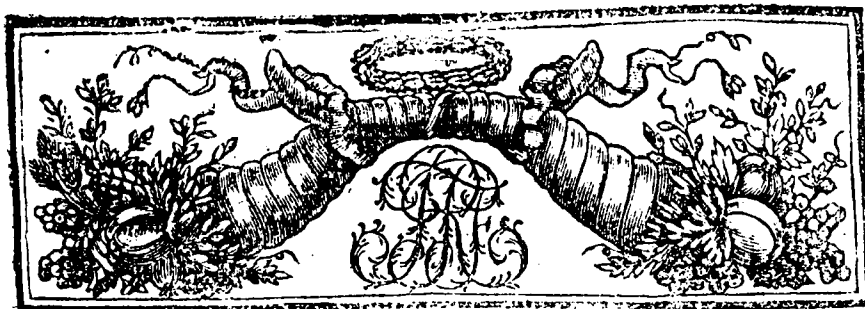




CONSULTATIONS.

LE CONSEIL SOUSSIGNÉ, qui a pris lecture, 1^o. du contrat de mariage de Gilbert Ducourthial de Lassuchette avec Marie-Léonarde Cornudet, du 14 mai 1778 ; 2^o. du contrat de mariage de Marie-Joseph Maignol avec Gilberte Ducourthial, du 2 avril 1783 ; 3^o. d'un mémoire à consulter ;

EST D'AVIS que , d'après les anciennes et les nouvelles lois, le premier enfant mâle , issu du second mariage de Gilbert Ducourthial avec Marie-Léonarde Cornudet , doit avoir, en préciput, le tiers des biens de la succession de son père, et un quart dans les deux tiers restans.

Gilbert Ducourthial fut marié deux fois. En premières noces, il avoit épousé Marie - Gabrielle de Villette. De ce premier mariage issu Gilberte Ducourthial, actuellement épouse du citoyen Maignol.

En 1778, Gilbert Ducourthial épousa, en secondes noces, Marie-Léonarde Cornudet.

Par une clause expresse de ce contrat de mariage, il est dit que Gilbert Ducourthial, futur époux, *institue héritier* du tiers de tous ses biens présents et à venir, l'un des enfans qui naîtra du présent mariage, et ce par préciput et avantage; laquelle institution est faite en faveur de celui ou celle que les futurs choisiront conjointement, par quelques actes que ce soit, ou qui sera choisi par le survivant des deux futurs, auquel le droit en appartiendra par clause expresse, aussi par quelques actes que ce soit; *et en cas que le choix n'en ait pas été fait, ladite institution sera au profit de l'aîné des mâles, s'il y a des mâles, et s'il n'y a point de mâles, au profit de l'aînée des filles.*

De ce mariage sont issus trois enfans mâles. Gilbert Ducourthial est décédé depuis le mois de juillet 1793; Marie-Léonarde Cornudet, sa seconde femme, étoit décédée plusieurs années auparavant; ni l'un ni l'autre n'ont fait d'élection. Dans cette circonstance, le fils aîné demande s'il doit profiter des avantages qui lui paroissent assurés par le contrat de mariage de ses père et mère.

L'édit des secondes noces, de 1560, qui ne permet pas à ceux qui se remarient, et qui ont des enfans d'un premier lit, de se donner réciproquement au delà de la portion de l'enfant le moins prenant, avoit fait naître des doutes à cet égard: on craignoit sur-tout en droit écrit, qu'en faisant de pareilles institutions, ce ne fût un moyen de frauder la loi; mais la dernière jurisprudence, fixée par différens arrêts, dont l'un du 29 avril 1719, et l'autre du 11 août 1740,

rapportés par Lacombe, est que de pareilles dispositions sont valables. C'étoit aussi la jurisprudence de la ci-devant sénéchaussée d'Auvergne. Le dernier commentateur de la coutume, tome II, titre XIV, art. XXVI, page 354, rapporte une sentence du mois de juin 1773, qui confirme une institution d'héritier, en faveur des enfans à naître d'un second mariage. Ainsi, en ne consultant que l'ancienne jurisprudence, il est sans difficulté que l'exposant doit avoir en préciput, le tiers des biens qui lui a été donné par le contrat de mariage de ses père et mère : on dit en *préciput*, parce qu'il est de principe qu'un don fait de cette manière, n'est pas sujet à rapport, même en ligne directe.

Les lois nouvelles ne font pas non plus obstacle à la réclamation des exposans : on peut même dire qu'elles décident la question en sa faveur.

Il est vrai que d'après les dispositions des art. XXIII et XVII des lois du 17 nivôse et 22 ventôse de l'an 2, l'élection laissée au choix de l'un des époux étoit nulle, si elle n'avoit été faite que le 14 juillet 1789 et depuis, et que tous les héritiers présomptifs venoient alors par égalité à la succession *de cujus*.

Mais il ne peut plus être question de ces lois, non plus que de celle du 5 brumaire précédent, puisqu'elles ont été annulées, quant à leur effet rétroactif, soit par la loi du 3 vendémiaire de l'an 4, soit par la nouvelle constitution. Il faut donc se référer au moment du décès de Gilbert Ducourthial, à l'effet de savoir si à cette époque, il existoit quelque loi qui pût empêcher l'effet de la disposition faite en faveur de l'exposant, par le contrat de mariage de ses père et mère : or, il n'y avoit pas alors de loi qui eût pros-

erit de semblables dispositions, et annullé des conventions contractuelles, faute par l'un des conjoints d'avoir exercé la faculté d'élire, stipulée dans un contrat de mariage; et il n'y en a pas depuis, attendu l'abolition de l'effet rétroactif.

La loi du 7 mars 1793, antérieure au décès de Gilbert Ducourthial, abolit, à la vérité, la faculté de disposer de ses biens, soit à cause de mort, soit entre-vifs, soit par donation contractuelle en ligne directe; mais cette loi, dont la défense n'est relative qu'aux dispositions futures, n'annéantit pas les dispositions qui étoient déjà faites, et n'obligeoit point les père et mère à les révoquer : or, ce n'est point en vertu d'une disposition faite postérieurement à la loi du 7 mars 1793, que l'exposant réclame le tiers des biens de son père, comme un don qui lui a été fait en préciput; il le réclame en vertu d'une disposition bien antérieure à la loi, en vertu d'une disposition respectée et confirmée même par les lois postérieures.

En effet, l'article premier de la loi du 18 pluviôse dernier, porte: « Les avantages, prélèvemens, préciputs, donations entre-vifs, institutions contractuelles, et autres dispositions irrévocables de leur nature, légitimement stipulées en ligne directe avant la publication de la loi du 7 mars 1793, et en ligne collatérale ou entre individus non parens, antérieurement à la publication de la loi du 5 brumaire an 2, auront leur plein et entier effet, conformément aux anciennes lois, tant sur les successions ouvertes jusqu'à ce jour que sur celles qui s'ouvriraient à l'avenir ».

L'avantage ou le préciput dont il s'agit, a été stipulé dans un contrat de mariage, passé antérieurement à la loi

du 7 mars 1793; à défaut d'élection de la part des père et mère, ces avantages étoient destinés au premier enfant qui naîtroit du mariage : il n'y a pas eu d'élection; les père et mère sont décédés avant les lois des 5 brumaire et 17 nivôse de l'an 2; par leur décès, l'avantage s'est fixé et est devenu irrévocable sur la tête du premier enfant mâle; il doit par conséquent en profiter.

Le père ne pouvoit, dira-t-on, faire un choix postérieurement à la loi du 7 mars 1793, puisque cette loi prescrivait l'égalité entre tous les enfans, dans l'ordre de succéder à leurs ascendans, et on pourroit en conclure que la disposition n'étant pas irrévocable de sa nature, ne peut subsister : mais cette objection n'est pas fondée, si l'on fait attention que la loi de 1793 n'interdit que les dispositions qui pourroient être faites à l'avenir; qu'elle n'anéantit pas celles qui existoient alors; qu'elle valide, au contraire, ce qu'elle n'annule pas. (Art. XXVI de la loi du 22 ventôse). Or, l'avantage dont il s'agit, est assuré à l'exposant, non par une disposition postérieure à la promulgation de la loi du 7 mars 1793; mais par une disposition bien antérieure, puisqu'elle remonte au 14 mai 1778 : cette disposition n'ayant été annullée ni par les père et mère, ni par la loi, doit donc avoir son effet, puisqu'elle est devenue irrévocable par les décès des père et mère avant la promulgation des lois des 5 brumaire et 17 nivôse de l'an 2.

Cette résolution doit éprouver d'autant moins de difficulté, qu'elle a pour principe et pour fondement la disposition de l'article 7 de la même loi du 18 pluviôse dernier. Cet article est ainsi conçu :

« Les élections d'héritier ou de légataire, et les ventes à

« fonds perdu, qui ont été annulées par les art. XXII et
 « XXV de la loi du 17 nivôse, à compter du 14 juillet 1789,
 « sont rétablies dans leur effet primitif, si elles ont été
 « faites par acte ayant date certaine avant la publication de
 « ladite loi du 17 nivôse ».

Des termes de cette loi, il résulte évidemment que les élections d'héritier qui ont été faites antérieurement à la loi du 17 nivôse, et non à celle du 7 mars 1793, doivent être maintenues : ainsi, l'exposant étant saisi de l'effet de l'institution par le décès de son père, arrivé avant la publication de la loi du 17 nivôse, on ne sauroit lui contester légitimement l'avantage qu'il réclame.

DÉLIBÉRÉ à Riom le 14 germinal an 5 de la république française une et indivisible.

TOUTTÉE, TOUTTÉE, GASCHON.

LE SOUSSIGNÉ qui a vu la consultation ci-dessus et des autres parts ;

ESTIME, que s'il n'est pas impossible de tirer des lois nouvelles, quelques inductions favorables aux enfans du premier lit de Gilbert Ducourthial, les raisons déduites dans la consultation ci-devant transcrite, doivent contribuer beaucoup à faire incliner en faveur de l'exposant. On peut même ajouter aux raisonnemens de la consultation. En effet, en supposant que par le défaut d'élection, fait antérieurement

à la loi du 7 mars 1793, la disposition ne se fût pas déterminément fixée sur la tête de l'aîné des mâles du second lit, il est au moins une chose incontestable; c'est que le contrat de 1778 lia *irrévocablement* les mains de l'instituant respectivement aux enfans du premier lit. Par ce contrat, il prescrit *irrévocablement* que les enfans du second lit ou l'un d'eux, emporteroient dans sa succession un tiers des biens, par préciput et avantage sur les enfans du premier lit. C'est sous la foi de cette promesse *irrévocable de sa nature*, que le second mariage fut accompli; par conséquent les enfans du premier lit, n'ont point le droit d'examiner et de critiquer la prétention de l'exposant.

