

la fois, de même on ne pouvait avoir une épouse légitime et une concubine, ou bien deux ou plusieurs concubines (1).

De même qu'on ne pouvait se marier qu'à douze ans, de même le concubinage n'était pas permis au-dessous de cet âge (2).

De même que le fils était justement exhéredé s'il avait un commerce avec la femme de son père, de même il encourait la même peine si ce commerce avait lieu avec une concubine (3).

Mais il y avait aussi plusieurs différences : on pouvait vivre en concubinage avec les femmes nommées *ancillæ* ; on ne pouvait les épouser. La concubine n'avait pas la dignité d'une mère de famille ; elle ne participait pas, comme l'épouse, aux titres et honneurs de son mari (4). On pouvait donner à la concubine, et la poursuivre pour vol. Rien de tout cela n'avait lieu à l'égard de la femme légitime. On voyait beaucoup de questions s'élever entre époux pour cause de divorce et de dot, jamais entre concubins. Enfin les enfants nés d'une épouse étaient légitimes et en puissance : *inpotestates* ; ceux nés d'une concubine étaient appelés *naturals*, et ils ne participaient pas à la dignité de leur père (5).

Pour en revenir aux libéralités dont nous nous occupons ici, on était si éloigné de proscrire les donations entre concubins qu'Ulpien nous apprend qu'il était permis de donner entre-vifs aux femmes appelées *mérétrices* (6). Combien à plus forte raison à la concubine, qui était *particeps mensæ et tori*.

(1) L. 1, C., *De concub.*, nov. 18, c. 5 ; nov. 87, c. 12.

(2) L. 3, § ult., *De concub.*

(3) Nov. 115, c. 3, § 6.

(4) D. 4, D., *De ritu nupt.* L. 31, D. *De donat.*

(5) Voët, 25, 7, 3.

(6) L. 5, D., *De donat.*, Voët, 24, 15.

Ici on pourrait se faire une question : Pourquoi la donation, qui était défendue entre mari et femme, était-elle permise entre concubins ? Cujas en donne pour raison l'affection plus grande des époux légitimes et la plus grande faiblesse de leur volonté (1).

Quoi qu'il en soit, il en était autrement des femmes avec lesquelles les soldats vivaient en mauvais commerce et qu'on nommait *focariæ*. Elles étaient déclarées indignes de recevoir, et les dispositions faites en leur faveur étaient acquises au fisc (2). C'est ce qu'établit un rescrit de l'empereur Adrien, afin de maintenir la discipline dans les armées, et d'empêcher que la solde des militaires ne fût convertie en débauches ou en libéralités pernicieuses (3).

Mais il faut bien se garder de confondre la *focaria* avec la concubine. Ce qui était défendu envers l'une était permis à l'égard de l'autre (4).

Les empereurs chrétiens restreignirent, par la suite, cette

(1) « *Cur autem concubinæ donare licet, non uxori? Quia scilicet (nec alia ratio reddi potest quam quæ adfertur in leg. ult. Cod. Theod., De leg. hæred.), quia quo plenior est affectio et dignitas conjugalis, eo fuit refrenanda magis, alioquin nullum facerent finem donandi invicem et spargendi munera, et ut ait eleganter, veteres arbitrati sunt reprimendum potius, ut in loco ancipiti, quam incitandum esse mutuum favorem inter maritos.* » (Cujas, comm. ad tit. Cod., *De donat. inter vir. et uxor.*) Ailleurs le même jurisconsulte répète la même chose en d'autres termes : « *Per leges non licet tam liberalibus nobis esse in uxorem quam in concubinam. Si liceret esse liberalibus, extemplo profusi et prodigi in eas essemus, quia tanta animi propensio hominibus sanis non est in concubinam, quæ justos liberos non pariat; insani quid agant, non spectant. Dantur frena conjugibus, non concubinis, et ut ait lex ult. Cod. Theod., De leg. hæred., reprimendus est potius quam incitandus conjugalis favor.* » (Cujas., *Resp. Pap.*, lib. 12, ad leg. 31, D., *De donat.*)

(2) L. 14, D., *De his quæ ut ind. auf.* L. 41, § 1, D., *De test. milit.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 225, n° 10, et p. 441, n° 3.

