geassent d'une manière et ceux en roture d'une manière différente, d'autres confondaient les biens en roture et les biens nobles. Les unes n'accordaient qu'aux nobles le droit d'aînesse, les autres le donnaient aussi aux roturiers. Même diversité dans les détails : il y avait des coutumes qui n'admettaient le droit d'aînesse qu'en ligne directe, d'autres l'étendaient à la ligne collatérale, et ainsi de suite (1).

493. Les coutumes variaient aussi à l'infini sur l'exclusion des filles. Voilà une inégalité qui est en opposition complète avec le droit que la naissance donne à tout enfant aux biens de la famille où Dieu le fait naître. Ce n'est pas davantage l'affection qui explique l'exclusion des filles, pas plus qu'elle n'explique le privilége de l'aîné. Constatons d'abord les faits, nous verrons ensuite quelle a été leur raison d'être. La tendance générale des coutumes était d'exclure les filles dans l'intérêt des mâles, pour mieux dire dans l'intérêt des familles qui se perpétuent par les mâles, tandis qu'elles s'éteignent par les femmes. Il y avait du reste une foule de différences dans les détails. Ici le père noble avait seul le droit d'exclure sa fille : tel était sans doute le droit primitif. Le privilége finit par s'étendre aux roturiers. Mais le principe de l'égalité se maintint jusque dans le sein de l'inégalité : on exigeait pour que la fille fût exclue qu'elle eût reçu une dot. Qui devait doter? Le père seul? ou les père et mère? la dot excluait-elle aussi des successions collatérales? quelle était la quotité de la dot? Sur ce dernier point malheureusement la plupart des coutumes s'accordaient en se contentant de la dot la plus modique, fût-ce « un chapel de roses. » Ne dédaignons pas le chapel de roses. C'est une protestation en faveur de l'égalité; elle finira par l'emporter sur les préjugés aristocratiques.

494. Il y avait une autre succession privilégiée qui dépendait uniquement de la volonté du défunt; chose étrange dans un ordre d'idées qui excluait l'arbitraire de l'homme, en le subordonnant à la sagesse de la loi. C'étaient les substitutions fidéicommissaires perpétuelles. Le chef de famille immobilisait son patrimoine, il le rendait inaliénable pour les générations futures, afin d'assurer la splendeur de sa maison contre la mobilité des passions humaines. En apparence, ce n'est plus la loi qui fait l'héritier, c'est l'homme. En réalité, si l'homme impose sa volonté même à l'avenir, c'est pour garantir d'autant mieux la conservation du patrimoine dans le sein des familles. En ce sens, les substitutions étaient en harmonie avec l'esprit du droit coutumier.

(1) Chabot, Rapport fait au Tribunat, n° 34 (Locré, t. V, p. 114).

N° 2. APPRÉCIATION.

I. *De la copropriété de famille.*

495. Tels sont les traits généraux de la succession coutumière. Quel est le principe sur lequel elle repose? Elle doit avoir ses racines dans les mœurs germaniques, puisqu'elle est particulière aux peuples de race germanique. Un écrivain allemand, dont l'autorité est grande en France, Zachariæ, répond que la succession coutumière était fondée sur l'idée d'une copropriété de famille qui se trouvait dans l'ancien droit germanique et qui de là passa dans les coutumes. Voici comment il définit cette copropriété. Les différents membres d'une même famille étaient considérés comme copropriétaires pour le tout des immeubles que chacun d'eux avait recueillis dans les hérédités de leurs parents communs. Cette copropriété n'était pas un droit actuel, en ce sens que chaque parent eût le droit de disposer et de jouir de la chose; il se réalisait lors du décès de celui qui possédait les propres de famille à titre d'héritier; et il ne se réalisait qu'au profit des parents appelés à l'hérédité d'après l'ordre légal des successions (1).

Nous reviendrons sur cette idée de copropriété en traitant de la saisine. Zachariæ lui donne une trop grande extension et lui attribue une influence exagérée. Cependant on peut l'accepter telle que nous venons de la définir.

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, § 588, p. 156.