La loi du 18 pluviôse dernier, n'a attribué à tous les enfans du même père, en se référant à celle du 7 mars 1793, que ce dont le père n'étoit pas dessaisi déjà. Les lois nouvelles n'ont pas pu, n'ont pas même entendu faire, plus que ne le pouvoit le père; or ici, de même que Ducourthial père ne pouvoit pas remettre l'égalité entre tous ses enfans du premier et du second lit, de même les lois nouvelles ne sauroient la remettre, sans avoir un effet rétroactif.

DÉLIBÉRÉ à Riom, le 14 germinal an 5 de la république française, une et indivisible.

DEVAL.

MÉMOIRE A CONSULTER ET CONSULTATION.

LE citoyen *Titus* s'est marié deux fois ; il a eu de son premier mariage , avec dame Marie *Laurette* , une fille nommée *Gilberte* , et de son second , avec *Suzanne Dailly* , *trois enfans* , *Pierre* , *Jean* et *Jacques*.

Par ce contrat de mariage , *Titus* a institué pour son héritier du tiers de tous ses biens présens et à venir , *l'un des enfans* qui naîtroit dudit mariage , et ce , en préciput et avantage ; laquelle institution étoit faite en faveur de celui ou de celle que les futurs choisiroient conjointement , par quelques actes que ce fût , ou qui le seroit par le survivant des deux futurs époux , auquel le droit en appartiendrait par clause expresse , aussi par quelque acte que ce fût ; et dans le cas où le choix n'en ait pas été fait , *ladite institution profiteroit à l'aîné des mâles* ; et s'il n'y a pas de mâles , à l'aînée des filles. Telle est la clause portée par ledit contrat qui est du 14 mai 1778.

Le père commun a marié sa fille unique du premier lit , et par son contrat de mariage antérieur à la révolution , il lui a constitué en dot une somme de 15,000 liv. , payable en cinq termes de 3,000 liv. chacun , de deux en deux ans , sans intérêts qu'à défaut de paiement terme par
terme ;

terme ; et moyennant cette constitution , il fut stipulé qu'elle demeureroit forclosé de toutes successions directes et collatérales de l'estoc paternel , sous la réserve qu'il fit de la rappeler aux dites successions par quelque acte que ce fût : *cet acte est de 1783.*

Titus , père commun , est mort le 27 juillet 1793 ; la mère est morte avant , sans avoir fait de choix de l'un des enfans. Il s'agit maintenant de savoir , 1°. si cette institution contractuelle est valable en faveur des enfans du second lit ;

2°. Si , en le supposant , n'y ayant pas eu d'élection de la part des père et mère , c'est l'aîné mâle qui doit en profiter ;

3°. Quels sont les droits de la fille du premier lit dans la succession du père commun ? la forclusion prononcée contre elle doit-elle avoir son effet ?

Enfin , y ayant des enfans mineurs , quelle doit être la forme du partage ?

CONSULTATION.

LE CONSEIL SOUSSIGNÉ, qui a lu les deux contrats de mariage dont il s'agit ,

ESTIME , sur les questions proposées ,

1°. Que l'institution contractuelle , faite par un père dans son second contrat de mariage au profit des enfans à naître d'icelui , est valable et doit avoir son exécution.

Dans le principe, cette question a partagé les auteurs, et il paroît qu'elle a été diversement jugée par les tribunaux.

Ceux qui ont soutenu qu'elle étoit nulle, se sont fondés sur ce que les enfans du second lit, n'étant encore susceptibles de la part de leur père et mère, ni d'amour, ni de haine, les dispositions que l'un des conjoints fait en leur faveur, ne sont censées faites qu'en contemplation de l'autre conjoint; on présume que, ne pouvant lui donner directement au delà d'une portion d'enfant, l'on a voulu éluder la loi par une disposition indirecte, et que d'après l'édit des secondes nocces, l'on ne pouvoit donner aux pères, mères et enfans du second mari ou autres personnes par dol et fraude interposés.

Une femme, dit Chabrol, qui ne peut pas profiter de ces libéralités pour elle-même, n'a pas moins d'empressement à les procurer à ses enfans à naître; s'ils lui survivent, ils ont ce que leur mère n'auroit désiré avoir que pour eux; et s'ils lui précèdent, elle peut retrouver souvent, dans leur succession, les biens qu'elle leur a procurés.

Les partisans de cette opinion citent à son appui plusieurs arrêts: le premier, du mois de novembre 1588, rapporté par Montholon.

Le second qu'on trouve dans Soefve, du 18 juillet 1645.

Un troisième recueilli par Brodeau sur Louet, L. N. somm. 3, du 3 août 1647.

Le quatrième, qu'on trouve au journal du Palais, du 7 septembre 1673.

Enfin, celui connu sous le nom de Laparra, du 18

mai 1736., rapporté par l'Épine de Grainville. Tous, *dit-on*, ont annulé des dispositions faites en faveur des enfans à naître d'un second mariage..

Mais si l'on se donne la peine d'entrer en connoissance de cause de ces jugemens, on s'aperçoit bientôt qu'ils sont rendus sur des circonstances particulières, et n'ont aucune application à l'espèce qui se présente ici.

D'abord celui de Montholon, d'après Rousseau de la Combe, n'a pas jugé la question. « Il s'est trouvé, » dit-il, *verbo* Noces, qu'il s'agissoit d'une donation faite « non à des enfans d'un second lit, mais à des collatéraux. »

Celui de 1645 paroît avoir jugé qu'une mère remariée n'avoit pu donner aux enfans du second mariage ses meubles et acquêts, et le quint de ses propres, au préjudice des enfans du premier lit, dont la légitime n'avoit cependant pas été blessée; mais indépendamment de l'injustice évidente qui paroît en résulter, il est rendu pour une coutume différente de celle-ci, où les pères et mères ne peuvent succéder aux propres de leurs enfans.

Celui de 1647 se trouve dans tous les recueils; il fut rendu *consultis classibus*; il annulla une donation contractuelle, faite au profit d'enfans à naître, par une femme qui se remarioit; mais Brodeau, qui le premier l'a recueilli, dit que cette donation étoit tout-à-fait extraordinaire, injuste et barbare, étant faite à l'exclusion perpétuelle des enfans du premier lit, au point qu'à défaut d'enfans du second lit, les collatéraux étoient appelés.

Il n'est pas étonnant qu'une pareille disposition ait été annullée; 1^o. elle étoit faite *ab irato*, et 2^o. comme l'ob-

serve Chabrol, il est évident que le mari avoit été le seul objet de cette libéralité ; et cela est si vrai , que la donation contractuelle en contenoit une clause particulière , puisqu'il y étoit dit , suivant Brodeau , qui le rapporte et qui le connoissoit bien , puisque l'arrêt fut rendu sur le rapport de son gendre , « et au cas qu'il n'y ait pas d'enfans , lesdits
 « biens appartiendront audit sieur de *Saint-Martin* seul ,
 « qui étoit le futur époux , *et aux siens* , sans que les enfans
 « du premier mariage , *ni les héritiers de ladite future y*
 « *puissent rien prétendre ni demander , sinon que ladite*
 « *Guilbou , si elle survit , auquel cas elle jouira desdites*
 « *acquisitions sa vie durant seulement , et après retour-*
 « *neront aux héritiers dudit sieur de Saint-Martin.* »

L'arrêt de 1673 , a bien aussi annullé une donation faite aux enfans à naître d'un second mariage ; mais elle avoit pour principal objet la femme ; c'est ce que soutenoit les défenseurs des enfans du premier lit : « *au fait particulier* ,
 « disoient-ils , ainsi qu'on le lit dans les auteurs du Journal
 « du palais , il est certain que la donation dont il s'agit , est
 « moins faite aux enfans qu'à leur mère ; c'est le fruit de ses
 « charmes et de ses caresses : la passion extrême qu'avoit
 « pour elle le sieur de Tersam , a été colorée d'une affection
 « apparente pour une postérité qu'il ne connoissoit pas , et
 « qu'il ne pouvoit encore aimer. »

Cela est si vrai que Rousseau de la Combe , qui rapporte aussi cet arrêt , *verbo* Noces , s'en fait un moyen pour prouver que les enfans communs , nés ou à naître , ne sont point compris dans la prohibition , *pourvu qu'ils n'aient servi de prétexte pour donner au second conjoint.*

Enfin , l'arrêt de 1738 de Laparra , a été rendu en pays

de droit écrit, où la mère succède à son enfant ; en sorte que l'on pouvoit dire que la disposition étoit faite en faveur de la femme, puisqu'elle pouvoit en profiter.

Mais l'espèce qui nous divise est bien différente ; les parties et leurs biens étoient régis par une coutume qui exclut les ascendans de la succession des descendans, et qui donne la préférence aux collatéraux du centième degré sur eux ; ils ne peuvent succéder que quand il n'y a aucun parent de la ligne. Cette coutume est même si contraire aux ascendans sur le droit de successibilité ; qu'elle rend propre, pour l'empêcher, ce que toutes les autres coutumes déclarent acquêts, et ce que celle-ci rend acquêt pour tout autre parent que les ascendans ; ainsi il faut faire une grande différence en matière d'institution contractuelle, en faveur des enfans à naître d'un second mariage, entre le pays de droit écrit, et celui de coutume.

Dans le premier, la seconde femme peut être l'objet de la libéralité d'un mari ; mais jamais elle ne peut le devenir dans le second, puisqu'elle ne peut succéder aux enfans dudit mariage, ni aux descendans d'eux, à moins qu'il n'y ait aucun parent de la ligne ; et dès lors la prohibition ne peut plus exister, puisqu'il n'y a plus d'intéressé.

Mais ce n'est pas seulement avec des raisonnemens tranchans qu'on veut écarter les préjugés que l'on vient de discuter ; la jurisprudence, en faveur de la validité de pareilles institutions, est irrévocablement formée, soit par les anciens arrêts qui ont jugé la question *in terminis*, soit par les nouveaux ; et la presque universalité des auteurs, n'hésitent pas de la consacrer par leur opinion bien prononcée.

Le premier arrêt qui ait admis l'institution d'héritier en faveur des enfans à naître d'un second mariage, est rapporté par Chopin, liv. 3, chap. 1^{er}. tit. 1^{er}. sur la coutume d'Anjou, en date du 7 septembre 1575.

Le second, du 19 juillet 1659, rapporté par Ricard, Traité des Donations, partie 3, n^o. 1243, et par l'auteur du Journal du Palais, a confirmé une donation faite à des enfans à naître, par un troisième contrat de mariage : c'est l'arrêt des Lagrange. On demandoit la réduction de la donation, conformément à l'édit des secondes noccs. La disposition fut confirmée pour le tout.

