LA LIBÉRALITÉ SELON LE DROIT : ÉTUDE DES PRINCIPES ET DE LA CASUISTIQUE JURIDICIAIRE AU XVI[E] SIECLE.

Anne ROUSSELET-PIMONT (École de droit de la Sorbonne – Université Paris 1)

« Qui le sien donne avant de mourir, bientost s'apprête à moult souffrir » : telle est la mise en garde que l'on trouve, sous la plume d'Antoine Loisel, dans ses célèbres *Institutes coutumières*[1]. Quelle que soit l'authenticité de la formule[2], elle révèle la méfiance des juristes du début de l'Époque moderne face aux élans de générosité de leurs contemporains.

Pourquoi une telle méfiance, chez les juristes, à l'égard de la libéralité ?

Il ne s'agit bien évidemment pas de nier les vertus du don qu'une longue tradition médiévale, renouvelée par l'humanisme et le retour aux sources antiques, maintient ancrées dans les prétoires comme ailleurs[3]. Les juristes du XVI[e] siècle, que l'on présente volontiers comme « l'élite culturelle de la France »[4], connaissent leurs classiques. Ils n'ignorent pas les deux *Éthiques* d'Aristote ; ils ont lu le *De officiis* de Cicéron comme le *De beneficiis* de Sénèque, « ces grands guides romains sur le don »[5]. Comme leurs ancêtres médiévaux, ils ont également conscience de la valeur religieuse, éthique et sociale de la libéralité. C'est ainsi que Pierre Guénois commence sa *conference des coustumes*, au titre des donations et don mutuel, en reconnaissant que « donation [...] est fort favorable »[6]. Favorable, la libéralité l'est, parce qu'elle est gage de lien social entre les hommes. Elle est « le nerf principal de ceste vie sociale » selon les termes de Jean Papon : elle structure, là où l'avarice ne fait que détruire[7]. Tout en déplorant qu'elle ne soit pas assez pratiquée, le juge forézien ne peut que recommander, à tous, cette vertu libérale : aux rois et autres potentats, aux autorités urbaines ou aux capitaines militaires « pour attirer, acquerir, entretenir et conserver le cœur de leurs subjects [de leurs citoyens ou de leurs soldats] en la vraye et perdurable obeïssance » ; aux simples particuliers, également, pour « asseurer et garder leurs voisins, compagnons et amis en solide amitié et alliance ». L'homme libéral ne compte, en effet, plus ses amis et s'enrichit ainsi d'un trésor inestimable[8].

---

[1] Antoine Loisel, *Institutes coustumieres ou manuel de plusieurs et diverses Reigles, Sentences et Proverbes tant anciens que modernes du Droict Coustumier et plus ordinaire de la France*. Nouvelle édition avec les variantes des éditions antérieures, une table de concordance et des tables analytiques par Michel Reulos, Paris, 1935, n° 655, p. 94. Les citations rapportées dans le texte et en note respectent les textes originaux, notamment pour l'orthographe.

[2] Il convient en effet de préciser que cet aphorisme ne figure dans aucune des trois premières éditions des *Institutes coustumieres* et n'a été introduit que dans l'édition qu'en donne Claude Joly en 1679 (*Institutes coustumieres...* Dernière édition, revue sur un exemplaire de l'Auteur, Paris, Vve E. Martin, 1679). À propos de ces règles qui apparaissent dans la nouvelle édition de Joly, Michel Reulos note qu'elles « ne présentent pas le même caractère d'authenticité, puisque nous n'avons pas retrouvé l'exemplaire corrigé par l'auteur avant sa mort », *op. cit.*, p. 8.

[3] Voir Nathalie Zemon Davis, *Essai sur le don dans la France du XVI[e] siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 2003.

[4] Jean-Louis Thireau, « Le jurisconsulte », *Droits*, n° 20, Doctrine et recherche en droit, 1994, p. 27.

[5] Natalie Zemon Davis, *op. cit.*, p. 17.

[6] Pierre Guénois, *La conference des coustumes tant generales que locales et particulieres du Royaume de France*, Paris, Guillaume Chaudiere, 1596, t. II, fol. 648.

[7] « C'est le nerf principal de ceste vie sociale, comme au contraire l'avarice est la destruction en entiere ruine de toutes bonnes choses », Jean Papon, *Premier Tome des trois notaires*, Lyon, Jean de Tournes, 1568, p. 325.

[8] « [...] si tu as usé de liberalité, tu auras acquis des amis, qui te demeureront pour te secourir, ayder et remonter lors

Cette libéralité, qui fortifie l'amitié et, par là même, soutient la république, on la trouve également décrite chez l'avocat parisien Louis Le Caron[9], qui insiste, par ailleurs, sur la réciprocité inhérente au don, que traduit l'adage érasmien, « chose bien donnée n'est jamais perdue »[10].

Cependant, si les juristes défendent en soi le don libéral, ils sont peut-être, plus que d'autres, portés à en voir les limites. En effet, leur statut d'arbitre ou, pour le moins, d'observateurs privilégiés des querelles et des procès, les placent en première ligne pour constater les conséquences, parfois désastreuses, de certaines largesses. Ils sont alors naturellement portés à distinguer la libéralité « vertueuse », de celle qui est « profuse » et n'est que « vice et prodigalité imprudente »[11]. Ils sont également enclins à réprouver « la liberté infinie de donner » [12] et à louer, au contraire, les coutumes protectrices des patrimoines[13]. Le pragmatisme du juriste s'illustre assez bien dans les propos de Louis Le Caron, qui, sitôt après avoir vanté les mérites de la libéralité, en dénonce les dangers.

> Mais comme les choses biens instituees se corrompent quelquesfois par excez et principalement celles qui dependent de la volonté de l'homme, laquelle souvent se dereigle et desborde de la droicte raison : aussi il advient que les affections inconsiderées de l'homme se transportent tant quelquesfois que par immenses et inofficieuses donations, il prive de sa succession ceux que la nature et le droict y appelle[14].

Tout est dit de la préoccupation du juriste : assurer la nécessaire proportion entre la louable générosité du donateur et les obligations qui sont également les siennes à l'égard de sa famille. La libéralité est, en effet, un acte gratuit qui appauvrit celui qui le fait. Mais, cet appauvrissement n'engage pas que lui : ses héritiers, ses créanciers risquent également d'en pâtir, ce qui suscite, chez ces derniers, une naturelle suspicion, qui les fait douter des véritables motifs d'une telle dépossession et les pousse à la contester devant un juge.

Dans les développements qui vont suivre nous voudrions préciser ce qu'est, pour les juristes du XVI[e] siècle, une juste libéralité ; ce qu'est une légitime intention libérale qui opère ce bon équilibre entre le rien et le trop « de sorte que le donateur ne se despouille du tout ny aussi retienne tout »[15]. Mais avant, plusieurs précisions s'imposent pour définir le cadre de

---

de tes afflictions ; et qui par feu, par guerre et autres perils ne se desmentent ny perdent point. Tu les acquerras ny entretiendras jamais sans donner et estre liberal comme tu dois estre et sans penser que tu ne sçaurois mieux faire pour toy et pour ton bien. En donnant et usant de liberalité, tu acquiers amis, qui est un nouveau et plus asseuré thresor auquel tu gardes le tien et t'est à la fin rendu avec proffit si grand que tu ne trouveras usure pareille », *ibid.*, p. 325-326.

[9] « De tous les actes que peuvent faire les hommes pour maintenir entr'eux la societé civile, on estime la donation le plus recommandable : parce qu'elle procede de liberalité, laquelle par mutuels plaisirs et benefices entretient l'amitié, qui est le vray fondement de toute republique », Louis Le Caron, *Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris ou droict civil parisien avec les commentaires de L. Charondas Le Caron*, Paris, Estienne Richer, 1637, p. 193. Au XVII[e] siècle, l'idée d'un lien entre société humaine et don est clairement posé par Jean-Marie Ricard : « Si nous cherchons l'origine des Donations [...], les Histoires nous apprendront que celles-là ont pris leur commencement avec la société des hommes, qui ne se sont pas plutôt frequentez qu'ils ont cherché les moyens par des liberalitez et des presens reciproques, de s'entretenir en amitié ; c'est ce qui a causé ces assemblées qui ont perfectionné le monde, qui composent les Villes et les Bourgades que nous voyons aujourd'huy », *Traité des donations entre-vifs et testamentaires*, Paris, Jean et Michel Guignard, 1707, p. 2.

[10] « [....] non que donner soit tousjours perdre ainsi que tesmoigne Martial, lib. 5. Epig. », Louis Le Caron, *Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 193. Sur l'adage « chose bien donnée n'est jamais perdue », voir Nathalie Zemon Davis, *op. cit.*, p. 23.

[11] Jean Papon, *op. cit.*, p. 326.

[12] René Choppin, *Commentaires sur la coustume d'Anjou*, Paris, Charles du Mesnil, 1657, p. 231.

[13] *Ibid.*, p. 228.

[14] Louis Le Caron, *Coustumes de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 193.

[15] Jean Papon, *op. cit.*, p. 326.

cette étude.

La première est d'ordre terminologique. Les juristes, en effet, ne traitent pas directement de la libéralité. Ils traitent des donations. La libéralité n'est pas, dans le vocabulaire juridique de l'Époque moderne, une catégorie autonome. Alors même que les linguistes définissent la libéralité aussi bien comme la vertu de donner que comme la chose donnée elle-même, les techniciens du droit ne donnent juridiquement corps à la libéralité qu'au travers de l'acte particulier qu'est la donation[16]. On chercherait d'ailleurs presque en vain, dans les dictionnaires juridiques de l'ancien droit ou dans les tables des matières des traités de droit et autres recueils de jurisprudence de l'époque, une entrée *Libéralité*[17]. L'acte juridique, qui exprime la libéralité, « qui procede de liberalité », disent les juristes, est la donation. Donation et libéralité ont donc partie liée puisque l'une se définit par l'autre[18]. Mais pour le juriste, seule la première relève pleinement du droit.

Par ailleurs, si la libéralité est bien « l'âme de la donation », toutes les donations ne présentent pas le même degré de libéralité. Conscients que toutes les donations ne se valent pas, les juristes en dressent une savante typologie qui les conduit à redessiner le juste

[16] Nous voudrions ici remercier le Professeur Pierre Bonin dont la grande connaissance des dictionnaires tant généralistes que juridiques de l'Époque moderne a permis de confirmer nos premières intuitions. Parmi les travaux de Pierre Bonin sur les dictionnaires, nous pouvons citer : « La coutume entre pluralisme juridique, souveraineté étatique et projections historiographiques : les dictionnaires de l'Époque moderne », *Normes et normativité. Études d'histoire du droit en l'honneur d'Albert Rigaudière*, Paris, Economica, 2009, p. 255-280.

[17] On ne trouve d'entrée libéralité dans aucun des grands dictionnaires juridiques classiques de cette période qui se développent à partir du XVII[e] siècle : rien dans Laurent Bouchel (*La bibliothèque ou Thresor du droict françois*, Paris, D. Langlois, 1615) ; rien dans Pierre Jacques Brillon (*Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des parlemens de France et autres tribunaux*, Paris, Cavelier, 1727) ; toujours rien dans Claude-Joseph de Ferrière (*Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique*, Toulouse, J. Dupleix, 1779) ou Jean-Baptiste Denisart (*Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, 5[ème] édition, Desaint, 1766) ou encore Joseph-Nicolas Guyot (*Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, J. D. Dorez, 1775-1783) ; rien non plus dans le *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les différents Tribunaux du Royaume* de Barthélemy-Joseph Bretonnier ni dans sa première édition (Paris, Emery, 1718) ni dans sa cinquième (Paris, Libraires associés, 1783). À défaut de véritables dictionnaires pour le XVI[e] siècle, l'examen des tables des matières révèle également que l'entrée libéralité n'est pas retenue. Nous avons trouvé cependant quelques cas, mais très marginaux, où le terme de « libéralité » constitue une entrée dans une table. Ainsi René Choppin s'y réfère, une fois, dans ses *Commentaires sur la coustume d'Anjou*, *op. cit.*, mais c'est pour évoquer une libéralité à Rome et non en droit français. Or, comme le notait en son temps Savigny, les termes *liberalitas* comme d'ailleurs *donatio* n'ont longtemps eu à Rome qu'une faible portée juridique, voir l'entrée *Don* dans le *Dictionnaire de la culture juridique* publié sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, Paris, PUF, 2003, p. 417. À titre de comparaison, on notera qu'aujourd'hui, les lexiques juridiques, parmi les plus connus et utilisés, accordent à la libéralité une entrée spécifique. On peut citer par exemple le cas de l'incontournable *Vocabulaire juridique* publié sous la direction de Gérard Cornu, Paris, PUF, 2001, p. 606, qui définit la libéralité comme un « acte par lequel une personne dispose à titre gratuit, par donation entre vifs ou par testament, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne, appartenant ou non à sa famille ». La libéralité est donc, en droit contemporain, une catégorie particulièrement vaste qui englobe « toute disposition à titre gratuit, quel qu'en soit le mode de réalisation : entre vifs (donation ordinaire, indirecte ou déguisée), ou à cause de mort (legs, institution contractuelle) ». Mais il convient d'ajouter qu'une autre grande référence, qu'est le *Dictionnaire de la culture juridique* précité ne retient pas l'entrée *Libéralité* ni même celle *Donation*. Le *Dictionnaire de la culture juridique* retient l'entrée *Don* et l'auteur de ce texte, Anne Foubert, prend soin de préciser que « du mot "don", l'on serait tenté de dire qu'il appartient plus au vocabulaire de certaines disciplines extra-juridiques (et notamment de la sociologie et de l'anthropologie) ou au langage courant qu'à celui du droit », p. 417.

[18] Comme l'écrit Antoine Fontanon, « la commune et generale definition est, donation n'estre autre chose qu'une pure liberalité concedee sans contrainte d'aucun droict », *La pratique de Masuer, ancien jurisconsulte et practicien de France mise en François par Antoine Fontanon*, 7[ème] édition, Paris, Sébastien Nivelle, 1597, p. 339-340. Pour Louis Le Caron, la donation est « ce qui est baillé liberallement sans la contrainte d'aucun », *Pandectes ou Digestes du droict françois*, Paris, Estienne Richer, 1637, p. 263. Ces définitions sont reprises de celle donnée par Papinien au *Digeste* (D. 39,5, 29) : « Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur ».

périmètre de la donation. Ils parlent ainsi des donations à cause de mort ou entre vifs ; des donations pures et simples alors que d'autres sont dites rémunératoires ou à charges ou encore sous conditions. Mais toutes ces espèces sont-elles alors encore vraiment des donations ? Non, disent les puristes, soit que l'effet de la donation soit différé, soit que sa cause ait un autre « pretexte que d'amitié, liberalité ou bien de charité »[19]. N'est véritable donation que celle qui repose sur une pure libéralité sans autre cause et justification[20]. Cependant, une telle restriction s'accommode mal de la complexité du système des dons et des échanges. Ainsi, une même donation peut comporter, à la fois, des éléments purement libéraux et d'autres, rémunératoires ou conditionnés[21], sans parler des formules de style contenues dans les donations, qui font douter de leurs réelles qualifications[22]. Par ailleurs, comme le soulignera, au siècle suivant, Jean Domat, les engagements familiaux et sociaux « obligent differemment à faire du bien » et les libéralités peuvent donc prendre la forme de purs bienfaits, d'actes de charité, mais aussi de réponses à l'estimation d'un juste mérite[23]. Les juristes doivent donc tenir compte de l'ambivalence du don et la rigidité des catégories juridiques s'en trouve

[19] Jean Papon, *op. cit.*, p. 333. Papon présente alors une typologie restrictive des donations dans laquelle seule la donation pure et simple peut être qualifiée de véritable donation : « Le jurisconsulte fait plusieurs diverses especes de donations. L'une, quand le donateur a intention que ce qu'il donne soit promptement acquis au donataire, sans entendre qu'il en retourne rien à luy : et sans avoir autre occasion de donner que sa liberalité et munificence. Celle là est seule proprement donation. L'autre donation est, quand le donateur n'entend point que la chose donnee soit acquise au donataire, sinon en tant que quelque chose advienne. Ceste cy n'est proprement donation et si elle l'est, c'est sous condition. Troisiesme quand le donateur veut bien que ce qu'il donne soit promptement acquis au donataire, mais à la charge de faire ou non faire quelque chose. C'est une remuneration. Autre est, qui ne vaut promptement et lors qu'elle est faicte, mais prend son effect de l'advenir et lors aussi la chose donnee n'est promptement acquise au donataire mais seulement quand la donation est venue au temps de valoir, comme s'il advient que le donateur meure et qu'il ne relieve de la maladie ou revienne de la guerre où il va lors qu'il donne, celle là n'est donation propre, mais donation en suspens et subjecte à valoir ou ne valoir ; comme est donation à cause de mort ou bien donation en faveur et consideration de mariage ; si le donateur ne meurt au premier cas ou bien au second si le mariage ne s'accomplit, la donation ne sort effect. », p. 335-336.

[20] « En donation n'est requise cause ny expression d'icelle, mais se fait de la seule benignité et libre volonté et au contraire en donation tant moins y a de cause et tant plus elle est louable, propre et digne du nom de donation », écrit Jean Papon, *op. cit.*, p. 335. C'est l'opinion également de René Choppin, pour qui « La donation liberale exclud toute cause ». Pour illustrer son propos, il ajoute « mesme celle d'honneur, selon l'advis de Pline, lequel dit que les deniers que le Peuple Romain contribua aux funerailles d'Agrippa Menenius estoient par honneur et necessité et non par liberalité, *cap. 10 lib. 33 Natural. histor.* », Commentaires sur la coustume d'Anjou, *op. cit.*, p. 231. Voir aussi la définition donnée par Duval : « Proprement donation est appellée celle qui se fait d'une pure liberalité et irrévocablement sans cause, sans condition », *Traité de M. Duval des donations tant entre vifs qu'à cause de mort et comment elles se revoquent par la cause d'inofficiosité ou la survenance d'enfant*, dans Laurent Bouchel, *La Bibliotheque ou thresor du droict françois*, Paris, 1629, p. 996.

[21] C'est ce que constate, par exemple, René Choppin dans ses commentaires coutumiers, voir *Commentaires sur la coustume d'Anjou*, Paris, *op. cit.*, p. 231 et *Commentaires sur les coustumes de la prevosté et vicomté de Paris*, Charles du Mesnil, 1657, p. 184.

[22] Louis Le Caron commentant la jurisprudence du parlement de Paris écrit ainsi qu'il ne faut s'arrêter trop vite au caractère rémunératoire énoncé dans un acte. Car la clause « pour les bons services et plaisirs » est une « clause commune qu'on met en toutes les donations » si bien qu'« encores que ladite donation soit conceue en termes de remuneratoire si est ce qu'on la peut estimer pour gratuite », *Responses ou decisions du droict françois confirmees par arrests des cours souveraines de ce royaume et autres*, Paris, Nicolas du Fossé, 1605, Livre XII, Réponse LVII, fol. 482v°.

[23] Jean Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Pierre Aubouin et Pierre Emery, 1697, p. 363 : « Les donations sont des liberalitez naturelles dans l'ordre de la societé où les liaisons des parens et amis et les divers engagemens obligent differemment à faire du bien, ou par la reconnoissance des bienfaits, ou par l'estime du merite, ou par motif de secourir ceux qui en ont besoin, ou par d'autres vues ». Domat affirme plus loin qu'une « donation est une libéralité et celuy qui ne donne que ce qu'il doit, ou ce qu'il est obligé de donner, ne fait pas une donation, mais s'acquitte d'une dette ou de quelque autre engagement ». Mais, à propos des donations rémunératoires, il reconnaît également qu'elles peuvent être en partie véritablement libérales dès lors que « ce qui est donné ne pouvoit être exigé par le donataire », *op. cit.*, p. 367.

souvent malmenée entre les auteurs qui, comme Papon, ne voient que rarement de vraies donations et les autres qui, au contraire, en voient partout[24].