(3) Voët, *loc. cit.*

(4) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 441, note A.

capacité des concubins. Justinien, par sa nouvelle 84, chapitre XII, qui fixe le dernier état de la jurisprudence, décida que celui qui aurait des enfants légitimes ne pourrait laisser à sa concubine et à ses enfants plus d'un douzième de ses biens; mais qu'à défaut de descendance légitime, on pourrait disposer en faveur de la concubine de tout son avoir, sauf la légitime des ascendants (1).

L'empereur Léon défendit absolument le concubinage par sa nouvelle 91; mais cette loi ne fut exécutée que dans l'empire d'Orient. En effet, le concubinage continua d'être autorisé chez les Lombards et les Germains.

569. En France, le concubinage est depuis longtemps regardé comme une débauche contraire à la pureté de la religion et des bonnes mœurs, et dans notre ancien droit, l'incapacité de la *focaria* était étendue à toutes les concubines (2). Les donations que les concubinaires se faisaient entre eux, soit par testament, soit entre-vifs, étaient considérées comme le fruit de la captation, comme la récompense de passions honteuses, et la loi ne leur donnait pas l'appui de son autorité. *Donation en mariage ni concubinage ne vaut*, disait Loysel (3). Il était seulement permis de faire à une concubine des legs d'aliments (4). Cette législation a été en vigueur même sous les lois du 17 nivôse an II, et du 4 germinal an VIII. C'est ce qu'enseigne M. Merlin (5), et M. Grenier est d'accord avec lui sur ce point (6).

Mais le Code Napoléon n'a pas répété ces dispositions pro-

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 284, n° 82, et t. III p. 38, n° 35.

(2) L'ordonnance de 1629 en portait même la disposition formelle.

(3) 1, 2, 25.

(4) Furgole, VI, 2, 85. Henrys, 5, 2, 12. Charondas, 7, 198. Anjou, 342; Maine, 354; Tours, 296, etc., etc. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Concubinage*.

(5) *Loc. cit.*

(6) T. I, p. 669, 670, 671.

hibitives, et de son silence il résulte qu'il n'a pas voulu les consacrer en principe. On doit même remarquer que le projet du Code Napoléon portait un article qui interdisait les dons entre concubins, et que cet article n'a pas reparu dans la rédaction définitive.

On pourra demander pourquoi le Code Napoléon a fermé les yeux sur les effets de la passion immorale qui porte deux personnes de sexes différents au concubinage, lui qui s'est défié de l'amour conjugal, c'est-à-dire de cet amour épuré par la religion et par les lois, au point de défendre les donations irrévocables entre époux; lui qui a si justement redouté l'empire du tuteur sur son pupille; lui enfin qui, toujours en garde même contre les professions les plus honorées dans la société, a mis le malade à l'abri des séductions de son médecin, et le pénitent à l'abri de celles de son confesseur?

Mais il faut répondre que le Code Napoléon a voulu prévenir des perquisitions qui pourraient être injustes, odieuses, ou tout au moins scandaleuses; il a voulu tarir une source d'accusations empoisonnées contre celui que la tombe couvre de sa protection, ou contre celle que la cupidité veut dépouiller de libéralités méritées. Il y a d'ailleurs des cas où la réparation du mal est plus dangereuse que le mal lui-même. Il eût été périlleux de troubler la cendre des morts en fouillant dans les secrètes intimités de leur vie, ou en affichant au grand jour les misères de leur conduite.

570. Je n'ignore pas que quelques arrêts, inspirés par un stoïcisme exagéré, ont rétabli, de leur autorité privée, la maxime de l'ancien droit français: *Don de concubin à concubine ne vaut* (1); mais ces arrêts, en petit nombre, du reste,

(1) Besançon, 25 mars 1808 (Daloz, 5, 245). Grenoble, 17 janv. 1812 (Daloz, 5, 246). Bruxelles, 19 fév. 1823 (Daloz, 5, 266). V. aussi MM. Del-

ne doivent pas être suivis. La majorité des cours et des auteurs s'est prononcée en faveur de l'opinion que nous soutenons (1); et cela, lors même que la succession serait opulente (2) ou que le concubinage serait compliqué de la circonstance d'adultère (3). Il faut ensevelir dans la tombe ces écarts que la publicité aggrave, et l'on ne doit pas, par intérêt, faire la guerre à la mémoire du défunt.