Le troisième se trouve au Journal des audiences, sous la date du 29 avril 1719 ; il fut imprimé dans le temps. Il a déclaré valable une institution contractuelle, faite en faveur des enfans à naître, par un second contrat de mariage, par Jean Chaussard de Felletin, *en Marche*.

Le quatrième est intervenu le 11 août 1740, au rapport de M. Bochart de Sarron. Il est rapporté par la Combe, *verbo* Noces. Dans l'espèce de cet arrêt, Jacques de Gagnou de Vilène, lieutenant général des armées, âgé de soixante-quinze ans, qui avoit un fils du premier lit, convolant en secondes noccs avec dame Claude-Antoinette Dassé, avoit donné aux enfans de ce futur mariage tout ce que la coutume du Maine lui permettoit de donner à ses enfans puînés. La donation a été confirmée en faveur des enfans du second mariage, quoique la dame Dassé eût la *garde-noble de ses enfans*.

Rousseau de la Combe annonce en thèse générale, que celui qui se remarie, peut donner à ses enfans du second lit ; et qu'il faut tenir pour constant que les enfans communs,

nés ou à naître, ne sont pas compris dans la prohibition, pourvu qu'ils n'aient pas servi de prétexte pour donner au second conjoint; mais que quand c'est la femme qui se remarie en pays de droit écrit, la donation est suspecte, à cause de la puissance paternelle.

En effet, les lois romaines, ni l'édit des secondes nocces, n'ont pas défendu les donations des pères et mères, en faveur de leurs enfans communs; et comme c'est une loi pénale, on ne peut pas l'étendre d'un cas à un autre; il faut au contraire la restreindre, sur-tout quand elle est une exception au droit commun. Tout le monde connoît les motifs qui donnèrent lieu dans le temps à rendre l'édit des secondes nocces. C'étoit une dame d'Alègre, qui avoit sept enfans de son premier mariage, et qui, en se remariant, avoit donné presque tous ses biens à son second mari. Cette loi prohibitive est donc une exception au droit commun qui permet de faire la condition d'un enfant meilleure que celle de l'autre; elle a été introduite par des considérations d'honnêteté publique, qui ne peuvent avoir pour objet les enfans communs des deux époux.

« Il seroit étrange, » disoit l'auteur du Journal du palais, dans la cause jugée par l'arrêt de 1673, « que les législateurs qui se sont particulièrement attachés à former des « obstacles aux secondes nocces, n'eussent point parlé des « enfans, s'ils eussent prétendu les comprendre dans la « prohibition; mais ils n'avoient garde de penser à eux; il « y en a deux raisons sans réplique. »

« La première est, que ce sont des sujets innocens que la « loi doit protéger, puisque, autorisant les secondes nocces, « elle laisse par une conséquence nécessaire, les enfans qui

« en naissent, dans la possession du droit commun ; c'est-à-
 « dire, que comme ces enfans ne sont pas encore au monde,
 « et néanmoins y doivent venir par une voie légitime, la
 « loi ne peut pas avoir pour eux de l'indignation, qu'elle ne
 « fonde jamais que sur un démerite naturel ou moral.

« La seconde raison est, que l'ordonnance ne peut com-
 « prendre les enfans communs dans la prohibition, que par
 « les mêmes motifs qui y ont donné lieu, savoir, en faveur
 « de l'honnêteté publique, et par la crainte de la suggestion ;
 « mais il ne se rencontre rien de tout cela dans la qualité
 « innocente des enfans, et sur-tout dans des enfans à naître,
 « qui n'ont que le suffrage de la nature qui parle pour eux.

« Il ajoute que presque tous les docteurs avoient décidé,
 « que la loi *hâc edictati*, et l'édit des secondes noccs, ne
 « concernent point les enfans communs.

« Car d'opposer que les enfans à naître ne peuvent avoir
 « excité la libéralité des pères et mères, par leur mérite, par
 « leur sexe, ou par quelques autres qualités ; c'est ignorer
 « que les enfans étant la fin du mariage, il est assez naturel
 « que leurs pères et mères pensent à eux avant leur nais-
 « sance, et qu'ils se les représentent, comme s'ils étoient
 « effectivement nés ; de là vient que dans les clauses des
 « contrats de mariage, les enfans à naître ont ordinaire-
 « ment la meilleure part, »

Brodeau sur Louet, lettre N, somm. 3, n^o. 12, a traité
 également cette question : « Aucuns de nos docteurs fran-
 « çais, dit-il, tiennent que la prohibition de l'édit des
 « seconds noccs a lieu, non seulement à l'égard des con-
 « joints, mari ou femme, mais encore des enfans du
 « premier ou du second mariage.... Mais néanmoins il

« est

« est indubitable, que cela ne doit avoir lieu qu'à l'égard
 « des enfans du premier lit de l'un des conjoints, qui
 « sont censés et réputés une seule et même personne avec
 « leurs père et mère, et qui est dans la prohibition de l'édit
 « et non des enfans communs issus de leur mariage, qui
 « sont capables de recevoir toutes sortes d'avantages,
 « sauf la légitime aux enfans du premier lit, si la cou-
 « tume ne dispose du contraire; la présomption naturelle
 « étant que la mère faisant la donation, est plutôt portée
 « par l'affection de ses enfans que de son mari; ou si elle
 « le considère, c'est comme père, et non comme mari.

Cujassur la loi *hâc edictati, in principio cod. de secundis nuptiis*, que Brodeau rapporte, décide cette question dans les termes les plus formels: « *potest vidua dare, non pro-*
 « *vigno sed filio communi, nato ex secundis nuptiis: licet*
 « *sit eadem ratio, non tamen idem jus, quia filio com-*
 « *muni ut donet mater naturalis affectio facit provigno*
 « *ut donet noverca, maritalis affectus facit, non certè*
 « *novercalis; provignum non semper accipiam pro per-*
 « *sona supposita, sed excogitatam fraudem edicto inspi-*
 « *cabor in provigno, non in filio communi.* »

Brodeau cite les deux arrêts de 1595 et de 1626, qui ont confirmé de pareilles donations.

Lebrun, traité des successions, liv. 2, chap. 6, sect. 1^{re}, distinction 2, est du même avis: « Le second conjoint, dit-
 « il, est la première *personne prohibée*, et nulle autre ne
 « l'est qu'à cause de lui. . . . On demande si les enfans du
 « second mariage sont compris dans cette prohibition, et il
 « semble qu'ils n'y sont pas compris: car, si d'un côté on les
 « considère comme les enfans du second conjoint, de l'au-

« tre, on les peut regarder comme les enfans de celui qui a
 « passé en secondes nocces, et comme des objets légitimes
 « de ses libéralités ».

« Si les enfans de celui à qui il est défendu de donner, sont
 « dans la prohibition; aussi rien n'est plus légitime que de
 « donner à ses propres enfans. . . . Il faut prendre en
 « toutes choses, autant qu'il est possible, l'interprétation
 « la plus favorable; or, il est bien plus favorable de dire
 « que ces donations se font par la charité du sang, que
 « de dire que c'est par l'effet des suggestions. . . . Aussi nos
 « docteurs, entr'autres M. Cujas, sur la loi *hâc edictati*,
 « *cod. de secund. nupt.* ayant agité la question, ont été d'avis
 « que ce cas n'étoit pas compris dans l'édit; ce que j'estime
 « devoir avoir lieu, pourvu que les enfans n'aient *pas*
 « *servi de prétexte pour donner au second conjoint. Si*
 « *color non fuerit quæsitus*, comme dit la loi *item si 7*,
 « *ff. de senat. Maced.* et particulièrement pour l'espèce
 « la loi *suspitiis 49*, *ff. de donat. item si color vel*
 « *titulus, ut sic dixerim, sic donationi quæsitus, nihil*
 « *valebit traditio; id est, si hoc exigit uxor, ut aliquid*
 « *ex ea re interim commodi sentiret maritus* ».

Lebrun dit ensuite que la donation faite par une femme
 qui se remarie en pays de droit écrit est suspecte, parce
 qu'en donnant aux enfans de son second mariage, elle
 donne à son second mari, à cause de la puissance pater-
 nelle; mais *que hors ce cas particulier, les donations*
faites aux enfans communs, ne sont pas réputées com-
prises dans l'édit.

Enfin, le dernier commentateur de la coutume d'Auver-
 gne, traite aussi cette question dans le plus grand détail,

et après avoir rapporté les arrêts pour et contre que nous avons cités, il dit *que la dernière jurisprudence paroît décisive pour la validité de ces dispositions.*

« Les arrêts, dit-il, de 1719 et de 1740, ont fixé la juris-
 « prudence, et celui des Laparra de 1736 ne la détruit pas,
 « puisqu'il est dû à la circonstance particulière du choix
 « laissé à la seconde femme; *elle est sur-tout favorable*
 « *dans cette coutume où les père et mère ne peuvent*
 « *pas succéder à leurs enfans*, même dans le mobilier
 « venu des successions et donations en ligne directe, et
 « où les dispositions en faveur d'enfans à naître sont assez
 « fréquentes; l'édit des secondes noces, en déclarant les en-
 « fans *personnes* prohibées, ne s'entend que des enfans déjà
 « nés des conjoints, avec qui le mariage se contracte, et il
 « suffit que la disposition puisse s'appliquer à d'autres causes
 « que l'impression du conjoint, pour qu'elle doive avoir
 « tout son effet. On doit plutôt rapporter la disposition à
 « des motifs purs qu'à des causes illégitimes, quand ils se
 « combattent. Il est difficile d'ailleurs de concevoir, com-
 « ment un second mari pouvant profiter directement au
 « moins d'une portion d'enfant, selon l'édit, ses enfans
 « à naître seroient dans une plus grande prohibition que
 « lui. Il nous *semble donc que la règle générale est pour*
 « *la validité de la disposition*, sauf les exceptions légitimes
 « dans des cas où il est visible que le donateur n'a eu d'autre
 « motif que l'impression et la suggestion du nouveau con-
 « joint ou la volonté de l'avantager lui-même. »

Ainsi donc, il faut tenir pour constant que la disposition du tiers de leur fortune, faite par les père et mère du consultant dans le second contrat de mariage du premier

en faveur de l'aîné *des mâles* à défaut de choix, est inattaquable. Ce n'est pas la mère qui se remarioit, c'est le père. La mère ne pouvoit profiter directement ni indirectement de la disposition, puisqu'en cette coutume, ni l'un ni l'autre ne pouvoient succéder à leurs enfans au préjudice de la ligne collatérale : la puissance paternelle n'étoit ici pour rien, puisque la femme n'avoit pas d'autres enfans, et que par conséquent elle ne dispoit pas à leur préjudice. Enfin il ne se rencontre dans l'espèce aucun prétexte pour annuler une disposition permise dans tous les temps ; les enfans du second lit n'ont pas servi de canal pour avantager l'un des conjoints, puisque dans aucun cas, ni l'un ni l'autre ne pouvoit leur succéder. Il ne s'agit pas ici d'ailleurs d'une disposition universelle ; mais seulement du tiers de la succession au profit du mâle et au préjudice seulement d'une fille du premier lit, avantage habituel que toutes les familles faisoient au *profit des mâles*, à l'exclusion des filles que la loi déclaroit forcloses, quand elles étoient mariées par père et mère.