Il ne s'agira pas ici de trancher définitivement ce débat, mais de s'y référer pour réduire le champ de notre étude en ne conservant que les donations dans lesquelles se manifestent le plus de libéralité possible. C'est ainsi que nous écarterons les donations à cause de mort ou legs testamentaire[25]. Non pas parce qu'ils sont dépourvus de toute intention libérale, mais parce que, ne prenant véritablement naissance qu'à la mort du donateur, ils n'impliquent pas la même générosité que les donations entre vifs, qui supposent, elles, un dépouillement immédiat et ce, de manière irrévocable. Les juristes du XVI[e] siècle n'accordent d'ailleurs bien souvent qu'aux donations entre vifs le titre de « vrayes et absolues » donations[26]. Nous n'évoquerons pas non plus, dans le cadre de cet article, les donations royales ni les donations mutuelles[27], qui, pour les premières, relèvent d'un système bien particulier, qui repose plus sur la puissance que sur le droit et, pour les secondes, impliquent un jeu préétabli de réciprocité, qui brouille le cadre traditionnel de la libéralité unilatérale[28]. Nous nous en tiendrons donc aux

---

[24] Dans cette perspective, certes moins fréquente que la première, on peut citer le cas, même s'il écrit plus tardivement, de Jean-Marie Ricard qui est tenté de qualifier de donations tout acte juridique dans lequel transparaît une quelconque intention libérale. C'est ainsi qu'il commence son traité des donations en affirmant que « le mot donation étant pris generalement et dans toute son étendue, ne contient pas seulement les donations entre-vifs et les testamentaires, et à cause de mort ; mais aussi les remuneratoires, à charge et onereuse, quoi qu'elles dégenerent le plus souvent en des Contrats de ventes : et même nous ne pouvons pas refuser la communication de ce nom aux dots, aux douaires et à tous autres Contrats, qui contiennent en eux quelque remise de ce qui pouvoit être exigé, puisqu'ils ont pour un de leurs objets la liberalité, qui est l'ame de la donation », *op. cit.*, p. 1.

[25] Sur cette distinction d'origine romaine et sa survivance dans l'ancien droit, voir Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, Précis, 2002, p. 1369-1373.

[26] Louis Le Caron, *Pandectes*, *op. cit.*, p. 263. C'est également l'opinion d'Antoine Fontanon qui rappelle que la donation entre vifs est celle qui doit être proprement appelée donation (« proprie donatio appelatur »), *La pratique de Masuer*, *op. cit.*, p. 340. Au siècle suivant, Jean-Marie Ricard commence son traité sur les donations par une nette distinction entre les libéralités entre vifs et celles à cause de mort : les premières, on l'a dit, relèvent à ses yeux d'un instinct naturel et généreux des hommes alors que les secondes sont animées d'intentions moins louables : « Mais les Testamens n'ont été introduits que dans le progrez de la vie civile. Ils ont eu pour motifs deux considerations principales ; l'une, l'accroissement de l'ambition des hommes qui se sont enfin portez jusques à ce point, que de vouloir étendre leurs jours et leur memoire en ce monde, au-delà des limites que la Nature leur a prescrites ; et l'autre a eu pour cause les inconveniens particuliers qui se sont rencontrez dans l'execution des donations entre vifs ; étant arrivé souvent que les Donateurs se sont eux-mêmes repentis des bienfaits qu'ils avoient exercez pendant leur vie, soit en consequences du changement qui étoit survenu dans leurs affaires, ou pour l'ingratitude des donataires », *op. cit.*, p. 2.

[27] Cette restriction de notre propos trouve une justification supplémentaire, fort opportune, dans les définitions conjointes que donne, au XVIII[e] siècle, Claude-Joseph de Ferrière du « don » et de la « donation ». Selon l'auteur du *Dictionnaire de droit et de pratique*, le don « signifie largesse, libéralité et généralement tout ce qui se donne gratuitement ». Il ajoute : « Néanmoins dans l'usage on appelle don tout ce qui est accordé gratuitement au Prince ou par le Prince ou ce qui se donne réciproquement par le mari à la femme et par la femme au mari ; au lieu que l'on appelle donation, ce qui est donné par un Particulier à un autre », *op. cit.*, T. 1, p. 558. Nous traiterons donc ici de « donation » et non de « don ».

[28] Comme l'écrit Louis Le Caron, le don mutuel « n'est vraye alienation estant reciproque », *Responses*, *op. cit.*, Livre VII, Réponse CXXIX, fol. 239v°. Dans le même ouvrage, il se fait d'ailleurs l'écho des discussions entre praticiens quant à l'application du régime juridique général des donations aux dons mutuels (voir notamment, Livre VII, Réponse CCVI, fol. 267v°). Sous la plume de Guy Coquille, on peut également lire que les donations mutuelles (comme d'ailleurs certaines donations rémunératoires) « ne sont pas vrayes liberalitez », *Coustume de Nivernois*, dans *Œuvres*, Paris, Antoine de Cay, 1646, p. 300. Guy Coquille précise, par ailleurs, que la donation mutuelle n'est « pas vraye donation, tant parce que c'est vraye permutation d'esperance et nul ne peut dire qu'il reçoive advantage à cause du doubteux evenement ». Il cite à l'appui la glose selon laquelle « la vicissitude fait que ce n'est vraye donation » et ajoute comme dernier argument que c'est parce que ces donations ne sont pas de vraies donations qu'elles sont autorisées entre conjoints alors même que la plupart des coutumes, conformément au droit romain, prohibent les libéralités entre époux (cf. infra), *Questions et Responses sur toutes les Coustumes de France*, dans *Œuvres*, Paris, Antoine de Cay, 1646, n° CXLIX, p. 125. Même position de Pierre Guénois pour qui « la donation mutuelle n'est proprement donation », *La conference*

donations entre vifs, non réciproques, mais sans en exclure a priori celles dans lesquelles le geste du donateur dépend de l'attitude ou de la qualité du donataire. Même ainsi réduite, la question n'en demeure pas moins très vaste, tout particulièrement au XVI[e] siècle, où le droit des donations se développe sous l'effet conjugué de la cristallisation coutumière et de l'intervention nourrie de la législation royale, qu'accompagne une importante production doctrinale[29]. Pour présenter cette approche juridique de la libéralité au XVI[e] siècle, nous nous proposons d'avancer en deux temps : un premier, assez général, s'appuiera sur les principales règles qui définissent la matière. Puis nous tenterons d'affiner l'analyse en explorant plus en détail la pratique judiciaire. La jurisprudence des arrêts permet, en effet, une lecture plus poussée des contours de la libéralité grâce à la richesse de la casuistique du Palais.

LA LIBÉRALITÉ APPRÉHENDÉE PAR LE DROIT

La méfiance des juristes à l'égard des donations se ressent nécessairement dans le régime juridique qui leur est appliqué. Il va de soi que le droit ne saurait interdire toute libéralité, mais il lui appartient de poser certaines règles pour encadrer les manifestations de générosité et les insérer dans des limites acceptables tant au regard des intérêts du donateur que de ceux de sa famille ou de ses créanciers.

Pour dresser assez succinctement un tableau du droit des donations entre vifs dont les dispositions sont un subtile mélange d'emprunts au droit romain[30] et de tradition coutumière[31], nous retiendrons quatre questions, parmi celles qui intéressent le plus les juristes : Qui donne à qui ? Que peut-on donner ? Comment le donner ? Et enfin, peut-on révoquer une donation, par nature irrévocable ?

Qui donne à qui ?

Cette première question, qui touche à la capacité des auteurs comme des bénéficiaires de la libéralité, se résout de manière inégale, le cas du donateur appelant moins de développements que celui du donataire. En effet, celui qui donne ne peut le faire que s'il a une pleine capacité juridique conformément au droit commun des obligations. Est alors exclue du geste libéral la cohorte des incapables : mineurs, femmes, furieux et autres insensés. Comme l'écrit Louis Le Caron, dans ses *Pandectes*, « celuy qui donne doit estre capable de contracter, tant pour l'aage que pour le sens et autres conditions requises en celuy qui peut disposer de ses biens et doit faire la donation de sa pure volonté et liberalité, sans contrainte »[32]. Il existe cependant quelques tempéraments à cette règle générale. Ainsi, la coutume de Paris, qui fixe la majorité à 25 ans accomplis pour disposer de ses biens, autorise, dès vingt ans, celui qui se marie ou qui a obtenu bénéfice d'âge entériné en justice[33], à donner ses meubles[34]. Les aubains

---

des coustumes, *op. cit.*, fol. 656.

[29] On a ainsi pu dire que c'est à partir du XVI[e] siècle que s'établit en doctrine « la théorie de l'institution » qu'est la donation, *ibid.*, p. 1344.

[30] On notera que le droit romain s'est intéressé assez tardivement aux donations en tant que catégorie juridique. Il faut en effet attendre le Bas-Empire pour que la donation devienne un acte juridique à part entière, Jean-Philippe Levy et André Castaldo, *op. cit.*, p. 1344 ; 1346.

[31] Sur les donations en général au Moyen Âge, *ibid.*, p. 1344 ; 1348-1350.

[32] Louis Le Caron, *Pandectes*, *op. cit.*, p. 266. « Toute personne capable de contracter par le droict François, peut aussi donner ; mais ceux ausquels la loy ne permet de contracter, comme les furieux, les insensez, les prodigues declarez et les mineurs, ne peuvent donner », Louis Le Caron, *Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 194.

[33] À propos du bénéfice d'âge, Pierre Guénois explique que « par le droict civil les masles aians vingt ans complets et les femelles xviii. ans obtiennent benefice d'aage – *l. 2 C. de his qui ven. aetat*. qui à teleffect que ceux qui ont obtenu lettres du Prince sont mis hors de la curatelle et prennent l'administration et gouvernement de leurs biens et en tous actes sont tenus et reputez majeurs », *La conference des coustumes*, *op. cit.*, fol. 651.

bénéficient également, pour une fois, d'un traitement de faveur : ils ne peuvent pas tester, mais ils peuvent faire des donations entre vifs[35]. Cependant, ce premier point n'offre que peu de particularités par rapport au droit commun des actes de disposition.

En revanche, la capacité du donataire fait l'objet de prescriptions plus originales. La première d'entre elles concerne les époux. Le droit interdit, en effet, les donations entre époux, du moins une fois le mariage prononcé. Cette règle solidement établie vaut aussi bien en pays de droit écrit qu'en pays de coutume[36]. Cependant, toute générale qu'elle soit, la prohibition se décline de manière assez variée sur l'ensemble du territoire du royaume : les provinces de droit écrit appliquent le droit romain dans son dernier état, c'est-à-dire autorisant les libéralités testamentaires et soumettant la validité des donations entre vifs à l'absence de révocation avant le décès du conjoint donateur[37]. Quant aux différentes coutumes, elles reçoivent l'interdiction avec plus ou moins de rigueur, depuis celles qui s'opposent à toute forme d'avantage entre époux, hormis le cas particulier du don mutuel, jusqu'à celles, plus libérales, qui se contentent de limiter la quotité disponible, en passant par les coutumes qui reprennent purement et simplement le droit romain[38]. Mais malgré ces aménagements, le principe reste celui de l'interdiction du don. Ce qui fait dire à Loisel : « Donation en mariage, ny concubinage ne vaut »[39]. Les raisons de cette restriction à la liberté du donateur eu égard à la qualité du donataire sont, à la fois, d'ordre moral et patrimonial. À Rome, comme l'expliquent Ulpien[40] et Paul[41], il s'agissait, avant tout, de protéger les époux contre une trop forte passion ou un inégal

---

[34] Article 272 de la nouvelle coutume de Paris (articles 97 et 98 de l'ancienne). Le Caron justifie cette ouverture tant par le fait qu'il s'agit des seuls meubles que par le statut particulier des bénéficiaires : ceux qui ont bénéfice d'âge ont en effet « le gouvernement et administration de leurs biens et sont reputez pour majeurs » ; quant aux mariés, ils sont, d'après la coutume (article 239) « reputez usans de leurs droicts, pour avoir l'administration de leurs biens, laquelle administration seroit de peu d'effect s'ils ne pouvoient au moins disposer de leurs meubles, qu'on estime la moindre espece de biens », *Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 193-194.

[35] Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op. cit.*, p. 1185 et 1346.

[36] Sur cette question, nous voudrions signaler une thèse de doctorat d'histoire du droit en cours d'achèvement : Nicolas Laurent-Bonne, *Les donations entre époux (XII[e]-XVI[e] siècle). Droits savants, législations territoriales et pratique française*, thèse dirigée par le Professeur Franck Roumy, université Paris 2, Panthéon-Assas.

[37] Cette validation *a posteriori* des donations entre vifs d'un conjoint à l'autre fut introduite par l'oratio Antonini proposée par Caracalla en 206.

[38] Pour mieux s'y retrouver dans la pluralité des règles coutumières, Robert-Joseph Pothier propose, dans son *Traité des donations entre mari et femme*, une utile classification des différentes règles coutumières. Il y distingue quatre classes de coutumes. La première classe se compose des coutumes qui interdisent toutes espèces de donations, que ces donations soient faites entre vifs ou à cause de mort, hormis, sous certaines conditions, le don mutuel. Ces coutumes restrictives par rapport au droit romain sont de loin les plus nombreuses, et parmi elles figure la coutume de Paris. Dans la deuxième classe, on trouve les coutumes qui prohibent les donations entre vifs, mais qui permettent celles que les conjoints se font par testament. Au sein de cette catégorie, Pothier prend soin d'établir deux sous-divisions au regard des conditions dans lesquelles la libéralité testamentaire peut avoir lieu : selon qu'il y ait des enfants ou non dans un premier cas ; selon la quotité disponible dans le second cas. Appartiennent à la troisième classe les coutumes qui consacrent les solutions romaines, à savoir qui autorisent les legs testamentaires, mais aussi les donations entre vifs qui n'ont pas été révoquées avant le décès du conjoint donateur. Enfin, la quatrième classe est constituée par les coutumes « qui permettent à l'un des conjoints par mariage de faire à l'autre donation entre vifs, au moins dans certains cas et sous certaines conditions ». Dans cette dernière catégorie, on trouve entre autres la coutume d'Angoumois qui permet aux conjoints de se donner en usufruit de leur vivant, s'ils n'ont pas d'enfants, leurs meubles et acquêts et le tiers de leurs propres ; celle de Montfort qui, dans les mêmes conditions, limite les donations aux meubles et acquêts et au quart des propres ou encore celle d'Auvergne qui autorise le mari à donner à sa femme tous ses biens, sauf la légitime des enfants, mais qui interdit à la femme toute sorte de donations. *Traité des donations entre mari et femme*. *Œuvres* publiées par M. Dupin, Paris, 1824-1825, t. 4, p. 550-554. Voir aussi pour un exposé des différentes coutumes, Pierre Guénois, *La conference des coustumes*, *op. cit.*, fol. 660v°-663.

[39] Antoine Loisel, *op. cit.*, n° 111, p. 31.

[40] D. 24, 1, 1 et D. 24, 1, 3.

[41] D. 24, 1, 2.

rapport de forces qui conduirait l'un des conjoints à se dépouiller au bénéfice de l'autre. C'est pourquoi, il importe de soustraire les rapports conjugaux aux dangers de la vénalité. Plus de dix siècles plus tard, l'argument tient toujours comme le rappelle Le Caron[42]. Mais il prend désormais également en compte le contexte de la communauté conjugale héritée de la tradition médiévale. C'est ce que remarque Pierre Guénois, qui, en se référant aux propos de Plutarque, insiste sur le désintéressement des conjoints nécessaire au développement, entre eux, du souci de la communauté[43]. Pour les juristes coutumiers, la volonté de protéger les intérêts des époux s'accompagne également d'une défense de la structure familiale[44]. Limiter les libéralités entre conjoints permet d'éviter le transfert des biens familiaux dans une branche étrangère, au détriment des héritiers du sang. La tradition individualiste du droit romain rencontre ici celle plus communautaire de la coutume.

Les époux ne sont pas les seuls à l'égard desquels le droit restreint la capacité de donner et de recevoir. Les enfants sont également l'objet d'une attention particulière du droit. Cette restriction est essentiellement d'origine coutumière et diversement appliquée, là encore, selon les lieux[45]. Elle apparaît principalement dans les coutumes dites égalitaires, qui interdisent d'avantager l'un des enfants par rapport à l'autre, ce qui affaiblit d'autant la volonté libérale de leurs parents. En effet, les parents peuvent toujours donner à leurs enfants, mais ceux-ci devront, lors de la succession, faire un choix : rester donataires ou devenir héritiers. Ils doivent « se tenir au don sans estre heritiers ou estans heritiers raporter le don »[46]. Les donations éventuellement faites du vivant des parents sont alors qualifiées d'avancement d'hoirie[47]. Commentant la coutume d'Anjou, qui appartient à ce lot de coutumes restrictives, du moins à l'égard des roturiers, René Choppin explique que la raison d'une telle règle « est prise de l'égalité qui doit estre observée entre les heritiers afin que l'avancement de l'un ne cause la jalousie et l'envie des autres contre luy »[48]. Guy Coquille, qui reprend l'argument, semble moins convaincu et y voit une « grande servitude et misere aux peres et meres » qui n'ont plus la liberté de récompenser par des libéralités leurs enfants serviables ni de les tenir dans une saine sujétion en leur faisant valoir une éventuelle générosité. C'est inverser l'ordre des obligations : en soumettant les parents alors que ce sont eux qui devraient commander. Par ailleurs, Coquille s'étonne de la pertinence de ces coutumes qui traitent mieux les étrangers que les enfants. Il conclut que « c'est grand ennuy à un bon et honneste cœur de sentir sa servitude et privation de liberté »[49]. On comprend alors la préférence de l'auteur de

---

[42] « Les anciens ont prudemment prohibé aux conjoincts par mariage de faire constant iceluy donation l'un à l'autre, estimant l'honneste amour qui doit estre entr'eux par les seules volontez afin qu'il ne semble que la concorde se doive acheter et entretenir par le prix et attente de profit, et pour esviter la ruine de l'un ou de l'autre et des legitimes heritiers, parce que s'ils leur eust esté loisible de s'entredonner, l'un eust peu par blandices, feintes larmes et mignardises, et autres fardées caresses d'amour attirer l'autre à luy donner tous ses biens », Louis Le Caron, *Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 202.

[43] « Plutarque en ses problemes rend une autre raison qui est afin que les conjoints par mariage estiment toutes choses communes entre eux », Pierre Guénois, *La conference des coustumes*, *op. cit.*, fol. 661.

[44] Le Caron dans la justification précitée (note 42) vise les époux mais aussi leurs légitimes héritiers.

[45] Pour une présentation de ces différents textes coutumiers, voir Pierre Guénois, *La conference des coustumes*, *op. cit.*, fol. 654v°-655.

[46] Guy Coquille, *Institution du droit françois*, dans *Œuvres*, Paris, Antoine de Cay, 1646, p. 100. Sur la présentation des différentes règles régissant le rapport des donations et les biens qui y sont compris ou exclus selon les coutumes, voir ce qu'en dit le même Coquille dans la suite de son commentaire, *ibid.*, p. 101-102.

