

part, se saisissent des meubles de celui qui est décédé *intestat*, et les gardent pendant sept ans, si les héritiers ne composent avec lui (1). Même nous trouvons qu'anciennement en France les ecclésiastiques ne vouloient enterrer les morts si on ne leur mettoit leur testament en main, ou si à faute de testament on n'en obtenoit un mandement spécial de l'évêque, dont il se trouve, dans les registres du Parlement, un arrêt de l'an 1407, contre l'évêque d'Amiens et les curez d'Abbeville, que les intestats seroient inhumez sans contredits et sans mandement particulier de l'évêque. Et Joan. Galli, en sa quest. 102, remarque que souvent les héritiers, pour sauver l'honneur du défunt décédé sans tester, demandoient permission de tester pour lui *ad pias causas*; et j'ai leu ailleurs qu'il y avait des ecclésiastiques qui contraignoient les héritiers des intestats de convenir de preudhommes, pour arbitrer combien le défunt avoit deu léguer à l'Église. Bref, de cette entreprise des ecclésiastiques est encore demeuré jusqu'à ce temps que par nos coutumes, les curez et vicaires sont capables de recevoir les testaments, ainsi que les notaires. »

Cet état de choses ne pouvait être en France que transitoire; les libertés de l'église gallicane y mirent bon ordre en sécularisant la faction du testament. Les coutumes du xvi^e siècle dégagent entièrement l'hoirie du défunt de cette part que l'on attribuoit

(1) Nous avons vu, *supra*, le principe de ceci dans l'histoire de Mathieu-Paris sous le règne d'Henri III, en 1246.

à l'Église dans certains cas de déshérence, ainsi que nous l'avons vu par la charte d'Amiens; attribution dont l'origine se rattache évidemment à des croyances très-respectables, sans doute, en elles-mêmes, mais dont Loyseau nous a montré les envahissements ultérieurs et les côtés abusifs. Sous ce rapport, la liberté reste maîtresse dans les testaments, et on ne trouve plus que dans quelques statuts locaux une quotité disponible plus grande à l'égard de la cause pie qu'à l'égard des autres personnes (1).

Nous disons « en quelques statuts », parce qu'en général le droit français n'accordait pas de privilèges exceptionnels à la cause pie. C'est pourquoi les coutumes qui faisaient droit commun, avaient pris soin de dire que la cause pie ne dérogeait pas aux règles sur la disponibilité des biens (2).

De ce passage momentané du droit testamentaire dans la juridiction ecclésiastique, il resta pourtant quelque chose d'utile. C'est la vulgarisation du testament; c'est l'usage général d'un droit qui touche

(1) Clermont en Argonne, ch. 7, art. 2 : « Toutes personnes libres, franchises et saines d'entendement, usans de leurs droits, peuvent faire testament tant pour le salut de leurs âmes que pour choses pieuses, comme pour disposer de leurs meubles estans en aage, savoir la femelle à quatorze ans, le masle à dix-huit; mais ne peuvent disposer de leurs immeubles qu'ils n'aient atteint l'aage de vingt-cinq ans, si ce n'est pour legs pieux, pour lesquels *ne* (il me semble qu'il faut supprimer cette négation ou suppléer *ne que*) pourront disposer de leurs acquêts et du tiers de leurs naissant. »

Junge, Touraine, art. 233. Étampes, art. 403.

(2) Paris, art. 292. Orléans, art. 292. Normandie, 427. Bretagne, art. 499.

si essentiellement à la liberté de l'homme et de la propriété.

Mais pendant que le testament faisait ce progrès dans les habitudes nationales, le droit coutumier formulait, quoique sans esprit d'hostilité, une règle célèbre et populaire qui, s'écartant du droit romain, enlevait au testateur une portion du droit éminent qu'on lui reconnaissait dans les pays de droit écrit. La loi des Douze Tables avait dit : « *Dicat testator, et erit lex* ». Le droit coutumier disait au contraire au testateur : « Il n'y a que Dieu qui puisse faire un héritier, *Solus Deus hæredem facere potest, non homo* (1) ». Le testateur pouvait bien faire un légataire, même universel ; mais il ne pouvait pas faire un héritier : il n'avait pas la puissance de créer cet autre lui-même qui, pour représenter pleinement le défunt, doit avoir le même sang. Il semblait que l'homme empiétât sur le pouvoir de Dieu, en mettant sa volonté à la place de la nature. La saisine des biens appartenait donc à l'héritier naturel ; l'héritier testamentaire ne pouvait être ensaisiné que par lui. Nous verrons tout à l'heure (2) comment cette maxime servit aux légistes dans leur lutte contre la puissance féodale. Je suis fort tenté de croire qu'ils ne l'accréditèrent que pour s'en faire une machine de guerre destinée à battre en brèche les prétentions des seigneurs.