Tout concourt donc, on le répète, à rendre cette disposition inattaquable. Le droit d'élire, accordé au survivant, dans le cas où il n'auroit pas été exercé du vivant du prédécédé, ne change rien à cette décision, parce qu'il n'en résulteroit au profit de la femme aucun avantage, puisque d'ailleurs elle pouvoit mourir la première, ce qui est réellement arrivé, et que sa survie ne l'auroit pas rendue plus participante de la disposition du mari.

Il y a même plus, c'est que, sans les nouvelles lois, le consultant n'en auroit pas moins exclu sa sœur du premier lit, parce qu'elle étoit forclosée, moyennant la dot à elle

constituée, et qu'elle ne pouvoit venir à la succession de son père sans y être rappelée; et si les nouvelles lois ont produit cet effet, l'on ne peut rien conclure de cet événement qui ne peut être rétroactif, contre la disposition antécédente qui a transmis à l'aîné mâle du second lit, une succession qu'il auroit eue dans les anciens principes, sans le secours de la disposition.

SECONDE QUESTION.

N'y ayant pas eu d'élection, tous les enfans du premier et du second lit, doivent-ils profiter de la disposition, ou appartient-elle à l'aîné mâle?

Cette question peut avoir été controversée dans les temps voisins de la loi du 17 nivôse an 2, dont l'effet rétroactif avoit tourné les têtes; mais elle ne peut pas en faire une aujourd'hui.

L'art. XXIII dit bien que dans le cas où un époux décédé, « avant ou depuis le 14 juillet 1789, auroit conféré
« au conjoint survivant, la faculté d'élire un ou plusieurs
« héritiers dans ses biens, l'élection, si elle n'a eu lieu que
« le 14 juillet 1789 ou depuis, demeure nulle et de nul
« effet; et tous les héritiers présomptifs, au préjudice des-
« quels elle auroit été faite, sont, nonobstant toute exclu-
« sion, appelés à partager la succession de la même manière
« et par les mêmes règles que celles ouvertes depuis et
« compris le 14 juillet 1789. »

L'article suivant, porte : « Tous actes portant institution
« nominative d'un héritier, néanmoins subordonnée au cas

« où un tiers ne disposeroit pas autrement des biens com-
 « pris en la même institution , sont nuls et de nul effet , à
 « dater du 14 juillet 1789 , si à cette époque le droit de
 « l'institué n'étoit pas devenu irrévocable , soit par le décès
 « du tiers , soit par transaction authentique passée avec lui. »

Mais, 1^o. cette loi ne peut avoir d'effet rétroactif ; les lois des 9 fructidor an 3 , 3 vendémiaire an 4 , et 18 pluviôse an 5 , ont confirmé toutes les dispositions irrévocables de leur nature , faites avant la publication de la loi du 7 mars 1793 , qui a défendu toute espèce d'avantage en ligne directe , ainsi que les élections faites avant la publication de la loi du 17 nivôse an 2.

L'article VII de la loi du 18 pluviôse an 5 , porte :
 « Les élections d'héritier ou de légataire , qui ont été
 « annulées par l'article XXIII de la loi du 17 nivôse
 « an 2 , à compter du 14 juillet 1789 , sont rétablies dans
 « leur effet primitif , si elles ont été faites par actes ayant
 « date certaine avant la publication de ladite loi du
 « 17 nivôse. »

Ainsi a disparu l'effet rétroactif et désastreux de cette dernière loi.

Dans l'espèce particulière , la succession s'est ouverte avant cette loi. La mère est morte avant la révolution , et le père , le 27 juillet 1793 : la loi du 17 nivôse n'a donc pu avoir aucune influence sur cette succession ; il faut juger l'institution dont il s'agit , par les anciennes lois qui la donnent à l'aîné mâle.

L'on n'a pas oublié qu'à défaut d'élection , c'étoit lui qui étoit appelé à la recueillir ; et la mort du père , sans l'avoir faite , équivalant à un acte qui la contiendrait.

Ces principes anciens n'ont point été altérés par les nouvelles lois , parce que la succession s'est ouverte avant et dans un temps utile ; et on peut d'autant moins les révoquer en doute, qu'ils sont attestés par tous les auteurs, et sur-tout par Ricard, traité des donations , partie 1^{re}., chap. 3 , section 12, n^o. 572 et suivans. Cet auteur traite la question de savoir si les legs laissés à la volonté d'un tiers, sont valables, et il distingue entre ceux qui dépendent absolument de la volonté de ce tiers pour les faire subsister ou les annuler, et ceux dont le choix du légataire dépend seulement de ce tiers, comme dans l'espèce.

« Le premier exemple, dit-il, est au cas que l'élection
 « qui est laissée à un tiers par le testateur, ne regarde
 « pas la substance du legs qui est certain et fait au profit
 « de quelqu'un, mais *seulement le choix de la personne*
 « *entre un certain nombre*, ou de la chose léguée entre
 « plusieurs choses qui sont désignées, ou du temps ; et
 « pour lors le legs est valable. *Nec enim in arbitrio*
 « *ejus qui rogatus est, positum est omnino, an velit*
 « *restituere, sed qui potius restituat.* »

En conformité de cette opinion, il a été jugé à l'audience de la grand'chambre, par arrêt du 18 mai 1687, que ce n'est pas laisser à l'arbitrage d'autrui, quand le testateur, après avoir fait un legs constant et déterminé, laisse à la volonté de son héritier de choisir entre les personnes désignées : cet arrêt est rapporté dans le journal des audiences.

« Ricard ajoute que l'expérience a fait connoître que
 « ces sortes d'institutions étoient d'un usage fort fréquent
 « au moment où il écrivoit, particulièrement dans le

« pays de droit écrit, où les maris et femmes ont coutume de se déférer entr'eux *cet honneur, de laisser au survivant la liberté de choisir un héritier universel entre leurs enfans ; ce qu'ils pratiquent par le principe d'une sage politique, et afin de transmettre toute la puissance entre les mains de celui qui survit, et lui conserver, par ce moyen, le respect de ses enfans.* »

L'on voit donc que les principes anciens valident l'institution dont il s'agit.

Les mêmes principes veulent que si l'auteur de la disposition avoit prévu le cas où le tiers, chargé d'élire, ne feroit pas de choix, et s'il avoit nommé lui-même éventuellement un des éligibles pour recueillir sa disposition, à défaut d'autre choix, sa nomination conditionnelle et éventuelle devenoit pure et simple par l'extinction du droit d'élire, ou par la mort du chargé de cette élection, sans l'avoir faite. .

Enfin, les nouvelles lois, au lieu de contrarier les anciennes sur ce point, ne font que les confirmer ; la loi du 17 nivôse avoit bien annullé toutes les dispositions de ce genre, antérieures au 14 juillet 1789 ; mais l'on a vu que l'article VII de celle du 18 pluviôse an 5, avoit rétabli toutes celles faites par actes ayant une date certaine avant la publication de la loi du 17 nivôse : ainsi l'élection auroit pu valablement être faite jusque-là, et par la même raison, l'aîné mâle avant été désigné pour la recueillir, à défaut d'élection d'un autre, doit en profiter, comme si, avant sa mort, le père l'eût choisi de nouveau.

Nous trouvons encore cette question décidée dans un rapport

Rapport fait au nom d'une commission, par le citoyen Bergier, le 13 ventôse an 7; un article du projet de résolution par lui présenté, porte que si l'auteur de la disposition avoit prévu le cas de non-élection de la part du tiers qu'il en avoit chargé, et s'il avoit nommé un héritier ou légataire pour recueillir à défaut d'autre choix, sa nomination, conditionnelle dans le principe, est devenue pure et simple par l'extinction du droit d'élire, et l'héritier ou légataire spécialement nommé pour le cas prévu, *a recueilli seul le bénéfice de la disposition.*

En dernière analyse, on ne voit pas pourquoi la fille du premier lit viendrait contester au consultant ce foible avantage; car quand le défaut d'élection le lui auroit enlevé, ce qui n'est pas même proposable, elle n'en seroit pas plus avancée, parce qu'elle n'en profiteroit pas, mais bien les enfans du second lit, parce qu'étant seuls institués et seuls éligibles, le défaut d'élection ne profiteroit qu'à eux, et non à la fille du premier lit qui n'étoit pas dans cette classe.

§. III.

TROISIÈME QUESTION.

Quels sont les droits de la fille du premier lit?

Cette fille a été forclose par son contrat de mariage; mais la loi l'a relevée de cette forclusion. Le père n'est mort qu'en juillet 1793; à cette époque, la loi du 8 avril 1791 et celle du 4 janvier 1793, avoient frappé, et elle est appelée à recueillir, en rapportant ce qu'elle

a reçu , sa portion des deux tiers de la succession *ab intestat* , qui seront divisés entre tous les enfans par égale portion : cela ne peut pas faire de difficulté. Elle rapportera aussi la moitié de son trousseau ; mais ce qu'elle prendra dans la succession sera dotal , parce qu'une clause qu'on trouve à la fin de son contrat , porte que tout ce qui lui échoira sera dotal ; si elle ne peut pas les rapporter , elle prendra moins , et les autres héritiers feront les prélèvemens de droit , de manière que l'aîné mâle ait la moitié de toute la succession paternelle , et les trois autres , par égalité , l'autre moitié : chaque lit prélèvera aussi , avant partage , la dot de la mère , et chacun supportera , *au prorata* de son émolument , les autres dettes de la succession. Exemple : supposons la succession du père de 230,000 *fr* , y compris le rapport des 15,000 *fr* , la portion de l'aîné mâle sera de 115,000 *fr* , parce que le tiers de 230,000 *fr* est de 76,666 *fr* 13 *fr* 4 *den* ; et que le quart , dans le surplus , est de 38,333 *fr* 6 *fr* 8 *den* ; en sorte que la fille du premier lit , conservant les 15,000 *fr* argent , n'aura plus , en biens-fonds , que 22,333 *fr* 6 *fr* 8 *den* . Comme les deux enfans puînés du second lit sont mineurs , le partage doit être fait en justice , et provoqué par un majeur ; il ne pourroit avoir lieu sans cela.