571. Il va sans dire cependant que, si le don avait été arraché par une captation frauduleuse, il serait nul.

572. Nous venons de dire que, lors même que le concubinage prendrait le caractère de l'adultère, cette circonstance ne rendrait pas la donation nulle.

Par le droit romain il n'en était pas ainsi : les adultères ne pouvaient se faire entre eux ni don ni legs (4). Les lois ne voulaient même pas que les enfants, qui provenaient de ces unions coupables, pussent recevoir des aliments de leur père (5).

Dans l'ancienne jurisprudence, cette rigueur était admise.

vincourt, t. II, p. 209; Bedel, *De l'Adultère*; Delpech, *Rec. de l'Acad. delégisl. de Toulouse*, t. VII, p. 279 et suiv.

(1) M. Merlin, *Répert.*, t. XIV, v° *Concubinage*. Toullier, 5, 719. Devill., 5, 4, 226. Junge MM. Paul Pont, *Revue critique*, t. I, p. 589; Coin-Delisle, art. 942, n° 6; Demante, t. IV, p. 62; Saintespès-Lescot, t. I, n° 469; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 3, § 448, note 6.; Aubry et Rau, t. V, § 649 et note 40; Bonnet, *Disp. p. cont. de mar. et ent. ép.*, t. III, n° 889 et suiv. *Dict. du notariat*, 4^e édit. v° *Donation*, n°s 456 et suiv. — V. aussi Agen, 7 mai 1854 (Devill., 54, 2, 273). Req. 26 mars 1860 (Devill., 60, 4, 32; Dalloz, 60, 4, 255. Pal. 1864, p. 238).

(2). Rouen, 8 janv. 1827.

(3) Montpellier, 23 mars 1824; Paris, 17 juillet 1826 (Dalloz, 28, 2, 245). M. Merlin, *Répert.*, v° *Adultère*.

(4) L. 43, D., *De his quæ ut indig.*, et le Code, *De incertis et inut. script.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 444, n° 2.

(5) Ricard, part. 4, n°s 399 et suiv.

On croyait fortifier la pureté des mœurs chrétiennes par l'honnêteté civile.

Mais le Code a craint d'entrer dans cette voie par les raisons que nous avons dites : il a redouté les scandales, les discordes intestines, les hontes de famille, et il jette un voile impénétrable sur ces faiblesses ou ces turpitudes.

573. Parmi les causes qui rendent incapables de recueillir, il faut compter l'indignité (1).

Les Romains mettent une grande différence entre l'indigne et l'incapable. L'indigne, en effet, était capable de recueillir; seulement, il ne pouvait pas retenir, car le fisc lui était subrogé; au lieu que l'incapable ne pouvait pas recueillir; en sorte que la disposition au profit de l'indigne valait en elle-même; l'indigne était seulement déclaré déchu (2).

Cette distinction avait des conséquences importantes. La principale était que l'institution au profit d'un incapable faisait crouler le testament, au lieu que l'institution relative à un indigne le laissait subsister dans toute sa force (3). De même, un premier testament valable et parfait était révoqué de plein droit par un testament où un indigne était institué; au contraire, le testament postérieur fait au profit d'un incapable ne révoquait pas le premier (4); ce premier testament valait, si ce n'est que l'héritier, n'ayant pas pour lui *supremum defuncti judicium*, était privé, comme indigne, du bénéfice de l'institution; quant aux legs, ils étaient dus (5).

(1) *Supra*, n° 480.

(2) Cujas reproche vivement à Accurse d'avoir confondu l'indignité avec l'incapacité, et finit par dire : « *Quæ relinquuntur incapacibus pro non scriptis habentur, non quæ relinquuntur indignis. Indigni possunt capere, sed non retinere.* » (*Quæst. Pap.*, lib. 16, 12, D., *De is quæ ut ind. auf.*)

(3) Furgole, VI, 3, 49.