(1) Glanville, *De legibus Angliæ*, VII, 4. Delaurière sur Loysel, 2, 4. 5. Poitou, art. 272.

(2) *Infra*, p. CXXIV.

Il y avait cependant un ordre de dispositions qui avait le privilège de faire un héritier ; c'était l'institution contractuelle ou institution d'un héritier faite en contrat de mariage (1). Elle dut ce privilège exceptionnel à son caractère, qui se mélangeait d'un élément conventionnel très-marqué et qui saisissait l'institué, non pas comme un testament, mais comme le fait un contrat entre-vifs, lequel désinvestit actuellement et produit des effets présents sans attendre l'événement de la mort.

Puisque l'occasion s'en présente, nous dirons un mot de ce genre de disposition.

Les nations germaniques n'eurent pas les mêmes préventions que les Romains contre les pactes de succession future (2). A Rome, ces pactes étaient odieux (3) ; chez les peuples d'origine germanique ils jouissaient de beaucoup de faveur. A leurs yeux, la propriété ayant un caractère de solidarité pour toute la famille, la famille était naturellement appelée à prendre part aux dispositions qui l'affec- taient. Longtemps les pactes de succession future furent pratiqués en France (4) ; ils furent très en vogue dans les bas siècles.

(1) *Infra*, nos 2343 et suiv.

(2) *Supra*, p. LXXXVII.

(3) Stace, *Silvarum*, lib. 4, 7, v. 33 :

Orbitas omni fugienda nisu,
Quam premit votis inimicus hæres,
Optimo poscens, pudet heu ! propinquum
Funus amico.

(4) *Masuerii practica forensis*, t. XXXII, n° 46, Junge P. De Fontaines, ch. 45, § 7.

Lorsque les fiefs furent devenus patrimoniaux et héréditaires, le seigneur suzerain eut un intérêt de premier ordre à ce que le fief qui relevait de lui fût convenablement desservi. Il était par conséquent partie nécessaire au mariage des filles appelées à succéder à cette terre militaire et privilégiée; il intervenait même au contrat de mariage des mâles successibles, parce qu'un mariage influe toujours sur la condition de l'homme: « *Quia*, dit Decius, » *sub tali pacto matrimonii, nobiles inveniunt nobiliores per quos nobilitas crescit* (1). » Les contrats de mariage passés sous les yeux du seigneur furent donc très-spécialement l'objet de pactes relatifs à la succession du fief. C'est ce qui a fait dire à Boerius (2), cité par Montesquieu (3), que les seuls nobles eurent d'abord la liberté de disposer des successions par contrat de mariage; ce qui me paraît vrai en ce sens que les nobles, fidèles à des souvenirs d'origine germanique, conservaient pour les pactes de succession une prédilection que n'avaient pas les autres classes de la société, mieux disposées en faveur du droit romain.

Quoi qu'il en soit, les pactes de succession future ayant été attaqués très-vivement lors de la renaissance du droit romain, les feudistes ne purent lutter contre les romanistes sur le caractère de ces conventions prises en général; ils furent accablés par l'autorité des lois romaines, et en principe le droit

(1) *Comm.* 225, n° 1.

(2) *Décision* 155, n° 8. Junge De Laurière, *Instit. cout.*, ch. 1, n° 24.

(3) *Esprit des lois*, 31, 34.

franco-germanique fut forcé de reculer. Mais, en ce qui concerne les pactes de succéder faits dans les contrats de mariage, pactes si utiles à la noblesse et si nécessaires pour le service des fiefs, les feudistes se défendirent énergiquement; ils firent valoir les privilèges du contrat de mariage, et ils obtinrent pour eux une exception.

L'institution contractuelle devint dès lors un établissement du droit français; elle l'emporta sur le droit romain, vaincu, sous ce rapport, par le droit germanique, et elle ne tarda pas à devenir de droit commun (4).