DÉLIBÉRÉ à Clermont-Ferrand , le 19 nivôse an 9.

BOYROT , DARTIS-MARCILLAT.

Je suis du même avis , et par les mêmes raisons.

PICOT-LACOMBE.

(27-)

Le soussigné, qui a lu la consultation ci-dessus, est du même avis; les motifs qui lui servent de fondement sont trop amplement discutés dans cette consultation, pour qu'il soit nécessaire d'y rien ajouter. Ce qui est décisif en faveur du consultant, c'est que sa mère avoit précédé son père, et que celui-ci est décédé le 28 juillet 1793, et qu'ainsi son droit à l'institution étoit acquis avant la loi du 17 nivôse an 2.

DÉLIBÉRÉ à Riom, le 12 pluviôse, an 9 de la république.

TOUTTÉE.

Le soussigné est du même avis sur tous les points, et par les mêmes motifs.

DÉLIBÉRÉ à Riom, le 2 ventôse, an 9 de la république.

PAGÈS.

Le soussigné est du même avis, par les mêmes motifs, en ajoutant que cette question ne peut être décidée que par les principes de l'ancienne législation, encore en vigueur à l'époque de l'ouverture de la succession.

Le 22 ventôse an 9.

MAUGUE.

QUESTIONS PROPOSÉES.

GILBERT DUCOURTHIAL, veuf de Marie de Villette, contracta un second mariage le 14 mai 1778; il avoit une fille unique d'un premier mariage.

Trois enfans sont issus du second.

Gilbert Ducourthial est décédé le 27 juillet 1793; sa seconde femme étoit morte avant lui.

Les quatre enfans des deux lits ont survécu et vivent encore.

Il s'agit de régler leurs droits respectifs sur la succession de leur père commun.

Jean-Baptiste-Gilbert Ducourthial de Lassuchette, fils aîné du second lit, croit avoir droit de prendre, dans cette succession, un *tiers en préciput et avantage* sur ses co-héritiers, et de partager avec eux les autres deux tiers par égalité; ce qui lui attribuerait la moitié de la succession entière; il fonde sa prétention sur la clause du contrat de mariage en secondes nocces, de Gilbert, son père, du 14 mai 1778, dont la teneur suit :

« Ledit. futur époux, en faveur du présent
« mariage, a institué et institue héritier du tiers de tous
« ses biens présens et à venir, *l'un des enfans qui naîtra*
« *du présent mariage, et ce par préciput et avantage;*
« laquelle institution est faite en faveur de celui ou celle
« que les futurs époux choisiront conjointement, par

« quelques actes que ce soit , ou qui sera choisi par le
 « survivant des deux futurs , auquel le droit en appar-
 « tiendra , par clause expresse , aussi par quelques actes
 « que ce soit ; et en cas que *le choix n'en ait pas été fait* ,
 « ladite institution sera *au profit de l'aîné des mâles* ,
 « s'il y a des mâles , et s'il n'y a point de mâle , au profit
 « de l'aînée des filles. »

Gilbert Ducourthial et sa seconde épouse sont décédés l'un et l'autre , sans avoir fait d'autre choix entre leurs enfans communs , pour recueillir l'effet de l'institution portée par cette clause , que le *choix conditionnel* qui y est contenu *en faveur de l'aîné des mâles* , en cas qu'il n'en fût pas fait d'autres.

En cet état , le citoyen Lassuchette , fils aîné , est-il fondé à soutenir ,

1°. Que *Gilbert Ducourthial* , son père , a pu valablement avantager , par son contrat de mariage en secondes noces , *l'un des enfans à naître* de son second mariage , du tiers de ses biens en préciput ?

2°. Que l'*indétermination* de l'institué , à élire entre tous les enfans à naître du second mariage , ne vicioit pas la disposition ?

3°. Qu'elle n'étoit pas viciée non plus par la circonstance que la *seconde femme* devoit concourir au choix de cet héritier , dans le cas où il seroit fait du vivant des deux époux , et même de l'élire seule , si elle avoit survécu ?

4°. Que l'élection de l'aîné des mâles , faite dans l'acte même qui contient l'institution , pour recueillir éventuellement , et dans le cas , qui est arrivé , où il n'y auroit pas d'autre choix , étoit également une disposition valable

dans le principe , et qu'elle doit produire son plein et entier effet , nonobstant la révocation des dispositions de ce genre , prononcée par les articles XXIII et XXIV de la loi du 17 nivôse an 2 , postérieure de cinq mois au décès de Gilbert Ducourthial ?

5°. Enfin , que le décret du 7 mars 1793 , qui avoit interdit tous avantages en ligne directe , quelques mois avant le décès de Gilbert Ducourthial , n'est pas un obstacle non plus à ce que le citoyen Ducourthial fils aîné profite d'une disposition en préciput , qui a sa source dans un contrat de mariage antérieur de plus de quatorze ans à ce décret.

Opinions du Conseil sur les questions proposées.

La première observation à faire , pour résoudre les questions proposées avec justesse et précision , est qu'il ne s'agit point de régler le partage d'une succession ouverte depuis la loi du 17 nivôse an 2 ; mais d'une succession ouverte près de six mois avant cette loi , dès le 27 juillet 1793.

Seconde observation. La rétroactivité de la loi du 17 nivôse , qui remontoit en arrière pour régler des successions et des dispositions ouvertes depuis le 14 juillet 1789 , fut rapportée par les lois des 9 fructidor an 3 , trois vendémiaire an 4 , 18 pluviôse an 5 ; elle ne doit plus en conséquence avoir d'application qu'aux successions ouvertes depuis sa publication. Les droits *acquis* avant cette époque , sont maintenus , consacrés , inviolables.

Troisième observation. Le sort de l'élection faite par

le contrat de mariage du 14 mai 1778, du cit. Ducourthial-Lassuchette, fils aîné, pour recueillir le tiers de la succession de son père en préciput, dans le cas où aucun autre des éligibles ne seroit choisi par ses père et mère, ou par le survivant des deux, avoit été invariablement fixé *avant la loi du 17 nivôse*, par la mort *de ses père et mère*; car le décès du survivant avoit éteint sans retour la faculté qu'ils avoient pendant leur vie, de le *déchoir* de cet avantage.

De ces trois observations préliminaires, résulte la conséquence, que ce n'est point par la loi du 17 nivôse, que doivent se décider les questions proposées; mais uniquement par les lois antérieures.

Raisonnons maintenant d'après ce point de départ:

1°. L'aveuglement seul pourroit révoquer en doute la validité, sous le régime ancien, des donations de biens présens et à venir, des institutions contractuelles, et de toutes autres dispositions éventuelles faites par contrat de mariage, *en faveur des enfans à naître du mariage*, tant elle étoit disertement prononcée par les ordonnances de 1731, art. XVII et XVIII, et de 1747, art. XII.

On ne sauroit non plus méconnoître la capacité des enfans d'un second mariage, pour recevoir de pareilles dispositions et en profiter, en avantage sur les enfans du premier lit, dans les pays où le statut permettoit en général au père de famille d'avantager un ou plusieurs de ses enfans, sur les autres, sans distinguer les lits (comme en Auvergne, où étoient situés les biens de Gilbert Ducourthial,) et sans accorder de privilège aux enfans du premier mariage, sur ceux du second.

La seconde femme, il est vrai, n'auroit pu être valablement instituée par son mari, que pour succéder à une *part d'enfant*; mais son incapacité *relative* et limitée ne se communiquoit point à ses enfans à naître; et leur *aptitude personnelle* à recevoir de leur père tous les avantages permis entre enfans en général, ne fut jamais mise en question; on avoit seulement prétendu autrefois que les avantages faits *dans un contrat de mariage en secondes noces*, aux enfans qui naîtroient du mariage, étoient prohibés, *lorsqu'ils étoient excessifs*, comme ceux qui seroient faits à la seconde femme elle-même, parce qu'ils étoient inspirés par la même séduction.

Mais ce système ombrageux a perdu tous ses partisans, depuis que les arrêts du parlement de Paris, des 19 avril 1719 et 11 août 1740 (1), ont ramené à la raison et aux principes sur cette question. On ne voit plus, dans les avantages faits par contrat de mariage en secondes noces, aux enfans à naître du mariage, que ce qui y est véritablement; je veux dire un acte de prévoyance très-naturel, très-favorable et très-sage des familles, qui, ne voulant pas abandonner aux hasards de l'avenir le sort des enfans à naître du mariage, s'occupent de l'assurer à l'avance, et en font une des conditions du mariage. La société est intéressée au maintien de stipulations si raisonnables, sous la foi desquelles les mariages se contractent, et sans lesquelles ils ne se seroient pas contractés. Ne soyons

(1) Ils sont rapportés dans le recueil des arrêts notables de la Combe.

donc pas surpris si tous les suffrages se sont réunis, depuis soixante ans, pour en proclamer la validité.

D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue la modération avec laquelle Gilbert Ducourthial use de la faculté d'avantager l'un de ses enfans à naître du second lit; il ne lui destina que le tiers de sa succession en préciput; c'est-à-dire, deux quinzièmes seulement de plus que la part d'enfant dont la seconde femme auroit pu être gratifiée elle-même par l'événement.

Cette modération est la preuve de la sagesse qui inspira le don. La passion est prodigue sans mesure, parce qu'elle est un délire. Des dispositions modérées ne sauroient donc en être le fruit.

Concluons que les considérations particulières se joignent ici aux principes généraux, pour ne laisser voir dans l'institution faite par Gilbert Ducourthial en faveur d'un des enfans à naître de son second mariage, qu'une disposition dont le principe fût légitime et pur. Nouveau motif pour les tribunaux d'en ordonner l'exécution sans hésiter.

2^o. Mais on semble prétendre que l'institution dont il s'agit étoit vicieuse dans sa forme, en ce *que l'institué étoit indéterminé*, et que sa désignation avoit été subordonnée à un choix futur.

Ce moyen pourroit être de quelque considération, s'il s'agissoit d'une disposition postérieure à la loi du 17 nivôse an 2, qui a *aboli pour l'avenir* les dispositions dont l'application seroit laissée au choix d'un tiers. — Mais il s'agit ici d'une disposition faite en 1778. Or, à cette époque, loin que les donations et institutions électives fussent

prohibées, la validité en étoit expressément consacrée par les articles LXII, LXIII, LXIV, LXV et LXVI de l'ordonnance de 1735, sur les testamens, et par celle du mois d'août 1747 sur les substitutions, art. XII.

