heritier ne ſaiſit pas, elle eſt ſujette à délivrance, 4
Lorſque l'inſtitution ne vaut que comme legs, elle eſt ſujette à délivrance, 8 & 11
Le legs univerſel eſt ſujet à délivrance dans le Pays du Droit écrit, 11
Le Legataire univerſel eſt ſaiſi & ne doit pas demander la délivrance, lorſque le legs eſt converti en inſtitution univerſelle, 12
Les legs & les fideicommis ſont ſujets à délivrance, 360. Voyez *Legs.*
Démiſſion des biens, eſt purement du Droit François, 90
Comment doit être conſiderée, par rapport aux differens Pays, 91
Peut être faite ou par forme de donation entre-vifs, ou à cauſe de mort, *la même.*
Celle qui eſt conçue entre-vifs ne peut comprendre les biens à venir, *la même & 92*
Si au Parlement de Toulouſe la démiſſion des biens eſt connue, 92
Peut être faite en faveur de l'un des enfans, *la même.*
Comment eſt-elle conſiderée en Bretagne, *la même & ſuiv.*
Si elle ouvre la ſucceſſion, 93
Eſt ſuſceptible de toutes conven-

tions, *la même.*
Comment eſt conſiderée dans les autres Coutumes, 94, 95 & *ſuiv.*
Si elle doit être acceptée, 95
Par qui peut être faite, & en faveur de qui, 96
Si elle doit être de l'univerſalité avec réſervation d'uſufruit, *la même.*
La démiſſion eſt une ſucceſſion anticipée, 98
Conſéquences qui réſultent de cela, *la meſme.*
Les démiſſionnaires doivent payer les dettes, 96, 98
Si les biens reviennent au démettant quand le démiſſionnaire prédécede, 98
Quid s'il y a d'autres démiſſionnaires, *la meſme.*
Si la ſurvenance des enfans révoque la démiſſion, *la même &* 99
Si la démiſſion des biens eſt révocable, 99
Quid ſi elle n'eſt que d'une quote, 100
Cas où la démiſſion n'eſt pas révocable, *la même &* 101
Si le démiſſionnaire peut révoquer les alienations, & ſe diſpenſer de payer les dettes poſterieures, 101
Qu'eſt-ce qui doit être rendu au démiſſionnaire dans le cas de la révocation de la démiſſion, 102

Déſignation. De l'inſtitution par déſignation de la perſonne de l'heritier, 47
La déſignation opere le même effet que l'expreſſion du nom, 48
Comment peut être faite la déſignation, *la même &* 215, 224 226
La déſignation rélative ne peut pas être étenduë hors de ſon cas, 226

Dettes. Comment doivent être payées lorſque l'inſtitution eſt convertie en legs univerſel ou particulier, ou quand le legs univerſel eſt converti en inſtitution, 12
Lorſque le legs univerſel eſt converti en inſtitution le Legataire eſt tenu de toutes les dettes, 12, 13
Comment les heritiers inſtituez *in re certâ* payent les dettes, 15, 16
Les dettes doivent être payées par les heritiers, non par les Legataires, 16
Le Fideicommiſſaire univerſel eſt tenu des dettes, parce qu'il eſt *loco heredis*, 42
Si le démiſſionnaire des biens doit payer les dettes, 96, 98

Diſpoſition. Si les diſpoſitions peuvent s'induire par conjectures, 53 & *ſuiv.*
Les diſpoſitions ne peuvent s'induire des paroles négatives & privatoires; il faut des paroles diſpoſitives & affirmatives, 55, 56
Il ne ſuffit pas d'être grevé pour être cenſé appellé, 55
Les paroles conditionnelles ne diſpoſent pas, 54, 56
Des diſpoſitions remiſes à la volonté d'autrui, 57, 62, 63
La ſeconde diſpoſition change la premiere & y déroge, 72
Si les diſpoſitions étant faites en faveur d'une perſonne & de ſes enfans, les enfans viennent par concours ou par ſubſtitution, 74, 75
Dans le cas de la préterition &

de l'exhéredation, les dispositions particulieres sont valables, 132, 133
De quoi peuvent disposer les enfans en Pays Coutumier, au préjudice de leurs ascendans, 148
De quoi peut-on disposer dans la Coutume de Paris, 149
Dans les Pays Coutumiers, on ne peut disposer que d'une portion des propres, 149, 150
Donation à cause de mort, universelle. Si elle vaut en Pays de Droit écrit, 91
Si la donation à cause de mort peut transferer la proprieté, *la mes.*
Est toujours revocable, quoique la possession ait été livrée, *la même.*
Droits & actions se reglent par la Loi du domicile du Testateur, parce qu'ils suivent sa personne, 7 *& suiv.*
Droit écrit. Si la Bourgogne, le Berry & le Bordelois sont Pays de Droit écrit, 5, 6
Difference entre les Pays du Droit écrit & les Pays Coutumiers pour l'institution d'heritier, 4, 5, 6
Comment doit-on exécuter le testament du domicilié dans les Pays de Droit écrit, & qui teste en Pays Coutumier, & *vice versâ*, 7, 8, 9
Droit. On ne doit admettre la correction du Droit ancien qu'autant que les Loix nouvelles le détruisent ou sont incompatibles, 429
Quod non mutatur cur stare prohibeatur, *la même.*

E

ENFANS. Distinction de trois sortes d'enfans, quant à la préterition : ceux qui étoient en la puissance annulloient le testament ; les émancipez pouvoient demander la possession des biens, & les descendans par femme pouvoient intenter la plainte d'inofficiosité, 203, 204, 206, 207
Tous les enfans indistinctement doivent être instituez par leurs ascendans, & il ne suffit pas de leur laisser la légitime sans institution, 209
Enfans. Sous quelle condition peuvent être instituez, 60
Ils doivent être instituez, quoiqu'ils ayent la légitime par le bénefice de la Loi, *la même &* 61
Si la survenance des enfans révoque l'admission des biens, 98
Les enfans émancipez ne succedoient pas selon le Droit ancien, le Préteur leur accordoit la possession des biens, 114
Les enfans émancipez devoient être instituez ou exhéredez, suivant l'Edit du Préteur, *la même.*
Par le Droit ancien les enfans de famille acqueroient tout à leur pere, *la même &* 115
Les enfans sont considerez comme maîtres des biens de leur pere de son vivant, 116, 200
Certo judicio liberi à parentum successione removendi sunt, *la même &* 201
Les enfans en la puissance ont dû dans tous les tems être instituez ou exhéredez, 117, 201
Tous les enfans sans distinction de sexe, ni de puissance paternelle, doivent être instituez ou exhéredez *ut oportet*, 119, 120, 201
Quels enfans n'avoient pas besoin d'être instituez par le Droit

moyen, 202
Enonciative. Les paroles énonciatives ne disposent pas, 56
Erreur, lorsqu'il conste de la personne, l'erreur ou la fausse démonstration ne vicie pas, 49
L'erreur vicie les contrats & les quasi contrats, 434
Celui qui accepte en vertu d'un testament nul, & qu'il croit bon, est dans l'erreur, 435
Exécution du testament par provision en faveur de l'heritier, 350, 352 *& suiv.*
S'il doit être exécuté par provision en faveur des Legataires, 380, 381
Le Legataire ne doit pas commencer par exécution, il doit demander la délivrance, 380
Voyez *Délivrance*, *Fideicommis*, *Legs.*
Exhéredation, est une suite du pouvoir du Testateur, & une formalité intrinseque du testament dans les Pays du Droit écrit, 4
L'exhéredation peut tomber, 1°. Sur les descendans. 2°. Sur les ascendans. 3°. Sur les collateraux, 114
Dans le Pays Coutumier l'exhéredation n'est pas une formalité, elle n'est qu'une exclusion & une peine; mais dans le Droit écrit, elle est une formalité, une exclusion, & une peine, *la même.*
Histoire & sistême du Droit sur l'exhéredation, *la même.*
La nécessité de l'exhéredation prend sa source dans le Droit de succeder, *la même.*
Suivant l'Edit du Préteur les enfans émancipez doivent être exhéredez ou instituez, *la même.*
Les filles doivent être instituées ou exhéredées de même que les mâles, 116
Si la mere & les ascendans maternels devoient instituer ou exhéreder leurs enfans par le Droit ancien, 118, 119
Correction de ce Droit par les Novelles 119 & 120. L'exhéredation pouvoit être faite sans cause, 118
L'exhéredation annulle le testament quant à l'institution, 119, 120 *& suiv.*
De l'exhéredation des ascendans dans le testament des descendans, 121 *& suiv.*
Si l'exhéredation pour cause non prouvée annulle le testament, 125, 126
Dans le cas de l'exhéredation injuste, les dispositions particulieres sont valables, 132, 133
Exheredation. Quelles sont les causes d'exhéredation des descendans, 134 *& suiv.*
Premiere cause. Si le fils frappe son pere ou sa mere, ou tout autre ascendant, celui qui a été frappé peut l'exhéreder, 134
Quid si le fils frappe pour se défendre, *la même.*
Si le fils peut être exhéredé par son pere pour avoir battu la femme de son pere, *la même.*
La cause d'exhéredation est personnelle, *la même.*
Seconde cause. Injure grave qui tourne au deshonneur du pere, *la même.*
Conditions requises afin que cette cause ait lieu, *la même &* 135
L'injure doit être grave par elle-même, & non rélativement aux personnes, *la même.*
Troisiéme cause. Accusation criminelle des ascendans; qualité du crime qui est l'objet de l'accusation,

tion, 135
Du fils qui dépose en Justice contre son pere, ou qui plaide en matiere civile contre lui, *la même.*
Si les causes d'exhéredation peuvent être étendues d'un cas à l'autre, *la même.*
Quatriéme cause. Association avec les malfaiteurs, 136
Cinquiéme cause. Attentat sur la vie du pere, *la même.*
Quid si l'effet ne s'en est pas ensuivi, *la même.*
Sixiéme cause. Habitude criminelle du fils avec la femme ou la concubine du pere, *la même.*
Si cette cause seroit suffisante aujourd'hui pour l'habitude avec la concubine, *la meſme.*
Septiéme cause. Dénonciation faite par le fils contre son pere. Conditions nécessaires afin que cette cause soit suffisante, *la meſme &* 137
Huitiéme cause. Si le fils refuse de cautionner pour son pere prisonnier. Conditions nécessaires afin que cette cause soit suffisante, 137
Cela regarde les mâles non les filles, *la meſme.*
Neuviéme cause. Si le fils empêche son pere de tester, *la meſme & 138*
Dixiéme cause. Association avec les Bâteleurs & autres gens de spectacle & de théâtre, autres que les Comediens, 138
Onziéme cause. Vie luxurieuse de la fille mineure qui a refusé le parti du mariage offert par son pere, *la meſme &* 139
La fille majeure ne peut pas être exhéredée pour cette cause, *la meſme.*
Comment doit-on entendre les mots, *Vitam luxurioſam degere, in corpus peccare,* 139
Conditions afin que la fille mineure puisse être exhéredée pour avoir mené une vie luxurieuse, 140
Si la mere qui n'a pas été chaste peut exhéreder sa fille qui mene une vie luxurieuse, *la meſme.*
Si les mâles qui vivent luxurieusement peuvent être exhéredez, *la meſme.*
Cause introduite par le Droit François pour mariage des enfans mineurs sans le consentement de leurs ascendans, 141 *& ſuiv.*
Les enfans qui se marient sans le consentement de leurs parens, sont privez & déchûs 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, 141
Quid des enfans majeurs qui n'ont pas requis le consentement de leurs parens, 142
Comment ce consentement doit-il être requis, *la meſme.*
Si la mere qui a malversé après la mort de son mari peut exhéreder son fils qui s'est marié sans son consentement, *la meſme.*
Sur quoi est fondée l'obligation d'obtenir ou de requerir ce consentement, 143
Le consentement des ayeux n'est requis que quand le pere & la mere sont morts, *la meſme.*
Le consentement du pere suffit, quoique la mere refuse, *la meſme.*
Du fils qui s'est marié sans le consentement de ses parens, dont le mariage est cassé, & qui se remarie avec la même personne,

s'il peut être exhéredé, 143 & 144
Si l'exhéredation du fils qui se marie sans le consentement de ses parens, réflechit sur les petits-fils, *la mesme.*
L'exhéredation n'est pas nécessaire lorsque le fils s'est marié en minorité sans le consentement de ses parens, *la mesme.*
Il en est de même du fils majeur, s'il se trouve dans les circonstances marquées par l'Edit de 1697, *la mesme.*
Si l'ayeul peut exhéreder les petits-fils dont le pere s'est marié sans le consentement de ses parens, *la mesme.*
Les petits-fils ne peuvent pas venir tandis que leur pere exhéredé vit, *la mesme &* 145
Les causes d'exhéredation du Droit Romain sont differentes de celle qui a été introduite par les Ordonnances pour mariage des enfans sans le consentement des parens, 145
Douziéme cause. Négligence des enfans de soigner leurs parens furieux, *la mesme.*
Treiziéme cause. Négligence ou refus des enfans de racheter leurs parens captifs, *la mesme.*
Quatorziéme cause. Héreticité, ou héterodoxie des enfans, *la mesme.*
Dispositions des Edits sur cette cause, *la mesme &* 146
Exhéredation des enfans, comment est pratiquée dans les Pays Coutumiers, 146
Exhéredation. Quelles sont les causes pour lesquelles les descendans peuvent exhéreder leurs ascendans, 147
Premiere cause. Si les ascendans ont mis en danger la vie de leurs descendans, 147
Deuxiéme cause. S'ils ont attenté à la vie de leurs enfans par poison, sortilege ou autrement, *la mesme.*
Troisiéme cause. Si le pere a souillé le lit nuptial de son fils, *la mesme.*
Quatriéme cause. Si le pere a empêché son fils de tester, *la mesme.*
Cinquiéme cause. Si l'un des mariez attente à la vie de l'autre, celui qui est coupable peut être exhéredé par ses enfans, *la mesme.*
Sixiéme cause. Négligence de soigner les enfans qui sont en démence ou dans la fureur, 148
Septiéme cause. Négligence de racheter les enfans captifs, *la mesme.*
Huitiéme cause. Héreticité du pere dont le fils est ortodoxe, *la mesme.*
Comment se pratique dans le Pays Coutumier, l'exhéredation des ascendans, *la mesme.*
L'exhéredation n'est pas nécessaire dans les Pays où l'institution n'a pas lieu, *la mesme.*
Quel est l'objet de l'exhéredation, *la mesme.*
Exhéredation des colateraux pour trois causes, 1°. Si le frere attente sur la vie de son frere. 2°. S'il a intenté contre lui une accusation criminelle pour crime capital. 3°. S'il lui a occasionné la perte d'une partie considerable de ses biens, 149
Comment les collateraux peuvent être exhéredez en Pays Coutumier, *la mesme.*
Si par l'exhéredation, ils peuvent être privez de la portion des propres, 150