Pendant que ce travail s'opérait en faveur de l'institution contractuelle, aux dépens du droit romain, il s'en faisait un autre aux dépens du droit féodal, en faveur de la propriété roturière. Nous avons vu tout à l'heure cette propriété sortir des mains de la servitude; une fois entrée dans les voies de la liberté, elle voulut échapper entièrement à ses anciennes étreintes.

On sait déjà que la propriété féodale enlacée dans son réseau hiérarchique, était assujettie à payer un droit de relief pour les transmissions successorales dont elle était l'objet. Dans l'origine les censives et propriétés roturières avaient subi la même loi (2). Le seigneur était censé la source de toute propriété, il était le prince du sol (3). « Nulle terre sans seigneur, »

(4) Voyez là-dessus De Laurière, *Traité des instit. cout.*, ch. 1. Merlin, *Répert.*, v° *Instit. cont.* Coquille sur *Nivernais*, ch. *Des donat.*, art. 42 et *quest.* 149. Ducange, v° *Pactum*. Brodeau sur *Louet*, lettre 5, somm. 9. *Revue de législ.*, t. XI p. 127.

(2) Mon art. sur les *Cout. d'Amiens* (*Revue de législ.*, t. XXV, p. 439).

(3) Très-ancienne *Cout. de Bretagne*, art. 184.

et les tenanciers devaient reconnaître cette seigneurie dans chaque mouvement de la propriété (1). Mais à côté de la règle féodale, il en existait une autre plus générale, plus populaire; c'était la règle : « le mort saisit le vif. » Elle n'était pas sortie d'une ornière, comme le dit mal à propos Cujas : *de via collecta*. Elle avait été suggérée aux légistes par les prétentions féodales sur la propriété des vassaux. Les légistes n'avaient pas seulement une science aussi étendue que le comportait l'époque; ils savaient encore l'éclairer par le vif sentiment de la liberté privée. Choqués d'un système qui subordonnait à ses combinaisons les lois de la nature et l'indépendance de la propriété, ils s'efforcèrent d'anéantir cet élément parasite qui venait se glisser entre les membres de la même famille, qui rompait le lien du père au fils, des parents aux parents, et qui exigeait que tout revînt en sa main pour que tout portât le caractère de sa dépendance. La règle « le mort saisit le vif » déjà en vigueur sous saint Louis (2), fut leur point d'appui principal. Elle leur servit à conjoindre la possession du défunt à celle de l'héritier et à ne faire qu'une seule et même personne de ces deux propriétaires successifs. Vainement le seigneur, éliminé par cette unité et cette continuité non interrompue de la famille, objectait-il que le défunt était censé lui avoir remis en mourant la possession de ses biens, pour qu'il en investît le fils ou le parent le plus proche; les légistes lui répondaient que le mourant

(1) *Revue*, loc. cit., p. 145.

(2) *Établiss.*, liv. 2, ch. 4. Mon article précité, p. 147.

n'avait pu se dessaisir à son profit qu'en faisant une institution d'héritier avec fidéicommiss, et que par une autre règle non moins embarrassante pour l'exigence du seigneur, « Dieu seul peut faire un héritier (1) ». Les arguments juridiques étaient alors d'un grand poids; ceux-ci fermèrent la bouche aux seigneurs, et la succession roturière fut sauvée de la souveraineté féodale. La rédaction des coutumes au XVI^e siècle consolida cette victoire du droit naturel. En cela comme en tant d'autres points, elles surent *modérer, corriger, diminuer* ce que les anciennes pratiques avaient de *dur, de rigoureux* et de *déraisonnable* (2).

Mais pendant que les légistes rendaient à la propriété ce service signalé, ils tombaient sans s'en apervoir dans un piège qui faillit devenir funeste à leurs tendances libérales. Pour mieux assujettir la propriété féodale à l'unité royale, pour mieux faire planer l'autorité du roi sur les seigneurs investis de ses démembrements, pour mieux saper, en un mot, la féodalité dans sa base, en lui enlevant le fameux principe : *nulle terre sans seigneur*, ils avaient établi que le roi était le souverain fief de son royaume; que par conséquent toutes les possessions féodales relevaient de lui, et qu'il était fondé en droit général, quoique non spécial, sur toutes les terres de son royaume. Ces jurisconsultes n'avaient pas eu le moins du monde la pensée d'attribuer au roi la propriété des terres de France; ils avaient voulu dire seulement que le roi

(1) Mon article précité, p. 148.