[47] C'est ce que prévoient expressément certaines coutumes comme celle de Paris (article 278), voir sur cet article le commentaire de Louis Le Caron, *op. cit.*, p. 199.

[48] René Choppin, *Commentaires sur la coustume d'Anjou*, *op. cit.*, p. 230.

[49] « On dit que les Coustumes qui defendent les advantages sont pour eviter les mescontentemens et les envies entre les enfans, dont bien souvent adviennent les discordes. Mais aussi c'est une grande servitude et misere aux peres et meres de n'avoir pas la liberté de leurs biens, et n'avoir moyen de recompenser les services et officiositez de leurs enfans et de tenir en subjection et crainte ceux qui ne sont pas obsequieux. Avoir la liberté de disposer de ses biens envers un estranger et ne l'avoir pas envers ses enfans qui doivent toute subjection et

l'Institution du droit françois pour sa coutume de Nivernais, qui appartient à ces autres coutumes, certes moins nombreuses[50], mais qui acceptent les donations faites aux enfants par préciput, c'est-à-dire hors part successorale[51].

À ces restrictions nées de l'usage s'en ajoutent d'autres directement imposées par la législation royale, dont on sait qu'elle connaît, à partir du XVI[e] siècle, un développement sans précédent[52]. Parmi les différentes ordonnances qui jalonnent le siècle, plusieurs comportent des dispositions relatives au régime juridique des donations entre vifs. La première d'entre elles est la grande ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539. À propos de la capacité du donataire, ce texte interdit au pupille de donner à son tuteur, curateur et autre gardien et déclare nulle de telles libéralités[53]. Il est complété, sous le règne suivant, par une déclaration de février 1549, par laquelle il est ajouté que cette interdiction vaut « durant le temps de ladite administration » et qu'elle s'étend aux « personnes interposees venant directement ou indirectement desdits Tuteurs, Curateurs, Gardiens, Baillistres et administrateurs »[54]. La raison de cette interdiction réside dans un principe fondé sur une légitime suspicion de fraude. En effet, le tuteur, comme le dit le droit romain, « ne peut authoriser le mineur en son propre faict »[55]. Car il est à redouter que le donateur ait donné « forcé par quelque crainte ou menées illicites »[56] de la part de celui qui a autorité pour diriger ses actes. Les textes coutumiers complètent cette interdiction en l'étendant aux pédagogues[57] à condition néanmoins, précise la doctrine, que le donateur soit encore « sous la puissance » de son maître et qu'il s'agisse d'une « pure donation » et non de la rémunération d'un réel service accompli[58], conformément à ce que prévoyait déjà le droit romain[59].

Le roi législateur est également intervenu pour limiter certaines donations jugées plus dangereuses que d'autres du fait, là encore, de la qualité du donataire. C'est ainsi que, malgré la considération avec laquelle tous les juristes regardent les donations faites en faveur de

---

obeyssance. Se recognoistre estre subject en l'endroict où l'on doit commander. Et tant bons et obeyssans soient les enfans, c'est grand ennuy à un bon et honneste cœur de sentir sa servitude et privation de liberté », Guy Coquille, *Institution du droit françois*, *op. cit.*, p. 100.

[50] Guy Coquille, *Coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 297. C'est le cas de la coutume, en plus de celle du Nivernais, de Bourbonnais quand la donation est faite en faveur de mariage ou de la coutume de Reims, voir Guy Coquille, *Institution du droit françois*, *op. cit.*, p. 101.

[51] Coquille reprend sa charge dans son commentaire coutumier : « Mais s'il est loisible en cette matiere de raisonner ; me semble que l'inconvenient est plus grand de mettre les peres et meres en cette miserable servitude et subjection envers leurs enfans qu'ils ne puissent disposer en pleine liberté de leurs biens entre leurs enfans, comme ils peuvent à l'esgard des estrangers, et comme la liberté est en recommandation à chacun de nous pour faire du sien ce qui luy plaist, mesme que les loix Romaines ont introduit plusieurs remedes et actions contre ceux qui nous empeschent de disposer de nostre bien ainsi que bon nous semble comme l'action possessoire [...] Ainsi est-il plus grief de n'en pouvoir disposer à l'esgard de ceux qui nous doivent obeyssance et sur lesquels les loix anciennes donnent puissance de mort et de vie. Et est l'inconvenient plus grand en ce que les enfans se sentans asseurez qu'on ne peut leur diminuer la portion hereditaire, n'auront soin de gagner et entretenir les bonnes graces de leurs peres et meres par services obsequieux pour esperer d'eux honneste recompense, laquelle esperance est approuvee par la loi Romaine ». Coquille conclut en disant : « Doncques est louable nostre Coustume qui conserve aux peres et meres leur liberté naturelle de pouvoir disposer de leurs biens entre leurs enfans sauve la legitime », *Coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 297-298.

[52] Anne Rousselet-Pimont, *Le chancelier et la loi au XVI[e] siècle*, Paris, De Boccard, 2005.

[53] Article 131 : « Declarons toutes dispositions d'entre-vifs ou testamentaires qui seront cy après faites par les donateurs ou testateurs, au profit de leurs Tuteurs, Curateurs, Gardiens et autres leurs administrateurs, estre nulles et de nul effect et valeur », Pierre Guénois, *La grande conference des ordonnances et edicts royaux*, Paris, Estienne Richer, 1636, t. 1, p. 753.

[54] *Ibid.*, p. 753.

[55] Gilles Bourdin, *Paraphrase sur l'ordonnance de l'an mil cinq cent trente neuf, traduite en françois par A. Fontanon et illustré par le traducteur de nouvelles additions sur chacun article*, Paris, Jean Huzé, 1606, p. 305.

[56] Louis Le Caron, *Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 197.

[57] C'est le cas de la coutume de Paris (art. 276) et de celle d'Orléans (art. 296).

[58] Louis Le Caron, *Pandectes*, *op. cit.*, p. 265.

[59] D. 39, 5, 27.

mariage, Charles IX promulgue, en juillet 1560, un édit, qui encadre les donations faites à l'occasion des secondes noces. Il est vrai que, malgré la permission paulienne, les secondes unions sont moins bien vues que les premières. Mais, en l'occurrence, plus que la défaveur pour les remariages, c'est un scandale mondain[60] qui conduit le roi et son porte-plume législatif, le chancelier Michel de L'Hospital, à légiférer. Sur le fond, cet édit, dit des secondes noces, reprend partiellement les lois romaines *hac edictali*[61] et *foeminae quae*[62] pour interdire, à l'épouse, de donner à son second mari des biens provenant du premier ou de l'avantager par des libéralités prises sur ses propres biens et dont le montant serait supérieur à la part d'un des enfants de la donatrice. Cet édit, protecteur des intérêts patrimoniaux des héritiers, a été bien accueilli par les observateurs. « Long temps a esté attendue ceste ordonnance, mais elle meritoit la main d'un si prudent et illustre chancelier que Monseigneur de L'Hospital pour estre parfaictement dressée à la reigle de justice », écrit ainsi Louis Le Caron dans son commentaire de l'édit[63].

Ces précisions sur les qualités requises tant du côté du donateur que du donataire pour valablement faire acte libéral, étant précisées, venons-en maintenant à une autre question essentielle pour appréhender ce que peut être, au XVI[e] siècle, un don légitime en droit, à savoir celle de son étendue.

Que donner ?

« Chacun peut disposer de son bien à son plaisir, par donation entre-vifs, suivant l'opinion de tous nos Docteurs François »[64]. Il n'y aurait ainsi, à en croire ce principe général formulé par Loisel, aucune limite à l'expression de la générosité des donateurs, dès lors qu'elle se manifeste et prend effet du vivant de celui qui donne. En effet, sur ce point, le droit distingue clairement donation entre vifs et donation à cause de mort, les coutumes restreignant davantage la quotité disponible en cas de libéralités testamentaires[65]. « Par donation entre vifs, chacun peut disposer de tous ses biens ; mais par donation pour cause de mort ne peut plus autant que par testament », précise la coutume de Nivernais en renvoyant ensuite aux dispositions limitatives du chapitre des testaments. Cette divergence s'explique par le fait que l'hypothèse d'une dépossession totale de ses biens, par un donateur, de son vivant, est moins à craindre qu'après son décès en vertu du principe, déjà souligné par Marcien dans l'antiquité romaine, qu'il est plus commode de dépouiller ses héritiers que soi-même[66].

---

[60] Ce scandale mondain implique Anne d'Aligre, mariée au fils du chancelier Antoine Duprat en 1527 et veuve en 1553. Six ans plus tard, alors qu'elle est âgée d'environ cinquante ans, elle décide de convoler en secondes noces avec Georges de Clermont, de plusieurs années son cadet. Celui-ci profite de cette union pour obtenir de sa nouvelle épouse une importante donation qui lèse grandement les enfants nés du premier mariage de celle-ci. Une procédure judiciaire est alors engagée par les enfants du premier lit. L'éventualité de l'application de la loi romaine hac edictali, qui limite l'importance de telle donation, est évoquée par l'avocat d'Antoine Duprat, fils aîné d'Anne d'Alègre, mais aussitôt rejetée par celui de la veuve remariée. Un arrêt du parlement de Paris rendu le 27 janvier 1560 appointe les parties au conseil. Par la suite, les registres ne portent plus de trace de ce litige, peut-être parce que les enfants, faute d'arguments juridiques suffisants pour soutenir leur cause, ont abandonné la procédure. C'est l'opinion avancée par Alain Desrayaud, *Les Secondes noces dans l'ancien droit français (XIII[e]-XVIII[e] siècles)*, Thèse droit, dactyl., Paris XII, 1984, p. 541-553.

[61] C. 5, 9, 6.

[62] C. 5, 9, 3.

[63] Louis Le Caron, *Commentaire sus l'edict des secondes nopces*, Paris, 1560, fol. Aiiv°.

[64] Antoine Loisel, *op. cit.*, n° 649, p. 94.

[65] Cette divergence est mise en avant notamment par Louis Le Caron dans ses *Pandectes*, *op. cit.*, p. 264.

[66] D. 39, 6, 1. Jean Domat dans ses *Loix civiles dans leur ordre naturel* résumera également cette réalité : « C'est à cause de cette derniere difference entre les donations entre-vifs et les donations à cause de mort [la dépossession effective] que les coutumes qui ne permettent les dispositions à cause de mort au préjudice des heritiers que d'une certaine portion des biens, reduisent les donations à cause de mort à cette même portion, et qu'au contraire elles permettent les donations entre vifs au préjudice des heritiers parce que le donateur ne prive pas seulement ses heritiers, mais se prive soy même de ce qu'il donne », *op. cit.*, p. 361-362.

Nombreuses sont donc les coutumes qui accueillent favorablement les donations universelles, à commencer par celle de Paris à propos de laquelle Louis Le Caron écrit qu'elle « entend la puissance de donner entre vifs plus que de leguer par testament »[67]. Mais c'est également le cas de la coutume de Sens, d'Auxerre, d'Orléans, d'Auvergne, de Melun, de Chartres, de Dreux ou encore de Montargis ou du Nivernais[68]. Dans ces coutumes, il n'y a pas de « restrictions de la licence de donner » et ce, qu'il s'agisse de biens meubles ou immeubles ; propres ou acquêts[69].

Cependant, cet accueil très favorable réservé aux libéralités entre vifs ne doit pas cacher la diversité du droit en la matière. Toutes les coutumes ne sont pas aussi généreuses et, comme le note Guy Coquille, dans son commentaire de la coutume de Nivernais, certaines n'autorisent à donner entre vifs que le tiers des propres comme en Poitou, en Touraine ou en Bretagne alors que d'autres limitent cette faculté à la moitié de cette même catégorie de biens, comme c'est le cas dans le détroit coutumier de Reims ou de Blois. Le sort des biens meubles et des acquêts est ainsi distingué de celui des propres, de même que la liberté des donateurs peut diverger selon qu'ils ont ou non des enfants[70]. La distinction entre donation entre vifs et donation à cause de mort ou testamentaire est alors largement gommée[71] au nom de la défense des patrimoines familiaux[72].

Par ailleurs, toutes les coutumes, même les plus libérales, comportent une exception à la liberté de donner, qui en réduit l'étendue : il s'agit des droits réservataires des enfants. « Car nonobstant la donation universelle, *etiam* entre vifs, les enfans peuvent demander leur legitime sur les biens donnez »[73]. Cette restriction ponctue la plupart des articles coutumiers. Celui qui peut tout donner, n'est autorisé à le faire que « reservé toutesfois la legitime à qui de droict elle est deue et appartient »[74], « delaissee toutesfois la legitime à ses enfans selon le droict »[75], « sauve et reservee la legitime »[76]. En la matière, la traditionnelle distinction entre la réserve coutumière (qui ne porte que sur les propres) et la légitime héritée du droit romain (qui porte, elle, sur l'ensemble du patrimoine) n'est pas de mise et les coutumes, rédigées au XVI[e] siècle, utilisent volontiers, à propos des donations, la légitime dite de droit comme en attestent les nombreuses références à la *querella inofficiosi donationis* du droit romain[77].

---

[67] Louis Le Caron, *Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 196.
[68] Voir Pierre Guénois, *La conference des coustumes*, *op. cit.*, fol. 648-651v°.
[69] Louis Le Caron, *Pandectes*, *op. cit.*, p. 264.
[70] Voir la coutume de Tours ou de Laon, Pierre Guénois, *La conference des coustumes*, *op. cit.*, fol. 650.
[71] « Car en plusieurs Coustumes de la Gaule Celtique et Aquitanique, on ne peut donner d'avantage par donation entre vifs, que par donation à cause de mort ou par testament comme en Anjou, au Maine, en Touraine, en Poictou, en Angoumois, en Xaintonge et à la Rochelle par les Coustumes desquelles Provinces defenses sont faites de donner de son patrimoine ou de ses propres plus du tiers : Et ceux qui n'ont point ou peu de propres, les acquests tiennent lieu de propres et on n'en peut donner d'avantage que des propres », René Choppin, *Commentaires sur les coustumes de la prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 184.
[72] Commentant la coutume d'Anjou, le même Choppin note que « la coustume protectrice et conservatrice des propres ne s'est pas arrestée à autre chose sinon à ce que la possession ancienne et les biens de chacune famille demeurassent et fussent conservez en tiers au tronc, duquel ils estoient sortis comme si c'estoient diverses successions d'origine, de sang, de genre et de famille », *Commentaires sur la coustume d'Anjou*, *op. cit.*, p. 228.
[73] Guy Coquille, *Institution du droit françois*, *op. cit.*, p. 100.
[74] Article 66, titre 5 de la coutume de Calais.
[75] Article 232, chapitre 14 de la coutume de Melun.
[76] Coutume de Reims.
[77] Voir par exemple la coutume de Dourdan, qui autorise les donations entre vifs aussi bien des propres que des acquêts « reservé toutesfois aux enfans s'aucuns en y a, la querelle de la Donation inofficieuse » ou celle de Montargis qui prévoit que « si la donation est immense ou excessive, les enfans heritiers du donateur la peuvent quereler selon disposition de Droict ». Voir aussi les coutumes de Laon ou Châlons, Pierre Guénois, *La conference des coustumes*, *op. cit.*, fol. 648-651.

Toute vertu qu'elle soit, la libéralité ne saurait donc dépasser, en droit, certaines limites au risque d'être qualifiée d'inofficieuse et comme telle, réduite par les juges. Limité dans son étendue, l'acte de donner l'est aussi par les conditions imposées à son exercice.

Comment donner ?

Trois conditions entourent l'acte de donation, lorsque celui-ci est fait entre vifs. Il doit être accepté par le donataire ; il doit s'accompagner d'un dessaisissement effectif du donateur au profit du donataire ; il doit, enfin, faire l'objet d'une mesure de publicité. Acceptation, tradition, insinuation, tels sont donc les impératifs juridiques de toute libéralité entre vifs.

Pour ce qui est de l'acceptation, elle est la condition d'existence de l'acte juridique de donation. « Il n'y a point de donation sans acceptation »[78]. Comme tout contrat, la donation entre vifs suppose, en effet, la rencontre de la volonté des deux parties : celui donne et celui qui reçoit. La « substance » de la donation « comme des autres contracts consiste au consentement des parties »[79]. Même si elle était pratiquée avant[80], c'est l'ordonnance de Villers-Cotterêts qui consacre cette exigence d'acceptation. Elle est ainsi mentionnée dans l'article 132 *in fine* pour les donations entre présents, puis développée dans l'article suivant à propos des donations faites à des absents[81]. En subordonnant la validité de toute donation entre vifs à l'acceptation du donataire, même absent, la législation française de 1539 apparaît comme un droit exigeant notamment au regard de ceux pratiqués dans les pays voisins[82]. D'où certaines ordonnances interprétatives ultérieures qui reconnaissent les acceptations par procureurs *ad hoc*[83] ou pour le moins l'acceptation du vivant du donateur[84]. Mais quelles que soient les modalités de cette acceptation, elle reste nécessaire pour donner sa perfection à l'expression de la libéralité du donateur, qui peut toujours revenir sur son geste, tant que le donataire ne l'a pas accepté « pource que les volontez des deux ne sont pas encores liées »[85].

---

[78] Jean Domat, *op. cit.*, p. 366.

[79] Louis Le Caron, *Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 194.

[80] Guy Coquille, *Coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 300.

[81] Article 133 : « et quant à celles qui seront faites en absence des donataires, les Notaires stipulans pour eux, elles commenceront leur effect du temps qu'elles auront esté acceptees par les donataires, en la presence des donateurs et des Notaires et insinuees comme dessus, autrement elles seront reputees nulles, encores que par lettres et instrumens d'icelles y eust clause de retention d'usufruict ou constitution de precaire dont ne s'ensuivra aucun effect, sinon depuis que les acceptations ou les insinuations auront esté faites », dans Pierre Guénois, *La grande conference des ordonnances et edicts royaux*, *op. cit.*, t. 1, p. 754-755.

[82] René Choppin, qui aime à faire du droit comparé, commente cette règle en soulignant la spécificité du droit français par rapport aux droits des pays voisins : « Par ordonnance d'Alfonse XI, Roy d'Espagne, faite en l'an 1348 la promesse faite à un absent est valable sans stipulation ou acceptation. Ce qui a lieu aussi es donations, comme dit Covarrrubias. Ainsi en Arragon par les contracts droict est acquis aux contractans sans acceptation, par la Decision 41 de l'Audience Royale des causes civiles dudit Arragon recueillie par Martin Montero à Cueva. Aussi Antoine Thesaurus en sa Decision 124 dit qu'il a esté jugé au Parlement de Piedmont en Novembre 1570 que la donation d'heritages faite à une sœur absente a pu estre ratifiee par elle, en haine et au prejudice du fisque, auquel tous les biens du donateur avoient esté devolus par confiscation pour crime commis par ledit donateur apres icelle donation. Mais en France il faut accepter les donations [...] », *Commentaires sur les coustumes de la prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 195.

[83] Déclaration donnée à Noyon, le 7 mars 1540 (n.s.) : « Ordonnons que les donations faites depuis la publication de nos nouvelles Ordonnances et qui se feront apres, valent et ayent leur effect, du jour qu'elles auront esté et seront acceptees par les donataires en personne ou par Procureur, par eux specialement fondé et en la presence des donataires ou Procureurs, par eux aussi specialement fondez et quant à ce et des Notaires qui auront passé les donations, ou autres Notaires, Tabellions, ou autres personnes publicques », dans Pierre Guénois, *La grande conference des ordonnances et edicts royaux*, *op. cit.*, t. 1, p. 755.