Exhéredation. Si elle peut être faite *cum elogio*, en Pays Coutumier. *Quid* des collateraux, *la meſme.*

L'expreſſion de la cauſe d'ingratitude n'annulle pas le teſtament, *la meſme.*

Exhéredation. Si elle peut être faite pour d'autres cauſes que celles qui ſont exprimées dans le Droit, *la meſme &* 151

Si l'heritier peut faire la preuve des cauſes non exprimées dans le teſtament qui contient l'exhéredation, 151, 152

Si l'expreſſion de la cauſe eſt néceſſaire pour l'exhéredation des collateraux, 152

L'expreſſion & la preuve d'une ſeule cauſe ſuffit pour faire valoir l'exhéredation, *la meſme.*

Si les poſthumes, les impuberes, les furieux ou imbéciles peuvent être exhéredez, *la meſme.*

S'il y a des cas où l'exhéredation peut être faite ſans cauſe, 152 *& ſuiv.*

De l'exhéredation *bona mente*, 153

Si l'exhéredation eſt confirmée par le conſentement du fils exhéredé, 154, 155

L'exhéredation ſans cauſe dans le teſtament du Soldat, vaut, 155

Si le fils Soldat peut être exhéredé, *la meſme.*

Exhéredation. Quelles ſont les conditions néceſſaires pour faire valoir l'exhéredation, 156 *& ſuiv.*

Elle doit être faite pour une des cauſes marquées dans le Droit, 156

La cauſe doit être exprimée dans l'acte qui contient l'exhéredation, *la meſme.*

Si l'exhéredation peut avoir lieu *ab inteſtat*, 156

La cauſe exprimée doit être prouvée, *la meſme &* 157

Si la preuve peut être faite par Témoins, 157

L'exhéredation doit être faite *nominatim*, *la meſme.*

Comment eſt-elle cenſée faite *nominatim*, & de l'exhéredation *inter cæteros*, *la meſme.*

Tous les enfans & deſcendans qui tiennent le premier dégré doivent être exhéredez *nominatim*, 158

L'exhéredation par le ſilence eſt abrogée, excepté à l'égard du Soldat Teſtateur, *la meſme.*

Les petits-fils qui ne repreſentent pas le premier dégré n'ont pas beſoin d'être inſtituez ou exhéredez, *la meſme.*

Si l'exhéredation doit être conçuë en une certaine formule de paroles, *la meſme.*

Si l'exhéredation peut être faite ſous condition, 159

Exhéredation. Dans quel acte peut-elle être faite? Eſt-il néceſſaire qu'elle ſoit dans un teſtament? Peut-on la faire dans un autre acte, ou dans un teſtament olographe? *la meſme &* 160

L'exhéredation dépend aujourd'hui de la cauſe d'ingratitude, & non de la ſeule volonté de l'exhéredant, *la meſme.*

Comparaiſon des cauſes d'ingratitude avec les cauſes d'exhéredation, *la meſme.*

Si l'exhéredation faite devant le Juge eſt bonne, *la meſme &* 161

Comment l'exhéredation pour mariage contracté ſans le conſentement des parens peut être faite, 161

Suivant l'ancien Droit Romain, l'exhéredation ne pouvoit être faite que par teſtament, 161, 162

Auteurs qui ont crû que l'exhéredation ne pouvoit pas être faite par teſtament olographe, 162

Si l'exhéredation eſt anéantie lorſque le teſtament qui la contient n'eſt pas exécuté, 163, 164

Raiſons pour prouver que l'exhéredation peut être faite par autre acte que le teſtament, 164, 165

L'exhéredation vaut, quoique l'hérédité ſoit répudiée, 165 166

Exhéredation devoit être faite ſuivant le Droit ancien, pour exclure de l'hérédité, 1°. Par rapport à tous les heritiers inſtituez. 2°. Pour tous les dégrez. 3°. De tous les biens, *la meſme &* 168

Si l'enfant exhéredé qui eſt rappellé en quelque choſe, eſt rappellé pour la légitime, *la meſme & ſuiv.*

Dans quelle partie du teſtament l'exhéredation peut être faite, 167, 168

De l'exhéredation après que l'exheredé aura accepté l'hérédité, 167

Le dégré dans lequel l'enfant eſt préterit eſt nul, & le teſtament eſt ſoutenu par le ſecond dégré où le fils eſt ſubſtitué, *la meſme.*

L'exhéredation eſt aujourd'hui une excluſion de tous les biens, parce qu'elle eſt fondée ſur une cauſe d'ingratitude, & il ſuffit qu'elle ſoit diſertement exprimée, ſans expliquer ſur quoi elle doit porter, 168

Le pere peut faire un legs au fils exheredé, ſans donner atteinte à l'exhéredation, 170

L'exhéredant peut modifier comme il veut l'exhéredation, *la meſme &* 171

L'exhéredation n'eſt pas indiviſible, 171

Exheredatus pro mortuo habetur, & comment cela s'entend, *la meſme & ſuiv.*

Si le pere qui fait un legs à ſon fils exheredé, peut le charger de fideicommis pour ce legs, 171, 173

Si l'exhéredation modifiée étoit nulle, l'enfant ſeroit appellé non à la légitime, mais à la ſucceſſion *ab inteſtat*, 171

De l'exhéredation qui ne doit avoir effet qu'après la mort de l'exheredé, 172

Le pere peut exhéreder ſon fils, & en cas que l'exhéredation n'ait pas lieu, il peut l'inſtituer en ſa légitime, *la meſme.*

Exhéredation. Quels ſont ſes effets, *la meſme & ſuiv.*

Le premier effet eſt d'exclure l'exheredé de la ſucceſſion & de la légitime, 172, 173

L'exhéredation éteint le droit de *ſuite*, d'où dépendoit la faculté de ſucceder ſuivant la Loi des douze Tables, 173

L'exhéredation ne peut pas s'étendre aux biens qui n'appartiennent pas à l'exhéredant, *la meſme &* 174

L'exheredé peut ſucceder médiatement à l'exhéredant, 174

L'exhéredation n'ôte pas les droits attachez au ſang, & n'empêche pas l'exheredé de ſucceder à d'autres perſonnes, *la meſme.*

L'exhéredation ne prive pas des ſubſtitutions dont l'exhéredant eſt chargé, *la meſme.*

Quid s'il y a d'autres enfans que l'exhéredé, & que le fideicommis soit fait en faveur de la famille, 174
Si l'exhéredation révoque les donations faites en faveur de l'exhéredé, *la meſme &* 175
Elle prive du droit d'aîneſſe & des alimens, 175
L'enfant exhéredé fait défaillir la condition *ſi ſine liberis*, *la meſme.*
Si le fils exhéredé fait nombre pour le reglement de la légitime, *la meſme &* 176
Exhéredation. Quels ſont les moyens qui rendent l'exhéredation inefficace, 181 *& ſuiv.*
De la révocation de l'exhéredation, 182
Du rappel du fils exhéredé, *la meſme.*
Si le rappel peut être fait ſous condition ou modification, *la meſme.*
De la réconciliation, & ſi elle révoque l'exhéredation, 183 *& ſuiv.*
Si le repentir de l'exhéredé efface l'exhéredation, 188
Si les ſervices importans empêchent l'effet de l'exhéredation, 189
Si l'exhéredation eſt renduë inutile lorſque l'exhéredé eſt tombé dans la fureur ou dans la démence, *la meſme.*
Exhéredation. Si la mere pouvoit exhéreder ſes enfans ſans cauſe, tout comme le pere par le Droit ancien. *Quid* par le Droit nouveau, 263

F

FIDEICOMMIS. Quand un Teſtateur veut que ſon précedent teſtament ſoit exécuté, il eſt cenſé grever de fideicommis l'heritier inſtitué dans le dernier teſtament, 15
Si le Fideicommiſſaire eſt ſaiſi, 37
Si la répudiation anéantit les fideicommis, 40
Le fideicommis univerſel n'eſt pas une ſeconde inſtitution; le Fideicommiſſaire n'eſt pas heritier, il eſt à la place de l'heritier, 41, 230
Le Fideicommiſſaire ſuccede au Teſtateur, & il eſt tenu des dettes, 42
Il ne ſuffit pas d'être grevé pour être cenſé honoré, 55
Si dans le cas de la préterition le pere peut charger ſon fils préterit de fideicommis, 219, 247
Si le fideicommis univerſel tient lieu d'inſtitution pour éviter la préterition, 227 *& ſuiv.*
Le fideicommis univerſel n'eſt pas une inſtitution, 230
Le Fideicommiſſaire n'eſt pas heritier, *la meſme.*
Par le Droit ancien le Droit d'accroiſſement n'avoit pas lieu au fideicommis; mais il en eſt autrement aujourd'hui, 286
Les fideicommis ne ſont pas appellez ſubſtitutions dans le Droit Romain, 298
Les fideicommis étoient comparez aux legs *per damnationem*, 359
Comment les fideicommis étoient-ils demandez à Rome, *la meſme.*
Abrogation de la formule des paroles dans les fideicommis, *la meſme.*
Abrogation des differences entre les legs & les fideicommis. Les legs & les fideicommis ſont égalez, *la meſme.*

Trois actions sont accordées pour les fideicommis, *la meſme &* 360
Differences qui ſubſiſtent entre les legs & les fideicommis, 361, 362
Le fideicommis ſont valables de quelque façon qu'ils ſoient conçus, pourvû qu'ils conſtent de la volonté, 362
Si l'alienation des biens ſujets à fideicommis eſt valable, 363
Si le fideicommis univerſel eſt conſervé par l'adition du mineur, quoiqu'il ſe faſſe reſtituer en entier envers l'adition, 426
Filles. Si elles doivent être inſtituées ou exhéredées, & comment, 115, 116
Comment les filles ſuccedoient quand elles étoient préterites, 115
Les filles en la puiſſance de leur pere, ſont miſes au niveau des mâles; celles qui ſont émancipées ſont au niveau des mâles émancipez, 116
Les filles doivent être inſtituées ou exhéredées de même que les mâles, *la meſme.*
Exheredation des filles *inter cæteros*, 117
Fils. Ce que les fils de famille acqueroient au pere à l'exception du pécule caſtrenſe, 114, 115
Le fils émancipé avoit la poſſeſſion des biens par le bénefice du Préteur, 114
De l'adition du fils de famille. Voyez *Adition.*
Formalité. Suffit-il d'obſerver la formalité du lieu où les teſtamens ſont faits, 6
Quelles ſont les formalitez des partages faits par les aſcendans entre enfans, 83
Il ſuffit d'obſerver les formalitez des lieux où les actes ſont faits, 312, 313
Frere. Cauſes d'exheredation des freres, 149
L'ingratitude fait priver le frere de la ſucceſſion de ſon frere, *la meſme.*

G

GARANTIE. Si la garantie eſt dûe à raiſon du partage, 89, 90
Diſtinction de deux cas. 1°. Du partage fait après l'inſtitution des heritiers. 2°. De celui qui eſt fait ſans qu'il y ait d'inſtitution d'heritier, *la meſme.*

H

HABITATION. Si l'accroiſſement y a lieu après l'acquiſition des portions, 307
Héredité, eſt la ſucceſſion au droit univerſel du défunt, elle eſt purement de droit, & peut ſubſiſter ſans aucun corps, 36
Repreſente la perſonne du défunt avant qu'elle ſoit acceptée; après l'acceptation l'héredité & l'heritier font la fonction d'une perſonne, *la meſme.*
L'héredité eſt déferée par teſtament de deux manieres: 1°. Directement par inſtitution ou ſubſtitution directe. 2°. Par voye oblique, c'eſt-à-dire, par fideicommis. Quelles ſont les differences entre ces deux manieres, *la meſme &* 37
Les charges doivent ſuivre l'héredité, & non celui qui ſe dit heritier & qui ne l'eſt pas, 437
Heritier. Il n'y a que la Loi qui puiſſe faire des heritiers. Le Préteur ne pouvoit accorder que la poſſeſſion des biens, 33