Domat, bien qu'étranger aux études germaniques, interprète la saisine dans le même sens. On connaît la maxime coutumière, formulée par Loysel en ces termes : « Le mort saisit le vif, son plus prochain héritier habile à lui succéder (1). » « Les enfants et autres descendants, dit Domat, sont considérés comme en quelque façon maîtres des biens de leur père ou mère, ayeul ou ayeule, même avant leur mort. Et quand elle arrive, ce n'est pas tant une succession acquise aux enfants que la continuation d'un droit qu'ils avaient déjà, avec cette différence entre ce droit et l'hérédité, qu'au lieu que pendant la vie de l'ascendant auquel ils succèdent ils avaient comme en part ses biens avec lui, et que sa possession les leur conservait, ils ont seuls le droit entier aux biens après cette mort (2). »

Il faut bien qu'il y ait quelque chose de vrai dans l'idée d'une copropriété de famille, du moins entre proches parents, tels que sont les ascendants et les descendants; car on la trouve chez les jurisconsultes romains auxquels Domat l'a empruntée. Avec leur rigueur habituelle, ils ne disent pas que les héritiers siens étaient déjà du vivant de celui auquel ils succèdent copropriétaires des biens qu'ils héritent, ils disent que c'est une quasi-continuation du domaine qui appartenait au défunt (3). Ce droit aux biens qui se continue après la mort du défunt au profit de ses plus proches parents, n'est-il pas l'expression matérielle de la solidarité qui unit les membres d'une même famille? Que le sang soit un lien, on ne l'a jamais contesté. Ceux qui reconnaissent une cause première et une Providence ne nieront pas davantage que le lien du sang qui unit les membres d'une famille se rattache à Dieu. Se borne-t-il à la parenté? ou la parenté doit-elle avoir des conséquences en ce qui concerne les biens matériels? Ici encore la voix de l'humanité répond avec Domat que Dieu donne les biens comme accessoires de la vie, nous dirions aujourd'hui comme instrument de développement intellectuel et moral.

(1) Loysel, *Institutions coutumières*, livre II, titre V, règle 16.
(2) Domat, *Des lois civiles*, IIe partie, livre I, sect. II, nº 13.
(3) § 3, Instit., *de heredit. quæ ab intest.* (III, 1); L. 21, D., *de lib. et post.* (XXVIII, 2).

496. Chez les peuples de race germanique, la copropriété de famille se manifestait déjà du vivant du possesseur actuel des propres, et elle a eu un long retentissement dans les diverses institutions coutumières qui se rattachent à l'hérédité. La base même de la famille est toute différente chez les Germains et chez les Romains. A Rome, la famille se concentre dans son chef, elle repose sur sa toute-puissance : il étend la famille par l'adoption, il la détruit par l'émancipation. Les Germains reconnaissent aussi une grande autorité au chef, mais ce n'est plus l'idée de puissance qui est la base de la famille, c'est le sang, c'est la naissance : l'élément providentiel prend la place de l'arbitraire humain. Le chef ne peut plus enlever à l'enfant, en l'émancipant, les droits qu'il tient de la nature; de même il ne peut pas le priver des biens auxquels la naissance dans le sein de la famille lui donne droit; il ne lui est même pas permis de disposer de ses biens par sa seule volonté, il ne peut les aliéner qu'avec le consentement de ses futurs héritiers (1). Les enfants figurent dans les anciens diplômes comme parties nécessaires, lors de l'aliénation des propres; et quand ils n'y étaient pas appelés, ils avaient le droit d'agir en nullité. Nous en citerons un exemple, curieux à bien des égards, de la fin du dixième siècle. Un baron fonde un monastère pour le remède de son âme, c'était la formule; il le dote largement, comptant que les libéralités qu'il faisait à l'Eglise rachèteraient ses péchés. Le fondateur plaça l'une de ses filles à la tête du monastère comme abbesse. Mais il en avait une autre; celle-ci, n'ayant pas consenti à la donation, en demanda et en obtint la nullité, personne ne pouvant, d'après la loi saxonne, disposer de ses biens sans le concours des siens. Les collatéraux mêmes, au moins les plus proches, les frères et les sœurs, devaient concourir à l'acte (2).