[84] Édit d'Henri II donné à Fontainebleau en 1549 : « Ordonnons que les donations faites à personnes absentes, etc, pourveu qu'icelles donations soient acceptees du vivant du donateur et qu'icelle acceptation soit faite en presence des personnes publicques et tesmoins et de deux Notaires et que l'instrument de la donation soit inseré en la note et instrument de ladite acceptation », *ibid.*, t. 1, p. 755.

[85] Guy Coquille, *Coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 300.

Si l'acceptation est une condition nécessaire dans toute donation entre vifs, ce n'est pas une condition suffisante. La donation n'est pas un contrat purement consensuel ; il suppose, en plus de la rencontre des volontés, un élément réel, qui consiste en la remise effective de la chose donnée. Cette exigence est, avant tout, coutumière, le droit romain, dans son dernier état, et par la suite, les régions du royaume qui s'en prévalent, ayant reconnu de nombreuses traditions feintes tout comme la validité de la simple promesse de donation, ce qui aboutit à faire de la remise de la chose, non plus un élément constitutif de la donation, mais seulement un de ses effets[86]. Le droit coutumier et ses commentateurs du début de l'Époque moderne restent, eux, davantage attachés à l'effectivité du dessaisissement du donateur. Cela se traduit par l'accueil encore très général fait à la maxime « Donner et retenir ne vaut », que l'on trouve aussi bien dans les articles de coutume rédigés au XVI[e] siècle que dans les analyses doctrinales[87]. Ce n'est que « par deliverance [que] donations se consomment et prennent leur perfection », dit ainsi Jean Papon[88]. Guy Coquille voit, lui, dans cette règle, qu'il considère comme générale à toutes les coutumes, « le naturel des vrays François, qui est de faire franchement et à cœur ouvert sans retenir à couvert »[89] alors que Louis Le Caron insiste sur l'incompatibilité qui existe entre donner et retenir[90], ce que confirmera Jean Domat en définissant la donation « comme cette espece de liberalité par laquelle on se dépouille des choses »[91]. Quant aux textes coutumiers, ils accompagnent souvent l'adage d'une explication sommaire. Ainsi la coutume de Paris, dans ses article 273 et 274, pose le principe et le commente en disant : « C'est donner et retenir quand le donateur s'est reservé la joüyssance de disposer librement de la chose par luy donnée ou qu'il demeure en possession jusques au jour de son deceds ». La coutume de Nivernais est encore plus explicite et affirme que le donateur ne peut se réserver de disposer de la chose aussi bien directement que par des voies obliques comme en imposant, par exemple, certaines charges excessives au donataire[92].

Mais cet attachement déclaré au principe n'empêche pas de très nombreuses coutumes[93] de recevoir certains « remedes introduicts par le Droict Romain » au

---

[86] Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op. cit.*, p. 1346-1351.

[87] Antoine Loisel, *op. cit.*, n° 646, p. 94. Loisel qui, a contrario, refuse de reconnaître la valeur de la simple promesse de donation : « Promettre et tenir sont deux », *ibid.*, n° 647, p. 94. Pour une présentation rapide de la question aussi bien du droit romain et de son évolution que du droit coutumier, voir Louis Le Caron, *Pandectes*, *op. cit.*, p. 264.

[88] Jean Papon, *op. cit.*, p. 331.

[89] Guy Coquille, *Institution au droit des François*, *op. cit.*, p. 99. On notera que dans son commentaire de la coutume de Nivernais, le « judicieux » Coquille se contente de dire que « ceste coustume est presque generale en France », *Coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 294. La règle « donner et retenir ne vaut » est présentée également comme une « coustume generale de France », par Antoine Fontanon, *La pratique de Masuer*, *op. cit.*, p. 340.

[90] « Et a la verité sont deux choses contraires, donner et retenir », Louis Le Caron, *Pandectes*, op.cit., p. 265. Commentant l'article 273 de la coutume de Paris qui reprend l'adage, Le Caron ajoute que « la raison d'iceluy [...] est que celuy qui a donné, s'il se reserve la jouyssance de la chose donnée ou demeure en possession d'icelle jusques à son deceds, est reputé se repentir de la donation et la revoquer ou (ce qui est plus probable) n'avoir fait icelle que par simulation, comme si du commencement autre eust esté son intention », *op. cit.*, p. 196.

[91] Jean Domat, *op. cit.*, p. 363.

[92] Article 2, titre 27 : « Aussi donner une chose et retenir la disposition d'icelle à son plaisir, ne vaut ; pource que c'est taisiblement donner et retenir » ; article 3 : « Par mesme raison donner à la charge de payer les debtes que le donateur doit, et devra à l'heure de son trespas ne vaut rien. De mesme si telle donation se fait à charge de payer les frais funeraux et accomplir le testament du donateur, si lesdits frais ou disposition ne sont limitez par ladite donation. Autre chose est si c'est à charge de payer les debtes que le donateur devoit lors de la donation ». Commentant ces articles, Guy Coquille précise « que ce qui est en cet article et en l'autre precedent est par forme de demonstration et exemple, pour cognoistre que c'est donner et retenir et n'exclud pas autres cas qui peuvent survenir esquels y auroit pareille raison », *Coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 295. Il précise également ailleurs que la coutume d'Auvergne est contraire à celle de Nivernais sur le point précis des frais funéraires, dont la charge est considérée comme valable, *Institution du droit françois*, *op. cit.*, p. 99.

[93] Parmi ces coutumes, il y a celle de Paris dont l'article 275 prévoit que « Ce n'est donner et retenir quand l'on donne la proprieté d'aucun heritage, retenu à soy l'usufruict à vie, ou à temps, ou quand il y a clause de

dépouillement effectif du donateur, les principaux étant la rétention d'usufruit[94] et la clause de constitut ou précaire[95]. Certaines coutumes acceptent également en matière d'investiture ou de saisine féodale une tradition purement fictive. C'est le cas de la coutume d'Orléans. Mais, à Vitry, Laon, Reims ou encore Senlis, les coutumes « ne se contentent d'une ficte tradition par le consentement des contrahans » et imposent une appréhension réelle des biens donnés[96]. Le droit coutumier demeure donc sur ce point divergent, même si un double constat s'impose : la pérennité de l'affirmation de principe « donner et retenir ne vaut » d'une part, la consécration des traditions feintes d'autre part.

Quant à la dernière condition, celle de l'insinuation des donations, elle apparaît dans la législation royale à l'article 132 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts[97]. « Insinuer signifie notifier et publier au registre de la juridiction ordinaire des parties et des choses donnees »[98]. Il s'agit là d'une simple mesure de publicité sans la moindre vérification de la teneur de l'acte par l'autorité publique[99], à la différence de ce qui se pratiquait dans la Rome antique[100], à laquelle cette technique est néanmoins empruntée. L'insinuation des donations est, en effet, apparue dans le Midi avec la redécouverte du droit romain et s'y généralise à la fin du Moyen Âge. Plus au nord, à la même époque, les coutumes résistent encore à cette exigence d'enregistrement des donations, préférant assurer aux familles la confidentialité de leurs transferts patrimoniaux[101]. Ce n'est donc qu'au début du XVI[e] siècle que le législateur impose l'extension

---

constitut ou precaire : Et vaut telle donation ». On peut citer également, à la suite de Coquille, les coutumes de Nivernais, de Sens, d'Auxerre, de Berry, d'Orléans, d'Auvergne, de Bourbonnais, de Melun, de Troyes, de Blois, de Vitry qui ajoute également le cas du bail à cens, de Reims, *Institution du droit françois*, *op. cit.*, p. 99. Pour une présentation complète du droit coutumier en la matière, voir Pierre Guénois, *La conference des coustumes*, *op. cit.*, fol. 652-654.

[94] L'usufruit est « chose equipollant à tradition » dit expressément la coutume de Nivernais (art. 1, chapitre 27, des donations). « [...] equipolle retention d'usufruict à vraye tradition relle et actuelle », précise également la coutume de Meaux.

[95] « Le constitut doit s'entendre quand le donateur se constitue posseder la chose donnee au nom du donataire simplement ou précairement et est une espece de translation de possession », Pierre Guénois, *La conference des coustumes*, *op. cit.*, fol. 652. Jean Papon précise : « en France, constitut se prend communement à titre de precaire », qui « est un titre qui est nommement prins pour cest effect à raison de ce qu'il est revocable à plaisir et ne dure sinon tant qu'il plait à celuy qui l'ottroye », *op. cit.*, p. 329.

[96] Guy Coquille, *Institution du droit françois*, *op. cit.*, p. 99.

[97] « Voulons que toutes donations qui seront faites cy-apres par et entre nos subjets soient insinuées et enregistrees en nos Cours et Jurisdictions ordinaires des parties et des choses donnees, autrement seront reputees nulles et ne commenceront à avoir leur effect que du jour de l'insinuation et ce quant aux donations faites en la presence des donataires et par eux acceptees », dans Pierre Guénois, *La grande conference des ordonnances et edicts royaux*, *op. cit.*, t. 1, p. 753.

[98] Louis Le Caron, *Pandectes*, *op. cit.*, p. 267.

[99] Dans son commentaire de l'article 132, Gilles Bourdin développe la définition de l'insinuation en insistant sur l'office passif du juge : « Et certes selon le sens et intention de la loy, insinuer n'est autre chose que veritablement intimer et porter pardevers le Juge l'instrument faict sur la donation, mesmes apres que le contract a esté parfait et lors c'est l'office du Juge de le recevoir, iceluy veoir et commander la teneur et substance du contract estre enregistrée, le jour de l'insinuation y estre apposé et acte en estre octroyé à la partie requerante. Laquelle forme et observation est bonne et suffisante sans qu'il soit besoing d'autre interposition de decret, question ou information », *op. cit.*, p. 311. Précisant ce qu'est l'insinuation, Guy Coquille écrit : « et n'est assez qu'elle soit publiée en jugement pardevant le juge Royal, mais outre faut qu'elle soit enregistrée qui est une notification permanente pource que ce registre peut et doit estre communiqué à tous qui le requierent en quotant leur interest », *Coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 300.

[100] Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op. cit.*, p. 851 et 1352. Cette différence entre le droit romain et le droit français du XVI[e] siècle est soulignée par Le Caron dans ses *Pandectes* qui note : « je sçay bien que la forme d'insinuer requise par le droict Romain n'est entierement conforme à celle prescripte par les ordonnances », *op. cit.*, p. 267.

[101] C'est ainsi que la coutume de Troyes prévoyait que « Donation d'héritage ou meuble, à quelque somme qu'elle puisse monter n'a besoin d'aucune solennité d'insinuation » (art. 140, titre. 8), prescription que l'on retrouve dans celle de Nivernois, rédigée en 1537. Même refus de l'insinuation dans la coutume de Montargis, de Bourbonnais ou d'Auvergne. Dans cette dernière, l'article 41 du chapitre 14 énonçait très clairement :

de la mesure à l'ensemble du royaume dans un souci de sécurité juridique et probablement aussi avec une arrière-pensée fiscale[102]. Le but immédiat de cette mesure est de faire « sçavoir publiquement à tous la donation »[103] pour « obvier aux fraudes et tromperies des hommes, qui par clandestines donations et bien souvent faulses troubloient tellement les patrimoines qu'ils despouilloient l'achepteur de bonne foy et des biens et des choses vendues : chose certainement execrable et miserable »[104]. Il convient donc que les greffiers des juridictions enregistrent scrupuleusement les donations pour que les futurs contractants, du moins les plus diligents, « eussent moyen avant que de contracter, s'enquerir et sçavoir si celuy avec lequel ils veulent traicter a donné »[105]. Cette formalité, désormais substantielle pour tout acte de donation[106], se voit reconnaître par la législation ultérieure une vaste portée. L'insinuation est, en effet, requise, selon les termes de l'article 58 de l'ordonnance de Moulins de février 1566, pour « toutes donations faites entre vifs, mutuelles, reciproques, onereuses, en faveur de mariage et autres, de quelque forme et qualité qu'elles soient faites entre vifs »[107]. Cet article 58 apporte deux autres précisions importantes sur des questions qui avaient, jusque là, été discutées tant en doctrine que par les juges[108]. Il s'agit, tout d'abord, des destinataires de la

« Donations entre vifs sans insinuation valent et tiennent ». Commentant ces coutumes, Pierre Guénois précise bien qu'elles sont désormais « corrigees par les ordonnances des Roys », *La conference des coustumes*, *op. cit.*, fol. 675v°.

[102] Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op. cit.*, p. 1352.

[103] Guy Coquille, *Coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 300.

[104] Gilles Bourdin, *op. cit.*, p. 310. Bourdin ajoute : « Parquoy pour retrancher le chemin à toutes ces fraudes on y a pourveu du remede de l'insinuation par le moyen de laquelle ces donations clandestines sont descouvertes. Car telles donations peuvent venir à la notice d'un chacun pere de famille diligent, veu que pour la validité d'icelles il est requis que toutes se puissent trouver es registres et aussi qu'elles ne peuvent estre cachees à celuy qui s'en voudra diligemment informer ». Dans ses *Pandectes*, Louis Le Caron s'appuie lui sur l'autorité de Cassiodore (Livre 9 des Variae, lettre 18) pour affirmer que « l'insinuation a donc esté introduite et pour obvier aux fraudes et pour donner plus d'auctorité à la donation », *op. cit.*, p. 267. Quant à Jean Papon, il tient l'insinuation pour un « expedient » destiné à « empescher infinité de mauvais artifices et moyens dont usoyent par rudesses, flatteries et faussetés les prochains parens d'un homme qui avoit du bien, qui se trouvoit avoir donné son bien apres sa mort, quelquefois faussement, autrefois legierement et inconsiderement », *op. cit.*, p. 335.

[105] Guy Coquille, *Questions et Responses*, *op. cit.*, n° CLXV, p. 142. Pragmatique, Coquille ajoute « Et tel registre doit estre public et se doit communiquer à toutes personnes qui le requierent avec leger interest et affirmation par serment qu'ils y ont interest ».

[106] Cette formalité est qualifiée par Louis Le Caron, parmi d'autres, d'« essence » de la donation ; de « forme essentielle de la donation », *Pandectes*, *op. cit.*, p. 268 et 269.

[107] Déjà l'édit interprétatif d'Henri II de février 1549 avait expressément visé « les donations faites en traicté de mariage et autres donations faites entre vifs, combien qu'elles ne soient simples, ains remuneratoires ou autrement », voir Pierre Guénois, *La grande conference des ordonnances et edicts royaux*, *op. cit.*, t. 1, p. 754. Présentant cette législation extensive, René Choppin, une nouvelle fois porté à faire du comparatisme, relève encore le formalisme plus poussé du droit français, notamment pour ce qui est des donations rémunératoires : « Au reste hors de France il n'est pas besoin d'insinuer aux Greffes telles donations remuneratoires. Comme en Portugal il est contenu au livre 4 titre 54 des Ordonnances royaux que rapporte Antoine Gamma, conseiller en la cour souveraine dudit Royaume en sa Decision 302. Et de mesme en Arragon par usage fort frequent, il n'est pas besoin d'insinuer les donations remuneratoires ny les donations faictes par contract de mariage [...] », *Commentaires sur les coustumes de la prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 184-185. Cette comparaison permet d'autant mieux de comprendre pourquoi une part importante de la doctrine estimait, avant les textes législatifs interprétatifs, que certaines donations échappaient à l'emprise de la loi. Voir sur ce point le commentaire de Gilles Bourdin : « [...] l'insinuation n'est requise en toute espece de donation et n'est necessaire en donation de meubles, mais seulement en d'immeubles, ny semblablement en donation faicte en faveur de mariage, et ainsi a esté jugé par arrest interlocutoire et non definitif contre les heritiers de la defuncte vefve Briçonnet, conformément à l'intention de la loy qui semble avoir excogité quelque chose de peculier et special en ces donations. Nous dirons le semblable des donations remuneratoires et faictes pour cause si le donateur estoit tenu à ladicte remuneration : car autrement ne le voudrions nous soustenir », *op. cit.*, p. 312.

[108] Louis Le Caron mentionne « plusieurs difficultez qui auparavant troubloient les Cours de Parlement et inferieures », *Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 195.

formalité de l'insinuation (car, quoi que semblent dire les textes et les commentateurs, il est moins question ici de nullité de l'acte non insinué que de son inopposabilité). Peuvent naturellement se prévaloir de cette inopposabilité, les créanciers du donateur (qu'ils soient acquéreurs des biens donnés ou qu'ils y aient affecté une sûreté réelle). Mais, le texte de 1539 ne précisant pas, les praticiens se sont interrogés pour savoir s'il fallait également y associer les héritiers[109]. L'ordonnance de Moulins trancha en déclarant nulles et de nul effet les donations non insinuées « tant pour le regard du creancier que de l'heritier du donnant », ce qui peut s'expliquer en raison de l'intérêt légitime qu'a l'héritier, comme le créancier, à connaître l'étendue du patrimoine du *de cujus* dont il accepte, lors de la succession, de continuer tant l'actif que le passif[110]. Le dernier point, éclairé par l'ordonnance de Charles IX, concerne le délai requis pour insinuer une donation : les parties ont quatre mois pour le faire, si elles ou les biens donnés sont situés dans le royaume ; ce délai passe à six mois, si les parties ou les biens donnés sont situés à l'extérieur, ce délai partant, d'après la loi, du jour du contrat et continuant à courir même après le décès du donateur ou du donataire[111].

Reste une dernière question à aborder dans cette présentation générale du droit des donations entre vifs : celle de leur éventuelle révocation.

Peut-on révoquer une donation ?

La donation entre vifs est juridiquement un acte de grande portée, dans la mesure où il dépossède celui qui l'accomplit, même si l'on a pu constater que l'accueil fait aux règles romaines et l'introduction, dans la pratique, de clauses limitant les effets de ce dessaisissement (usufruit, clause de constitut précaire) ont considérablement restreint l'effectivité de la tradition de la chose donnée. « Donner et retenir ne vaut » reste le principe en droit coutumier, mais un principe qui supporte des exceptions de plus en plus courantes. Cette évolution explique que l'adage « Donner et retenir ne vaut » prenne progressivement un nouveau sens : celui de l'irrévocabilité de la donation[112], qui est un autre aspect essentiel des donations entre vifs. Le principe s'impose, en droit romain, à partir du III[e] siècle et est consacré, trois siècles plus tard, dans les compilations de Justinien[113]. Et si la tradition germanique semble avoir été favorable au caractère précaire et révocable des donations, les usages qui s'établissent, en France, dès le Haut Moyen Âge, s'opposent au droit de repentir du

[109] Voir Guy Coquille, *Coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 300 et du même auteur, *Questions et Responses*, n° CLXV, p. 142 où il rappelle les arguments défendus de part et d'autre.

[110] « Au commencement on a estimé que cela regardoit le seul interest des creanciers du donateur et doutoit-on si l'heritier estoit recevable à debattre la donation faite par son predecesseur, par faute d'insinuation, pource, disoit-on, que l'heritier est tenu des faits et promesses de son predecesseur ; mais pource que l'heritier en se disant heritier, oblige sa personne et les biens qu'il a d'ailleurs que de l'heredité pour payer les debtes du deffunt, etiam outre les moyens et la valeur des biens hereditaires, il se doit dire qu'il a juste interest d'avoir moyen de connoistre si le defunt avoit donné et quels sont les moyens demeurez en son heredité pour s'il cognoist qu'il y ait des donations grandes, s'abstenir de l'heredité », Guy Coquille, *Institution du droit françois*, *op. cit.*, p. 103.