L'heritier teſtamentaire eſt ſaiſi de plein droit, 34, 35
L'heritier eſt celui qui ſuccede en tous les biens & droits du défunt; au tems de ſa mort il repreſente la perſonne du défunt, 36
Trois ſortes d'heritiers néceſſaires, ſiens, & néceſſaires & étrangers; quels ſont-ils, 40
Les enfans émancipez & les enfans par rapport à leur mere ſont conſiderez comme étrangers, parce qu'ils ne ſont pas heritiers ſiens, *la meſme.*
Aujourd'hui tous les enfans ſont heritiers ſiens, 41
En France tous heritiers ſont regardez comme ſiens, & les heritiers ſiens ſont regardez comme étrangers quant à la faculté de répudier, *la meſme.*
Le Fideicommiſſaire univerſel n'eſt pas heritier, il eſt à la place de l'heritier, 42
Heritier. Si le Teſtateur a la liberté d'inſtituer autant d'heritiers qu'il veut, 44
Si les Corps, Colleges & Communautez peuvent être inſtituez heritiers, *la meſme.*
En quelle forme l'inſtitution d'heritier peut être faite, *la meſme & 45*
Par quelles paroles un heritier peut-il être inſtitué, 45, 46, 47
Inſtitution d'heritier par déſignation. *Quid* par des termes injurieux, 47, 48
De la diſtribution des portions entre les heritiers, *63 & ſuiv.* Voyez *verb. Portion.*
Heritier doit être mis en poſſeſſion de l'héredité par proviſion, 352, 353, 354
Cas où la poſſeſſion proviſionnelle ne doit pas être accordée à l'heritier, 354
Comment l'heritier eſt-il ſaiſi en vertu de la maxime *le mort ſaiſit le vif*, *la meſme.*
L'heritier eſt préferé au ſubſtitué dans la poſſeſſion proviſionnelle, 355
Les vices intrinſeques du teſtament n'empêchent pas la poſſeſſion proviſionnelle, *la meſme.*
Les vices de forme exterieure empêchent cette poſſeſſion, *la meſme.*
Si lorſqu'il y a deux teſtamens dont on ne connoît pas la priorité, la poſſeſſion proviſionnelle doit être accordée à l'un des heritiers, 356
Si l'heritier grevé de fideicommis doit être mis en poſſeſſion par proviſion, 357
Si la poſſeſſion proviſionnelle fait préjudice au fond, *la meſme.*
Par le Droit Romain les enfans en la puiſſance du défunt devenoient heritiers de plein droit & ſans adition; mais les autres ne devenoient heritiers que par l'acceptation, 392
En France, tous heritiers ſont heritiers ſiens & de plein droit en vertu de la maxime *le mort ſaiſit le vif*, 396, 397
Tout heritier peut répudier avant l'adition. Nul n'eſt heritier s'il ne veut, 398
L'heritier n'eſt lié que par l'adition, *la meſme.*
Quels ſont les actes d'heritiers qui produiſent l'adition. Voyez *acte d'heritier. Adition.*
Heritier repreſente la perſonne du défunt, 442
Il peut être pourſuivi par les créanciers juſqu'à ce qu'il ait répudié, 468, 469
Si le Juge peut fixer un délai à

l'heritier pour accepter ou répudier, 467, 468

Hypoteque. Le testament produit l'action hypotecaire, si elle est indivisible sur chaque heritier; si les Legataires ou Fideicommissaires ont une hypoteque sur les biens de l'heritier. Voyez *Action.*

Si l'hypoteque est acquise en vertu du testament olographe, 365

Si les Legataires sont saisis de l'hypoteque dès la mort du défunt, 369

La nature de l'hypoteque est d'être individuë & indivisible, 367, 370

Quelle est la nature de l'hypoteque attribuée aux legs & aux fideicommis, 371

Diversité des opinions des Auteurs sur la question si cette hypotheque est divisée entre les heritiers ou non, 364 *& suiv.*

Résolution que cette hypoteque est indivisible, 369, 370

Raisons & Arrêts pour appuyer cette résolution, 371, 372

Si les Legataires ont une hypoteque sur les biens propres de l'heritier, 372

Usage de differens Parlemens, 373

Arrêt du Parlement de Toulouse qui attribuë l'hypoteque aux créanciers, legataires & légitimaires sur les biens de l'heritier depuis l'adition faite par acte public, 373, 374

Hypoteque, comment étoit acquise chez les Romains. *Quid* par notre usage, 374

L'hypoteque pour les legs & les fideicommis peut être exercée quoiqu'elle se trouve séparée de l'action personnelle par l'alienation des biens, *la meſme.*

Elle peut être instituée contre les tiers acquereurs, *la meſme.*

I

Immeubles, se reglent par la Loi du lieu où ils sont situez, 6 *& suiv.*

Infâmes. Quelles sont les personnes viles & infâmes qui donnent lieu à la plainte d'inofficiosité des collateraux, lorsqu'elles étoient instituées, 125

Si les Bateleurs sont infâmes. *Quid* des Comediens, 138

Ingratitude. Si l'ingratitude du frere le fait priver de la succession de son frere, 149

Si les collateraux peuvent être privez pour ingratitude de la portion des propres, 150

Comparaison des causes d'ingratitude qui révoquent les donations avec les causes d'exheredation, 160

La révocation d'une donation par ingratitude, peut être faite par simple acte, 161

Inofficiosité. Comment a été introduite, 260, 261

Quels testamens y sont sujets. *Quid* de celui du Soldat, 261

A quelles personnes la plainte d'inofficiosité compete, 262

Elle n'étoit accordée qu'à ceux qui étoient au premier dégré ou qui representoient le premier dégré, *la meſme.*

Elle ne pouvoit être intentée que par ceux qui succedoient *ab inteſtat*, *la meſme.*

Si elle competoit aux bâtards, *la meſme &* 263

Quid s'ils étoient légitimez, 263

Si les posthumes pouvoient intenter la plainte d'inofficiosité, *la meſme.*

Si la plainte pouvoit être intentée

tée par le pere au nom de son fils préterit par sa mere, 263
Elle avoit lieu lorsque la mere exheredoit les enfans sans juste cause, *la mesme.*
La plainte d'inofficiosité étoit accordée aux ascendans de l'un & de l'autre sexe, *la mesme &* 264
Quid si le Testateur laissoit des enfans qui eussent été exheredez, 264
Si celui qui étoit au premier dégré répudioit la plainte d'inofficiosité, celui qui étoit au second dégré pouvoit l'intenter, *la mesme.*
Inofficiosité. De la plainte d'inofficiosité accordée aux freres, *la mesme.*
Par le Droit ancien pour empêcher la plainte d'inofficiosité, il falloit que la légitime entiere eût été laissée à quelque titre que ce fût; mais cela fut changé, il suffisoit qu'il eût été laissé quelque chose à titre de legs ou autrement, pour exclure la plainte d'inofficiosité, sauf à demander le suplément de légitime, *la mesme.*
La plainte d'inofficiosité ne pouvoit être formée qu'après l'adition de l'heredité, *la mesme &* 265
Dans quel tems l'heritier étoit tenu d'accepter, 265
Dans quel délai la plainte d'inofficiosité pouvoit être intentée, *la mesme.*
Si le délai couroit contre le mineur, ou pendant l'instance sur la nullité du testament, *la mesme.*
La plainte d'inofficiosité ne pouvoit pas être accumulée avec d'autres moyens, *la mesme.*
Si la plainte d'inofficiosité étoit transmise aux heritiers, 206
Quels étoient les *moyens* pour préparer cette plainte, afin qu'elle fût transmissible aux heritiers étrangers, *la mesme.*
De la possession des biens *litis ordinandæ gratia*, *la mesme &* 271
Quels étoient les effets de la plainte d'inofficiosité. *Quid* dans le cas de la préterition faite *ignoranter* par la mere, 266
Quand le testament étoit cassé comme inofficieux par collusion, les Legataires pouvoient venir par opposition & soutenir le testament, *la mesme.*
La plainte d'inofficiosité pouvoit faire rescinder le testament pour partie & subsister pour l'autre partie, 267
Les legs étoient conservez à proportion, *la mesme.*
Si lorsque l'un des enfans répudioit la plainte d'inofficiosité, on laissoit passer le délai, les autres pouvoient l'intenter pour le tout, & la plainte leur accroissoit, *la mesme.*
A qui profitoit la victoire de ceux qui avoient fait rescinder le testament par la plainte d'inofficiosité, sans avoir aucun droit, 268
La plainte d'inofficiosité réduisoit la succession *ab intestat*, *la mesme.*
Dans le partage d'avis sur la plainte d'inofficiosité, le testament devoit être confirmé, *la mesme.*
Dix cas où la plainte d'inofficiosité, ne pouvoit pas être intentée, *la mesme & suiv.*
Premier cas, lorsqu'on avoit un autre remede. Second cas, quand on avoit répudié l'action. Troisiéme cas, lorsque le délai étoit passé. Quatriéme cas, quand il avoit

été laiſſé quelque choſe à quelque titre que ce fût. Cinquiéme cas, quand on avoit approuvé le teſtament, 268
Sixiéme cas, quand il s'agiſſoit d'un teſtament militaire. Septiéme cas, lorſque le pere avoit fait une ſubſtitution pupillaire, qui excluoit la mere de ſa légitime. Huitiéme cas, lorſque le fils prétérit étoit ingrat, 269
Neuviéme cas, lorſqu'on avoit renoncé à la plainte. Dixiéme cas, lorſque le fils préterit décedoit ſans enfans, & ſans avoir préparé l'action, 270
Inofficioſité n'avoit pas pour objet la demande de la légitime ni du ſuplément; mais de l'heredité, 269
Celui qui avoit attaqué le teſtament comme faux, quoiqu'il eût ſuccombé, pouvoit l'impugner comme inofficieux, 270
La plainte attaquoit le jugement du défunt, & faiſoit perdre toutes les liberalitez quand le demandeur ſuccomboit, *la meſme.*
Elle devoit être intentée ſuivant le Droit le plus ancien, devant les Centumvirs, enſuite devant le Juge du domicile de l'heritier inſtitué, ou devant le Préſident de Province, *la même.*
L'enfant exheredé qui étoit en poſſeſſion des biens pouvoit oppoſer la plainte d'inofficioſité à l'heritier teſtamentaire qui reclamoit l'heredité, *la même.*
La plainte étoit diviſible, elle pouvoit être intentée contre un des heritiers en laiſſant l'autre à l'écart, auquel cas le teſtament n'étoit reſcindé qu'en partie, & ſubſiſtoit pour l'autre, *la même* & 271
Et les legs étoient conſervez pour la portion qui ſubſiſtoit, 267
La plainte d'inofficioſité pouvoit être intentée contre toutes ſortes d'heritiers même contre le Fideicommiſſaire de l'heredité, 271
La plainte d'inofficioſité étoit incompatible avec toute autre action, *la même.*
Si les heritiers inſtituez pouvoient être dépoſſedez *pendente lite*, & ſi le fils pouvoit demander les alimens, *la même.*
Quand la mere avoit inſtitué deux enfans qu'elle avoit, s'il lui en naiſſoit un troiſiéme après le teſtament, ils ſuccedoient tous trois par égales parts, ſans qu'il fût néceſſaire d'intenter la plainte d'inofficioſité, 272
Si les actions competantes à l'heritier étoient rétablies lorſqu'il étoit évincé de l'hérédité par la plainte d'inofficioſité, *la même.*
Si lorſque le Legitimaire étoit évincé de ſon legs, il pouvoit intenter la plainte d'inofficioſité, *la meſme.*
Inofficioſité n'a pas lieu quand il y a préterition ou exheredation injuſte, 120, 122
Avoit lieu dans le cas de la préterition des collateraux, *turpi perſonâ inſtitutâ*, 122, 123, 124
Les freres uterins ne pouvoient pas l'intenter, 123
Etoit accordée aux ſœurs germaines ou conſanguines, 124
Par l'Ordonnance de 1735, la plainte d'inofficioſité n'a pas lieu pour les collateraux, parce que le teſtament eſt nul par préterition, s'ils ne ſont inſtituez, 124
La plainte d'inofficioſité ſuppoſe le teſtament bon, quant à la forme; mais qu'il eſt contre les devoirs de la pieté, 128