(2) Procès-verbal de la Cout. d'Amiens, article précité, p. 150.

bonne ait bien profondément pénétré dans l'esprit de Louis XIV pour en fausser la sincérité, puisque, dans son instruction au dauphin, il dit : « Tout ce qui se trouve dans l'étendue de nos États, de quelque nature qu'il soit, nous appartient au même titre. Vous devez être bien persuadé que les rois sont seigneurs absolus et ont naturellement la disposition pleine et libre de tous les biens qui sont possédés, aussi bien par les gens d'église que par les séculiers, pour en user en tout comme de sages économes (1). » Quand on sait que c'est la fausse et complaisante science de certains docteurs qui pervertit à ce point les notions du vrai dans un cœur loyal, combien ne doit-on pas craindre de voir les bouches serviles ou mercenaires s'approcher de l'oreille des princes !

Nous avons rappelé ce fait curieux, parce que c'est cette théorie d'un droit supérieur sur la propriété privée qui, après s'être transmise des seigneurs féodaux au roi et du roi à l'État, alla infecter l'esprit de Mirabeau et de Tronchet et fut la base de leurs argumentations contre la légitimité naturelle du droit de tester. Nous discuterons ce point avec eux dans la partie dogmatique de cet ouvrage (2) ; ici nous ne voulons que raconter. Il nous suffira de dire que cette théorie du droit de l'État, qualifié de droit social par l'école révolutionnaire, est tombée dans l'odieux devant le tribunal de l'opinion publique, et que le Code Napoléon l'a heureusement con-

(1) *Œuvres de Louis XIV*, t. II, p. 93. Voy. mon *Petit traité de la propriété*, loc. cit.

(2) *Infra*, nos 42 et suiv.

damnée au nom de la raison et du droit naturel. Ce sera notre point de départ pour défendre le droit de tester contre ses adversaires, et nous croyons que notre démonstration sera victorieuse.

Nous ne prétendons pas dire que ce droit du père de famille n'entraîne pas à sa suite quelques abus. Tout ce qui est de l'homme n'a-t-il pas des faiblesses ? Labruyère a mis en lumière les procès, les discordes, les mécomptes qu'engendre souvent le testament.

« S'il n'y avait point de testaments pour régler le droit des héritiers, je ne sais si l'on aurait besoin de tribunaux pour régler les différends des hommes. Les juges seraient presque réduits à la triste fonction d'envoyer au gibet les voleurs et les incendiaires. Qui voit-on dans les lanternes des chambres, au parquet, à la porte, ou dans la salle du magistrat ? Les héritiers *ab intestat* ? Non, les lois ont pourvu à leurs partages : on y voit les testamentaires qui plaident en explication d'une clause ou d'un article ; les personnes exhérées ; ceux qui se plaignent d'un testament fait avec loisir, avec maturité, par un homme grave, habile, consciencieux, et qui a été aidé d'un bon conseil ; d'un acte où le praticien n'a rien omis de son jargon et de ses finesses ordinaires. Il est signé du testateur et des témoins publics, il est paraphé ; et c'est en cet état qu'il est déclaré nul.

» Titius assiste à la lecture d'un testament avec des yeux rouges et humides, et le cœur serré de la perte de celui dont il espère recueillir la succession :

un article lui donne la charge, un autre les rentes de ville, un troisième le rend maître d'une terre à la campagne. Il y a une clause qui, bien entendue, lui accorde une maison située au milieu de Paris, comme elle se trouve, et avec les meubles; son affliction augmente, les larmes lui coulent des yeux : le moyen de les contenir? Il se voit officier, logé aux champs et à la ville, meublé de même; il se voit une bonne table et un carrosse. Y avait-il au monde un plus honnête homme que le défunt, un meilleur homme? Il y a un codicille, il faut le lire : il fait Mœvius légataire universel, et il renvoie Titius dans son faubourg, sans rentes, sans titre et le met à pied. Il essuie ses larmes : c'est à Mœvius à s'affliger » (1).

Ces tableaux sont piquants. Un moraliste qui peint des caractères est maître de choisir son sujet et de donner la préférence à l'esquisse des travers et des ridicules de l'homme pour mieux amuser ses lecteurs. Mais le magistrat, auprès duquel le bien aboutit comme le mal, étudie sous un aspect plus général et plus complet la lutte des intérêts humains, et son impartialité sait tenir compte du bon côté des institutions. J'ai vu bien des testaments bizarres; depuis les lois romaines jusqu'à nos jours la matière ne manque pas. L'un veut que son héritier porte sur ses épaules son cadavre frotté d'huile (2); l'autre que ses restes soient jetés à la mer (3); celui-ci que son corps soit suivi par vingt-quatre pauvres habillés de ses nippes,

(1) *Caractères*, ch. 44, *De quelques usages*.