[111] Article 58 : « Ordonnons que doresnavant toutes donations faites entre vifs, mutuelles, reciproques, onereuses, en faveur de mariage et autres, de quelque forme et qualité qu'elles soient faites entre vifs, seront insinuees et enregistrees és Greffes de nos Sieges ordinaires de l'assiette des choses donnees, et de la demeurance des parties dans quatre mois, à compter du jour et datte d'icelles donations, pour le regard des biens et personnes de ceux qui sont demeurans dedans nostre Royaume et dans six mois pour ceux qui seront hors de nostre royaume : autrement et à faute de ladite insinuation, seront et demeureront les donations nulles et de nul effect et valeur tant pour le regard du creancier que de l'heritier du donnant. Et si dedans ledit temps le donnant ou donataire decedoit, pourra neantmoins l'insinuation estre faite dedans ledit temps, à compter du jour du contract comme dessus, sans que ceste Ordonnance face aucun prejudice aux donations cy-devant faites et droicts acquis à nos subjects à cause d'icelles, ny aux instances meues et à mouvoir pour ce regard », voir Pierre Guénois, *La grande conference des ordonnances et edicts royaux*, *op. cit.*, t. 1, p. 754.

[112] Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op. cit.*, p. 1351 et 1362.

[113] C. 8, 56, 2 à 6. Voir aussi *Inst., 2, 7, 2.*

donateur[114]. Dès lors, toute donation valablement consentie, *perfecta* disaient les Romains, ne peut plus être révoquée. Au XVI[e] siècle, nul ne conteste cette qualité de la libéralité entre vifs et c'est d'ailleurs cette caractéristique que les juristes mettent en avant pour distinguer, une nouvelle fois, donations entre vifs et donations à cause de mort ou legs testamentaires[115]. Ne pas révoquer est le premier engagement du donateur dira Domat[116].

Cependant, comme toute règle de droit, celle de l'irrévocabilité connaît des exceptions. Deux circonstances peuvent, en effet, justifier qu'un don soit anéanti : la première est liée à l'attitude du donataire ; la seconde dépend de l'évolution de la situation du donateur. « Les donations se revoquent principalement pour deux causes, écrit ainsi Louis Le Caron, dans ses *Pandectes*, à sçavoir pour ingratitude ou la survenance d'enfans »[117].

Commentant la première cause de révocation, le même Le Caron assure que « l'ingratitude a tousjours esté grandement blasmee comme la peste capitale de la société humaine » et pour asseoir cette pétition de principe, l'avocat parisien cite Sénèque, Xénophon, Cicéron et le droit antique tel qu'il était pratiqué par les Perses, les Athéniens et les Macédoniens[118]. Mais, c'est vers le droit romain que les juristes de l'Époque moderne se tournent pour dégager les cas d'ingratitude[119], par lesquels le donataire manque à « la reconnaissance du bienfait » que lui a consenti le donateur[120]. En ce qui concerne le second cas de révocation, la survenance d'enfant, le siège de la matière se trouve également dans le droit romain : il s'agit de la loi *si unquam*[121], dont les juristes médiévaux comme modernes ont accepté de faire un principe général. La constitution de l'empereur Constantin ne visait, en effet, que le cas du patron qui fait un don à son esclave affranchi et qui, par la suite, ayant eu des enfants, peut légitimement récupérer la pleine propriété des biens donnés. Mais cette loi tant « saincte et louable »[122], si « favorable et utile à la république, qui se maintient par l'augmentation des familles »[123] ne peut qu'être étendue à tous les cas de survenance d'enfant par « *identitas rationis* »[124]. Papon ajoute que cette application générale de la loi est conforme à une opinion largement répandue tant en France qu'à l'étranger et ce ne sont pas quelques propres contraires d'un pape qui peuvent suffire à en écarter le principe[125], qui est, par ailleurs,

---

[114] Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op. cit.*, p. 1362.
[115] Louis Le Caron, *Pandectes*, *op. cit.*, p. 263.
[116] Jean Domat, *op. cit.*, p. 371-372.
[117] Louis Le Caron, *Pandectes*, *op. cit.*, p. 268.
[118] *Ibid.*, p. 269.
[119] Voir Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *op. cit.*, p. 1364-1365.
[120] Voir ce qu'en dit Domat au XVII[e] siècle : « le second engagement du donataire [après avoir satisfait aux charges et conditions de la donation] est la reconnaissance du bienfait et s'il est ingrat envers le donateur, la donation pourra être revoquée, selon que le fait du donataire y aura donné lieu. Ainsi, le donateur pourra revoquer la donation non seulement si le donataire attente à sa vie, ou à son honneur, mais même s'il se porte à luy faire quelque violence, ou quelque outrage en sa personne ou par des injures ou s'il luy cause quelque perte considerable par de mauvaises voyes », *op. cit.*, p. 374.
[121] C. 8, 56, 8.
[122] Jean Papon, *op. cit.*, p. 342.
[123] Louis Le Caron, *Responses*, Livre IV, Réponse VIII, fol. 89v°.
[124] L'argument est notamment défendu par Charles du Moulin. Sur la doctrine de Charles Du Moulin, voir Jean-Louis Thireau, *Charles Du Moulin (1500-1566). Étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980, p. 179-181.
[125] Après avoir cité les propos d'Augustin, rapportés au Décret de Gratien selon lesquels on ne saurait approuver l'attitude de celui qui, pour laisser son bien à l'Église, exhérède ses enfants, Jean Papon rappelle l'attitude d'Aurélien, évêque de Carthage qui appliqua, en son temps, la constitution de Constantin à l'égard d'un « gentilhomme grec, se voyant sans enfans et hors de volonté de se marier » qui avait donné tous ses biens à l'Église de Carthage en s'en réservant seulement l'usufruit et auquel Aurélien les restitua après que le donateur eut changé d'avis, se fut marié et eut des enfants. Mais le juge forézien rejette, ensuite, expressément l'interprétation papale qui fut ultérieurement faite de ce geste comme l'application restrictive qui a pu être ensuite faite de la loi *si unquam*. « Ce neantmoins là mesmes est dit par le Pape que ledit Aurelius pouvoit les retenir et refuser de les rendre par la loy civile, mais non pas par la loy divine, qui commande le contraire.

expressément consacré par certaines coutumes[126]. Tenue pour une cause « notoire »[127], la révocation pour survenance d'enfant se justifie par la présomption selon laquelle, si le donateur avait pensé avoir des enfants, il n'aurait pas donné[128]. Cette loi s'impose aussi par le fait qu'elle favorise « la taisible intention et volonté de tout donateur n'ayans enfans et aussi le titre d'enfans et la charité premiere du pere » [129]. On notera cependant pour conclure que la révocation ne peut être alléguée devant un juge que pour des donations d'une certaine valeur, « car, précise Guy Coquille, la donation de chose de petite valeur ne seroit subjecte à revocation »[130].

Telles sont les principales règles qui encadrent, tant en amont qu'en aval, les libéralités consenties entre vifs. La réalité est cependant beaucoup plus complexe car, comme le soulignait Jean Papon, au début de ses développements sur les donations, en la matière, tout est affaire de cas et la libéralité est une « vertu » qui « se doit [...] mesurer selon la capacité des personnes ». On ne saurait, en effet, juger la libéralité du riche à l'aune de celle du pauvre[131].

Aucuns ont pris par ce dernier propos occasion de dire et soustenir que ladite loy *si unquam* n'est de necessaire observance pour les enfans de tous les donateurs pource qu'elle parle seulement d'un patron donateur et d'un affranchi donataire : où certes y a apparence de raison particuliere, pour tenir que ledit patron n'a jamais entendu ny voulu preferer son subject et affranchi à ses propres enfans. Neantmoins tous ont donné là, sans contredit, ny dispute que ladite loy s'entend indifferemment de tous donateurs, esquels inopinement adviennent enfans apres la donation et que par la seule naissance d'iceux, la donation est revoquee. Cela a esté trouvé equitable et prattiqué par tout depuis tant en France et cours souveraines d'icelle que en Italie, Espaigne et toute la Germanie sans avoir esgard à ce qui peut estre prins du droit canon dont ne se trouve mention plus expresse que celle que dessus ». Papon explique l'interprétation papale par la volonté du Saint Père d'une part de « parangonner la grande justice d'Aurelien », mais aussi de rejeter l'application d'une constitution impériale dangereuse pour les finances de l'Église. Et de conclure : « Là-dessus a esté aisé à un Pape dy adjouster que Aurelius ne l'eust pas faict s'il n'eust voulu qui ne peut empescher qu'on ne doyve dire qu'il a deu faire ce qu'il a faict », *op. cit.*, p. 342-343.

[126] On la trouve notamment dans la coutume de Nivernais (art. 13, chapitre 27) : « Si le donateur qui n'a aucuns enfans au temps de la donation en procrée apres en loyal mariage, ladite donation par luy faicte, ipso facto est revoquée et ne peut le donataire pretendre aucune chose en ce qui a esté donné ». Voir également la coutume de Normandie, art. 435 : « Donation faite d'heritage par homme ou femme n'aiant enfans, peut estre revoquee par le donateur advenant qu'il ait enfans procreez en loyal mariage et pour la dot de la femme, laquelle est revoquee quant à la proprieté seulement, demourant l'usufruict à la femme. Et si elle est faite au mary, la femme aura douaire sur les choses donnees » ou la coutume de Bourbonnais et d'Auvergne, voir Guy Coquille, *Institution du droit françois*, *op. cit.*, p. 103.

[127] Louis Le Caron, *Pandectes*, *op. cit.*, p. 269.

[128] « Ledit Droict Romain est fondé sur la presumpte volonté du donateur qui n'eust donné s'il eust pensé avoir apres des enfans », Guy Coquille, *Institution du droit françois*, *op. cit.*, p. 103.

[129] Jean Papon, *op. cit.*, p. 342.

[130] Guy Coquille, *Coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 308-309.

[131] Selon Papon, la libéralité doit être une juste proportion entre la prodigalité et l'avarice, entre tout donner et tout retenir. Il écrit : « Les deux extremités sont vicieuses : le moyen est vertueux, lequel se conduit à la mesure de celuy qui donne sans adviser à celuy qui reçoit s'il est povre ou riche. Quelquefois le present sembleroit excessif, pour estre faict à homme povre et abject ; et de mesme sembleroit estre chose trop abjecte qu'un povre homme face presens à un grand de peu de chose, neantmoins cela ne se doit prendre ainsi : mais au contraire considerer seulement la faculté et bonne volonté de celuy qui donne, et rien de celuy qui reçoit. A esté jugé une poignee d'eau claire presentee par un povre à un Roy don plus grand que si le Roy mesmes luy eust donné cent mil escus. L'on se mocqueroit et seroit reputee folie et prodigalité, si un povre archier de compagnie, n'ayant rien que ses armes et chevaux avoit faict present au roy d'un cheval de cinq cens escus ; s'il avoit faict present au Roy d'une douzaine de poires, cela seroit trouvé bon et louable. Si le Roy luy avoit donné un office, dont il peust recouvrer douze mil escus, cela est louable et bien mesuré ; car le present est selon celuy qui donne. Si un païsan donne aumosne d'un liard de pain à un coquin qui l'a demandé, c'est beaucoup. Si le Roy le faict, cela est fort estrange. Si le Roy faict ausmone de dix escus à un coquin, cela est propre. Si un autre le fait, il y a la profusion de façon que le tout se doit accommoder selon le donateur seulement ». Suivent encore deux exemples historiques empruntés à la vie d'Alexandre, *op. cit.*, p. 326-327.

L'examen de la casuistique judiciaire est donc indispensable pour compléter et préciser les contours de la libéralité pour les juristes du XVI[e] siècle.

LA CASUISTIQUE JUDICIAIRE : LES CONTOURS AFFINÉS DE LA JUSTE LIBERALITÉ

Les principes sont une chose, leur application par les juges en est une autre. Cette réalité est d'autant plus vérifiable dans l'ancien droit que les juges du royaume revendiquent le statut de prêtres de justice entre les mains desquels les règles légales et coutumières sont passées au tamis de leur conscience[132]. Il se dégage alors, de la jurisprudence des arrêts, une sorte de pointillisme judiciaire, qui compose un autre visage de la libéralité. Pour nous diriger dans les méandres du Palais, en nous en tenant à ceux du parlement de Paris, nous avons choisi de suivre principalement le témoignage de Louis Le Caron, qui fut juge au bailliage de Clermont-en-Beauvaisis, mais aussi avocat au Parlement et dont les *Pandectes* comme les *Responses* sont une bonne illustration de la jurisprudence de la principale cour souveraine du royaume. On y découvre, au-delà ou en deçà des principes, des praticiens aux aguets qui traquent les libéralités jugées dangereuses pour les équilibres sociaux, mais qui savent, aussi, se montrer plus conciliants dès lors que la générosité du donateur s'inscrit dans un schéma d'ensemble admissible.

Des libéralités traquées par des juges aux aguets

« Esclaves, serfs et captifs de la loi » [133], comme ils aiment à le proclamer dans leurs discours, les magistrats d'Ancien Régime se doivent d'appliquer les textes qui encadrent les libéralités. Ils le font souvent avec conviction, traduisant, à leur tour, la méfiance des juristes à l'égard de la largesse des plaideurs. Ainsi, comme le droit prévoit qu'en matière de donations entre vifs, « donner et retenir ne vaut », les juges ne peuvent avoir aucun égard pour la donation d'une rente, dont le donateur a conservé la jouissance allant jusqu'à en accepter le rachat par le débirentier. C'est ce qui fut jugé par arrêt du parlement de Paris le 12 juillet 1544, alors même que le donataire, qui était probablement le fils naturel du donateur, invoquait l'acceptation et l'insinuation en bonne et due forme de la donation ainsi qu'une « cause favorable » à l'appui de l'acte libéral (en l'occurrence, « afin que ledit donataire ait meilleur moyen de s'entretenir »)[134]. Les juges sanctionnent également, au nom du défaut de tradition effective de la chose donnée, les cas où le donateur conserve, par devers lui, la cédule originale du contrat[135]. De même, puisque la coutume prévoit que les donations ne peuvent être faites au

---

[132] Sur cette question que nous n'abordons pas ici, nous renvoyons à l'ouvrage de Jacques Krynen, *L'État de justice (XIII[e]-XX[e] siècle). I. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009. Plus particulièrement, sur la conscience du juge, on citera également Jean-Marie Carbasse et Laurence Depambour-Tarride (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999.

[133] L'expression est de l'avocat du roi, Guy Du Faur de Pibrac, dans un discours prononcé en 1569, et empruntée à l'excellent article de Marie-France Renoux-Zagamé, « "Royaume de la loi" : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Histoire de la Justice*, n° 11, 1998, p. 35-60, dans lequel elle décrit les relations entre les juges et la loi, du moins d'après la doctrine parlementaire, qui n'est pas toujours conforme aux positions du gouvernement monarchie (pour une présentation de cette autre approche, voir Anne Rousselet-Pimont, *Le chancelier et la loi*, *op. cit.*, p. 535-563).

[134] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre VII, Réponse XLIX, fol. 207. En l'espèce, c'était la femme du donateur qui contestait la donation et prétendait que la somme obtenue par le rachat de la rente était tombée dans la communauté et qu'à ce titre, étant noble comme son mari, elle y avait droit. Dans son argumentaire, l'épouse relevait que « ladite donation n'auroit peu avoir effect suyvant la vulgaire maxime, Donner et retenir ne vaut, et que par le rachat de ladite rente, il [le donateur] semble avoir revoqué la donation d'icelle devant qu'en avoir fait la tradition ».

[135] Voir un arrêt du 20 janvier 1597 entre Amable Soubrany, donataire de son oncle paternel, contre Jean de Terailles et Marie Soubrany, sa femme, cité par René Choppin, *Commentaires sur les coustumes de la prevosté et vicomté*

préjudice de la légitime des enfants, les juges qualifient d'inofficieuse toute donation manifestement excessive[136]. Ils accueillent également la révocation pour ingratitude dès lors que les faits sont avérés et que les donateurs ont obtenu lettres de justice à cette fin[137]. Ce qui vaut pour la coutume, vaut aussi pour la loi : ainsi comme la loi impose tant l'acceptation que l'insinuation des donations, les juges déclarent inopérantes les donations faites au mépris de ces formes : la donation non acceptée par le donataire est sans effet[138] comme celle non insinuée, même à l'égard des « gens rustiques », qui ne peuvent se prévaloir de cette qualité pour s'exonérer d'une loi si générale[139]. Ne valent pas davantage les clauses de renonciation introduites à la demande des parties dans les actes de donations quels que soient les arguments que certains docteurs ultramontains tant civilistes que canonistes ont avancés. Les juristes français du XVI[e] siècle, partisans d'un *mos gallicus* contre les méthodes des bartolistes italiens et favorables aux libertés gallicanes face aux diktats des canonistes romains, aiment à soutenir, au contraire, que les prescriptions de la loi ne peuvent être écartées par la volonté des parties[140]. Ce qui se vérifie pour les formalités d'insinuation en considération des droits des créanciers, se justifie également à propos du droit de révocation des donations, dans l'intérêt, cette fois-ci, des héritiers. Le donateur ne peut renoncer à révoquer une donation pour cause de survenance d'enfants. La jurisprudence comme la doctrine sont très fermes sur ce point[141].

---

de Paris, *op. cit.*, p. 179.

[136] À titre d'exemple, on peut rapporter un arrêt du 27 mai 1558 dans lequel la cour a déclaré inofficieuse et réduit une donation faite par un père à sa fille lors de son mariage. À cette occasion, le père lui donne une maison à Paris « qui estoit le beau et riche heritage de tous ses biens et d'icelle s'en dessaisit et depossede de son vivant ». À la mort du père, les autres enfants contestent la donation en question. Leur sœur et son mari leur rétorquent qu'ils renoncent à venir à la succession et qu'ils « se contentoient » de la donation qui leur a été précédemment faite, sans s'estimer tenus de la rapporter. À quoi Le Caron répond « que la legitime doit estre prise tant sur les autres biens que le defunct a laissez que sur ladite maison eu esgard au nombre des enfans et estimation faite de tous lesdits biens ; car si la donation excede ce que la loy veut estre delaissé par le pere à ses enfans, elle ne peut estre autre qu'inofficieuse et partant subject à la deduction de ladite legitime », ce que la cour a reconnu, Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre II, Réponse LXI, fol. 39.

[137] *Ibid.*, Livre VII, Réponse CIV, fol. 228v°. Par arrêt du 5 janvier 1585, le parlement de Paris entérine les lettres de révocation obtenues contre une fille, donataire, devenue « arrogante et superbe » qui « dedaigne son pere et sa mere, publiquement les injurie et scandalise et outrage sa mere » alors même qu'elle avait bénéficié de la part de ses parents de grandes libéralités.

[138] *Ibid.*, Livre X, Réponse XCII, fol. 414v°. En l'occurrence, un père, sans héritier mâle, avait donné à sa fille aînée à l'occasion de son mariage la principale seigneurie de son patrimoine, en s'en réservant l'usufruit. Il ajoute que si sa fille aînée meurt sans enfant, la terre reviendra à la fille puînée. Or la fille aînée décède sans héritier et avant son père. Celui-ci en profite pour récupérer son bien et le vendre à un tiers. À la mort du père, la fille puînée réclame son dû, ce à quoi s'oppose l'acquéreur, qui invoque notamment le défaut d'acceptation par la cadette de la donation. Le parlement de Paris donna raison à l'acquéreur dans un arrêt du 26 avril 1561.

[139] *Ibid.*, Livre VI, Réponse LXXIIII, fol. 185.