La plainte d'inofficioſité n'eſt plus d'uſage en France, 129, 210, 216, 258 & *ſuiv.*
La plainte d'inofficioſité étoit un remede ſubſidiaire, & n'avoit lieu qu'en défaut de tout autre, 122, 129
Les enfans deſcendans par femme n'avoient que la plainte d'inofficioſité quand ils étoient préterits, 204
La plainte d'inofficioſité faiſoit paſſer le Teſtateur pour imbécile, *la même.*
La plainte d'inofficioſité étoit un remede ſubſidiaire, 207
Etoit accordée aux enfans émancipez qui avoient été exheredez injuſtement, *la même &* 208
Etoit accordée aux aſcendans préterits dans le teſtament de leurs enfans, 213
Qu'eſt-ce qui ſuffiſoit pour exclure la plainte d'inofficioſité, 213, 214
Inofficioſité. La Novelle 115 avoit abrogé la plainte d'inofficioſité par rapport aux deſcendans, & aux deſcendans préterits ou injuſtement exheredez, mais non celle des collateraux; mais l'Ordonnance de 1735 a abrogé celle des collateraux, 258, 259
Regle de l'ancien Droit Romain ſur la plainte d'inofficioſité, 260 *& ſuiv.*
Si elle eſt préparatoire de la demande de l'heredité, 260
Qu'eſt-ce que la plainte d'inofficioſité, *la même.*
C'eſt un remede extraordinaire qui ne peut pas être intenté quand il y a nullité, *la même.*
Comment a été introduite, *la meſme &* 261
Toutes ſortes de teſtamens étoient ſujets à cette plainte ſans examiner ſi l'heritier étoit enfant ou étranger, 261
Inſinuation. Si l'alienation des biens leguez ou ſujets au fideicommis eſt irrévocable, quand le teſtament n'a pas été inſinué, 363
Inſtitution contractuelle a lieu dans tout le Royaume, 4
Si le droit d'accroiſſement a lieu aux inſtitutions contractuelles, 296, 297
Inſtitution, eſt une ſuite du pouvoir du Teſtateur, & une formalité intrinſeque du teſtament dans les Pays du Droit écrit, 4
Deux ſortes d'inſtitutions; la generale, & la particuliere, *la meſ.*
Dans les Pays Coutumiers on ne connoît ni l'uſage ni la néceſſité de l'inſtitution, *la même.*
Si dans ces Pays le teſtament qui contient l'inſtitution eſt valable, *la même.*
L'inſtitution eſt convertie en legs univerſel, *la même.*
Coutume où l'inſtitution ne vaut même à titre de legs, *la même & 5*
Si dans ces Coutumes les autres diſpoſitions valent, 5
Dans quelles Coutumes l'uſage de l'inſtitution eſt conſervé, *la même.*
A Bordeaux, en Bourgogne-Comté, en Bourgogne-Duché, *la meſme.*
Dans les Coutumes où l'inſtitution a lieu, c'eſt une formalité néceſſaire, & ceux qui ont droit de légitime doivent être inſtituez, *la même.*
Si l'inſtitution teſtamentaire ſaiſit l'heritier dans les Coutumes, 4, 5
Quid dans celles de Berry, de Bourgogne & de Bordeaux, 5
Si dans les Coutumes de Berry

& de Bordeaux, elle eſt néceſſaire pour la validité du teſtament, 6
Si l'inſtitution univerſelle eſt convertie en legs par rapport aux biens ſituez en Pays Coutumier, & *vice verſâ*, 7, 8 & *ſuiv.*
L'inſtitution *in re certâ* eſt convertie en diſpoſition univerſelle pour les biens ſituez en Pays de Droit écrit; mais pour ceux qui ſont ſituez en Pays Coutumiers, elle ne vaut que comme legs particulier, 7, 8, 11
Si l'inſtitution eſt ſuppléée dans le teſtament du domicilié en Pays de Droit écrit qui teſte en Pays Coutumier, 9, 10
Quelle eſt l'inſtitution univerſelle, 13
L'inſtitué *in re certâ* eſt regardé comme Legataire lorſqu'il y a un heritier ſans portion ou avec portion, 13
Que s'il n'y a point d'autre heritier, l'inſtitué *in re certâ* eſt heritier univerſel, ou bien ſi l'heritier univerſel prédécede ou répudie, *la même.*
Quand il y a pluſieurs inſtituez *in re certâ* par portions égales ou inégales, ils ſont tous heritiers égaux, *detractâ rei mentione*, 14
Il en eſt de même quand ils ſont inſtituez en pluſieurs choſes differentes, *la même.*
Quand on eſt inſtitué en une choſe, & pluſieurs en une autre choſe; celui qui eſt inſtitué ſéparément en une choſe, prend la moitié de l'heredité, & les autres inſtituez ſéparément en l'autre choſe, prennent la moitié reſtante de l'heredité, *la même.*
L'inſtitution *in re certâ*, s'étend ſur toute l'heredité, quoique le mot reſtrictif *ſeulement* ſoit ajouté à l'inſtitution, 14, 15
Quid dans la diſpoſition du Soldat, 15
Si le teſtament qui ne contient qu'une inſtitution *in re certâ*, rompt l'anterieur, *la même.*
Si l'inſtitution en une choſe certaine qui n'appartient pas au Teſtateur eſt bonne, 16
Si l'inſtitution *in re certâ* produit ſon effet par le droit d'accroiſſement, *la meſme.*
Raiſon pourquoi l'inſtitution *in re certâ* s'étend ſur toute l'heredité, 16
Valet inſtitutio detracta fundi mentione: perindè habendum ac ſi nec fundum nec partes nominaſſet, la meſme.
Certæ rei demonſtratio, jus inſtitutionis ad rem ipſam non coercet, la même.
L'inſtitution *in re certâ* en contrat de mariage ne s'étend pas ſur l'heredité, 42, 43
Inſtitution eſt la baſe & le fondement du teſtament, toutes les diſpoſitions prennent leur force d'elle, 16, 17
L'inſtitution eſt la baſe du teſtament. Si les diſpoſitions faites avant l'inſtitution ſont bonnes.
Si le teſtament eſt anéanti quand l'inſtitution eſt répudiée, 17, 18
Si la clauſe codicillaire fait valoir le teſtament où il n'y a point d'inſtitution, 18
Cas où le teſtament ſans inſtitution vaut, *la même.*
L'inſtitution n'eſt pas néceſſaire dans les donations à cauſe de mort, ni ailleurs qu'aux teſtamens, 19, 224
Inſtitution particuliere. Quelles ſont les perſonnes qu'il faut honorer de l'inſtitution particuliere, 19

Si le défaut d'inſtitution particuliere annulle le teſtament, 19 *& ſuiv.*
Le legs pour part & portion hereditaire tient-il lieu d'inſtitution, 20
L'inſtitution particuliere doit être expreſſe, préciſe & formelle, *la même.*
De l'inſtitution des enfans des aſcendans & des freres, 19, 20
L'inſtitution particuliere n'eſt pas néceſſaire aux autres, que les enfans, les aſcendans & les freres, 21
L'inſtitution particuliere n'eſt pas néceſſaire pour la validité des inſtitutions contractuelles, *la meſ.*
L'inſtitution particuliere n'eſt pas néceſſaire lorſqu'un Teſtateur domicilié dans le Droit écrit, teſte en Pays Coutumier, *la meſ.*
Inſtitution. Quelles perſonnes peuvent inſtituer des heritiers. Quelles perſonnes ſont capables d'être inſtituées. Quels ſont les défauts qui peuvent ſe rencontrer dans l'inſtitution. Quels biens peuvent être compris dans l'inſtitution, 32
Cinq choſes à examiner par rapport à l'inſtitution d'heritier, *la même &* 33
Inſtitution d'heritier. Ce que c'eſt, 35, 36
Differentes eſpeces d'inſtitutions, pures, conditionnelles, expreſſes, tacites, en premier, ſecond ou autre rang, univerſelles & particulieres, 41
Le fideicommis univerſel n'eſt pas une inſtitution au ſecond rang, 42
L'inſtitution pour valoir *jure directo* doit être dans un teſtament ou dans un contrat de mariage; celle qui eſt faite dans un codicile ne vaut que comme legs ou fideicommis, & ne peut ſuppléer celle qui manque au teſtament, *la même &* 43
L'inſtitution univerſelle faite par un ſoldat dans un codicile, vaut *jure directo*, 43
L'inſtitution faite par teſtament de l'heritier qui ſera nommé dans un codicile vaut *jure directo*, quoique la nomination ſoit faite par le codicile poſterieur, parce qu'elle emprunte ſa force du teſtament, *la meſme &* 44
Si une telle inſtitution peut être faite dans un teſtament nuncupatif, 44
Si l'inſtitution de tous les hommes eſt bonne, *la même.*
Inſtitution, en quelle forme & par quelles paroles l'inſtitution peut être faite, *la même &* 45
Si l'inſtitution eſt bonne, quoique quelque mot ſoit omis, 46
Donner ou leguer l'heredité du Teſtateur, eſt une inſtitution, *la même.*
Aliud ſi le Teſtateur leguoit une hérédité qu'il auroit recueillie d'un tiers, 47
Leguer ou laiſſer tous les biens ne fait pas une inſtitution, *la même.*
Inſtitution d'heritier par déſignation de la perſonne. *Quid* s'il y a des termes injurieux, *la même &* 48
L'inſtitution incertaine eſt nulle, *la même.*
Elle eſt bonne ſi l'incertitude peut être levée, 49
Inſtitution des pauvres ſans marquer le lieu, eſt bonne, *la même.*
Inſtitution pour avoir effet depuis un certain tems, ou juſqu'à un certain tems, *la même &* 50
De l'inſtitution en l'uſufruit pendant la vie avec une autre inſtitution après la mort de l'inſti-

tué, 50
Quid ſi l'inſtitution en l'uſufruit ou *in re certâ* eſt ſuivie d'un fideicommis, *la même & 51*
Inſtitution par ſignes eſt nulle, 51
Quid de celle qui eſt mêlée de paroles, 52
L'inſtitution à l'interrogat d'autrui eſt nulle, *la même.*
Inſtitution explicite ou implicite; inſtitution rélative à un autre écrit, *la meſme.*
Si l'inſtitution peut être induite par des conjectures, *la même & 53*
Exemples de l'inſtitution tacite, *la même & ſuiv.*
L'inſtitution doit être faite par des paroles diſpoſitives & affirmatives, & non par des paroles négatives ou privatives, 55, 56
Les mots *ſi Seius heres non erit* ne renferment aucune inſtitution en faveur de Seius, 56
Si les paroles énonciatives peuvent faire une inſtitution, *la meſme.*
L'inſtitution doit proceder de la volonté du Teſtateur, & ne doit pas être remiſe à la volonté d'autrui, 57
Mais peut être remiſe au choix d'autrui, *la même.*
Des diſpoſitions remiſes à la volonté d'autrui, 63
Inſtitution captatoire, *la même.*
De la diſtribution des portions entre les heritiers inſtituez, *la même & ſuiv.*
Sempronius Plotii heres eſto. Effet de cette inſtitution, 72
De celui qui eſt inſtitué avec un incapable, *la même.*
Titius imo Seius heres eſto. Quel eſt l'effet de cette inſtitution, *la même.*
La ſeconde inſtitution pure change l'inſtitution conditionnelle; *la même.*
De l'inſtitution en la portion qui ſera marquée dans un codicile, 73
De l'inſtitution du fils avec ſes enfans, ou de l'étranger avec ſes enfans. Si les enfans concourent, ou s'ils viennent par ſubſtitution, 74
Avis contraire des Auteurs réprouvé, 75
Si ceux qui ſont inſtituez par la disjonctive viennent en concours, 81
Quid des petits-fils du Teſtateur inſtituez avec leur pere par la disjonctive, *la même.*
Inſtitution. Si les filles doivent être inſtituées ou exheredées, 116
Si l'inſtitution étoit néceſſaire par rapport aux enfans qui n'étoient pas heritiers ſiens, 117
Par le Droit moyen, il n'y avoit néceſſité d'inſtituer que les enfans en la puiſſance du Teſtateur, non les émancipez ni les deſcendans par femme, 205
Par le même Droit le fideicommis univerſel tenoit lieu d'inſtitution par rapport aux enfans émancipez, *la même.*
Tous les enfans ſans diſtinction doivent être inſtituez, & il ne ſuffit pas de leur laiſſer la légitime, 209
Le Droit nouveau a communiqué à tous les enfans indiſtinctement le même droit que la Loi des douze Tables avoit accordé aux mâles qui étoient en la puiſſance du Teſtateur, 209
Inſtitution. Les aſcendans doivent être inſtituez dans le teſtament de leurs deſcendans, autrement il eſt nul, 214, 215