(4) L. 12, D., *De his quæ ut indig.* Furgole, VI, 3, 49.

(5) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 445, n° 2. Furgole, VI, 3, 23. M. Merlin, *Répert.*, v° *Révocation de testament*.

Dans le droit coutumier, cette différence entre l'incapacité et l'indignité était loin d'avoir la même importance. Comme l'institution d'héritier n'y était pas requise, on n'avait pas à discuter sur les caractères de l'indignité et de l'incapacité, et sur leur influence plus ou moins irritante sur cette solennité du testament.

Néanmoins, et quoi qu'en ait dit Ricard, si souvent fautif dans ses jugements, on ne confondait pas absolument les indignes et les incapables (1), et il restait quelque chose de la différence entre ne pas recueillir et ne pas retenir.

Il en est de même sous le Code Napoléon, et la logique judiciaire veut qu'on n'assimile pas celui qui n'a pas les conditions pour recevoir avec celui qui, ayant ces conditions, est jugé indigne de garder (2).

574. Les causes d'indignité, si nombreuses dans l'ancien droit, ont été singulièrement restreintes par le Code actuel. L'article 727 les réduit à trois :

1° Condamnation pour avoir donné la mort au défunt; 2° accusation capitale contre le même, jugée calomnieuse; 3° défaut de dénonciation du meurtre du disposant. Quelques observations sont nécessaires sur chacun de ces points.

575. Celui qui procure la mort du testateur, n'est indigne de sa succession qu'autant qu'il l'a tué hors le cas de défense légitime. Bartole avait soutenu que l'homicide, dans un cas permis, n'était pas un motif d'indignité; mais Furgole et Lebrun l'avaient combattu. Furgole (3) se fondait principalement sur la loi 1, D., *De his quæ ut indign. aufer.*, qui prononce l'indignité pour un fait récompensé par la loi, mais qui portait préjudice à la mémoire du défunt (4). Mais le Code Na-

(1) Lebrun, *Success.*, 3, 9. 5. Furgole, VI, 3, 6.

(2) M. Toullier, t. 4, n° 90.

(3) *Test.*, loc. cit., ch. 6, sect. 3, n° 49.

(4) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 442, n° 6.

poléon ne laisse plus matière à discussion sur ce point; il exige qu'il y ait condamnation, et l'on ne peut condamner celui qui donne la mort à autrui dans le cas de légitime défense (1). L'avis de Bartole se trouve donc sanctionné. Du reste, la prescription acquise par le meurtrier contre la condamnation, ne le relèverait pas de son indignité; de là cet adage : *La peine se prescrit et non l'indignité* (2).

576. La dénonciation contre le défunt doit avoir deux caractères pour faire encourir l'indignité : il faut qu'elle soit capitale, et de plus qu'elle soit jugée calomnieuse. Par le mot capitale, il est clair que le législateur n'a entendu parler que d'une accusation pouvant entraîner peine de mort naturelle ou de celle qui pouvait entraîner jadis la mort civile. Les autres accusations ne sont pas capitales; elles n'ont point pour but de faire perdre la liberté naturelle et les avantages du droit de cité; car les peines qui pourraient en résulter, ne faisant que restreindre certaines capacités accessoires, elles n'opèrent point de changement d'état, *capitis diminutionem* (3).

577. D'après le droit romain, l'héritier était obligé de venger la mort violente du défunt. Par un sentiment de pudeur, on ne permettait pas que celui qui recueillait les richesses du décédé, s'occupât d'un sordide intérêt avant d'avoir fait poursuivre ses meurtriers; et l'on dépouillait, comme indigne, celui qui faisait acte d'héritier avant d'avoir satisfait à ce soin pieux (4). Cependant les héritiers mineurs n'étaient pas astreints à cette loi (5).

(1) Vid. etiam, Voët, *Ad Pand.* (*De his quæ ut indign.*, n° 7).

(2) Lebrun, 3, 9, 41. Furgole, VI, 3, 89. M. Merlin, *Répert.*, v° *Indigne*. M. Toullier, t. 4, n° 408.