[140] On trouve, sous la plume de Guy Coquille, une condamnation explicite de leurs arguments : « Pour ce que l'insinuation se faict pour l'interest des creanciers heritiers et autres ausquels touche de sçavoir la donation, je dis que les donateur et donataire ne peuvent renoncer ny deroger à l'insinuation *etiam* par serment jaçoit que *Guido Papae quest. 350* et *Alexandre consil. 4 vol. 1* tiennent que les parties y peuvent renoncer et se fondent sur la force du serment. En quoy luy et tous les Docteurs Ultramontains se sont abusez, estans trop adherans aux Canonistes, qui dient que le serment oblige precisement quand il peut estre observé sans peril de la damnation de l'ame. Mais en France nous mesurons le serment accessoire à la mesme mesure du contract principal, duquel il s'approche. [...] Et ainsi dit *Decius consil. 408 vol. 3* et allegue *Oldrade consil. 238* disant que le serment ne peut augmenter la valeur et force de l'obligation, mais qu'il lie la conscience d'avantage, à cause de la religion. Or l'insinuation se fait pour l'interest d'un tiers, pourquoy les donateur et donataire ne peuvent par leurs pactions deroger aux loix qui concernent cet interest », *Coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 300.

[141] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre IX, Réponse XX, fol. 340v° : arrêt du 6 mars 1563 pour les enfants d'un nommé Sénéchal. Voir aussi Guy Coquille, *Coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 309 : après avoir invoqué les opinions divergentes des docteurs, le commentateur nivernais explique ce pourquoi une telle révocation est nécessaire : « Il me semble que cette raison seroit plus urgente que celuy qui n'a point d'enfans ne peut juger combien est l'affection paternelle qui plus se cognoist par l'essay et jure ipsa que non pas par opinion *in futuram* ; selon ce qui est dit en Terence, *tu si hic esses, aliter sentires*. Et est à croire si le pere eust senty en soy

Dans la même logique, les juges font une stricte application des règles prohibant les donations entre époux. Ainsi un mari, qui contracte mariage dans un lieu où la coutume autorise les donations entre conjoints, ne peut, par convention, affirmer à sa nouvelle épouse « qu'il pourra luy faire donation et advantage toutes et quantes fois qu'il voudra de tous et chacuns ses biens meubles, immeubles, acquests et propres ou partie d'iceux, en quelques lieux et pays qu'ils soyent assis et situez mesmement es provinces specifiees par ledict contract et nonobstant les coustumes desdits lieux et pays estans contraire, auxquelles expressement il deroge ». Une telle dérogation est repoussée par les juges, comme en atteste une affaire, jugée le 27 mars 1575 au cours de laquelle les héritiers, qui s'opposaient à la veuve, avaient opportunément rappelé qu'une « convention privee ne peut rien changer de la nature de la coustume ou statut »[142]. Ne valide pas davantage la dérogation à la règle coutumière le consentement de l'héritier présomptif. Un tel consentement, présumé obtenu par pression du donateur sur ses héritiers, qui « ne pouvoient et n'osoient [le] contredire »[143], ne peut justifier l'atteinte au principe de la prohibition des donations entre époux porté par la coutume. Pour illustrer cette opinion, Le Caron avance un arrêt rendu le 9 avril 1543 (avant Pâques) dans lequel les juges ont annulé la donation faite par un mari à sa femme, du consentement de son héritier, alors même que l'épouse prétendait que ce don n'était qu'un remploi de biens lui appartenant, vendus par son mari et pour lesquels elle consentait à un simple usufruit et non une pleine propriété[144]. Enfin, pas plus qu'une clause de renonciation ou le consentement de l'intéressé, l'erreur commune ne saurait valider une atteinte aux formalités substantielles exigées par la loi[145].

Cette fidélité à la loi et à son caractère d'ordre public, les juges l'expriment également au-delà du texte en en faisant une interprétation volontiers extensive, appelée à devenir désormais la règle. À titre d'exemple, on peut invoquer le cas de l'article 131 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts. Cet article, qui déclare nulles les donations consenties par les pupilles à leurs tuteurs, ne précise pas si les enfants de ces mêmes tuteurs sont compris dans la prohibition. Certes, la déclaration interprétative d'Henri II étendait l'effet de la loi aux personnes interposées, mais la question restait discutée en pratique. Il y avait d'ailleurs, sur ce point, une jurisprudence variable. À Toulouse comme à Dijon, le parlement s'était prononcé pour la nullité des donations faites aux enfants des tuteurs[146]. À Paris, les juges hésitaient. Le Caron rapporte ainsi des arrêts refusant l'extension de la prohibition aux enfants au motif qu'en pays de coutume, ce que les enfants acquièrent leur appartient en propre, leur père n'ayant pas autant d'autorité sur eux qu'en pays de droit écrit. Finalement, le parlement parisien trancha au détriment de l'intention libérale du donateur[147] et alla jusqu'à déclarer nulle la donation

---

cette affection de l'amour paternelle envers ses enfans, lors de la donation qu'il ne se fust jamais abandonné à donner ».

[142] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre XIII, Réponse LXXXVI, fol. 516v°.

[143] *Ibid.*, Livre VII, Réponse XL, fol. 203v°.

[144] Le Caron précise : « Toutesfois par la consequence et pour éviter aux fraudes, la femme fut deboutee de ladicte donation, sauf à elle son action pour la recompense de ses propres alienez et aux heritiers leurs defenses ». À propos d'une jurisprudence confirmative intervenu dans un arrêt solennel du parlement de Paris de 1545, Le Caron ajoute que le consentement de l'héritier « extroqué par quelque crainte » ne saurait couvrir un « acte reprouvé par la loy et duquel la prohibition estoit introduicte pour le bien public », *ibid.*, Livre V, Réponse IV, fol. 119r°-v°.

[145] *Ibid.*, Livre VII, Réponse CLXXX, fol. 253v°. Dans le cas commenté, il était question d'une donation que le donateur avait omis de signer, ce qui est exigé par l'article 84 de l'ordonnance d'Orléans de 1561. Or, les notaires de la région où la donation litigieuse avait été conclue ne pratiquaient pas cette sorte de formalité et l'avaient donc oubliée, ce que les juges s'empressent de leur rappeler. Présentant cette solution, Le Caron écrit : « Dudict arrest on peut recueillir plusieurs points notables, le premier que l'Ordonnance qui enjoinct de faire signer les contracts par les parties a lieu tant pour le regard des mineurs que des majeurs et que l'erreur commun ne faict pas droit contre l'ordonnance generalle publiee, laquelle chacun doit sçavoir ».

[146] Géraud de Maynard, *Notables et singulieres questions du droict escrit decidees et jugees par arrests memorables de la cour souveraine du parlement de Tholose*. Paris, 1638, III, 95, col. 249.

[147] Dans ses *Pandectes*, Le Caron cite plusieurs arrêts en ce sens dont l'un prononcé à Noël 1562 et l'autre du 26 avril

faite par un pupille au fils de son tuteur alors même qu'il « fust son frere de laict »[148]. Une même évolution jurisprudentielle peut être également constatée à propos des donations entre époux dont la prohibition touche principalement les conjoints, mais tend à s'étendre aux personnes interposées jusqu'à y inclure presque systématiquement les enfants sans prendre en considération leurs éventuels mérites au nom de la « presumption et conjecture evidente » que de telles donations sont faites en fraude à la coutume[149].

Les juges se montrent également favorables à une interprétation extensive de l'édit de juillet 1560 et, par là même, à une méfiance accrue à l'égard des libéralités dès lors qu'elles sont faites en secondes noces. Cette extension concerne principalement les destinataires de la loi. Le dispositif de l'édit des secondes noces ne visait, en effet, que les veuves remariées ; les veufs n'y étaient pas mentionnés. Cette restriction, révélée par la lettre du texte, s'explique également par son esprit. Le préambule insiste, en effet, sur la faiblesse des femmes. Trop souvent aveuglées et « non congnoissans estre recherchees plus pour leurs biens que pour leurs personnes »[150], elles en oublient leur devoir de mère. Le docte Jacques Cujas n'affirmait-il pas que le feu de l'amour faisait plus de ravages dans le cœur des femmes que dans celui des hommes[151] ? Les contemporains rappelaient aussi que l'édit avait été rédigé à la suite d'un cas d'espèce intéressant une femme[152]. L'édit des secondes noces ne devait donc pas être appliqué aux hommes. Pourtant la jurisprudence en a décidé autrement. Par un arrêt solennel, prononcé, en robes rouges, le 16 mai 1578, le parlement de Paris décida que le premier chef de la loi visait autant les hommes que les femmes[153]. Étienne Pasquier, avocat en l'espèce de la seconde épouse avantagée par les donations plus que les enfants du premier lit, eut beau essayer de convaincre les juges de s'en tenir à la lettre de la loi[154], la cour souveraine fit droit aux arguments avancés par la partie adverse. Après de longues considérations d'ordre grammatical, par lesquelles Jean Le Maistre avait tenté de démontrer que le vocable « femme » pouvait s'étendre au masculin, l'avocat concentra son plaidoyer sur des considérations

---

1578, *op. cit.*, p. 265.

[148] L'arrêt est du 24 septembre 1588. Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre IV, Réponse XII, fol. 99. Dans les ajouts qu'il apporte à la *Grande conference des ordonnances et edicts royaux* de Pierre Guénois, Le Caron cite également un arrêt dans le même sens rendu aux grands Jours de Lyon, le 16 septembre 1596, *op. cit.*, t. 1, p. 753.

[149] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre II, Réponse LII, fol. 36v°. Sur cette question, nous renvoyons à une étude plus approfondie que nous avons menée, il y a quelques années, « Une générosité suspecte : les libéralités aux proches parents des conjoints d'après la jurisprudence du parlement de Paris aux XVI[e]-XVII[e] siècles », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 2005, n°2, p. 183-213.

[150] *Catalogue des actes de François II*, publié par Marie-Thérèse de Martel, Paris, Édition du CNRS, 1991, p. 737.

[151] « *Prudentissimus quaestor (Michel de L'Hospital) sub nomine Principe Francisci de foeminis tantum loquitur, non etiam ut edictum Leonis de maribus, ut scilicet foeminae non sint liberaliores erga secundos maritos quam erga filium unum prioris matrimonii. Nec idem statuit nominatim de maribus, scilicet amor majus incendium facit in pectore foeminae quam maris, ideo solas foeminas edictum sparsit aqua, quod notandum maxime* », in *Librum V Codicis recitationes solemnes*, cité par Alain Desrayaud, *op. cit.*, p. 572.

[152] Exupère Caillemer, « Des résistances que les parlements opposèrent à la fin du XVI[e] siècle à quelques essais d'unification du droit civil », *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 1081.

[153] René Filhol, « L'application de l'édit des secondes noces en pays coutumier », dans *Mélanges R. Aubenas*, RSHDE, 1974, p. 296-299. L'auteur rappelle les faits qui avaient conduit au procès. François Chabot eut cinq enfants de son mariage avec Marie Goulard. En 1558, cette dernière fit don à son mari, comme l'y autorisait la coutume du Poitou, de ses meubles, acquêts et du tiers de ses propres. À la mort de sa femme, François Chabot se remarie avec Catherine Viault, elle-même veuve et mère de quatre enfants. À la veille du contrat de mariage, le 30 décembre 1569, la future épouse fait don à ses enfants de tous ses biens, ne retenant pour elle que l'usufruit d'une métairie. Quant au contrat, il prévoyait que l'épouse aurait un douaire équivalant au deux tiers des propres (alors même que la coutume de Poitou n'admettait qu'un douaire portant sur un seul tiers) et que, en cas de survie, elle se verrait octroyer une somme de mille écus. Le contrat de mariage ne contenait aucune disposition en faveur des enfants de François Chabot nés du premier lit. Durant toute la durée de son union, Catherine Viault s'efforça d'augmenter la communauté entre elle et son mari et à sa mort, en 1574, elle s'empara de tous les biens meubles ou immeubles du défunt.

[154] *Ibid.*, p. 297-298.

d'équité. N'est-ce pas « la chose la plus inique du monde », « que ung père ayant plusieurs enffans, auxquels *ex communi voto et jure nature* les biens du père sont affectez, surprins par l'amour d'une seconde femme, [...] [puisse] advancer sa seconde femme et envoier ses propres enffans à l'Houstel Dieu »[155]. Dans son arrêt, la cour admit qu'une identité de motifs permettait de soumettre les pères remariés aux dispositions de l'édit des secondes noces. « La raison de l'édit n'est pas tant la legereté, faiblesse et infirmité du sexe féminin que la faveur des enfants », peut-on lire dans cette décision, qui précise que si « l'edict a usé du mot de femme », ce n'est que « *ratione frequentioris usus* ; parce que l'inconvenient touché par l'edit advient plus souvent en la personne de la femme, qu'en celle de l'homme »[156]. Un commentateur, comme Le Caron, se rallie sans plus de conviction à cette innovation jurisprudentielle[157]. Il se montre, en revanche, beaucoup plus favorable à une autre extension du texte qui porte, cette fois-ci, sur son application dans le temps. L'édit des secondes noces, considéré comme la reprise d'une loi romaine préexistante, est souvent présenté comme un acte déclaratif du droit et non pas constitutif. L'édit aurait alors un caractère rétroactif et pourrait limiter les donations consenties par les conjoints, lors de leurs secondes noces, aussi bien après l'été 1560 qu'avant. Commentant la jurisprudence du parlement de Paris qui consacre cette rétroactivité de la loi royale, Le Caron vante « ceste Cour [...] tant equitable, laquelle souvent embrasse les raisons des loix Romaines » et « a trouvé raisonnable d'estendre la disposition d'un si juste Edict aux precedentes donations, comme declaratif du droit ancien et approchant de plus pres à la loy de nature »[158]. Cette jurisprudence établie en 1568 et confirmée en 1578 est cependant appelée à changer quelques années plus tard. En effet, par arrêt prononcé à la saint Martin 1581, la cour parisienne devait revenir sur le principe de la rétroactivité de la loi[159].

Attaché à la lettre mais n'hésitant pas à aller au-delà, le juge, dans son rôle de régulateur social, se doit également, et peut-être surtout, de traquer toutes les donations qui pourraient reposer sur des motifs inavouables ou incompatibles avec les équilibres familiaux. En effet, si la donation peut, voire doit, se passer de cause pour n'être fondée qu'en pure libéralité, les praticiens ne cessent de s'interroger sur les raisons qui ont conduit le donateur à favoriser le donataire. Sur ce point, la théorie générale de la libéralité cède le pas à la réalité des rapports humains et sociaux. Si le contre don est peu mis en avant par les juristes dans leur présentation de la libéralité comme vertu, la contrepartie de la donation devient une préoccupation centrale du juge, confronté à une donation *hic et nunc*. Au-delà des règles, plus ou moins directement prescrites par les textes, ce qui compte vraiment pour les juges, c'est de démasquer les donations faites en haine tant de l'honnêteté publique que des droits des tiers. La lecture des *Responses* de Le Caron montre que, dans la première catégorie, viennent en bonne place les donations consenties aux enfants illégitimes, du moins à ceux nés d'un commerce particulièrement honteux comme celui des prêtres. Le Caron y revient à plusieurs reprises[160]. Arrêts à l'appui[161], il relève l'inefficacité des libéralités faites, par un prêtre, à ses enfants quelles que soient les circonstances : peu importe qu'il s'agisse d'une fille ou d'un garçon ; qu'il s'agisse d'enfants légitimés ou non ; peu importe également l'occasion du don, « mesmes en faveur de mariage » ; peu importe, enfin, que la donation ait été faite aux enfants des enfants nés, eux, en justes noces, en considération de la « hayne du vice duquel la racine infecte les branches »[162]. Les juges annulent également la donation, faite par un prêtre, à un

[155] *Ibid.*, p. 298.
[156] *Ibid.*, p. 298-299.
[157] Voir Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre III, Commentaire sur l'édit des secondes noces, fol. 82.
[158] *Ibid.*, Livre II, Réponse XLIX, fol. 36.
[159] *Ibid.*, Livre VII, Réponse XXX, fol. 201r°-v°.
[160] Voir notamment Livre I, Réponse LXIV, fol. 17v°-18 et Livre X, Réponse LXXV, fol. 407r°-v°.
[161] Parmi les divers arrêts invoqués, plusieurs ont été solennellement prononcés par le président de Harlay qualifié par Le Caron de « senateur d'excellente et louable gravité », le 14 août 1570.
[162] *Ibid.*, Livre VII, Réponse XV, fol. 197.

jeune homme qui, ensuite, épouse la fille légitimée du clerc, au motif que le donataire est une personne interposée qui ne peut arguer du fait que la donation a été faite avant le mariage, à une époque où le futur mari était un étranger pour le prêtre. Le Caron approuve la sévérité de la cour justifiée par « l'honnesteté publique et hayne de l'illicite et reprouvee accointance du Prestre avec la mere » desdits enfants « et pour retrancher l'occasion de telle incontinence trop vulgaire et commune »[163]. À l'égard des enfants illégitimes nés d'un laïc, et surtout si celui-ci est de noble famille, la jurisprudence du Parlement est bien plus souple : Le Caron en donne un exemple au quatrième livre de ses *Responses*. En l'occurrence, il s'agit d'un homme qui, non marié, a un enfant naturel auquel il fait « ample donation ». Puis, il se marie et a des enfants légitimes, mais n'éprouve pas le besoin de révoquer la donation précédente pour cause de survenance d'enfants, car, explique Le Caron, il s'est, d'une part, réservé l'usufruit et, d'autre part, il « n'estoit purgé de sa premiere folie d'amour et avoit quelque estime de son bastard ». Après son décès, ses enfants légitimes font moins de cas du sort de leur demi-frère et demandent la révocation de la donation sans s'arrêter au fait, allégué par le donataire, que leur père s'en satisfaisait. La cour leur donna raison décidant ainsi que la loi romaine *si unquam* s'applique aux donations faites aux enfants naturels, mais les juges ne veulent cependant pas priver le fils naturel de tout bien. En effet, la cour se prononce contre le « bastard donataire », qui était « de bonne famille », mais en lui accordant néanmoins « sur la terre donnee [...] certaine rente pour son entretenement ». Cette solution mitigée ne semble pas plaire à Le Caron qui insiste sur la défaveur avec laquelle il faut traiter les enfants nés hors mariage[164]. Par ailleurs, Le Caron est obligé de reconnaître que « par le droict François est permis de donner aux enfans naturels »[165].

À la haine de l'immoralité s'ajoute la réprobation des atteintes aux droits des tiers, à commencer par ceux des héritiers. Comme l'écrira Jean-Marie Ricard dans son *Traité des donations*, au XVII[e] siècle, toute donation faite en haine de l'héritier « ne subsistera point ». Car, précise le juriste d'origine beauvaisienne, « les Loix nous ont accordé cette indulgence de disposer de nos biens, au prejudice de l'ordre qu'elles avoient établi et de la destination qu'elles ont faite en faveur des plus proches du sang, pour nous donner le pouvoir de recompenser ceux qui meritent d'être considerez de nous et non pas pour assouvir les injustes dereglemens de nos passions »[166]. La défense des droits des héritiers est alors une priorité pour les juges du XVI[e] siècle et passe, autant, par des solutions procédurales que substantielles. En ce qui concerne la procédure, signalons simplement cette jurisprudence parisienne qui vient au secours de l'héritier contre les droits du donataire, en refusant, à ce dernier, possesseur de droit, le bénéfice d'une action possessoire contre un héritier saisi, lui aussi, d'une possession, mais de fait consécutive à la réserve d'usufruit du donateur[167]. Quant au fond, les juges portent une attention particulière à la qualification des gestes libéraux et notamment à la distinction entre donation entre vifs et donation à cause de mort. Dans cette tâche de qualification, les juges refusent de s'en tenir aux termes des actes qui ne sont souvent que l'œuvre d'un « notaire ignorant ». Seule l'intention du donateur doit être prise en compte[168]. Cependant, cette

[163] *Ibid.*, Livre I, Réponse LXIV, fol. 17v°-18.