Comment cette inſtitution doit-elle être faite, 215
Tous ceux qui ont droit de légitime doivent être inſtituez en ce qui leur eſt laiſſé, *la meſme.*
En les appellant par leurs noms, ou en les déſignant de maniere que chacun d'eux y ſoit compris, *la même.*
L'inſtitution empêche le vice de préterition quelque modique que ſoit la choſe ſur laquelle elle porte, 216, 225
Comment doit être faite l'inſtitution pour éviter le vice de préterition, *la même.*
Elle doit être expreſſe & faite *nominatim*; elle doit être pure, du moins ne peut-on y ajouter qu'une des conditions poteſtatives, 225
De l'inſtitution *inter cæteros*, *la même.*
De l'inſtitution par déſignation, *la même &* 226
Il n'y a point de formule pour l'inſtitution, 226
Si la ſubſtitution ou le fideicommis de l'heredité tient lieu d'inſtitution, 227 *& ſuiv.*
L'inſtitution doit être actuelle, 227
Difference entre l'inſtitué *in re certâ*, & le Fideicommiſſaire univerſel, 228
La Novelle 115 qui veut que les enfans ſoient inſtituez déclare que les fideicommis particuliers, ou univerſels, ne tiennent pas lieu d'inſtitution, 229
L'inſtitution & le fideicommis de l'heredité ſont differens, 230
L'inſtitution des enfans ſous une condition poteſtative empêche le vice de préterition, quoique dans le cas de l'inexécution de la condition, ils ne ſoient pas inſtituez purement en la légitime. Autre choſe eſt quand la condition eſt caſuelle ou mixte, 232
De quel point dépend la néceſſité d'inſtituer pour éviter le vice de préterition, 236, 237
Inſtitution n'eſt pas néceſſaire dans les lieux où il y a Coutume qui permet de laiſſer la légitime à autre titre, 239
L'inſtitution des aſcendans n'eſt néceſſaire que quand le Teſtateur ne laiſſe point des enfans, 239
Il n'eſt néceſſaire d'inſtituer que ceux qui ſont plus proches en dégré, *la même.*
On ne conſidere point la difference des ſexes ni la puiſſance paternelle, *la même.*
Si quand le Teſtateur laiſſe ſa mere & un ayeul paternel, il n'a pas beſoin d'inſtituer l'ayeul, *la meſme &* 240
Lorſque l'aſcendant plus proche prédécede, la préterition du plus éloigné rompt le teſtament, 240
Pourquoi les aſcendans plus éloignez ne doivent pas être inſtituez quand il y en a un plus proche, *la même.*
Si les aſcendans remariez doivent être inſtituez, *la même.*
Si la mere remariée *non petitis tutoribus*, doit être inſtituée, *la même.*
Quid de celle qui ſe remarie ou qui malverſe dans l'an du deuil, 241
Quid de la mere qui a malverſé après l'an, *la même.*
Inſtitution qui eſt faite en ce qui a été donné ou conſtitué en dot auparavant, eſt ſuffiſante, 250
251

L

LEGITIMÆ. Quelles ſont les perſonnes qui ont droit de légitime, 19
Dans les partages des biens faits par les aſcendans à leurs enfans la légitime d'un chacun doit être conſervée, 82
Quand le lot d'un des enfans ne remplit pas ſa légitime, il peut demander le ſuplément. Quels ſont ceux qui y contribuent, 88, 89
Si le fils évincé de ſon lot ou de partie qui diminue ſa légitime, peut demander le ſuplément, 90
A quelles perſonnes étoit-il permis par le Droit moyen de laiſſer la légitime, *quovis relicti titulo*, 117
La légitime doit être laiſſée à titre d'inſtitution, 119
Si les aſcendans ont un droit de légitime ſur les biens de leurs enfans en Pays Coutumier, 148
Dans les Pays Coutumiers la portion des propres eſt une eſpece de légitime, 150
Les collateraux peuvent en être privez par ingratitude, *la meſme.*
Si par la Loi des douze Tables les enfans doivent avoir un droit de légitime, 173
L'exheredation ôtoit le Droit de *ſuité* duquel dépendoit la faculté de ſucceder, & l'enfant exheredé n'avoit aucune légitime à demander, *la même.*
Modification de la rigueur de cette Loi en accordant aux enfans un droit de légitime; mais le pere pouvoit y déroger. Ce qui fut changé par l'Empereur Juſtinien, qui défendit de donner atteinte à la légitime, 173
Si l'enfant exheredé fait nombre pour le reglement de la légitime, 175 *& ſuiv.*
Difference de la légitime par rapport au Pays Coutumier & du Droit écrit, 176
Dans le Pays Coutumier la légitime eſt une portion de ce qu'on auroit eu *ab inteſtat*, *la même.*
Dans le Pays du Droit écrit la légitime eſt un tiers ou la moitié des biens, & non de ce que l'on auroit dû avoir *ab inteſtat*, 176, 177, 237
Les biens deſtinez aux légitimes ne ſont pas ſous la diſpoſition du pere, 178
Le tiers ou la moitié ſont retranchez du patrimoine en faveur des enfans pour la légitime, *la meſme.*
La légitime eſt ſemblable à la portion des propres deſtinez aux heritiers du ſang, 178, 179
La portion de l'exheredé accroît aux autres, 179
Légitime des aſcendans ſur les biens de leurs deſcendans; elle pouvoit leur être laiſſée *quovis relicti titulo* par le Droit ancien. Aujourd'hui elle doit être laiſſée à titre d'inſtitution, 214, 215, 228, 229
Le fils du Soldat qui eſt préterit peut demander ſa légitime, 217
Le legs de la légitime ſans ajouter le titre d'inſtitution, n'empêche pas la préterition, 226
Autre choſe eſt que les enfans ayent la légitime ſans charge ni condition. Autre choſe eſt la néceſſité de les inſtituer purement, 230
La légitime ne dépend pas de la faculté de ſucceder, 237

Si

Si le légitimaire qui étoit évincé de ſon legs pouvoit intenter la plainte d'inofficioſité, 272
Si les enfans qui ont renoncé à la légitime ſont nombre quoiqu'ils ne prennent point de part, 317
La légitime produit un droit plus fort que la ſucceſſion *ab inteſtat* & l'accroiſſement, 333
Quelle étoit la légitime du Patron, *la même.*
Si le droit d'accroiſſement a lieu en la légitime, 337
Si le fils qui répudie peut retenir ſa légitime, 450
Legs. Si le legs univerſel eſt converti en inſtitution pour les biens ſituez en Pays de Droit écrit par rapport à celui qui teſte dans le Pays Coutumier, 7 *& ſuiv.*
Le legs univerſel eſt ſujet à délivrance, même en Pays de Droit écrit, 8, 11
Excepté que le legataire n'ait la choſe en ſon pouvoir, 12
La multiplication des legs ne ſe préſume pas, 288
Abrogation des differentes formes des legs que le Droit ancien avoit introduites, 286
Les legs & les fideicommis ont été égalez, *la même, &* 359
De quel jour le legs eſt-il acquis ſuivant le Droit Romain, 340, 361
La proprieté du legs paſſe de plein droit au legataire du jour de la mort du Teſtateur, 340, 361, 376
Il y avoit quatre ſortes de legs ſuivant le Droit ancien, *per vindicationem, per damnationem, ſinendi modo, per præceptionem,* 357, *& ſuiv.*
Les legs produiſent trois actions, *la même &* 360
Les legataires ne ſont pas ſaiſis, ils doivent demander la délivrance du legs, 360
Définition ancienne & nouvelle du legs, *la même.*
Lorſque le legataire prend poſſeſſion de ſon autorité, l'heritier peut demander d'être reſaiſi, *la même.*
Difference entre les legs & les fideicommis qui ſubſiſtent encore, 361, 362
Comment les trois actions peuvent être intentées, 359, 360, 362
Les legs ſont valables de quelque façon qu'ils ſoient conçus, pourvû qu'il conſte de la volonté, 362
Si l'alienation des biens leguez faite par l'heritier, peut être révoquée, 363
Si les legataires peuvent commencer par ſaiſie, 375
Quels ſont les legs qui ne ſont pas ſujets à délivrance, *la même & 378*
Quel eſt l'uſage du Pays Coutumier ſur ce point, *la même.*
Si le legataire d'un fond poſſedé par un tiers peut intenter l'action *rei vindicationis* avant d'avoir obtenu la délivrance de l'heritier, *la même.*
La proprieté du legs paſſe de plein droit au legataire, 376
Quid ſi la choſe leguée eſt litigieuſe, *la même.*
Le legs de la choſe litigieuſe ne comprend que le droit que le Teſtateur y avoit, *la même.*
Peine du legataire qui prend la poſſeſſion du legs de ſon autorité, 377
Si l'heritier doit être reſaiſi. *Quid* s'il a conſenti à la poſſeſſion, *la même.*

Si le co heritier peut prendre poſſeſſion du prélegs de ſon autorité, 377
A quoi aboutit le reſaiſiſſement en faveur de l'heritier, lorſque le Legataire a pris poſſeſſion ſans demander la délivrance, 378, 379
Si les legs pieux ſont ſujets à délivrance, 378
Le legataire qui ſe trouve en poſſeſſion de la choſe, n'a pas beſoin de demander la délivrance, *la même.*
Ni lorſque le Teſtateur lui permet de prendre poſſeſſion de la choſe leguée, *la meſme.*
Ce qui n'a pas lieu dans les Pays Coutumiers, *la même.*
Si le legataire d'un effet pour légitime doit demander la délivrance, *la même.*
Si le legataire peut commencer par ſaiſie, ou s'il doit venir par ſimple action, 379, 380
Si le teſtament doit être exécuté en faveur des legataires, quoiqu'il ſoit attaqué, 380, 381
Cas où le teſtament n'eſt pas exécuté par proviſion en faveur des legataires, 381
Si lorſque la ſucceſſion eſt réduite *ab inteſtat* par la reſtitution du mineur qui répudie, les legs payez peuvent être répetez, 423
Loix. Explication de la Loi 9, §. 13, *ff. de hered. inſtit.* 15
Explication de la Loi 29, §. 1, *ff. de lib. & poſthumis*, 77, 78
Explication de la Loi 77, §. 8, *ff. de leg.* 2, 90
La Novelle 115 a corrigé les Loix précedentes touchant la préterition & l'exheredation, 122, 124
Explication de la Loi 19, *ff. de liberis & poſthumis*, 169
Explication de la Loi 17, *ff. de injuſto rupto*, 222, 255
Explication de la *Novelle* 115 de Juſtinien, 208 *& ſuiv.*
Explication de la Loi 37, *ff. de teſtam. milit.* 332, 333
Explication de la Loi 3, *cod. de in integrum reſtit. minor.* 403
Explication de la Loi 7, §. 9, *ff. de minor.* & de la Loi derniere, §. 6, *cod. de bonis quæ lib.* 427, 428
Conciliation de la Loi 19, *ff. de inoff. teſtam.* avec la Loi 97, *de acquir. hered.* 434, 435
Obſervation ſur l'imperfection de la compilation des Loix Romaines, 436
Explication de la Loi derniere, *ff. de interrog. in jure faciend.* 437
Antinomie de la Loi 20, §. 2, avec la Loi 88, *ff. de acquir. hered.* Conciliation de ces Loix, 458

M

Mariage des enfans ſans le conſentement de leurs parens. Voyez *Exhéredation, onziéme cauſe.*
Meubles, droits & actions ſuivent la perſonne, & ſe reglent par la Loi du domicile du Teſtateur, 7
Mineur. De l'heredité déferée au fils de famille mineur, 401
De l'adition du mineur qui n'eſt pas en la puiſſance de ſon pere, 402
S'il peut accepter ſans l'aſſiſtance d'un Curateur, *la même &* 404
Si le mineur qui a accepté une heredité peut la répudier, 416
S'il faut faire difference entre le

mineur qui a un curateur & celui qui n'en a pas, 416
Dans quel tems le mineur doit se pourvoir, 417
Si le mineur qui a accepté en minorité, & qui a fait des actes d'heritier étant majeur, peut se faire restituer envers l'adition, *la même.*
Si le mineur qui a commis des fraudes peut se faire restituer envers l'adition, 418
Si le mineur peut se faire restituer envers l'adition, sans prouver qu'il est lezé, *la même &* 419
Cas où le mineur est restitué envers l'adition, quoiqu'il ne prouve pas que l'heredité est onereuse, 419
Si les heritiers du mineur peuvent demander la restitution envers l'adition faite par leur auteur, 420
Si le Tuteur ou Curateur qui ont accepté pour leur mineur peuvent demander la restitution envers l'adition par eux faite, *la mesme.*
Si le mineur qui a accepté purement peut se faire restituer pour accepter sous bénefice d'inventaire, 421
Si l'enfant mineur peut se faire restituer en entier envers l'adition de l'heredité de son pere, pour accepter celle de son ayeul, *la même &* 422
Comment le mineur doit-il s'y prendre pour se faire restituer envers son adition, pour pouvoir renoncer, 422, 423
Ce qui a été fait de bonne foi avant la restitution envers l'adition, doit subsister, 423
Si lorsque la succession est réduite *ab inteſtat* par la restitution du mineur qui répudie les legs payez, peuvent être répetez, 423
Qu'est-ce que le mineur doit rendre quand il est restitué envers son adition, & qu'il est reçu à répudier, *la même &* 424
Si le mineur qui s'est fait restituer envers l'acceptation pour répudier, peut se faire restituer de nouveau pour reprendre, 426 *& suiv.*
Si le fils mineur qui s'est abstenu de l'heredité de son pere, peut la reprendre, s'il a besoin d'être restitué en entier, & dans quel tems, 427
Mort saisit le vif. Comment cette maxime doit-elle être entenduë. Voyez *transmission.*
Si l'heritier testamentaire est saisi de plein droit, tout comme l'heritier légitime, 354
Le substitué direct est saisi tout comme l'heritier, *la même.*
Les Legataires ni les Fideicommissaires ne sont pas saisis, 350
Voyez *Délivrance.*
Mort saisit le vif. Cette maxime a lieu seulement dans la succession légitime en Pays Coutumier; mais en Pays de Droit écrit, elle a lieu dans la succession testamentaire comme dans la légitime 397, 398
Quoique les heritiers soient saisis ils peuvent répudier, 398

N

NULLITE'. La préterition produit une nullité radicale. Voyez *Préterition.* Dans quel tems la nullité résultante de la préterition peut-elle être opposée, 251
La nullité par exception dure

toujours. La nullité par action ne peut être proposée que dans les trente ans, 251, 252