497. On trouve encore ce vieil usage germanique dans

(1) *Lex Saxon.*, tit. XVII; Rotharis, lib. CLXXIII; *Lex Ripuar.*, tit. LIX.
(2) Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, p. 105 et suiv. Comparez Guerard, *Cartulaire de Saint-Jere*, t. Ier, p. 103 de la Préface et p. 222 et suiv.

les plus anciens coutumiers. La propriété des immeubles ne se transférait que moyennant certaines solennités; on y faisait intervenir les *hoirs*, et cela au même titre que le possesseur actuel. Tous devaient se présenter devant le seigneur en sa cour; les hoirs abdiquaient leur droit au profit de l'acheteur, et figuraient par conséquent comme vendeurs (1). Cette intervention des héritiers dans les actes d'aliénation des propres n'existait plus lors de la rédaction des coutumes. Elle s'était transformée en *retrait lignager*; l'héritier avait le droit de retraire le propre vendu, en offrant un prix égal à celui que l'acheteur avait promis. Le *retrait* implique que le parent qui l'exerçait avait dans le bien vendu un droit de domaine dont le possesseur de l'héritage ne pouvait pas le dépouiller (2) : c'était le quasi-domaine par lequel Domat explique la saisine. Lors de la rédaction du code civil, l'idée d'une copropriété de famille s'était complétement effacée ou, si l'on veut, transformée, mais elle avait laissé des traces profondes dans le droit de succession consacré par les coutumes : Treilhard, l'orateur du gouvernement, dit que le désir de conserver les biens dans les familles avait fait admettre la distinction des propres, c'est-à-dire des biens immeubles advenus par succession. Il rattache encore à ce même désir les restrictions que les lois mettaient à la faculté de disposer des propres. « Le testateur, dit Treilhard, ne pouvait pas transmettre ses propres, ou ne pouvait en transmettre qu'une faible partie; la loi lui assignait un héritier qu'il n'était pas en son pouvoir d'écarter. Il y avait des coutumes plus sévères qui interdisaient la disposition, même entre-vifs, des biens échus par succession. Telle était enfin la tendance à conserver les propres dans les familles, que la disposition de ces biens à titre onéreux n'était pas entièrement libre : un parent pouvait exercer le retrait sur un acquéreur (3). » De là encore les renonciations que l'on arrachait aux filles par leur contrat de mariage : « La raison, dit Pothier, qui a fait établir ces renonciations a été pour conserver les biens dans la famille de celui à la succession de qui on fait renoncer les filles au profit des mâles, et soutenir, par ce moyen, la splendeur du nom (1). » Enfin Domat explique très-bien que la règle en vertu de laquelle les propres ne remontaient pas avait le même fondement; et cet écrivain si judicieux, et d'une morale si sévère, n'hésite pas à justifier cette espèce d'exclusion. La règle qui affecte les propres à la famille de laquelle ils viennent, règle qui s'oppose à ce que les propres remontent, a son fondement et sa justice dans le même droit naturel qui affecte les biens aux proches. « Car, dit Domat, cette affectation des biens aux héritiers du sang regarde naturellement ceux qui sont de la famille d'où les biens sont venus. Ce qui rend juste la règle qui prive les ascendants de la propriété des propres d'un descendant venus d'un autre estoc, afin que les biens venus d'une famille ne passent pas à un autre (2). » L'explication de Domat nous fait pénétrer plus profondément dans l'esprit du droit coutumier que ce que les auteurs du code civil appellent le désir de conserver les biens dans les familles. C'est plus qu'un désir, c'est un droit, et le plus sacré de tous, puisqu'il tient au sang et à la naissance; ce qui le fait remonter à Dieu même. C'est donc aux coutumes que Domat a emprunté sa théorie d'un droit appartenant à celui qui naît dans une famille sur les biens qu'elle possède : le droit aux biens accessoires de la vie.

(1) Voyez l'*Ancien Coutumier d'Artois*, cité par Laboulaye, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, p. 137 et suiv.
(2) Guy Coquille, *Institution au droit français* (*Du retrait lignager*, p. 89).
(3) Treilhard, Exposé des motifs, n° 11 (Locré, t. V, p. 92).

II. *Des priviléges.*

498. Les anciens auteurs sont très-embarrassés quand ils recherchent l'origine des règles qui caractérisent la succession coutumière. Elevés dans l'étude et dans le culte du droit romain, ils tenaient à donner aux coutumes l'autorité qui s'attachait au droit romain, droit qui passait pour la raison écrite. Lebrun n'hésite pas à dire que la

(1) Pothier, *Traité des successions*, chap. I, sect. II, § III.
(2) Domat, *Lois civiles*, IIe partie, livre I, Préface, n° IV.