[164] Le Caron estime que « tant pour la faveur des enfans qu'en hayne des bastards », il ne faut pas faciliter leur condition. Il ajoute : « Davantage par les loix de toutes Republiques bien policees, les enfans legitimes sont d'autant plus recommandez qu'il est plus besoing de conserver les vrays citoyens et ne les laisser corrompre par mauvaises mœurs et exemples comme estoit la loy des Atheniens establie par Pericles », *ibid.*, Livre IV, Réponse IX, fol. 89v°-90.

[165] *Ibid.*, Livre VII, Réponse X, fol. 195v°.

[166] Jean-Marie Ricard, *op. cit.*, p. 139.

[167] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre II, Réponse LXXXVIII, fol. 47.

[168] Louis Le Caron en donne un exemple à propos d'un donateur qui fit successivement deux fois le même don, en se réservant bien évidemment de son vivant l'usufruit du bien donné. À sa mort, les deux donataires entrent en procès, le second affirmant que la première donation, dont les termes, il est vrai, n'étaient pas très clairs, était

intention du donateur peut être biaisée par les circonstances dans lesquelles elle s'exprime. C'est le cas lorsque le donateur, malade, donne juste avant d'être emporté par sa maladie. Techniquement, une telle donation est faite entre vifs et c'est d'ailleurs la « commune opinion » des docteurs[169]. Mais le fait que le donateur soit près de mourir altère les conséquences habituelles d'une dépossession de son vivant. Et les juges sont régulièrement saisis d'affaires où les héritiers contestent la régularité de la générosité tardive du défunt. L'enjeu de la qualification est alors essentiel tant pour circonscrire l'étendue de la libéralité que pour retenir ou non son caractère révocable. Face à de telles donations qualifiées d'entre vifs par les donataires, mais dans lesquelles les héritiers du donateur ne voient que des donations à cause de mort, les juges ont un temps hésité. Puis, ils se sont prononcés contre la reconnaissance de la qualification de donations entre vifs préservant ainsi les intérêts des héritiers davantage que l'intention libérale du donateur[170]. Commentant cette position des juges, Le Caron écrit « que si on jugeoit autrement seroit faire ouverture à plusieurs fraudes parce qu'il est loisible par coustume de donner davantage de ces biens et mesmement des propres par donation entre vifs que par disposition testamentaire et donation à cause de mort »[171]. Cette doctrine du Palais a été, par la suite, consacrée en coutume[172], ce qui permet à Loisel d'affirmer : « Donation faictes entre vifs par personnes malades, dont ils decedent, est reputee à cause de mort »[173].

Sans aller jusqu'à modifier expressément la qualification des actes procédant de libéralité, les juges usent parfois d'un autre moyen pour préserver les intérêts familiaux : l'analogie. Prenons, à la suite de Le Caron, le cas d'un « homme d'auctorité, toutesfois espris de l'amour d'une damoiselle » qui, à l'occasion de son mariage, avec elle, conclut plusieurs conventions « en la presence de leurs communs parens ». Mais, en plus de ces conventions officielles, le futur mari « est persuadé par sa fiancee » de lui consentir d'autres libéralités (en

---

une donation à cause de mort et donc révocable alors que la sienne était une donation entre vifs et donc irrévocable. La cour, dans un arrêt de mars 1558, donna raison au premier donataire, requalifiant ainsi la première donation de donation entre vifs à caractère irrévocable, *ibid.*, Livre X, Réponse XCI, fol. 413v°-414.

[169] Louis Le Caron, *Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 198.

[170] Voir notamment ce qu'en dit Le Caron dans ses *Responses*, *op. cit.*, Livre II, Réponse XCIII, fol. 49 et Livre VIII, Réponse XXI, fol. 293. Dans cette dernière réponse, Le Caron rapporte le cas d'un mari malade qui fait un don tellement important à un tiers de sorte qu'il ne reste plus à sa femme que le quart des meubles et acquêts. Or, la coutume du lieu prévoit qu'un mari peut disposer de tous ses biens et acquêts par donation entre vifs, mais seulement de la moitié par testament. La qualification de la donation est donc essentielle. Le donataire invoque l'autorité des docteurs et un arrêt récurrent en la matière dont les arrêtistes nous disent qu'il a été rendu par le Parlement en faveur du président de Saint André. De son côté, la femme invoque la fraude à la coutume. Dans cette affaire, les juges tranchent en faveur d'une réduction de la donation pour permettre le partage par moitié des meubles et acquêts entre le donataire et l'épouse. L'arrêt est du 16 mai 1562. Voir ce que Le Caron en dit aussi dans ses *Pandectes*, *op. cit.*, p. 264 et dans son commentaire sur la coutume de Paris, *op. cit.*, p. 198-199, où il cite d'autres arrêts, notamment un du 7 septembre 1557. Voir aussi un arrêt prononcé solennellement à la Pentecôte 1568 rapporté par Guy Coquille, *Institution du droit françois*, *op. cit.*, p. 100.

[171] Louis Le Caron, *Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 198.

[172] Voir notamment l'article 277 de la coutume de Paris ; l'article 5 du titre des donations de la coutume de Nivernais ; l'article 297 de la coutume d'Orléans ou encore les articles 13 et 14 du chapitre 14 de la coutume d'Auvergne. D'autres coutumes, comme celles de Blois ou d'Auxerre, subordonnent la qualification de donation à cause de mort à un décès du donateur dans les quarante jours qui suivent la donation. Commentant cette évolution coutumière, Louis Le Caron précise que ces coutumes « ont justement statué pour eviter à la fraude dautant que le testateur ne peut tant disposer de ses biens par testament que le donateur peut faire par donation entre vifs », *Pandectes*, *op. cit.*, p. 264.

[173] Antoine Loisel, *op. cit.*, n° 653, p. 94. La généralisation faite ici par Loisel se heurte à certaines exceptions, plus fidèles au droit romain. C'est le cas par exemple de la coutume de Berry (article 18 du titre sur les testaments) qui considère que la donation entre vifs faite par un donateur atteint d'une maladie fatale demeure néanmoins une donation entre vifs. Commentant cette coutume, Guy Coquille écrit qu'elle a été « dressée par le sieur President Lizet, tres-grand observateur du Droict Romain et qui de tout son pouvoir a voulu rendre le Droict François subject au Droict Romain », *Institution du droit françois*, *op. cit.*, p. 100.

l'occurrence du rente de 500 livres assise sur l'ensemble de ses biens). Cette nouvelle donation est conclue hors de la présence des parents qui avaient été appelés lors des autres contrats de mariage et sans procédure d'insinuation, ce qui n'est juridiquement pas un problème, car les faits se déroulent avant les prescriptions légales imposant cette formalité et la modification des dispositions coutumières qui, à Paris notamment, déclarent nulles les contre-lettres apportées au contrat de mariage par les fiancés hors de la présence des parents ayant assisté à ces contrats[174]. L'existence de la donation n'est donc attestée que par une minute, conservée par le donateur et qui fut trouvée dans ses papiers à son décès. Il semblerait cependant que ce donateur n'ait pas été si généreux que cela à l'égard de sa dulcinée et bien que celle-ci, nous dit-on, ait été « lors maistresse de son cœur », il aurait, dans un moment de lucidité (« comme réveillé d'un sommeil amoureux »), fait le jour-même de ladite donation, une autre déclaration devant deux notaires, par laquelle il affirmait ne pas vouloir que la donation faite ait lieu et ce, parce qu'il avouait n'avoir fait cette libéralité que pour « gratifier et complaire à sa fiancee ». À la mort du mari, la veuve réclame son don, après avoir pris soin de faire grossoyer et signer par deux notaires la minute retrouvée, qui ne comportait initialement la signature que d'un seul notaire du Châtelet de Paris. Quant aux héritiers du donateur défunt, ils contestent la validité de la donation. Le Caron ne précise pas comment cette affaire s'est effectivement terminée devant les juges. Il se contente, comme souvent dans ses *Responses*, de donner son avis en se fondant sur plusieurs autres arrêts rendus dans des affaires semblables et, en l'occurrence, au détriment du donataire. Pour justifier la position des juges, Le Caron invoque principalement l'argument d'analogie : de telles donations, obtenues par « les menees, blandices et (comme on dict) amourettes du donataire » doivent être déclarées aussi « suspectes » que les donations entre époux qui sont, elles, expressément prohibées par le droit. Se référant, lui aussi, à Plutarque, Le Caron ne voit pas, dans de telles donations, l'occasion de « commencer ceste honneste alliance de mariage, par une concorde et union de volontez », mais plutôt le moyen de l'« achepter et apprecier à un pris deshonneste ». Il ne saurait être ici question d'une véritable intention libérale accordée « par conseil et vraye amitié », mais davantage d'une faveur obtenue « par legereté et force ». Par ailleurs, le caractère secret de ces donations empêche de les considérer comme de justes libéralités. « Ses secrettes conventions » sont au contraire « grandement suspectes de fraude ». Sans être de véritables donations entre époux prohibées par la coutume, ces sortes de donations antérieures au mariage ne doivent pas être plus favorablement accueillies par les juges car suspectes de fraude et contraires aux légitimes échanges prénuptiaux. Cette restriction jurisprudentielle fait d'ailleurs écho à la réserve de certains praticiens à l'égard des donations en faveur de mariage consenties par les futurs mariés eux-mêmes. On peut citer ici la position ferme de Guy Coquille, qui estime que « le vray cas auquel il convient favoriser la donation en faveur de mariage » est celui où c'est un tiers qui avantage les conjoints[175]. Comme Le Caron, Coquille rapproche les libéralités consenties par l'un des conjoints dans le contrat de mariage aux donations prohibées entre époux[176] et les soumet, en tout cas, à un examen circonstancié pour apprécier leur validité[177].

---

[174] Article 258 de la coutume de Paris réformée.

[175] *Questions et Responses*, *op. cit.*, n° CXLIX, p. 125.

[176] *Ibid.*, n° CII, p. 86. Louant les « anciens Romains » qui ont toujours tenu « que la vraye peste ou poison de l'amitié qui doit estre en mariage est quand l'un des deux mariez desire s'enrichir aux despens de l'autre » et qui ne pouvaient considérer que « l'amitié estoit venale », Coquille approuve la prohibition des donations entre époux et en étend la pertinence aux libéralités mal intentionnées consenties en amont. « Vray est que lesdites loix parlent des donations qui se font durant le mariage ; mais la même raison est en celles qui se font au traicté ». À cette occasion, le juriste nivernais se lance également dans une tirade virulente contre les « vieilles » qui achètent par des donations les faveurs de leurs jeunes conjoints : « Selon ce je voudrois dire que si une vieille estant hors d'aage de faire enfans, espouse un jeune homme, ou de moyen aage, gaillard et bien disposé et que par traicté de mariage elle luy fasse des donations et advantages [...] luy estant pauvre [...], le mariage n'est point vray mariage, ains concubinage de tant plus infame pource que cette vieille, en demangeaison de fole

On doit noter également que les juges parisiens, dans leur souci de conserver l'équilibre des familles, attachent une grande importance à l'égalité entre les héritiers. C'est du moins ce qui apparaît à la lecture des *Responses* de Le Caron. Au nom de l'égalité nécessaire entre les héritiers, le parlement de Paris décide ainsi d'invalider des donations, alors même que le droit coutumier autorise les parents à avantager leurs enfants et cela uniquement parce que le père ou la mère ont imprudemment déclaré, en amont, qu'ils souhaitaient ne pas favoriser les uns plus que les autres. C'est le cas dans un arrêt de décembre 1567 où la cour annule une donation faite par une mère, à l'un de ses enfants, « es lieux où la coustume ne le prohibe pas », mais après avoir conclu une convention de partage, dans laquelle elle déclarait qu'elle voulait que ses enfants lui succèdent également après son décès[178]. Six mois plus tard, le Parlement fait de même en refusant de tenir compte d'une donation par préciput faite par un père à son fils, au détriment de ses deux filles, alors même que cet avantage avait été fait avec le consentement des gendres[179]. Également au nom de l'égalité, les juges jouent volontiers avec les textes coutumiers : restreignant les dispositions dans un cas ; les étendant dans un autre. Ainsi, à propos de la permission reconnue par la coutume d'Amiens, aux parents, de faire des donations et avantages à leurs enfants mariés, les magistrats parisiens estiment qu'elle n'a pas lieu pour les donations faites hors mariage[180]. En revanche, ces mêmes juges considèrent qu'il est opportun de faire une lecture extensive des coutumes qui réduisent expressément les moyens permettant de faciliter l'inégalité entre les enfants, notamment celui qui consiste, pour le donateur, à ne pas avantager ses descendants immédiats, mais leurs propres enfants[181].

---

amour, achepte des conditions pour son seul plaisir, sans esperance de lignee et de tant plus detestable qu'une putain ; pource qu'une putain, peut-estre estant pauvre ou avaricieuse cherche à gagner et profiter en s'abandonnant et ceste-cy s'appauvrit pour estre caressée ». Cette charge le conduit là encore à conclure que « les donations qu'on dit estre tant favorables en faveur de mariage sont celles que les tiers font en faveur des mariez ou l'un d'eux et non celles que les mariez font l'un à l'autre ». Cette question est également traité par Coquille dans son *Commentaire sur la coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 306-307.

[177] *Questions et Responses*, *op. cit.*, n° CXLIX, p. 125-126 où Coquille parle de « les juger ex causa » ; « avec cognoissance de cause ».

[178] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre II, Réponse LIV, fol. 37. Commentant la décision, Le Caron note que « telle donation ne se pouvoit faire au prejudice de ladite convention et promesse faite par la mere par ledit contract de partage et partant que tous ses enfans luy doivent esgallement succeder, nonobstant ladite donation, comme si c'estoit un partage qu'elle eust faict de son vivant entre ses enfans où donation qu'elle leur eust faicte entre vifs auparavant la derniere donation ».

[179] *Ibid.*, Livre VIII, Réponse XXXVI, fol. 303v°-304v°. L'arrêt est du 15 mai 1568. Le Caron signale également une autre décision en ce sens du 14 avril 1579. Voir aussi, livre VIII, Réponse LXXI, fol. 321.

[180] *Ibid.*, Livre VII, Réponse CCIII, fol. 266v°-267. Le commentaire de Le Caron est le suivant : « Par la coustume d'Amiens, art. 93, quand tous les enfans sont mariez au jour du décès de leur pere ou mere, n'y a point de rapport supposé que l'un eust eu plus en mariage que l'autre. On a demandé si ladite coustume se devoit estendre en toutes donations faites tant par contract de mariage que hors d'iceluy. Ce qui sembloit la coustume avoir entendu, parce qu'elle dispose quand le pere ou la mere a faict donations à ses enfans au temps de son decès : aussi qu'il y a pareille raison, soit qu'il ayt donné par contract de mariage ou hors d'iceluy pourveu qu'il ayt donné à tous et ainsi plusieurs juges et practiciens du Bailliage d'Amiens l'interpretent et practiquent. Toutesfois j'ay respondu le contraire : parce que la coustume parle disertement quand les enfans sont mariez, et que l'advantage ou don est faict en mariage : tellement que la coustume disposant en un cas special, ne se doibt estendre plus avant contre le droict commun fondé en equité naturelle, qui commande une esgalité entre les enfans, et pour ceste cause que venans à la succession de pere ou mere ils rapportent ce qui leur a esté donné [...] Il faut donc entendre ladicte coustume des donations faictes en contract de mariage pour la faveur d'iceluy », ce que confirme la cour par un arrêt du 6 septembre 1586.

[181] *Ibid.*, Livre III, Réponse VIII, fol. 55r°-v°. Traditionnellement, les juristes coutumiers aiment souligner la différence entre le droit romain et les coutumes dès lors qu'il est question des rapports entre les aïeux, parents et enfants. En droit romain, en effet, le fils de famille demeure en la puissance du *paterfamilias* jusqu'au décès de celui-ci et n'a donc pas de capacité juridique propre. Par conséquent, « ce qui estoit acquis au fils, appartenoit incontinent au pere, n'estant qu'une mesme personne et famille ». En droit coutumier, en revanche, la puissance paternelle est moins étendue et laisse, au fils établi ou majeur, la libre propriété de ses biens. Cela étant posé, Le Caron se dit cependant favorable à un rapport des donations faites aux petits-fils, ce

Toujours au nom de l'égalité naturelle qui doit prévaloir entre les enfants, la cour souveraine accepte même la révocation de certaines donations à l'initiative du donateur lui-même[182].

Plus généralement, l'examen des conditions requises pour révoquer les donations renseigne sur la circonspection des juges à l'égard des libéralités quand celles-ci risquent de préjudicier au maintien des biens au sein de la famille. On l'a vu, la révocation d'une donation pour survenance d'enfants n'est pas une disposition supplétive ; le donateur ne peut y renoncer[183]. Mais la pratique judiciaire ne s'arrête pas à ce constat. La jurisprudence des arrêts fait grand cas de la possibilité de révoquer une donation, par nature irrévocable, dès lors que des héritiers légitimes voient le jour. Quand l'enfant paraît, le cercle des juges applaudit à grands cris. On peut ainsi noter que tous les donateurs et toutes les donations, quelles que soient leur étendue ou leur cause, tombent sous le coup de la loi *si unquam* : peu importe que le donateur soit le père ou la mère[184] ; peu importe que la donation soit universelle ou limitée à quelques biens ; peu importe enfin qu'il s'agisse d'une donation pure et simple ou d'une donation faite en faveur de mariage[185], voire, dans certains cas, d'une donation

---

que prévoit d'ailleurs la coutume réformée de Paris, mais cette restriction contraire à l'esprit coutumier ne se doit, en principe, « estendre aux autres provinces ». « Toutefois la Cour de Parlement considerant combien l'esgalité est requise entre les enfans pour les faire vivre en concorde et voulant retrencher toutes les occasions de fraude, qu'aucuns enfans pratiquent pour se faire avantager par leurs peres et meres au prejudice de leurs freres et que la voie de fraude seroit tres glissante et facile par les donations qui se feroient aux petits fils, elle a souvent jugé conformément à ladite coustume de Paris, tant auparavant la reformation d'icelle, que depuis en diverses provinces du roiaume mesmes de Senlis. Car on sçait assez combien est grande l'affection du pere envers l'enfant et que l'ayeul donnant à son petit fils le faict en faveur du pere d'iceluy »

[182] *Ibid.*, Livre IV, Réponse LXXX, fol. 112v°. Dans cette affaire, un père avait fait des donations à certains de ses enfants, puis soudain pris de remords (« esmeu de charité naturelle envers les autres »), il les révoque pour que « ses enfans luy succedent esgallement », conformément il est vrai aux coutumes des lieux. S'en suit un débat judiciaire dans lequel est discutée la validité d'une telle révocation et ce d'autant plus que les donations sont pures et simples, sans faveur de mariage « ny autre privilege ». Le Caron ne peut qu'approuver le principe de cette révocation « estant faicte entre les enfans pour les faire succeder suyvant les droicts des pays où les biens estoyent assis et scituez » et ayant pour but de « les remettre en esgalité procedant du mesme jugement et providence du pere, qui avoit faict les donations entre vifs et qu'il pouvoit aussi luy vivant les revoquer », ce que juge la cour dans un arrêt prononcé en robes rouges le 21 mars 1570. Sur cette question, voir aussi Livre V, Réponse II, fol. 162r°-v° où le Caron après avoir rappelé la solution précédente en avance une autre contraire.