O

Olographe. Si le testament olographe doit être reconnu, 356
S'il porte exécution parée, 355, 356
Si l'hypoteque est acquise aux Legataires ou Fideicommissaires en vertu du testament olographe, 365

P

Paroles. Par quelles paroles une institution peut-elle être faite. Des paroles directes ou obliques. Y en a-t'il qui tiennent de l'une & de l'autre, & d'une troisiéme espece, 45, 46
Quelles sont les paroles directes; quelles sont les obliques; quelles sont les paroles communes, 45
La formalité des paroles pour l'institution est abrogée, *la même.*
Appartenir, *parvenir*, sont des paroles qui déterminent l'institution d'heritier, 51
Si les paroles énonciatives peuvent faire une disposition, 56
Partage. Du partage des biens fait par les ascendans entre leurs enfans, 81 *& suiv.*
Ne sont pas des testamens, ce sont des dispositions *ab intestat*, qui n'ont pas besoin d'institution d'heritier, 82
Tous les ascendans peuvent faire de tels partages, 83
Quelles en sont les formalitez, *la même &* 87
Si l'usage de ces partages est étendu partout, 87
Si les Témoins y sont nécessaires, *la même.*
Si le partage de partie des biens vaut, 84, 88, 89
Si l'on doit assigner des lots à tous les enfans. A qui doit appartenir ce qui n'est pas divisé. Si la préterition d'un enfant annulle le partage, 84
L'inégalité des lots n'annulle pas le partage fait par l'ascendant, *la même.*
Si les partages faits *inter liberos* sont révocables. *Quid* s'ils sont faits en contrat de mariage, 85
Differentes Coutumes touchant ces partages, *la même &* 86
Si ces partages sont bons dans les Coutumes qui n'en parlent pas, 86
Des partages faits entre collateraux successeurs légitimes, 87
Du partage fait par le pere signé par les enfans, *la même.*
Des partages faits conjointement par le pere & la mere, 88
Du partage privé dans les Coutumes qui requierent la survie, *la même.*
A qui doivent appartenir les acquisitions faites depuis le partage, 89
Si la garantie est dûe dans le partage, *la même &* 90
Du partage dans le cas de la démission des biens, & si les Coutumes exigent l'égalité, 97
Pour quelle lezion le partage fait par le démettant peut-il être attaqué, 98
Pecule. Le pere prenoit le pecule de son fils, *jure peculii*, 115, 200
Plus dictum, minus scriptum, 46
Portion. De la distribution des portions entre heritiers, 63 *& suiv.*
Plusieurs instituez sans fixation

des portions ſont heritiers égaux. Quand le Teſtateur a fixé les portions, il faut s'y conformer, 63
De pluſieurs heritiers inſtituez *in re certâ*, quelle doit être la portion d'un chacun, 14, 64
L'inſtitué ſans portion prend les portions vacantes, 64
Comment ſe fait la diſtribution de l'heredité par le Droit Romain. Eſt-elle ſuivie en France, 65
Comment ſe diviſe l'heredité lorſque pluſieurs ſont inſtituez avec portion, & que la totalité n'eſt pas remplie, *la même &* 66
En Pays Coutumier les portions vacantes appartiennent aux heritiers du ſang, 66
Du concours des heritiers à qui le Teſtateur a aſſigné des portions, avec d'autres auſquels il n'a pas aſſigné des portions, *la même.*
La fixation d'une portion ſert à fixer les autres, 67
Des cas où le Teſtateur en aſſignant les portions, excede les douze onces, *la même &* 68
Réduction au *Dupondius*, qui ſont vingt-quatre onces, ou à trente-ſix onces, 68, 69
De deux heritiers inſtituez *ex aſſe*, 70
De pluſieurs inſtituez dont l'un eſt ſéparé & les autres ſont conjoints, 71
Celui qui eſt ſeul fait un chef, & les conjoints font un autre chef, 70, 71, 73, 79
De l'inſtitution en la portion qui ſera marquée dans un codicile, 73
De pluſieurs inſtituez dont les uns ſont appellez par leur nom, les autres par un terme collectif, *la même.*
Quid s'il eſt dit par égales parts, 74
Les enfans inſtituez avec leur pere doivent concourir, & comment, 78
Comment peut-on diſtinguer quand les heritiers ſont appellez *in viriles*, ou par chef, *la même &* 79
Quand ils ſont appellez par égales parts, ils viennent *in viriles*, 79
Ceux qui ſont appellez par un terme collectif concourent entr'eux par égales parts, *la même.*
Comment peut-on connoître ſi pluſieurs appellez ſont pluſieurs chefs ou un ſeul, 80
Ceux qui ſont appellez par des termes diſtributifs concourent par portions égales, *la même.*
Si ceux qui ſont appellez par la disjonctive viennent en concours, 81
Poſſeſſion des biens. Le Préteur ne pouvant pas faire des heritiers, accordoit la poſſeſſion des biens qui produiſoit le même effet que la délation de l'heredité, 33, 132
Cette poſſeſſion des biens inuſitée en France, *la même &* 221
Le Préteur accordoit la poſſeſſeſſion des biens aux enfans émancipez, 114, 200
La poſſeſſion des biens *contra tabulas* eſt abrogée, 210
Etoit accordée aux enfans émancipez préterits, non quand ils avoient été exheredez, 207, 208
La poſſeſſion Prétorienne *ſecundùm tabulas*, & autres poſſeſſions ſont abrogées en France, 351, 352
Poſthume. Si anciennement les poſthumes pouvoient être inſtituez. *Quid* par le Droit nouveau, 77

Les posthumes sont réputez étrangers, lorsqu'en naissant ils ne tombent pas en la puissance du Testateur, *la même*
De l'institution d'un heritier par son nom & d'un posthume, comment l'heredité doit-elle être divisée s'il naît plusieurs posthumes, 80
Quid si l'institution est des posthumes, 81
Difference entre la préterition du posthume qui n'étoit pas conçu lors du testament ; & de l'enfant né ou conçû lors du testament, 201, 233, 234
Prescription. Le droit d'accepter une heredité déferée se perd par la prescription, 467
Par quel tems la prescription a lieu, *la même.*
Afin que la prescription puisse exclure, il faut qu'un autre ait acquis le droit par la possession, *la même.*
L'heredité qui est sur la tête d'un curateur ne peut pas être prescrite, & on peut l'accepter en tout tems, *la même.*
Au Parlement de Toulouse on ne connoît que la prescription de trente ans, pour acquerir ou pour perdre, 469
De la prescription de dix ans avec titre & bonne foi, *la même* & 470
Préterition. Si le testament de celui qui dispose dans un lieu où l'institution n'est pas nécessaire peut être impugné par préterition, 8, 9
Préterition consiste au défaut d'institution, ou d'exheredation selon les regles, 59, 128, 169, 201, 211
Si la préterition d'un enfant annulle le partage fait par l'ascendant entre enfans ; 84, 88
La préterition de la mere & des ascendans maternels équipoloit l'exheredation du pere, 118, 119
Si la mere pouvoit être préterite dans le testament de son fils, 118
Les enfans préterits par la mere n'avoient que la plainte d'inofficiosité, 119
La préterition annulle le testament quant à l'institution, *la même & suiv.*
De la préterition des collateraux *turpi persona instituta*, 122 *& suiv.*
Si la préterition annulle ou produit la plainte d'inofficiosité. *Quid* de la préterition de la mere, ou des enfans émancipez, 125 *& suiv.*
Il y a préterition non-seulement quand il n'y a point d'institution; mais encore quand il y a exheredation injuste, ou dont la cause n'est pas prouvée, 128
Dans le cas de la préterition les dispositions particulieres sont valables, 132, 133
Le dégré dans lequel l'enfant est préterit est nul, & le testament est soutenu par le second dégré où le fils est substitué, 167
Le fils est préterit s'il n'est institué quoiqu'il soit substitué, 169
Préterition. Sa matiere est fort embroüillée dans les Auteurs, 199
Differentes opinions des Auteurs sur cette matiere, *la même.*
Route qu'il faut prendre pour éclaircir cette matiere, *la même.*
Faits historiques touchant la préterition, 199 *& suiv.*
La préterition des enfans en la puissance du Testateur, a toujours produit une nullité radicale du testament sans pouvoir devenir valide par le décès de l'enfant pré-

terit, 201, 207
La préterition du posthume conçu après le testament l'annulloit; mais il reprenoit sa force par le prédécès du posthume, 201
Raison de cela, *la même &* 202
La préterition produit un défaut de forme & de solemnité essentielle, 202
Point fixe dans lequel on doit considerer la préterition, *la même.*
La préterition produit une nullité radicale par rapport à tous les enfans sans distinction, & par rapport aux ascendans préterits, 202
Distinction de trois sortes d'enfans au sujet de la préterition; ceux qui étoient en la puissance annulloient le testament; les émancipez demandoient la possession des biens; les descendans par femme intentoient la plainte d'inofficiosité, 203, 204
Quel droit avoient les filles préterites par leur pere, 203
De la préterition des enfans du Soldat qui testoit militairement, 205, 208
Par le Droit moyen il n'y avoit nécessité d'instituer que les enfans qui étoient en la puissance du Testateur, & à l'égard des autres, il suffisoit de leur laisser quelque chose à quelque titre que ce fût, 205
Quel étoit l'état de la Jurisprudence Romaine avant la Novelle 115, 206, 207
En quoi consistoit la préterition des enfans émancipez & des descendans par femme, 206
La préterition des enfans mâles ou filles en la puissance du Testateur, annulloit le testament, 207
De la préterition des enfans par la mere & par les ascendans maternels, 208
Quels sont les changemens faits par la Novelle 115, au droit précedent, *la même & suiv.*
La préterition d'un des enfans ouvre la succession *ab intestat*, 209, 210
En quoi consiste aujourd'hui la préterition, 211
En quoi consistoit anciennement celle des enfans émancipez, ou des descendans par femme, *la même.*
Réfutation des Auteurs qui ont crû qu'il y a une préterition propre & une impropre, 212
Préterition. De la préterition des ascendans par leurs descendans, 212 *& suiv.*
Leur préterition annulle le testament quant à l'institution, 214, 215
L'institution, même en chose très-modique, empêche la préterition, sauf à demander le suplément de légitime, 216
La préterition produit la nullité de l'institution universelle, *la mes.*
Cette nullité a lieu quoique le testament soit entre enfans ou en tems de peste. *Quid* dans les Coutumes qui permettent de laisser la légitime à autre titre que d'institution, *la même.*
La nullité résultante de la préterition a lieu, soit qu'un descendant ou un ascendant soient préterits, 217
Quid dans le testament du Soldat, *la même.*
Anciennement la préterition annulloit toutes les dispositions, aujourd'hui elle n'annulle que l'institution universelle, & les substitutions ou fideicommis de l'heredité. *Quid* quand le fils préterit répudioit, *la même &* 218

Si les substitutions directes ou fideicommis universels sont bons lorsqu'il y a préterition, 218 *& suiv.*
De la préterition faite *scienter* ou *ignoranter*. *Quid* dans le testament du Soldat, 219, 217, 208
Si lorsque le Testateur laissant deux enfans, instituë l'un en sa légitime, préterit l'autre, & instituë un étranger, le fils institué en la légitime prend sa part en la succession *ab intestat* avec son frere préterit, 220, 221
Le fils, quoique legataire, prend sa part en la succession *ab intestat*, quoiqu'il y ait préterition, 221
Dans le cas de la préterition, on n'a aucun égard à la volonté du testament, *la meme.*
Préterition. Si les enfans non préterits peuvent se servir de la préterition des autres, *la même.*
Raisons pour la négative, 222
Résolution pour l'affirmative, *la même.*
Quid si les enfans préterits ont répudié ou ne se plaignent pas, *la même &* 223
Quid si l'enfant préterit a approuvé le testament, 223
Les enfans non préterits ont interêt de faire valoir la préterition de leurs freres & de faire valoir la nullité, *la même.*
La préterition n'annulle que les testamens, non les codiciles ni les donations à cause de mort, 224
La préterition n'a d'effet que dans les actes où l'institution est nécessaire, & dans les Pays où l'institution est requise, *la même.*
La préterition n'opere aucun effet dans les Pays Coutumiers, *la même.*
Excepté quand la disposition est faite par haîne ou quand il y a préterition d'un posthume, 224, 225
Comment doit être faite l'institution pour éviter le vice de préterition, 225
Il n'y a point de préterition si le fils est institué sous une condition potestative, quoiqu'il ne soit pas institué purement en la légitime dans le cas qu'il n'accomplira pas la condition, 232
Préterition. A l'égard de quelles personnes produit son effet, *la même & suiv.*
Elle produit son effet quand les enfans au premier dégré sont préterits, 232
Il en est de même de ceux qui representent le premier dégré, & des posthumes, 233
De la préterition des bâtards. *Quid* s'ils sont légitimez par mariage subséquent ou par rescrit du Prince, 234
La légitimation survenuë rompt le testament, 235
De la préterition de ceux qui ont souffert la mort civile, *la même.*
De la préterition de la fille qui a renoncé. *la même &* 236
De la préterition du fils ou de la fille qui ont reçu leur légitime, 236
De quel point dépend la nécessité d'instituer pour éviter la préterition, *la même &* 237
De la préterition des enfans des filles qui ont renoncé ou qui sont exclues par statut, 237, 238
De la préterition des mâles qui ont renoncé à la succession, 238
La préterition opere son effet soit que l'heritier soit enfant ou étranger, *la même &* 239
Préterition des ascendans aux testamens des descendans, 239