célèbre règle *paterna paternis* était empruntée au droit romain (1). C'est une erreur évidente, car les Romains ne savaient pas ce que c'étaient que des propres et des acquêts. Charles Dumoulin, l'oracle du droit coutumier, dit que la règle *paterna paternis* vient des Francs et des Bourguignons, et qu'elle a été étendue par une ordonnance de Charlemagne au pays des Saxons (2). Jadis on aimait à rapporter les institutions célèbres à quelque grand législateur; nous savons aujourd'hui que l'on a grandement exagéré le rôle législatif de Charlemagne; le droit germanique était essentiellement coutumier, les lois mêmes n'étaient que des recueils de coutumes. Il y a cependant un instinct très-juste dans l'explication de Dumoulin, c'est que les coutumes étant d'origine germanique, c'est chez les Germains qu'il faut chercher la tradition coutumière et non à Rome. D'autres écrivains, et des plus autorisés, tels que Basnage, rapportaient les singularités des successions coutumières à l'influence du régime féodal (3). Il y a aussi du vrai dans cette opinion, et elle se concilie très-bien avec celle de Dumoulin; car la féodalité a ses racines dans les forêts de la Germanie, comme l'a dit Montesquieu. Ce n'est pas à dire que le droit féodal reproduise le droit germanique dans toute sa pureté; les influences de la conquête et du régime aristocratique qui en résulta modifièrent profondément les coutumes primitives des peuples du Nord. De là les priviléges qui nous sont si odieux aujourd'hui, tandis qu'ils étaient vus avec faveur dans l'ancien droit.

499. Argou traite dans un seul et même chapitre *Du droit d'aînesse et de la succession des fiefs*. Ces matières, dit-il, ont tant de rapport ensemble que nous n'avons pas jugé à propos de les séparer. En effet, c'est principalement dans les fiefs que les aînés prennent leur droit d'aînesse, qui n'est autre chose qu'une portion plus avantageuse que

(1) Lebrun, *Des successions*, livre II, chap. I, sect. II, n° 8, p. 151.
(2) Dumoulin, conseil VII, n° 48.
(3) Basnage, *Sur la coutume de Normandie*, et Pontanus, *Sur la coutume de Blois*, cités par Merlin, au mot *Paterna paternis*, section II, § I (*Répertoire*, t. XXII, p. 384).

celle des autres héritiers dans la succession qui est à partager (1). Il est certain que les lois des Barbares ignoraient le droit d'aînesse, et Chabot remarque qu'il en fut ainsi jusqu'à l'avénement de la troisième race, celle des Capétiens; c'est à vrai dire l'époque où le régime féodal s'introduisit, et avec la féodalité le privilége des aînés mâles. Dans le principe, c'était moins un privilége qu'une nécessité politique. Les fiefs différaient du tout au tout de la propriété telle que les Romains l'organisèrent, et telle que nos lois la consacrent.

Le possesseur du fief était un souverain : chaque baron, dit Beaumanoir, est roi dans son domaine. Il s'agissait donc, après la mort du baron, de savoir si sa souveraineté serait divisée. Les Barbares partageaient les royaumes comme on partage les fermes; on voit encore de ces partages sous les descendants de Charlemagne. Si l'on avait partagé les fiefs, petites souverainetés limitées souvent à l'horizon de la vallée, que serait devenue la puissance des seigneurs féodaux? Elle se serait morcelée à l'infini, c'est-à-dire qu'elle eût cessé d'exister. De là la nécessité de concentrer les biens féodaux dans les mains du fils aîné. Portalis se plaint de cette influence que la loi politique exerce sur l'ordre des successions. « La loi politique, dit-il, se conduit plutôt par la raison d'Etat que par un principe d'équité; tandis que la loi civile incline plutôt vers l'équité, parce que son office principal est de régler les droits et les convenances entre particuliers, alors que la loi politique se guide par des vues d'intérêt général. » C'est ainsi, dit Portalis, que le droit politique inspira les anciennes coutumes françaises, toutes relatives à l'esprit de la monarchie, qui veut partout des distinctions, des priviléges et des préférences (2). Portalis se trompe en imputant à la monarchie les priviléges en matière de succession. Ils se sont établis sous le régime féodal, et à cette époque la monarchie n'existait encore qu'en germe. Après tout, si la loi politique domine la loi civile, c'est nécessité; conçoit-on

(1) Argou, *Institution au droit français*, t. Ier, p. 466.
(2) Portalis, Discours préliminaire, n° 95 (Locré, t. Ier, p. 182).