Enfin, les articles XXIII et XXIV de la loi du 17 nivôse an 2, rapprochés de l'art. VII de celle du 18 pluviôse an 5, lèvent tous les doutes ; car le résultat du rapprochement est la confirmation des institutions subordonnées à une élection, lorsque le droit de l'institué *élu* étoit devenu *irrévocable* par le décès de la personne qui avoit droit d'en élire une autre, avant la publication de la loi du 17 nivôse an 2 : or, l'institution dont le citoyen Ducourthial-Lassuchette réclame l'exécution, est dans ce cas, puisque son père et sa mère, qui auroient pu révoquer le choix qu'ils avoient fait de leur fils aîné pour recueillir le tiers des biens de Gilbert Ducourthial, l'un d'eux, et choisir un autre de leurs enfans pour recueillir à sa place, étoient décédés l'un et l'autre bien avant la loi du 17 nivôse an 2.

3°. Mais on insiste et l'on dit : A la bonne heure l'institution conditionnelle et subordonnée à un choix éventuel, dont le citoyen Ducourthial-Lassuchette veut tirer avantage, n'étoit pas viciuse dans son essence ; mais elle l'étoit par la circonstance que le disposant avoit conféré à sa seconde épouse le droit de choisir entre ses enfans, celui qui recueillerait le tiers assuré en avantage au second lit. Ce droit d'élire lui offroit une perspective éventuelle, qui pouvoit lui ouvrir des chances pour faire tourner le don à son profit, quoique personne prohibée ; et l'on cite en faveur de cette subtilité systématique, l'exemple de ce qui

fut jugé par l'arrêt rendu entre la veuve et les enfans Laparra, le 18 mai 1736.

La réponse est facile et tranchante. L'arrêt de Laparra fut un arrêt de circonstances. L'institution élective qu'il annulla, étoit universelle, et réduisoit les enfans du premier lit à leurs simples légitimes de rigueur.

La succession Laparra étoit ouverte en pays de droit écrit, où la mère succédoit à ses enfans, au préjudice de leurs frères et sœurs consanguins.

Cette mère qui avoit survécu à son mari, avoit spolié scandaleusement la succession, consistant principalement en mobilier; et elle avoit d'ailleurs pratiqué toutes sortes de fraudes du vivant de son mari, pour réduire à peu près à rien les légitimes des enfans du premier lit. L'indignation plaidoit la cause de ces victimes délaissées, et l'on peut en conséquence appeler l'arrêt qui annulla l'institution contractuelle faite à leur préjudice, un arrêt *ab irato*.

Or, qu'a de commun cet étrange préjugé avec l'institution dont il s'agit ici?

L'institution de Laparra étoit universelle; celle-ci n'est que du tiers.

La seconde femme de Laparra avoit survécu à son mari, ets'étoit emparée de toute la succession, pour en détourner la meilleure part à son profit. Ici la seconde femme de Gilbert Ducourthial est morte long-temps avant son mari, et n'a profité, ni pu profiter de rien dans sa succession.

La femme Laparra avoit la perspective de succéder à ses enfans, et elle pouvoit abuser du droit d'élire qui lui avoit été confié, soit pour jouir, en retardant son choix,

soit pour y mettre un prix et des conditions à son avantage.

La seconde femme de Gilbert Ducourthial n'avoit pas la même perspective, quand elle auroit survécu à son mari; la coutume qui régissoit les biens destinés à ses enfans, l'auroit exclue de l'espoir d'y succéder: elle n'auroit pas mieux réussi à s'approprier par des voies détournées, une portion conséquente du patrimoine de son mari, sur-tout une portion équivalente à la part d'enfant, dont il lui étoit permis de la gratifier ostensiblement; la médiocrité de la disposition dont l'application lui avoit été confiée, y auroit mis un obstacle invincible.

Il n'y a donc aucun parallèle à faire entre deux espèces si différentes. Tout étoit fraude dans l'affaire de Laparra, tout est loyauté dans celle-ci; la fraude et la loyauté auront-elles jamais le même sort?

Voilà encore la troisième objection des adversaires du citoyen Ducourthial aîné, qui s'évanouit.

4°. La quatrième question ne peut pas faire la matière d'un doute. La même législation autorisoit en effet, les élections conditionnelles et révocables, faites par contrat de mariage, en faveur d'un enfant à naître individuellement, pour recueillir à défaut d'autre choix, et l'héritier ainsi *désigné éventuellement*, recueilloit sans difficulté le bénéfice de la disposition, toutes les fois qu'il n'en étoit pas *déchu*, par un choix contraire.

L'article XXIV de la loi du 17 nivôse, abrogea ces règles *pour l'avenir*; mais il en consacra les *effets* pour le *passé*, en faveur des héritiers éventuels, dont le droit seroit devenu *irrévocable par le décès* de la personne ayant droit de *révoquer*.

L'article vouloit que *le décès* qui avoit rendu la disposition *irrévocable*, fût antérieur au 14 juillet 1789 : mais cette *rétroactivité* est rapportée. Il suffit en conséquence, que *le décès* de la personne ayant pouvoir de révoquer, soit antérieur à la publication de la loi du 17 nivôse an 2. Dans le fait particulier, le décès de Gilbert Ducourthial est antérieur, et de beaucoup, à la publication de la loi du 17 nivôse an 2 : concluons donc, que la disposition conditionnelle qu'il avoit faite en faveur de son fils aîné du second lit, est confirmée par la loi même dont ses frères et sœurs voudroient se prévaloir pour l'attaquer.

5°. Il reste la principale difficulté à éclaircir ; elle est tirée de la loi du 7 mars 1793, par laquelle il fut décrété en principe, que « la faculté de disposer de ses biens, soit à cause de mort, soit entre-vifs, soit par donation contractuelle, en ligne directe, *étoit abolie*, et « qu'en conséquence, tous les descendans auroient un « droit égal sur le partage des biens de leurs ascendans. Appuyés sur ce texte, les adversaires du citoyen Ducourthial-Lassuchette, lui diront sans doute, « si vous « échappez à l'article XXIV de la loi du 17 nivôse, « parce que le décès de notre père est antérieur, au « moins n'échapperez-vous pas au décret du 7 mars « 1793, car notre père n'est mort qu'après ce décret, « et conséquemment dans un temps où la loi assuroit à « tous ses enfans un droit égal au partage de sa succession, et prohiboit l'avantage du tiers en préciput que « vous revendiquez. »

La réponse est dans les articles I et VII de la loi du

18 pluviôse an 5 , qui déterminent sans équivoque le sens dans lequel il faut entendre et appliquer le décret du 7 mars 1793 , en ces termes :

« Les avantages , prélèvemens , préciputs , donations entre-vifs , institutions contractuelles , et autres dispositions *irrévocables de leur nature* , légitimement stipulées en ligne directe *avant la publication du décret du 7 mars 1793* , auront leur plein et entier effet , conformément aux anciennes lois , tant sur les successions ouvertes jusqu'à ce jour , que sur celles qui s'ouvriront à l'avenir. » (Article I.^{er})

« Les élections d'héritiers ou de légataires.... qui ont été annulées par les articles..... de la loi du 17 nivôse , à compter du 14 juillet 1789 , sont rétablies dans leur effet primitif , si elles ont été faites par acte ayant date certaine avant la publication de la loi du 17 nivôse. » (Article VII.)

Le contrat de mariage du 14 mai 1778 , contenoit deux dispositions très-distinctes ; savoir , une disposition principale , qui étoit une institution du tiers des biens de Gilbert Ducourthial en faveur de l'un des enfans à naître de son second mariage , par préciput et avantage , et une disposition secondaire , qui étoit la désignation particulière de l'aîné des mâles pour recueillir ce tiers de biens , dans le cas où il ne seroit pas fait choix d'un autre enfant du second lit , pour en profiter préféablement à lui.

La disposition principale étoit pure , sans condition , et *irrévocable de sa nature* ; elle auroit profité à tous les enfans du second lit collectivement , à défaut de choix valable d'un seul d'entre eux , pour recueillir exclusive-

ment; *la disposition secondaire*, qui appliquoit l'avantage du tiers à l'aîné des mâles particulièrement, *étoit conditionnelle*, et pouvoit être révoquée, par l'élection d'un autre enfant.

Toutes deux sont également confirmées par les deux articles de la loi du 18 pluviôse an 5, qui viennent d'être rapportés.

L'article 1^{er}. confirme en effet *la disposition principale*; car elle se range incontestablement dans la classe des dispositions *contractuelles, irrévocables de leur nature*, et antérieures à la publication du décret du 7 mars 1793, que cet article a *maintenues pour être exécutées conformément aux anciennes lois*, puisqu'elle est contenue dans un contrat de mariage de 1778.

Quant à la *disposition secondaire*, elle est maintenue par l'article VII; car cet article rétablit dans *leur effet primitif*, non pas seulement les élections d'héritiers ou de légataires faites en ligne directe par acte ayant date certaine avant la loi du 7 mars 1793, mais *indéfiniment* les élections faites avant la publication *de la loi du 17 nivôse an 2*; de sorte qu'une élection qui auroit été faite antérieurement à la publication de la loi du 17 nivôse, seroit confirmée par cet article : ce qui décide bien nettement ce point de droit, que la prohibition de *disposer* en ligne directe, prononcée par le décret du 7 mars 1793, n'emportoit pas la prohibition de choisir un d'entre plusieurs éligibles, pour recueillir l'effet d'une disposition contractuelle, irrévocable de sa nature, qui auroit été faite antérieurement au décret de 1793. Dans l'espèce, non seulement l'élection du citoyen Ducourthial, fils aîné, étoit

antérieure, soit à la loi du 17 nivôse an 2, soit au décret du 7 mars 1793, puisqu'elle étoit contenue dans le contrat même de 1778. Mais elle étoit d'ailleurs devenue irrévocable plusieurs mois avant la loi du 17 nivôse, par le décès de celui qui seul auroit pu la révoquer par un choix contraire.

Ainsi la validité, sous tous les rapports, se trouve prononcée sans équivoque, par les deux textes précités.

O B J E C T I O N.

La validité de la *disposition principale*, au profit des enfans du second lit collectivement, ne peut pas être mise en problème, à la bonne heure; mais la validité de l'élection *conditionnelle* de l'aîné de ces enfans, pour recueillir seul, à l'exclusion des autres, est loin d'être aussi certaine. Cette élection étoit révocable par le changement de volonté de son auteur, qui pouvoit jusqu'à son dernier soupir, enlever le bénéfice au citoyen Ducourthial aîné, par le choix d'un de ses frères, pour recueillir à sa place: or, il est de principe que de pareilles dispositions, qui restent mobiles pendant toute la vie du disposant, et ne deviennent immuables que par son décès, doivent être considérées comme si elles n'avoient été faites que le jour de sa mort. Mais si l'on considère l'élection dont le citoyen Ducourthial aîné prétend se prévaloir, comme si elle eût été faite le 27 juillet 1793 seulement, jour du décès de Gilbert Ducourthial père, il en résultera qu'elle sera réputée faite dans un temps où elle n'étoit plus permise, puisque toute disposition étoit prohibée alors depuis plusieurs mois, en
ligne

ligne directe ; donc il faudra la regarder comme nulle et non avenue.