La préterition de l'aſcendant plus éloigné annulle le teſtament lorſque l'aſcendant plus proche eſt prédécedé, 240
Si la préterition de l'ayeule annulle le teſtament dans les Pays où l'Edit des meres eſt obſervé lorſque la mere eſt au milieu, *la même.*
De la préterition des aſcendans remariez, *la même.*
Quid de celle qui s'eſt remariée *non petitis tutoribus*, ou qui a malverſé après l'an du deuil, ou qui s'eſt remariée, ou a malverſé dans l'an du deuil, *la même &* 241
De la préterition de la mere excluë par ſtatut de la ſucceſſion de ſes enfans, 241, 242
De la préterition des aſcendans, quand la cauſe pie eſt inſtituée, 242
On doit appliquer à la préterition des aſcendans les mêmes regles qui ſont faites pour la préterition des deſcendans, *la même.*
Préterition des freres, *turpi perſona inſtituta*, *la même.*
Doutes agitez par les Auteurs ſur le point, réſolus par l'Ordonnance de 1735, & ſi les collateraux préterits peuvent impugner le teſtament par nullité, *la même.*
Les freres & ſœurs autres que les germains ou conſanguins, ne peuvent pas impugner le teſtament de leur frere *turpi perſona inſtituta* à cauſe de la préterition, 243
De la préterition de la femme dans le teſtament de ſon mari, *la même.*
De la préterition du Patron dans le teſtament de ſon affranchi, *la même.*
Si l'émancipation du fils après le teſtament couvre la préterition de ce fils, 243
Si la clauſe codicillaire fait valoir le teſtament nul par préterition, *la même &* 244
Diſtinctions des Auteurs réprouvées, 244 *& ſuiv.*
Réſolution que la clauſe codicillaire ne ſoutient pas le teſtament nul par préterition, 245 *& ſuiv.*
Réfutation des opinions contraires des Auteurs, 246 *& ſuiv.*
La préterition rompt le codicile qui dépend du teſtament, 246, 247
Raiſons pourquoi la clauſe codicillaire ne peut pas faire valoir comme codicile le teſtament nul par préterition, 247
Quels ſont les vices que la préterition produit, *la meſme.*
Préterition. Si les heritiers collateraux du Teſtateur qui a préterit ſon fils, & inſtitué un étranger, peuvent impugner le teſtament par préterition, 251
Si le fils préterit qui ſurvit à ſon pere & meurt ſans ſe plaindre, tranſmet à ſes ſucceſſeurs collateraux le droit d'attaquer par nullité le teſtament, 252
Dans quel tems la nullité réſultante de la préterition peut être oppoſée, 251
Si le fils eſt cenſé préterit quand il n'eſt inſtitué qu'en l'uſufruit, 252
Des cas où il peut y avoir préterition dans un dégré, quoiqu'il y ait inſtitution ou ſubſtitution dans un autre, 253
Préterition dans le teſtament du fils de famille qui teſte de ſon pécule *quaſi caſtrenſe*, *la même.*
Comment l'approbation du fils préterit peut couvrir le vice de préterition, 254
L'approbation du teſtament pen-

dant la vie du pere ne sert de rien, 254
L'approbation du fils préterit après la mort de son pere, ne nuit pas aux autres enfans, quoique non préterits, *la même.*
Si elle nuit aux heritiers du fils unique, *la même.*
Si la répudiation du fils préterit couvre le vice de préterition, 255
De la préterition lorsque le testament est fait dans un Pays où l'institution n'a pas lieu, *la même & 256*
Préterition faite *ignoranter* par la mere, laissoit subsister les legs par le Droit ancien, 263

Propres. Dans le Pays Coutumier on ne peut disposer que d'une partie des propres, 149
La portion des propres destinée aux collateraux, est une espece de légitime Coutumiere dont ils peuvent être privez par ingratitude, 150

Pupille. De l'heredité déferée au fils de famille pupille; comment peut être acceptée, 401
Du pupille qui est dans l'enfance, 403
Le pupille assisté de son Tuteur, peut valablement accepter une heredité; mais il ne le peut pas sans Tuteur, 404
Si quand il a accepté seul il a besoin de se faire restituer en entier, *la même.*
Quid s'il fait des actes d'heritier en minorité, *la même & 405*
Si le pupille qui s'immisce en l'heredité de son pere, peut abstenir sans se faire restituer, 405
Si le Tuteur peut accepter sans le pupille. *Quid* en France, & si le pupille doit intervenir dans les contrats, *la même & 406*
Quid dans le Païs Coutumier, 406
Si le pupille peut faire sa condition meilleure sans l'assistance de son Tuteur, 406
Si le pupille qui a accepté avec son Tuteur, ou sans Tuteur, peut répudier sans se faire restituer, 415, 416
Si le pupille qui accepte une heredité répudiée par son pere, peut se faire restituer pour répudier, 416
Si le pupille qui a fait des actes d'heritier durant la puberté, peut répudier sans se faire restituer en entier, 417, 418

Q

QUARTE Trebellianique, peut être détraite des fideicommis universels, quand elle n'est pas prohibée; mais non de la substitution directe, 39

Quasi contrat. L'adition d'heredité forme un quasi contrat qui oblige l'heritier envers les créanciers hereditaires & les Legataires, 373, 374
Il produit hypoteque quand il est fait par acte public, 374
Le quasi contrat produit l'obligation, quoiqu'il ne soit pas accepté par les interessez, *la même.*
L'erreur vicie le quasi contrat, tout comme le contrat, 434
Le quasi contrat dérivant de l'adition d'heredité, ne peut se former que par l'acquisition irrévocable de l'heredité, 437
L'adition faite par un incapable ne peut pas former un quasi contrat, *la même.*

R

RAPPEL. S'il rend inutile l'exheredation, & s'il peut être fait avec modification, 182

Réconciliation. Si elle révoque l'exheredation, 183 & *suiv.*
Si elle empêche l'incapacité du fils qui se marie sans le consentement de ses parens, 183, 184
La reconciliation peut remettre l'injure; mais non pas empêcher l'effet de l'exheredation, 184
Opinion des Auteurs qui admettent la reconciliation, 185
Raisons contraires & décision de la question par une distinction, 186
Quelle est la réconciliation suffisante pour empêcher l'effet de l'exheredation, 187, 188
Si la preuve par Témoins de la réconciliation est admissible, 188
Regle. En quoi consiste la regle Catonienne, 201
Renonciation. Dans la renonciation la portion du renonçant appartient à celui en faveur duquel la renonciation est faite, 181
Repentir. Si le repentir de l'exheredé efface l'exheredation, 188
Representation. Si elle a lieu en ligne directe ascendante, 240
Répudiation. Si elle anéantit les fideicommis & les substitutions, 40
Le fils institué sous une condition potestative ne la remplissant pas, est censé répudier, 232
Si la répudiation du fils qui a été préterit couvre le vice de préterition, 255
La répudiation a un effet rétroactif, 340
Quoique les enfans fussent heritiers siens, ils avoient le bénefice d'abstention, 397
En France tous heritiers quoique saisis de plein droit, ont la faculté de répudier avant d'avoir fait acte d'heritier, & l'acquisition en vertu de la Coutume *le mort saisit le vif*, ne lie pas les heritiers envers les créanciers, 389
L'heritier ne peut pas répudier au préjudice de ses créanciers, *la même &* 399
De la répudiation faite par le pere de l'heredité déferée à son fils impubere, 402
Si le fils qui s'est fait restituer pour accepter, peut se faire restituer pour répudier de nouveau, *la mes.*
En quel cas les heritiers qui ont accepté peuvent répudier ou non, 411
Du majeur, *la mesme &* 412
Si le majeur qui a accepté peut répudier à son préjudice, 412
Quid si le majeur qui a accepté a quelque moyen légitime pour se faire restituer, 413
Si le co-heritier majeur qui a accepté peut répudier lorsque son co-heritier mineur se fait restituer envers son acceptation, & s'il a besoin d'impetrer pour être reçu à répudier, 413
S'il peut répudier lorsque les créanciers se contentent de sa portion d'action, 414
Si l'heritier qui est évincé d'une portion considerable de l'heredité peut demander d'être reçu à répudier, *la mesme &* 415
Si les esclaves pouvoient répudier, 415
Si les impuberes heritiers siens peuvent répudier après avoir accepté, 416
Si le pupille qui a accepté sans Tuteur ou avec Curateur, peut répudier sans se faire restituer en entier, *la même.*
Si le mineur qui a accepté peut répudier, *la même &* 417
Si celui qui accepte en vertu d'un testament nul qu'il croit bon, est censé répudier la succession *ab intestat*, ou renoncer à un précedent

teſtament valable, 434, 435
Celui qui accepte une heredité n'a pas l'intention de la répudier, 435
Celui qui exécute un teſtament qu'il croit bon, n'entend pas lui donner une vertu qu'il n'a pas, 435
La répudiation dépendant de l'intention, ne peut ſe faire qu'avec connoiſſance de cauſe, 436
Quand il y a erreur, la répudiation eſt nulle, *la même.*
Celui qui répudie la ſucceſſion teſtamentaire n'eſt pas cenſé répudier *ab inteſtat*, *la même.*
L'adition & la répudiation ſont deux contraires régis par les mêmes regles, *la même.*
Celui qui croit que le teſtament eſt faux ou nul ne peut pas répudier, *la même.*
Si la répudiation peut être faite pour partie, & d'une portion en retenant les autres, 462, 463
De la faculté de répudier, quand une portion accroit, 463
Si celui qui accepte une partie & répudie l'autre, eſt cenſé répudier le tout, *la même &* 464
Si l'heritier peut être pourſuivi par les créanciers juſqu'à ce qu'il ait répudié, 468, 469
Si le Juge peut fixer un délai pour accepter ou répudier, 467, 468
Si la répudiation indéfinie comprend la ſucceſſion *ab inteſtat*, & la teſtamentaire, 470
Reſtitution. Si le majeur peut ſe faire reſtituer en entier envers l'adition d'heredité, 415
Si le mineur ou le pupille peuvent ſe faire reſtituer en entier envers l'adition. Voyez *Mineur. Pupille.* Si lorſque le mineur ſe fait reſtituer envers ſon adition, & qu'il répudie, les legs payez peuvent être répetez, 423
Si la reſtitution en entier obtenue par le mineur envers ſon adition, fait que la ſubſtitution vulgaire qui étoit éteinte par l'adition, reprend ſa force, 424, 425
Si les tutelles & les autres diſpoſitions du teſtament ſont conſervées par l'adition de l'heritier mineur, quoiqu'il ſe faſſe reſtituer en entier envers l'adition, 426
Si le mineur qui a été reſtitué envers l'acceptation pour répudier, peut ſe faire reſtituer de nouveau pour reprendre, *la même & ſuiv.*
Si la reſtitution peut être demandée pluſieurs fois pour le même ſujet, 427
Retour. S'il a lieu dans le cas de la démiſſion des biens lorſque le démiſſionnaire décede ſans enfans, 98
Révocation. Si la démiſſion des biens eſt révocable, 99
Si elle eſt révoquée par la ſurvenance des enfans, 98, 99
Cas où la démiſſion des biens n'eſt pas révocable, 100
De la révocation de la démiſſion pour partie, *la meſme &* 101
En quelle forme doit être la révocation de la démiſſion, 101, 102.
Révocation. Si la donation à cauſe de mort eſt révocable lorſque la tradition des biens a été faite, 91
De la révocation de l'exheredation, 182

S

SEXE. Difference des ſexes abrogée, 116
Signes. L'inſtitution par ſignes eſt nulle, 51
Quid ſi les ſignes ſont mêlez de paroles, 52
Subſtitué. Si le ſubſtitué direct eſt ſaiſi, 37