que sous le régime féodal on ait maintenu l'égalité dans le partage des fiefs, alors que la propriété était devenue une espèce de souveraineté? Le droit civil subit nécessairement l'influence de la raison d'Etat, parce que c'est la raison d'Etat qui constitue la société, et le droit civil n'existe que dans l'état social. Tout ce que l'on pourrait reprocher à la monarchie, c'est d'avoir maintenu et même étendu des priviléges nés avec la féodalité et qui auraient dû disparaître avec elle. Mais ce reproche même serait injuste. L'ancienne France était monarchique; or, si l'on veut une monarchie, on doit vouloir aussi les institutions sans lesquelles la monarchie n'a pas de racine dans les mœurs. Tels sont les priviléges de l'aîné des héritiers : c'était une nécessité, d'abord sous le régime féodal, puis sous le régime aristocratique qui en procède. Chabot dit, non sans dédain, dans son rapport au Tribunat : « A l'imitation des grands, les roturiers voulurent aussi faire des avantages considérables aux aînés dans l'espoir de relever leurs familles; et le droit d'aînesse fut établi pour les biens en roture, comme il l'avait été pour les fiefs (1). » Cette vanité nobiliaire que l'organe du Tribunat flétrit est, comme Chabot l'avoue, de l'essence des monarchies. Aujourd'hui que nos mœurs se démocratisent, personne ne songe à des préférences qui n'auraient plus de raison d'être.

500. Il en est de même de l'exclusion des filles. Nous verrons plus loin que celle-ci remonte aux lois barbares; mais ce n'était pas esprit d'inégalité, il importe de le constater, c'était encore par une nécessité politique, et la plus légitime de toutes, la nécessité de la défense nationale. Chez les Germains déjà, comme plus tard sous la féodalité, la propriété imposait le service des armes; comment les femmes auraient-elles hérité d'un fief, alors qu'elles ne pouvaient pas remplir les obligations qui y étaient attachées? Si la féodalité s'était organisée dans toute sa rigueur, les femmes auraient été entièrement exclues des successions, puisqu'elles ne pouvaient remplir les devoirs

(1) Chabot, Rapport, n° 24 (Locré, t. V, p. 114).

attachés à la possession du sol. La voix de la nature fut plus forte que les nécessités politiques. De bonne heure, les femmes furent admises à succéder aux fiefs, ce qui entraîna la dissolution du régime féodal (1). L'esprit aristocratique, la vanité nobiliaire prirent la place de la féodalité politique, et, il faut le dire, l'aristocratie dégénérée fut plus tenace que la raison d'Etat féodale. Chabot a des accents de colère quand il parle de l'inégalité qui régnait dans la succession coutumière. « L'orgueil féodal avait corrompu, dit-il, toutes les sources de la morale, il avait étouffé tous les sentiments de la nature; et cet orgueil se communiquant aux roturiers, qui n'étaient que trop souvent les serviles imitateurs des grands, avait brisé dans toutes les classes du peuple tous les liens des familles (2). » L'esprit du tribun est l'esprit révolutionnaire, démocratique. Dans l'ancien droit, l'exclusion des filles jouissait d'une faveur marquée ainsi que le droit d'aînesse. Lebrun en prend la défense, en se plaçant sur le terrain, non des préjugés nobiliaires, mais du droit traditionnel. « Les mâles, dit-il, sont l'appui d'une famille et la perpétuent, au lieu que les femmes sont la fin de la leur et le commencement d'une famille étrangère (3). » Il y a donc autre chose dans la succession coutumière que l'inégalité féodale; jusque dans les priviléges dérivant de l'âge et du sexe, il y a le désir de conserver les biens dans les familles, et ce désir tient à une conception de la famille bien plus juste que celle du droit romain, car elle repose sur le sang, et le sang vient de la naissance, c'est-à-dire de Dieu. Seulement le droit de succession des coutumes était vicié par l'esprit nobiliaire. La révolution de 89 proclama l'égalité dans l'ordre politique, et elle introduisit l'égalité dans l'ordre civil. Ce qui témoigne pour les coutumes, c'est qu'à bien des égards les lois révolutionnaires restèrent fidèles à la tradition coutumière, en écartant les abus de la féodalité pour s'en tenir à l'esprit du droit germanique.

(1) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VII, p. 550 et suiv.
(2) Chabot, Rapport au Tribunat, n° 24 (Locré, t. V, p. 114).
(3) Lebrun, *Des successions*, livre II, chap. II, sect. I, n° 2, p. 174.