R É P O N S E.

Ce raisonnement repose sur des bases évidemment erronnées.

1^o. C'est une première erreur de prétendre que Gilbert Ducourthial n'auroit pas pu faire le 27 juillet 1793, jour de son décès, l'élection qu'il avoit faite en 1778, sous le prétexte que le décret du 7 mars 1793, lui en avoit interdit la faculté. L'art. VII de la loi du 18 pluviôse an 5, déjà rapporté plus haut, décide bien positivement le contraire ; car il déclare valables les élections d'héritiers, faites dans l'intervalle de la loi du 7 mars 1793, à celle du 17 nivôse an 2 ; il maintient l'effet primitif de toutes celles qui avoient précédé la publication de la loi du 17 nivôse, *indéfiniment sans exception*, sans distinction *entre* celles qui étoient postérieures à la loi du 7 mars 1793, et celles qui étoient antérieures. Cette décision positive de la loi, au surplus, n'est que l'application d'un principe reconnu de tous les temps ; car dans tous les temps, on avoit pensé que celui qui choisissoit un de plusieurs éligibles pour recueillir une disposition préexistante, ne faisoit point une *disposition nouvelle* ; et conséquemment qu'il ne contrevenoit point aux lois prohibitives des nouvelles dispositions.

Après cela, qu'importeroit donc que l'élection faite en faveur du citoyen Ducourthial aîné, en 1778, dût n'être considérée que comme faite le jour du décès de son père ? elle n'en seroit pas moins valable. Il ne seroit

pas moins vrai de dire qu'elle est textuellement maintenue par l'article VII de la loi du 18 pluviôse, qui encore une fois maintient *indistinctement*, toutes les élections antérieures à la loi du 17 nivôse.

2°. Les citoyens Ducourthial puînés, ne se font pas moins illusion, lorsqu'ils invoquent à l'appui de leurs prétentions le principe d'égalité des partages établi par les lois de 1793, et de l'an 2. Ils ne veulent pas voir que ces lois n'ont pas été faites pour régler les intérêts des donataires entre eux, mais seulement pour régler les intérêts des héritiers légitimes, mis en opposition avec ceux des donataires. C'est cependant ce qui est bien textuellement et bien énergiquement exprimé dans l'article LVII de la loi même du 17 nivôse, qui porte :

« Le droit de réclamer le bénéfice de la loi, quant aux
« dispositions qu'elle annule, n'appartient qu'aux héritiers.
« naturels.. »

Il est reconnu que la disposition du tiers des biens de Gilbert Ducourthial, qui est l'objet du litige, loin d'être annulée, est au contraire maintenue par rapport aux héritiers de Gilbert Ducourthial, en général; que le contrat de 1778, qui la contient, doit avoir sa pleine et entière exécution, en faveur des enfans du second lit, considérés comme donataires *en préciput*, au préjudice de la fille du premier lit, qui n'a pour elle que le seul titre d'héritier. Ce titre seul ne donne pas aux citoyens Ducourthial puînés, de plus grands droits qu'à leur sœur; conséquemment, dès qu'il n'attribue aucune part à cette fille unique du premier lit, il n'en attribue aucune non plus à ses frères, sur le tiers des biens en litige.

Cela posé, ce ne peut être qu'en se présentant comme donataires concurremment avec leur frère aîné, en vertu du contrat de mariage de 1778, qu'ils peuvent élever des prétentions sur le tiers des biens, et en demander partage; ce ne peut être qu'en faisant le raisonnement que voici :

« L'avantage du tiers en préciput fait par Gilbert Ducourthial en 1778, à celui des enfans à naître de son second mariage qu'il choisiroit, *est bon en soi*, et doit profiter aux trois enfans éligibles par égalité, s'il n'y a eu de choix valablement fait en faveur d'aucun des trois. Or, il n'y a point eu de choix valable, puisque le seul qui ait été fait, celui qui étoit contenu dans le contrat même de mariage, du 14 mai 1778, a été annullé par le décret du 7 mars 1793. »

Hé bien ! ce raisonnement, quand il ne seroit pas renversé par l'art. VII de la loi du 18 pluviôse, s'écarteroit victorieusement par l'article LVII de la loi du 17 nivôse, qui vient d'être rappelé. Il établit en effet, pour règle générale, que le bénéfice des nouvelles lois relatives à la prohibition de disposer, ne peut être réclamé que par les héritiers naturels en leur qualité d'héritiers seulement, et non par des *donataires* contre d'autres *donataires*. En un mot, les nouvelles lois prohibitives des dispositions, ne sont qu'en faveur des héritiers; aucune n'a prononcé de *nullités* qui aient pour objet de faire passer les choses données d'un donataire à l'autre.

Concluons que les frères puînés du citoyen Ducourthial-Lassuchette sont sans action et sans droit, pour disputer à leur frère aîné un préciput dont le père commun l'a avan-

tagé par l'acte le plus favorable de la société, par un contrat de mariage : d'un préciput qu'il pouvoit lui ôter, mais qu'il a voulu lui conserver. En vain ils feront des efforts pour se révolter contre la volonté paternelle, ils n'en feront que d'impuissans.

D É L I B É R É à Paris par le jurisconsulte ancien sous-signé, le 8 germinal an 9.

B E R G I E R.

LE CONSEIL SOUSSIGNÉ qui a vu le mémoire à consulter et les diverses consultations au bas rapportées pour le fils aîné du second lit de feu Gilbert Ducourthial de Lassuchette,

EST D'AVIS des résolutions contenues dans ces consultations. Trois questions y ont été traitées.

1^o. Si l'institution contractuelle d'un tiers des biens, faite en faveur des enfans du second lit, est valable ?

2^o. Si cette institution profite à tous les enfans, ou au fils aîné exclusivement ?

3^o. Quels sont les droits de la fille du premier lit ?

La première et la troisième question ne présentent point de difficulté sérieuse.

Lors du contrat de mariage, l'inégalité de succession entre les enfans n'étoit pas prohibée ; ils pouvoient être avantagés les uns sur les autres : on avoit éclairci et condamné le doute, si des enfans du second lit pouvoient être mieux traités que ceux du premier. Le contrat du

second mariage assura donc irrévocablement aux enfans du second lit un avantage alors licite.

2°. Par les lois existantes, lorsque le père maria sa fille du premier lit, il avoit le droit en la dotant, de la forclore de toute succession de son estoc; il en usa, sauf de la rappeler. Mais la loi du 8 avril 1791 rendit ce rappel inutile; elle le fit elle-même en prononçant l'abrogation des coutumes qui excluient ou qui permettoient d'exclure les filles. La fille du premier lit est donc héritière comme les autres enfans, sauf le rapport de ce qu'elle a reçu.

3°. Mais à qui appartiendra le tiers réservé dans le contrat de mariage aux enfans à naître du second lit et donné par ce contrat à celui d'eux qui seroit choisi, et à défaut, à l'aîné? C'est la seule question véritablement litigieuse.

Dans l'ancien droit, elle ne souffriroit aucun doute. Les lois nouvelles y ont-elles apporté quelque changement?

On peut dire contre le fils aîné, que le contrat du second mariage assura sans doute irrévocablement au second lit, le tiers des biens, mais en même temps il ne donna à aucun des enfans à en naître la certitude de recueillir ce tiers. Un seul y étoit appelé, d'après le choix que se réservoir le donateur ou instituant. Il est vrai qu'à défaut de choix, l'aîné étoit appelé: il est vrai encore que la loi du 18 pluviôse an 5, a confirmé, art. 1er. les institutions contractuelles stipulées en ligne directe avant la publication de la loi du 7 mars 1793, et que par l'article VII, elle a rétabli dans leur effet aboli par la loi du 17 nivôse an 2, les élections d'héritier, qui auroient été fai-

tes par acte ayant date certaine avant la publication de la loi du 17 nivôse. Mais, dira-t-on, l'article VII n'est pas applicable, puisqu'il n'y avoit pas d'acte d'élection, lorsque le père est mort : et l'article Ier. n'est pas applicable non plus, parce qu'il n'y avoit point en faveur de l'aîné, de disposition irrévocable. L'irrévocabilité n'est résultée que de la mort du père, qui perdit avec la vie, la puissance physique de choisir. Mais de son vivant, la loi du 7 mars 1793, lui avoit ôté la faculté du choix, en déclarant que tous les descendans auroient un droit égal sur le partage des biens de leurs ascendans; d'où il suit que tous les enfans du second lit ont eu, par la loi du 7 mars, un droit égal à ce préciput qu'il avoit destiné en se mariant, à l'un d'eux, mais dont il ne lui a plus été permis depuis le 7 mars 1793, de disposer en faveur de l'un, au préjudice des autres.

Voilà les objections dans toute leur force. Les réponses à donner nous paroissent satisfaisantes.

Il doit être convenu d'abord que l'institution étoit irrévocable, puisqu'elle étoit faite par contrat de mariage; elle étoit une des conditions promises à la future épouse et à ses parens.

Il n'y avoit d'incertain que le choix entre les institués, et si ce choix n'avoit pas été fait, l'institution auroit appartenu à tous.

Mais le choix fut placé dans l'institution même; l'instituant en se le réservant déclara que s'il n'usoit pas de cette réserve, elle s'appliquoit dès lors à son premier né. L'aîné eut donc, par une des clauses de l'institution, le droit de la recueillir, si son père ne dispoit pas au-

trement. Il avoit donc sur ses frères qui n'étoient qu'éligibles, l'avantage d'être élu conditionnellement; c'est-à-dire, si le père ne témoignoit pas une autre volonté.

La condition qui l'auroit dépouillé n'étant pas arrivée, son droit remonte au titre qui lui fut donné par le contrat, titre irrévocable de sa nature; conditionnel par une réserve dont l'exercice négligé a laissé subsister l'institution en faveur de l'aîné dans toute sa force.

Cela est d'autant plus vrai que dans l'intention du commun des testateurs, l'aîné étoit l'objet des choix et des préférences; et si l'on se réservait de pouvoir appeler un de ses frères, c'étoit bien plus pour le contenir dans le devoir que pour lui donner des co-partageans. C'est dans la même intention qu'afin que la réserve de choisir ne lui nuisît pas, on déclaroit qu'à défaut d'élection il seroit héritier.