Quid du ſubſtitué pupillairement ou exemplairement, *la meſ.* & 38
Subſtitué pupillaire, de qui eſt-il heritier, 38, 39
Subſtitution directe eſt une inſtitution en ſecond, qui ſoutient le teſtament, 37, 40
Si la diſpoſition qui appelle une perſonne & ſes enfans, les enfans concourent, ou s'ils viennent par ſubſtitution, 74 & *ſuiv.*
Si le pere peut ſubſtituer à ſon fils pupille qu'il exherede, 152
Si la ſubſtitution vulgaire tient lieu d'inſtitution, 213
Si les ſubſtitutions directes ou fideicommiſſaires ſont conſervées dans le cas de la préterition, 218, 219
Si les ſubſtitutions directes ou fideicommiſſaires tiennent lieu d'inſtitution, & empêchent la préterition, 226 & *ſuiv.*
Les ſubſtitutions directes ſont des inſtitutions en ſecond, & ſont diſtinguées des fideicommis, 298
Si la ſubſtitution vulgaire éteinte par l'adition du mineur, revit lorſque le mineur ſe fait reſtituer envers ſon adition & qu'il répudie, 424. 425
Quid de la ſubſtitution pupillaire & de l'exemplaire, 426
Si ces ſubſtitutions ſont conſervées lorſque le mineur qui a répudié, ſe fait reſtituer envers ſa répudiation, & qu'il accepte, *la meſme.*
Succeſſion teſtamentaire n'a lieu dans les Pays Coutumiers, & on n'y reconnoît que la ſucceſſion légitime, 434
La ſucceſſion eſt déferée par teſtament ou *ab inteſtat*, ou par inſtitution contractuelle, 33
La ſucceſſion teſtamentaire eſt incompatible avec la légitime, & l'excluë, 34
A quelles perſonnes eſt déferée la ſucceſſion légitime quand il y a un teſtament qui devient inutile, 35
La ſucceſſion dépendoit du lien civil de la puiſſance paternelle par la Loi des douze Tables, 40, 114, 200
Aujourd'hui elle dépend du lien du ſang, 41
Les enfans émancipez ne ſuccedoient pas à leur pere par le Droit ancien; le Préteur leur accordoit la poſſeſſion des biens, 114, 200
Le pere ſuccedoit à ſon fils émancipé, 115, 200
La Loi des douze Tables n'admettoit que deux ordres de ſucceſſion, celui des enfans en la puiſſance appellez *ſiens*, & celui des agnats, 115, 199
Si les enfans ſuccedoient à leur mere & *vice verſâ*, 115, 116
Les perſonnes qui pouvoient ſucceder avoient un droit acquis; le pere devoit les faire heritiers ou les exclure de la ſucceſſion. *Quid* des aſcendans & des collateraux, 116
Si les filles qui étoient en la puiſſance de leur pere avoient le droit de ſucceder, 115
Certo judicio liberi à parentum ſucceſſione removendi ſunt, 116
Succeſſion. A quels biens les enfans ſuccedent à leurs enfans dans les Pays Coutumiers, 148
Ils ne ſuccedent pas aux propres parce qu'ils ne remontent pas, *la meſme.*
Le frere peut être privé par ingratitude de la ſucceſſion de ſon frere, 149
Dans tous les tems il a été permis aux aſcendans de priver leurs enfans de leur ſucceſſion, 173

L'exheredé peut ſucceder médiatement à l'exheredant, il peut encore ſucceder à tous les autres parens, 174
Du droit que les aſcendans ont de ſucceder à leurs deſcendans, 212, 213
Succeſſion, eſt ouverte par la mort naturelle, 392
Elle eſt auſſi ouverte par la profeſſion Religieuſe, *la meſme.*
Viventis nulla eſt hereditas, la meſ.
Dès que la ſucceſſion eſt ouverte l'heritier eſt ſaiſi du droit d'accepter ou de répudier, *la meſme.*

T

TACITE. Exemples des inſtitutions ou diſpoſitions tacites, 53 *& ſuiv.*
Teſtament. Comment doit être exécuté le teſtament de celui qui eſt domicilié en Pays de Droit écrit, qui teſte en Pays Coutumier, 8
Du teſtament du domicilié en Païs Coutumier qui teſte dans le Pays du Droit écrit, 9, 10
Le premier teſtament eſt rompu par le ſecond, quoiqu'il ne contienne qu'une inſtitution *in re certâ*, 15
Le teſtament eſt anéanti quand l'heredité n'eſt pas acceptée, 17
Si les diſpoſitions faites avant l'inſtitution ſont bonnes, 17, 18
Teſtament ſans inſtitution d'heritier eſt nul, 18
Cas où le teſtament ſans inſtitution vaut, *la meſme.*
En Pays Coutumier les teſtamens ne ſont conſiderez que comme des codiciles, 34
En Pays de Droit écrit, l'heredité eſt déferée par teſtament, & l'heritier eſt ſaiſi même dans les Coutumes où l'inſtitution eſt retenuë, 36
Teſtament eſt nul lorſque le fils n'eſt pas inſtitué ou exheredé comme il faut, 153
Le teſtament eſt nul quant à l'inſtitution, ſi le fils n'eſt pas inſtitué quoiqu'il ſoit ſubſtitué ou appellé par fideicommis, *la meſme.*
Et ne peut pas être rectifié par l'offre de la légitime, 154
Teſtament porte exécution parée & produit des actions, 350
Il porte exécution parée en faveur des heritiers & des ſubſtituez; mais non en faveur des Legataires ou Fideicommiſſaires, *la meſme.*
Dans quel délai le teſtament devoit être ouvert par le Droit ancien, 351
Interdit *de tabulis exhibendis* pour la remiſe du teſtament, *la meſme.*
L'appel de l'ouverture du teſtament n'étoit pas recevable, *la meſ.*
Le Préteur accordoit la poſſeſſion des biens *ſecundùm tabulas*, lorſque le teſtament étoit revêtu des formalitez du Droit Prétorien, quoiqu'il manquât de quelque formalité du Droit civil, 351, 352
Deux remedes pour exécuter les teſtamens chez les Romains, 352
Si le teſtament olographe a exécution parée, 355, 356
Il doit être reconnu, 356
Celui qui exécute un teſtament qu'il croit bon n'entend pas lui donner une vertu qu'il n'a pas, 435
Deux teſtamens de la même perſonne ſont incompatibles, *la meſ.*
Teſtateur, ne peut décider *partim teſtatus, partim inteſtatus*, 13
Quels ſont les effets & l'étendue de cette regle, 15
En Pays Coutumier le Teſtateur peut mourir *partim teſtatus, partim inteſtatus*, 66

Transmission. Comment se faisoit par le Droit Romain, 304
Quid par notre usage à cause de la maxime *le mort saisit le vif*, 305
Si la transmission empêche le droit d'accroissement, 342
En France la transmission a lieu avant l'acceptation, lorsque l'heritier survit au Testateur, *la mesme* & 343
Le Legataire qui survit au Testateur transmet le legs à ses heritiers, 343
Toutes sortes d'heritiers transmettent le droit d'accepter quand ils ont survêcu au défunt, 396
Les enfans heritiers siens transmettoient l'heredité de leur pere, sans avoir accepté; mais les étrangers ne la transmettoient qu'après avoir fait acte d'heritier, 397
Avant l'adition l'heritier est réputé heritier pour la transmission, 398
Trebellianique, peut être détraite des fideicommis quand elle n'est pas prohibée; mais non de la substitution directe, 39

V

Vindication. L'action *rei vindicationis* compete pour les legs & les fideicommis, 359, 360
Si l'action *rei vindicationis* compete contre les tiers acquereurs ou possesseurs, aux Legataires ou Fideicommissaires, avant d'avoir demandé la délivrance à l'heritier, 375, 376
Quid si la chose est litigieuse, 376
Volonté. Si les dispositions peuvent dépendre de la volonté d'autrui. *Quid* pour le choix, 57 & *suiv.*
Difference entre la disposition remise à la volonté pure d'autrui, avec la volonté d'Arbitre, 62
Des dispositions remises à la volonté d'autrui, 63
Qu'est-ce que le Droit Canon porte sur les dispositions remises à la volonté d'autrui, *la mesme.*
Usage. Si l'accroissement a lieu dans le legs de l'usage après l'acquisition des portions, 307
Usufruit. De l'accroissement en l'usufruit, 283
Singularité de l'accroissement en l'usufruit, 306 & *suiv.*
Si le Legataire de la proprieté d'un fonds dont l'usufruit est legué à d'autres, concourt en l'usufruit, 306 & *suiv.*
Le droit d'accroissement a lieu en l'usufruit après l'acquisition des portions, 307
Il suit la personne & non la portion, 308
Il n'a pas lieu même suivant le Droit ancien dans la conjonction *verbis tantum*, 308
L'accroissement a lieu en l'usufruit lorsqu'il est legué à un esclave appartenant à plusieurs Maîtres; mais il en est autrement en la proprieté, 309
Legs d'usufruit, de quel jour est acquis suivant le Droit Romain, 340

Fin de la Table des Matieres.

Additions & Corrections.

PAge 45, *ligne* 18, déciſ. *liſez* décade. *p.* 55, *l.* 6, *Savolenus*, liſez *Javolenus*. *p.* 57, *lig. dern.* Bartide, *liſ.* Baſtide. *p.* 89, *l.* 37, *Arbitrium*, liſez *Arbitrum*. page 114, ligne 16, *libro*, liſez *liberos*. pag. 115, lig. 28, *ſcriptave*, liſ. *ſcriptæve*. la même, ligne 27, *avia*, liſ. *aviæ*. la même, ligne 28, *proavia*, liſ. *proaviæ*. à la même, ligne 27, *vel avia*, liſ. *vel aviæ*. la même, ligne 29, *libros*, liſ. *liberos*. la même, ligne 30, *quemlibet*, liſ. *quamlibet*. *p.* 120, *lig.* 7, tradition, *liſ.* traduction. *p.* 122, *ligne* 21, *effacez* & confirmé. *p.* 127, *lig.* 18, *veluti*, liſez *relicti*. *p.* 129, *l.* 2, *après le mot* préterits, *ajoutez*, ou exhéredez. *p.* 155, *lig.* 33, ſeroit, *liſ.* ſervoit. *p.* 165, *lig.* 39, introduits, *liſ.* induits. *p.* 170, *l.* 12, *exheredatio*, liſ. *exheredato*. *p.* 171, *lig.* 31, légitimité, *liſez* légitime. *p.* 179, *ligne* 25, émancipé, *liſez* exhéredé. *p.* 203, *lig.* 14, *liv.* 4, liſez *leg.* 4, *p.* 205, *à la fin de la derniere note en marge*, *effacez* en la puiſſance. *p.* 206, *ligne* 34, *fuerint*, liſ. *fecerint*. *p.* 215, *lig.* 14, approuvée, *liſ.* prouvée. *page* 221, *lig.* 25, *teſtamento*, liſ. *teſtamentum*. *p.* 245, Ducos, *liſ.* Duclos. *p.* 246, *l.* 2, queſt. 101, *liſ.* queſt. 110, *la même*, *lig.* 16, celles, *liſ.* celle. *p.* 247, *l.* 18, *ordinare*, liſ. *ordinaret*. *p.* 252, *lig. pénult. & derniere*, *effacez* l'inſtitué en une choſe particuliere comme en l'uſufruit, *& ajoutez*, il. *pag.* 253, *l.* 19, *effacez*, faite. *pag.* 259, *l.* 33, & qui, *liſ.* ce qui. *pag.* 263, *l.* 18, *effacez ce qui eſt imprimé juſqu'à* l'alinea, *& liſez* : Après cette Loi on n'accordoit donc la plainte d'inofficioſité qu'aux poſthumes heritiers ſiens, & aux poſthumes deſcendans des mâles émancipez, qui ſe trouvoient nommément exhéredez, ou aux poſthumes préterits deſcendans par femmes, parce que les poſthumes furent mis au niveau des enfans déja nez, par la Loi 4, *cod. de lib. preteritis*. *La même page*, *lig.* 38, ces cas, *liſ* ce cas. *p.* 284, *l.* 4, que le Teſtateur, *liſ.* qu'il. *A la même page*, *il y a trois pluriers pour des ſinguliers*. *p.* 288, *l.* 24, devoient, *liſ.* devoit. *p.* 298, *l.* 39, ch. 50, *liſ.* ch. 10. *p.* 304, *l.* 19, ou répudiation, *liſ.* ou la répudiation. *p.* 318, *lig.* 15, *juris*, liſ. *juri*. *p.* 320, *lig.* 16, Merie, *liſ.* Meric. *p.* 337, *ligne* 10, Pancy *liſ.* Paucy. *p.* 351, *lig.* 13, *lib.* 6, liſ. *tit.* 6. *page* 356, *ligne* 12, conſtater, *liſ.* conteſter. *à la même page*, *l.* 17, conſtaté, *liſ.* conteſté. *pag.* 358, *lig. derniere*, *lib.* 6, liſ. *tit.* 6. *p.* 359, *ligne* 10, par fideicommis les mêmes, *liſ.* par fideicommis que les mêmes. *pag.* 364, *ligne* 21, Giphanius ſur, *liſ.* Giphanius ſur la Loi 1, *cod. comm. de leg.* M. Cujas, ſur. *p.* 366, *lig.* 21, eſpece de droit, *liſ.* eſpece de paſſe-droit. *p.* 373, *lig.* 38, Bartan, *liſ.* Baſtard. *pag.* 377, *lig.* 26, *amplius dicere non poteſt*, liſ. *amplius diſplicere non poteſt*. *page* 379, *lig.* 17, fournir. *liſ.* former. *p.* 381, *lig. pénult.* clauſe, *liſ.* cauſe. *p.* 392, *lig.* 26, d'Anteſerre, *liſ.* d'Auteſerre. *p.* 404, *l.* 16, la raiſon parce, *liſ.* la raiſon eſt, parce. *p.* 406, *l.* 23, public, *liſ.* pupille. *p.* 415, *l.* 4, paſſives & connuës, *liſ.* paſſives inconnuës. *p.* 420, *l.* 14, & qu'il doit, *liſ.* & qu'en doit. *p.* 444, *lig.* 11, *effacez*, & que. *A la même p.* *l.* 26, peut pas faire des actes, *effacez*, pas. *p.* 446, *l.* 36, vaille, *liſ.* veille.

FACULTÉ DE DROIT
Bibliotheque
de TOULOUSE