(3) Heineccius, *Instit.*, t. I, p. 222, 223, 225. M. Toullier, t. 4, n° 409.

(4) Voyez le Digeste au titre *De S. C. Siliciano et Claudiano*. Pothier *Pand.*, t. II, p. 261, n° 42.

(5) L. 6, D., *Quæ ut indign.* Pothier, loc. cit.

La jurisprudence avait dispensé le père de poursuivre son fils meurtrier du défunt, et réciproquement; le mari de poursuivre sa femme, et réciproquement; et le frère de poursuivre son frère. On ne pouvait pas exiger que des parents si chers, si étroitement unis par les liens du sang, appelassent, sur la tête les uns des autres, la vengeance de la loi et des accusations toujours odieuses. Le Code Napoléon a adopté sur cette matière les idées morales du droit romain. Mais il n'est plus nécessaire que l'héritier intervienne ou poursuive lui-même le meurtrier. Cela pouvait être indispensable à Rome, où la vindicte publique n'appartenait qu'à chaque citoyen individuellement; en France, où un magistrat est spécialement chargé de la poursuite des crimes et délits, il suffit que l'héritier dénonce au ministère public ou au juge d'instruction l'homicide commis sur le disposant. C'est ce qui résulte explicitement, d'ailleurs, du mot *dénoncer*, dont se sert l'art. 727.

D'après l'art. 728, on ne peut opposer le défaut de dénonciation aux *ascendants et descendants du meurtrier, ni à ses alliés au même degré, ni à son époux ou à son épouse, ni à ses frères et sœurs, ni à ses oncles et tantes, ni à ses neveux et nièces.*

578. La loi emploie dans les deux art. 727 et 728 les mots meurtre et meurtrier, qui sont essentiels parce qu'ils prouvent qu'on ne doit dénoncer l'homicide qu'autant qu'il prend un caractère volontaire, et qu'ainsi il n'y a pas nécessité de déférer à la justice l'homicide purement involontaire qui a fait périr le défunt.

Si le ministère public a commencé des poursuites sur le cri public, et avant la dénonciation des héritiers, ces derniers, qui voient la justice saisie et agissante, sont-ils nécessairement obligés de dénoncer le meurtre? Nous serions enclins à opiner pour la négative. Dans l'ancienne jurispru-

dence (1), on ne faisait aucun reproche du silence à l'héritier testamentaire, lorsqu'il avait été prévenu par un héritier légitime, et qu'il n'avait pas été sommé d'intervenir. C'était sans doute parce que, le crime qui avait privé le disposant de la vie n'étant pas enseveli dans l'oubli, le but de la loi était rempli. Il semble qu'il doit en être de même lorsque le ministère public a pris l'initiative. A quoi bon une dénonciation désormais inutile, puisque celle du procureur impérial a mis la justice en éveil? La dénonciation, qui sert ordinairement de fondement à l'instruction, n'est-elle pas sans objet lorsque l'instruction est déjà commencée? Et comme la loi ne peut pas être censée avoir voulu quelque chose d'inutile, il faut croire qu'elle n'a pas entendu frapper d'indignité les héritiers qui, voyant les diligences actives du ministère public, s'en sont reposés sur ce vengeur de la société.

579. Les enfants de l'indigne venant à la succession du défunt par représentation de cet indigne, sont indignes comme lui (art. 750). *Nam ex radice infecta fructus non producitur*, comme dit Peregrinus dans une autre matière. Mais lorsqu'ils viennent de leur chef, et sans le secours de la représentation, ils ne sont pas exclus pour la faute de leur père; car les crimes sont personnels: *Peccata igitur suos tenent auctores* (2).

Ainsi, si dans le testament du défunt il y a un legs pour le fils de son assassin, ce fils en profitera; car il prend ce legs *jure proprio* et non par le secours du droit qu'il pourrait puiser dans la personne de son père.

Telle était aussi l'opinion la plus accréditée dans l'ancienne jurisprudence (3).

(1) M. Merlin, Répert., vis *Indignité et Testament*. p. 688, col. *in princ.*

(2) L. 22, C., *De pœnis*.