Le défaut d'élection n'est donc que la ratification de l'institution de l'aîné, si un autre n'est appelé: or, la ratification se porte à l'acte. C'est donc du contrat de mariage de son père que l'aîné tire son droit, et ce contrat à la date 1778, est régi par les lois de ce temps, et nullement par la loi du 7 mars 1793:

Il n'est pas même vrai que cette loi eût ôté au père le droit de choisir; car ne lui inhibant d'avantager un de ses enfans qu'à l'avenir, elle ne détruisoit pas l'avantage déjà fait à celui des enfans qu'il éliroit, encore moins annulloit-elle l'avantage déjà fait à l'aîné, en cas de non élection.

Le but de la loi du 7 mars fut d'abolir pour l'avenir toutes dispositions qui n'avoient pas encore donné un titre

irrévocable , elle ne pouvoit embrasser l'hypothèse dont il s'agit ; car , ou elle empêchoit le père d'élire, ou elle lui en laissoit la faculté. Si elle lui en laissoit la faculté , il pouvoit donc dans cette espèce particulière avantager un de ses enfans : si elle empêchoit l'élection , elle auroit donc détruit une disposition contractuelle et par conséquent irrévocable , ce qui est absurde ; elle auroit eu effet rétroactif. Le père avoit donné. (Une institution contractuelle est une donation). Le père avoit donné à un seul parmi les enfans qu'il avoit d'un second lit , et l'on prétendroit qu'il a donné à tous !

On a tort de dire que quand le père est mort , il n'y avoit pas d'élection ; il y en avoit une bien expresse dans le contrat : le père ne l'ayant pas révoquée , pour lui en substituer une autre , elle doit avoir son effet.

Trois lois sont à considérer : celle du 7 mars qui abolit pour l'avenir la faculté de disposer en ligne directe ; elle ne touche pas aux dispositions antérieures et irrévocables.

La loi du 17 nivôse fut plus hardie ; elle annulla rétroactivement tous les avantages faits aux enfans depuis le 14 juillet 1789 ; elle ne détruisit pas les droits du consultant , qui remontent à 1778 : l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse an 2 , fut lui-même d'ailleurs rapporté par la loi du 9 fructidor an 3. Le donateur ou instituant , décédé le 27 juillet 1793 , est donc mort sous l'empire de la loi du 7 mars précédent , qui ne touchoit pas aux dispositions irrévocables qu'il avoit faites.

Enfin la loi du 18 pluviôse an 5 maintient expressément , par l'article I.^{er}. les dispositions irrévocables de leur nature , stipulées en ligne directe avant la publication de
la

la loi du 7 mars 1793 ; et par l'article VII, elle maintient les élections ayant date certaine et antérieure à la publication de la loi du 17 nivôse.

Or, la disposition de 1778 est antérieure au 7 mars 1793.

Elle est irrévocable de sa nature ; car elle est comprise dans un contrat de mariage.

Quand on dit qu'elle pouvoit être révoquée au préjudice de l'aîné, on argumente d'une faculté qui n'a pas été exercée, et qui, quoique son exercice eût appelé un autre héritier, ne changeoit pas la nature de la disposition, n'empêchoit pas qu'un seul parmi plusieurs ne fût irrévocablement favorisé. La réserve du choix dans une institution contractuelle n'en altère pas l'essence, et ne fait pas que l'institution en soi ne soit irrévocable : elle donne droit et titre irrévocable à celui qui sera appelé. L'appel seul est contingent et facultatif ; la donation ne l'est pas : tous les appelés ont l'espérance d'être donataires.

Celui en faveur de qui l'espérance se réalise, prend son droit de la donation qui lui est appliquée.

L'article VII de la loi du 18 pluviôse est décisif ; il maintient les élections faites avant la publication de la loi du 17 nivôse. Or il y a ici une élection de l'aîné dans le contrat même de mariage en 1778.

L'article VII de la loi du 18 pluviôse juge deux choses ; 1°. que l'élection antérieure au 17 nivôse est bonne, et à plus forte raison celle qui date de 1778 ; 2°. que la loi du 7 mars 1793 n'avoit pas prohibé les élections qui n'étoient que l'exécution d'actes irrévocables de leur nature, tels que les donations, ou devenus tels par les événemens, tels

que les testamens après le décès de leurs auteurs ; que les élections ne furent supprimées que par la loi du 17 nivôse, et que les corrections faites à cette loi les ont rétablies pour le passé.

Or, il s'agit ici d'une donation faite à un entre plusieurs : donation irrévocable et permise en 1778.

Il s'agit de l'élection de ce donataire, faite dans la donation même, si le donateur n'en appeloit pas un autre.

Avant son décès arrivé en juillet 1793, ou il eût pu en appeler un autre, ou il ne l'auroit pas pu. Au premier cas, il ne l'a pas voulu ; sa volonté, que rien ne gênoit alors, est encore exécutoire aujourd'hui. Au second cas, l'élection qu'il avoit faite, s'il ne disposoit pas, doit être exécutée. Les lois nouvelles ont éteint les élections à faire, ou qui n'avoient pas donné un droit : elles respectent les autres.

Or, l'aîné a droit par le contrat de mariage. Le dépouiller, ce seroit rétroagir ; ce seroit tomber dans cette absurdité de le dépouiller, parce que la condition sous laquelle le testateur l'avoit appelé (le défaut d'autre choix), est arrivée.

DÉLIBÉRÉ à Paris, le 2 germinal an 9.

SIMÉON. PORTALIS. MURAIRE, *président*
au tribunal de cassation. FAVARD.

LE CONSEIL SOUSSIGNÉ, qui a lu une consultation délibérée à Paris, le 2 germinal an 9, et plusieurs autres, données à Riom et à Clermont-Ferrand ;

EST DU MÊME AVIS sur les trois questions traitées dans ces consultations, dont les résolutions sont uniformes.

Sur la première question, il est sans difficulté qu'en 1778, époque du mariage de Gilbert Ducourthial de Lassuchette et de Marie-Léonarde Cornudet, sa seconde femme, le père pouvoit avantager, par son contrat de mariage ou autrement, un de ses enfans plus que l'autre; que de plus, un conjoint qui se remarioit, ayant un enfant du premier lit, pouvoit donner à ses enfans à naître du second lit, et qu'en conséquence, ceux-ci n'étoient point compris dans la prohibition de l'édit des secondes noces.

La jurisprudence sur la faculté du conjoint, qui contractoit un nouveau mariage, ayant des enfans du premier, de faire des avantages aux enfans à naître de sa nouvelle union, après avoir varié, avoit été irrévocablement fixée par l'arrêt du parlement de Paris, du 11 août 1740, qui est rapporté en forme avec les moyens des parties dans le recueil des arrêts notables de Rousseau de la Combe, chap. 79. On trouve au même endroit, à la suite de l'arrêt du 11 août 1740, un autre arrêt semblable, du 29 avril 1719, qui fut levé au greffe, et dont l'espèce est également rapportée par la Combe.

L'institution d'héritier, contenue au contrat de mariage de 1778, étoit donc valable dans son principe.

Sur la deuxième question, cette libéralité du père subsistoit dans toute sa force, au 27 juillet 1793, jour qu'il est décédé, et le fils aîné du second mariage est le seul qui en doive profiter.

La loi du 17 mars 1793 défendit aux pères et mères d'avantager, par quelque acte que ce fût, un enfant plus que l'autre, et voulut que les successions en ligne directe fussent partagées entre les enfans, par portions égales :

mais cette loi ne régloit que l'avenir, et non le passé.

L'effet rétroactif attribué depuis aux lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2, en rétrogradant jusqu'au 14 juillet 1789, a été aboli, et par conséquent l'institution d'héritier, qui avoit été détruite, est redevenue en pleine vigueur.

Quant au droit du fils aîné du second lit, les autres enfans ne peuvent le lui contester.

Le contrat de mariage de 1778, contient deux dispositions: la première est une institution d'héritier pour un tiers, au profit de celui des enfans à naître que les père et mère ou le survivant d'eux voudront choisir; la seconde est une vocation éventuelle exprimée dès-lors formellement au profit du fils aîné, au défaut de nomination de l'un des enfans par les père et mère ou par le survivant.

N'y ayant point eu de choix ni par les père et mère conjointement, ni par le citoyen Ducourthial qui a survécu, le fils aîné s'est donc trouvé seul donataire, non, pas par une disposition nouvelle, mais par la disposition que le contrat de mariage renferme.

La loi du 7 mars 1793 n'a point défendu les élections d'héritier ou de donataire à faire en vertu d'anciennes dispositions. Une élection d'héritier ou de donataire n'est point une donation proprement dite. Ce n'est que l'exécution d'une disposition déjà existante. Les prohibitions sont de droit étroit. Celle contenue dans la loi du 7 mars 1793 doit donc être restreinte dans le cas des donations postérieures à sa publication.

D'ailleurs, le fils aîné n'avoit pas besoin d'être élu. Il

étoit institué éventuellement par le contrat de mariage même, dans le cas où un autre que lui ne seroit pas nommé.

Enfin l'article VII de la loi du 18 pluviôse an 5, donnée en explication du rapport de l'effet rétroactif, porte : « Les
« élections d'héritier ou de légataire, et les ventes à fonds
« perdu qui ont été annulées par les articles XXIII et
« XXVI de la loi du 17 nivôse, à compter du 14 juillet
« 1789, sont rétablies dans leur effet primitif, *si elles ont*
« *été faites par acte ayant date certaine* avant la publi-
« cation de ladite loi du 17 nivôse. »

De pareilles élections pouvoient donc s'effectuer jusqu'à la publication de la loi du 17 nivôse an 2, nonobstant la loi du 7 mars 1793. Or, dans l'espèce proposée, le citoyen Ducourthial étant décédé le 17 juillet 1793, quand on considéreroit le défaut de choix de sa part comme une élection du fils aîné du second lit, cette élection seroit valable.

Mais ce dernier a de plus en sa faveur une nomination écrite dans le contrat de mariage de 1778, pour le cas où les père et mère, ou le survivant d'eux, n'éliroient pas : ce qui met son droit hors de tout doute.

Il est même à observer, que l'article VII de la loi du 18 pluviôse ne parle point du cas où le donateur prévoyant le défaut d'élection, a désigné éventuellement, comme ici, celui des éligibles, par lequel il entendoit que la donation fût recueillie.

Sur la troisième question, la fille du premier lit étant exclue par la coutume, sa renonciation à la succession future de son père n'a pas plus d'effet que la forclusion

légale. Ainsi, elle a le droit de succéder avec ses frères, en vertu des lois des 8 avril 1791 et 4 janvier 1793.

DÉLIBÉRÉ à Paris, par le citoyen Ferey, ancien juriconsulte, le 8 germinal an 9.

F E R E Y.