(2) *Infra*, n° 218.

(3) *Infra*, nos 218 et 223.

qui ne soient ni bossus, ni aveugles, ni borgnes, ni boiteux, ni galeux, et qui soient de belle taille et bien faits (1); celui-là, se complaisant dans l'idée de la mort, qui effraye les autres, fait dix-sept testaments (2). Il croit avoir tout prévu, comme feu le marquis d'Aligre; et chacun de ses innombrables testaments, qu'on est obligé de faire relire en un volume pour s'y reconnaître, donne lieu à un procès et forme un sujet de contradiction (3). Je pourrais multiplier à l'infini les exemples de testaments singuliers et fantasques. Mais puisque le testament est l'homme lui-même, voudrait-on qu'il fût toujours sensé, lorsque l'homme est souvent peu raisonnable? C'est précisément parce que la liberté de tester est sujette à des écarts, que la loi a dû intervenir pour en régler équitablement la forme et le fond. A ce propos, Quintilien a très-bien remarqué qu'il y a des choses qui sont de droit naturel, mais dont le droit civil a dû modérer l'excès; telle est la liberté des testaments. Tester est de droit naturel; mais la liberté illimitée des testaments, pouvant avoir des inconvénients, a été modérée par le droit civil. C'est ce qu'exprime cet auteur par ces paroles : *Est aliquid æquum, sed prohibitum jure, ut libertas testamentorum* (4). Oui, il faut tempérer par de prudentes pré-

(1) Testament de la veuve Roquemont (*Recueil, C. D.*, p. 142 et suiv.).

(2) Une dame Dufour de Villeneuve, audience de la cour de Paris (1^{re} chambre) des 18 novembre, 9 et 19 décembre 1851.

(3) Voy. les arrêts rendus à la 1^{re} chambre de la cour impériale de Paris, sous ma présidence, pour liquider la succession de cet homme opulent, embrouillée par cette manie de tester.

(4) *Instit. orat.*

cautions la liberté des testaments. Mais Quintilien a grande raison de dire que le testament, en soi, tient ses droits de l'équité naturelle. Il est la conséquence et le complément du droit de propriété; il est la consolation du père de famille, et répond aux besoins d'un cœur reconnaissant qui veut récompenser les soins d'une épouse, les mérites d'un fils, les services d'un ami. Un peuple n'est pas libre s'il n'a pas le droit de tester, et la liberté du testament est l'une des plus grandes preuves de sa liberté civile. Qui pourrait d'ailleurs ne pas respecter les dernières paroles d'un mourant? La volonté de l'homme, quand elle a été idéalisée par la mort, est une des plus grandes puissances morales de ce monde. Nous voyons dans les livres saints que la bénédiction des patriarches s'étend sur la famille comme un décret venu de Dieu. Partout et dans tous les pays connus, civilisés ou non, les désirs exprimés par le père, dans son moment suprême, parlent plus haut aux enfants recueillis que toutes les lois de l'ordre civil. Le testament de César fit trembler ses ennemis; celui de Louis XVI a condamné ou désarmé les siens; et la dernière larme versée sur la France par l'exilé de Sainte-Hélène touche le cœur aussi profondément que les exploits du vainqueur de l'Europe excitent l'admiration.

FIN DE LA PRÉFACE.

CODE NAPOLÉON

LIVRE III, TITRE II

DES DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS.

Décrété le 43 floréal an XI (3 mai 1803) promulgué le 23 floréal
an XI (13 mai 1803).

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

ARTICLE 893.

On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies.

SOMMAIRE.

1. De la bienfaisance. — La bienfaisance contribue à l'harmonie sociale.
2. Elle se distingue de la justice en ce qu'elle est libre et spontanée.
3. La jurisprudence ne prend le bienfait qu'à titre de fait accompli, mais elle cherche à se rapprocher autant que possible de la doctrine des moralistes.
4. La jurisprudence ne s'occupe pas des simples bons offices.
5. La donation procède du même ordre de dispositions bienveillantes que le prêt, le mandat et les autres contrats de bienfaisance.