(3) Furgole, VI, 3, 64 et suiv. Voyez Louet, lettre S, somm. 20.

580. Celui qui serait indigne de succéder immédiatement, est-il aussi indigne de succéder médiatement par le moyen d'un tiers?

Par exemple, Titius institue héritier universel Seïus; ce dernier a un fils qui porte contre Titius une accusation capitale jugée calomnieuse. Après la mort du testateur, Seïus recueille son hérité. On demande si son fils pourra la recueillir après lui, quoique ce fils ait encouru la peine d'indignité.

Cette question a partagé deux grandes lumières du droit, Bartole en Italie, Cujas en France. Bartole pose comme règle générale que l'indigne ne peut pas succéder médiatement, et il se fonde sur la loi 9, D., *De jure fisci*. Mais Cujas, en s'appuyant sur les lois 5, § 7, et 7, *De his quæ ut ind. auferruntur* (1), tient pour maxime que l'indigne peut succéder médiatement, parce que, comme le dit formellement la même loi 7, *non principaliter in hæreditatem succedit*. Cujas cherche à concilier ces deux lois avec la loi 9, D., *De jure fisci*, en altérant le texte de cette dernière, et en substituant un mot à un autre (2).

Furgole, peu satisfait de cette manière de corriger arbitrairement la lettre de la loi, essaye de mettre d'accord les différents avis, en disant que, lorsqu'il s'agit de crime atroce, l'indigne ne peut pas succéder médiatement; mais que les lois l'admettent par le moyen d'un tiers, lorsqu'il ne s'agit pas d'un crime atroce. En effet, dit-il, dans les lois 5 et 7 il ne s'agit que d'avoir impugné de faux le testament (3).

Quoi qu'il en soit de ces diverses conciliations, dont on ne

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 444 et 447.

(2) 26, *observat.* 24. Cujas paraît avoir abandonné cette correction dans son comm. du Digeste, *De jure fisci*, l. 9.

(3) VI, 3, 84.

peut se dissimuler qu'aucune ne satisfait pleinement l'esprit, comme les lois romaines n'ont d'autorité sur nous qu'en tant qu'elles sont conformes à la raison, nous croyons qu'il faut, dans le silence du Code, s'attacher à la décision des lois 5, § 7, et 7, ci-dessus citées, indépendamment de tout ce que pourrait dire la loi 9, D., *De jure fisci*. En effet, le tiers, qui se trouve placé entre l'indigne et le défunt, empêche qu'il n'y ait aucun rapport successif entre l'un et l'autre. L'indigne ne succède pas au défunt; il succède à l'intermédiaire qui a acquis les biens, qui se les est faits propres, et qui les lui transmet comme siens. On ne peut donc lui faire un reproche d'indignité pour une succession à laquelle il n'est pas appelé, et le déclarer indigne sans que cependant il ait rien fait pour encourir ce reproche vis-à-vis de celui qui lui fait passer sa succession, ce serait étendre les incapacités, et aller contre le texte même de l'art. 902 (1).

581. Tous les vices d'indignité, que nous venons d'énumérer, sont passés en revue par le Code Napoléon, sous le titre *Des successions*, et l'on pourra peut-être dire qu'ils ne doivent pas être appliqués aux successions testamentaires. Mais ce doute ne serait pas fondé: là où il y a parité de raison, il doit y avoir aussi parité de décision. M. Merlin (2) pense que l'article 727 embrasse tant le successeur légitime que l'héritier institué et le légataire. Voët avait prouvé sous l'ancienne législation que tel était aussi l'esprit du droit romain (3).

582. Quant à l'indignité en matière de donation entre-vifs, il faut voir les art. 953, 954 et 955; c'est là surtout que se révèle la différence entre l'indignité et l'incapacité.

(1) Voy. Mornac sur la loi ult., D., *De calumniat.* Henrys, t. III, liv. 6, q. 20. Brodeau sur Louet, lettre S, somm. 20, nos 6, 7, 8. *Journal des Audiences*, t. I, l. 5, ch. 22.

(2) Répert., v^o Indignité.

(3) *Ad Pand.*, t. *De his quæ ut indig.*, n^o 6.