[183] Voir *supra*.

[184] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre XII, Réponse LVII, fol. 482v°.

[185] C'est à propos de la révocation d'une telle donation que fut jugée la fameuse affaire Du Moulin. En l'espèce, le célèbre juriste Charles Du Moulin, qui n'envisageait pas de se marier et d'avoir des enfants, avait fait une donation d'une part importante de son patrimoine à son frère, Ferry, en octobre 1531 et l'avait confirmée dans le contrat de mariage de ce dernier, le 2 février 1531. Puis voyant son frère dilapider les biens libéralement donnés, Charles, lui-même dans une situation financière difficile, révoqua la donation par acte du 29 juin 1547, justifiant son geste par le mariage et la naissance d'héritiers intervenus depuis la donation. Ferry contesta cette révocation en justice arguant notamment du fait qu'elle rendait illusoire les engagements contractés lors de son mariage. Après un long procès, les juges du parlement de Paris, dans un arrêt prononcé solennellement le 12 avril 1551 avant Pâques, estimèrent que la révocation était fondée et cela même si elle avait été consentie en faveur de mariage. L'arrêt prévoit cependant que si les biens du mari ne suffisent pas à répondre aux droits matrimoniaux de sa femme, ce sont ceux du donateur qui devront subsidiairement y pourvoir. Sur cette célèbre affaire, voir Jean-Louis Thireau, *op. cit.*, p. 25-27. Voir aussi Julien Brodeau, *La vie de maistre Charles du Molin*, dans *Molinaei Opera*, Paris, 1681, t. 1, p. 1-60. Guy Coquille résume assez clairement les enjeux de cette affaire : « La question a esté grande si la donation faicte en faveur de mariage par un tiers, sera revoquée par la naissance d'un enfant survenu à ce tiers ; on dit que ce n'est pas donation pure gratuite, à cause du mariage qui est accordé par le moyen de cette donation : il y a eu sur ce un Arrest prononcé solennellement, moy present, entre M. Charles Du Molin tres docte Docteur et Maistre Ferry Du Molin freres, le President sainct André prononça es Arrests de Pasques douziesme avril 1551 par lequel fut declaré que deslors de la naissance de l'enfant dudit M. Charles, la donation par luy faicte avoit esté revoquée ; avec cette reserve et exception, que si les biens dudit Maistre Ferry ne suffisoient pour les convenances matrimoniales de sa femme, les biens dudit M. Charles qui avoit donné à son frère en faveur de mariage en respondroient *in subsidium* ; car l'interest de la femme dudit Maistre Ferry estoit la seule cause qui pouvoit faire que ce fust contract onereux ; pour le surplus en ce qui estoit de l'interest de M. Ferry, c'estoit contract pur lucratif et de liberalité et par consequent sujet à

rémunératoire[186]. Les juges précisent également que le donateur n'est pas le seul à pouvoir invoquer le bénéfice de la loi *si unquam*. Ses héritiers peuvent le faire, eux aussi, après sa mort, comme cela a été jugé le 13 mai 1557, « *ex benigna ipsius legis interpretatione* »[187]. Cet accueil favorable à la remise en cause des libéralités n'est pas neutre et risque d'encourager des comportements douteux de la part des donateurs. Jean Papon, jugeant l'arrêt Du Moulin, n'hésite d'ailleurs pas à laisser entendre que ce dernier n'a contracté mariage que pour trouver un moyen de révoquer sa donation[188]. Favorables aux révocations pour survenance d'enfants, les juges se montrent également attentifs à relever l'opportunité des révocations pour ingratitude dans l'intérêt des héritiers. À lire Le Caron, il apparaît ainsi qu'une fille peut poursuivre la cause engagée par son père pour faire casser la donation qu'il avait accordée à un prêtre de sa famille, au détriment de sa propre fille, et qui, depuis la donation, n'a fait preuve d'aucune gratitude pour le bienfait reçu[189].

Principaux bénéficiaires de la protection des juges contre les excès de libéralité, les héritiers n'en sont pas pour autant les seuls. Parmi les droits des tiers qui ne sauraient être balayés indûment par n'importe quelle donation, la jurisprudence des arrêts n'oublie pas ceux des créanciers. Certes, ils sont moins systématiquement défendus que ceux des héritiers[190], mais la méfiance qu'inspirent les donations justifie également une protection ne serait-ce qu'au regard des exigences de la sécurité juridique. Là encore, les questions de qualification sont essentielles comme le révèle une affaire qui est reprise par de nombreux commentateurs. En l'espèce, il s'agissait de savoir s'il était possible de faire échapper une largesse faite par un père à sa fille en faveur de son mariage, à la qualification de donation. En effet, le père, comme sa fille et son gendre, n'avaient pas été très sérieux et avaient omis de faire insinuer la donation. À la mort du donateur, ses créanciers entendent saisir les biens donnés pour se faire payer de leurs créances. Les donataires s'y opposent en invoquant la donation qui leur a été faite et dont ils ont déjà pris possession. Faute d'insinuation, les deux époux perdent leur cause en première instance, mais ils interjettent appel devant le parlement de Paris où, selon Le Caron, l'affaire fut « elegamment plaidee » par deux ténors du barreau, Pasquier et Marion. L'avocat des donataires tente alors de justifier le défaut d'insinuation par le fait qu'il ne s'agissait pas à proprement parler d'une donation, mais plutôt d'une « dotation ». La différence est fondamentale. En effet, un père est tenu de doter sa fille et lorsqu'il le fait, il ne fait pas acte de libéralité, mais se plie à une obligation naturelle. Il n'y a donc pas donation et s'il n'y a pas donation, il n'y a pas lieu à insinuation[191]. Quelle que soit la subtilité de la démonstration, la cour ne la suit pas et ne retient donc pas la qualification d'obligation naturelle. Au contraire,

---

la *l. si unquam* », *Coustume de Nivernois*, *op. cit.*, p. 308.

[186] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre XII, Réponse LVII, fol. 482v°. Voir également du même auteur, *Pandectes*, *op. cit.*, p. 269 où il confirme, à l'appui d'un arrêt du parlement de Bordeaux, la possibilité de révoquer une donation rémunératoire. Ce n'est pas l'avis de Jean Papon, *op. cit.*, p. 345-356. Quant aux opinions de Tiraqueau et de Du Moulin en la matière, elles sont diversement présentées et ce d'autant plus que ce dernier souffre sur cette question d'un discrédit de partialité, voir Jean-Marie Ricard, *op. cit.*, au chapitre 5 sur la révocation des donations pour cause de survenance d'enfants.

[187] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre IX, Réponse XX, fol. 340v°.

[188] Papon écrit : « [...] pour trouver son frere aucunement changé et diverti, ou bien pour autre raison change d'opinion et se repent d'avoir donné. Il cherche les moyens de revoquer. L'on luy conseille de se marier ; ce qu'il fait et a enfans », *op. cit.*, p. 355.

[189] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre V, Réponse XXVII, fol. 127.

[190] À titre d'exemple, on signalera au Livre III, la Réponse IX où Le Caron considère, au vu de la jurisprudence du parlement de Paris et à l'inverse de ce que nous avons dit en faveur de l'égalité des héritiers (voir note 181), que « ce qui est donné par l'ayeul aux enfans de son fils n'est estimé estre faict en fraude de ses creanciers », fol. 55v°-56.

[191] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre VI, Réponse LXXIIII, fol. 185, arrêt du 10 janvier 1572.

elle confirme la sentence rendue par le Prévôt de Paris et considère qu'il est bien question de donation et que dès lors, si elle n'est pas insinuée, elle est inopposable aux créanciers[192].

Attentifs aux droits des héritiers et à ceux des créanciers, les juges le sont également aux droits de la femme, qui, elle aussi, peut être victime de la générosité de son mari. Dans plusieurs arrêts du milieu du siècle[193], le Parlement accepte, ainsi, de réduire les donations faites par le mari, pourtant « maistre des meubles et des acquests » en considération d'une fraude aux droits de sa femme sur les biens de la communauté. La présentation que Le Caron fait de cette décision est intéressante car elle montre clairement la différence qui existe entre l'idéal libéral désintéressé et l'exigence pratique d'une cause pour justifier toute libéralité. Les juristes ont beau dire, dans leur présentation théorique, qu'« en donation n'est requise cause ny expression d'icelle »[194], les juges, dans les procès, s'accommodent mal d'une libéralité sans motif.

> Combien que le mary soit maistre des meubles et acquests et en puisse disposer à sa volonté : Toutesfois telle liberté doit estre entendue civilement, à sçavoir s'il fait alienation par moyen et sans fraude, car s'il donnoit sans cause et seulement par liberalité, ou en fraude du droit qu'a sa femme en la communauté, telle donation seroit cassée pour la moitié de la femme[195].

Cette jurisprudence ne convainc cependant pas complètement l'avocat parisien qui refuse d'y voir une « loy certaine et perpetuelle parce que ce seroit trop restraindre la puissance du mary qui est maistre et seigneur des meubles et acquests qu'il faict pendant son mariage et lesquels sont presumez proceder de son travail et industrie »[196]. Mais, à propos de la question

---

[192] Commentant cette jurisprudence (notamment un arrêt du parlement de Paris rendu à l'audience le 23 janvier 1598 entre Babot, gendre du donateur et René de la Tulaye, créancier), René Choppin résume l'argument en faveur des donataires en écrivant : « la donation qui est dotale [...] qui n'est pas tant une donation gratuite et volontaire qu'un payement du droict naturel necessaire par lequel les peres sont tenus et obligez de marier leurs filles », *Commentaires sur les coustumes de la prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 187-188. Cette question est également abordée dans le *Commentaires sur la coustume d'Anjou*, *op. cit.*, p. 233.

[193] Le Caron cite un arrêt du 30 octobre 155 et un autre du 14 avril 1556 (avant Pâques), *Responses*, *op. cit.*, Livre III, Réponse LXXIII, fol. 72v°.

[194] Voir *supra* note 20.

[195] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre III, Réponse LXXIII, fol. 72v°.

[196] *Ibid.*, Livre VI, Réponse LXXIII, fol. 184v°. Dans cette réponse, Le Caron se réfère à nouveau aux arrêts de 1555 et 1557 et rappelle qu'ils ont « estimé que le mary ne peut disposer au prejudice et sans le consentement de sa femme des conquests immeubles faits durant et constant leur mariage, combien que la coustume luy permette », car précise, Le Caron, les juges ont interprété la coutume « avoir lieu quand l'alienation et disposition qu'il en fait, vient au profit du mesnage et non si par liberalité il donne ». Une intention purement libérale du mari ne suffirait pas à justifier son droit à disposer des biens de la communauté. C'est contre cette analyse trop catégorique que réagit Le Caron en refusant d'y voir une « loy certaine et perpetuelle ». Il invoque alors la coutume réformée de Paris qui précise l'autorité du mari en lui reconnaissant le droit de vendre, d'aliéner, d'hypothéquer les meubles et acquêts immeubles, mais aussi d'en disposer par donation entre vifs sans le consentement de sa femme à condition que ce soit à personne capable et « sans fraude ». Et cette dernière incise permet à Le Caron d'accorder des arrêts contraires (« certainement ces mots, *Et sans fraude* peuvent faire ouverture de conciliation de tous les arrests qui semblent estre contraires »). Dès lors, selon l'avocat parisien, les donations faites par le mari seront validées après examen circonstancié de son intention libérale : s'il donne « sans cause » ou pour frauder les intérêts de sa femme, il conviendra d'annuler les donations, mais « si le mary a donné avec quelque cause probable », la donation doit être tenue pour valable. L'exemple de cause légitime apporté par Le Caron est celui d'une donation en faveur de mariage, à propos de laquelle il allègue plusieurs arrêts. Il mentionne plus particulièrement un cas d'espèce tranché par un arrêt rendu en robes rouges le 14 août 1571. En l'occurrence un mari, sergent à cheval au Châtelet de Paris, avait fait don à une nièce, veuve d'un commissaire du même Châtelet d'une rente de cinquante livres tournois qu'il avait acquise durant son mariage et dont il se réserve l'usufruit. À la mort du mari, la nièce, qui n'est pas par ailleurs son héritière, réclame sa rente, ce que la veuve refuse, du moins pour la moitié dont elle s'estime la légitime propriétaire. Les juges donneront raison à la nièce, en infirmant la sentence du prévôt de Paris, qui s'était

qui nous intéresse, il n'y a pas de doute que c'est la juste cause de la libéralité qui constitue le critère permettant de valider ou non le don. La donation n'est donc pas pour les juges une pure libéralité. Ils exigent, au contraire, pour accueillir favorablement cet acte de dépossession, une raison légitime et établie.

Cette recherche permanente de la juste cause explique aussi que les juges, même méfiants à l'égard des libéralités qui pourraient rompre les équilibres sociaux et familiaux, n'en sont pas moins prompts, selon les circonstances, à approuver certains dons.

Des libéralités protégées par des juges conciliants

Si les juges sont là pour appliquer la loi et rejeter les libéralités qui ne seraient pas conformes à ses prescriptions, dans la lettre comme dans l'esprit, il ne leur appartient pas d'invalider toutes les donations. Ils n'en ont d'ailleurs pas le dessein, même si le juriste angevin René Choppin prend soin de rappeler que « la religion et prudence des Juges ne permet pas que temerairement la liberté du donateur et du donataire soit empeschée et ostée »[197]. Là où il n'y a pas de fraude, les juges n'ont aucune raison de s'opposer aux effets d'une volonté libérale. Ils doivent respecter tant la liberté du donateur de donner que celle du donataire de recevoir. Le Caron en donne un exemple, parmi d'autres, à propos de la donation d'un fief faite par une femme à son second mari. À leur mort, c'est le fils, né de leur union, qui en hérite. Mais son demi-frère, issu du premier mariage de la donatrice, demande en justice à ce que ledit fief soit rapporté lors de la succession de leur mère commune pour être partagé entre les enfants du premier et du second lit. L'avocat du fils prétendument lésé a beau contester le droit de propriété du second mari[198] et invoquer le principe de l'égalité entre les enfants[199], les juges ne peuvent que constater que la mère, fort riche, a certes fait des dons importants à son second époux, mais en respectant les limites prescrites par la loi. Quant à l'obligation légale faite au mari de réserver aux enfants, nés de la donatrice, les biens donnés, elle a également été respectée, puisque c'est leur fils commun qui en est désormais propriétaire[200]. La loi restreint la libéralité de la veuve remariée, mais ne lui interdit pas de donner. De même, la liberté des enfants donateurs ne doit pas être anéantie par des interprétations excessives. C'est pourquoi les juges, et après eux la coutume[201], ont refusé de comprendre dans l'interdiction faite aux pupilles de donner à leurs tuteurs, curateurs ou baillistres, leur père, mère ou autres ascendants. « La raison, explique à ce sujet Pierre Guénois, est que tels personnes sont exemptes de tout soupçon de dol ou de fraude et n'est à presumer que le père desire de

---

appuyée sur les arguments traditionnellement invoqués depuis la jurisprudence antérieure.

[197] René Choppin, *Commentaires sur les coustumes de la prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*n p. 183.

[198] Dans sa plaidoirie, l'avocat entend défendre que le second mari n'a qu'un droit d'usufruit au nom du principe posé par l'édit des secondes noces qui réserve aux enfants les bienfaits donnés par leur mère.

[199] « Il n'y a rien de plus convenable à la société civile et equitable que garder une esgalité entre les enfans ». Tel est l'autre argument utilisé pour justifier la demande de rapport.

[200] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre IX, Réponse XII, fol. 335v°. Voir aussi dans le même sens, *ibid.*, Livre IX, Réponse LVIII, fol. 364.

[201] Comme le précise Pierre Guénois, commentant l'article 276 de la coutume de Paris : « ceste coustume apporte une exception qui est fort raisonnable et pleine d'equité prise des Arrests de la Cour », *La conference des coustumes*, *op. cit.*, fol. 654. Antoine Fontanon complétant le commentaire de Gilles Bourdin sur l'article 131 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts écrit : « En ce lieu se pourroit demander bien à propos à sçavoir si le pere qui est appellé legitime administrateur de ses enfans peut estre comprins en la prohibition portee par cest article. Ceste question n'est pas petite pour la diversité des raisons qui peuvent estre apportees d'une part et d'autre. Si bien que plusieurs l'ont estimee doubteuse et problematique. Toutesfois à considerer les choses sainement, il y a grande apparence de tenir pour la negative. Car [...] il n'est vraysemblable que le pere puisse jamais entrer en ceste triste cogitation de la mort prepostere de son enfant qui ne luy pourroit apporter qu'une juste douleur et evenement du tout lugubre et plein de desolation, si est ce qu'estant le pere tuteur legitime et naturel de ses enfans et par la loy de nature et par la loy civile il ne peut refuser ceste charge en façon que ce soit, estant comme elle est necessaire et de necessité en sa personne », *op. cit.*, p. 308-309.

s'approprier les biens de ses enfans par tels moyens illicites ». Il ajoute d'ailleurs que « l'action de dol n'est jamais donnee contre le pere *propter paternam verecundiam* »[202]. C'est encore pour respecter la liberté de donner que les juges acceptent de valider certaines libéralités, même si la situation du donateur est discutable. C'est le cas pour celui qui, « infirme d'esprit », peut néanmoins donner dès lors que l'expression de sa largesse s'est manifestée dans un intervalle de clairvoyance[203]. C'est le cas également du donateur malade, qui décède de cette maladie, dont la libéralité pourra être qualifiée d'entre vifs, avec toutes les conséquences que cela suppose, s'il est établi que cette donation vient confirmer une intention libérale qui avait déjà été formulée avant sa maladie[204]. Louis Le Caron doute néanmoins de la portée de cette jurisprudence, estimant que l'arrêt dont elle est issue « est trop special et fondé en tant de circonstances que je douterois d'en tirer une generale decision ». Pourtant, la cour n'hésite pas non plus à qualifier de donation entre vifs, l'acte fait par un donateur, atteint seulement d'une petite fièvre et qui « par inopiné et imprevu accident mourroit peu de temps apres en la mesme maladie »[205]. Si Le Caron doute, c'est parce qu'il craint les fraudes à la coutume. Mais d'autres juristes semblent moins inquiets, comme René Choppin, qui tient le fameux arrêt Bouchavanes pour « tres celebre » et dégage de l'attitude de la cour un principe général selon lequel, si le donateur n'est pas atteint d'une maladie réputée mortelle et même s'il en meurt, sa donation peut valablement être tenue pour faite entrevifs[206].

Certains arrêts visent plus particulièrement la préservation de la liberté du donataire à recevoir une libéralité en soulignant le fait qu'il a mérité le don qui lui échoit. Sans plus s'arrêter aux classifications générales entre donation simple et rémunératoire[207], les praticiens considèrent que toute donation, dès lors qu'elle est méritée, doit être « reputée bonne »[208]. C'est alors le cas d'un don fait par un beau-fils à sa belle mère qui l'a élevé[209] ou par l'aïeule à sa petite-fille qui s'est occupée d'elle jusqu'à son mariage[210]. La liberté du donataire justifie également qu'il puisse disposer de son don, c'est-à-dire en jouir pleinement[211], mais aussi le vendre ou le grever d'une quelconque servitude. C'est pourquoi les juges refusent de voir dans les donations qui comportent la formule, « pour lui et ses enfants » ou « pour lui et les siens », une substitution fidéicommissaire qui empêcherait le donataire d'aliéner les biens donnés[212]. Ce serait également aller contre la liberté du donataire que d'accepter des révocations trop aisées. C'est ainsi que les juges, du moins ceux du ressort de Paris, refusent de considérer que le défaut d'insinuation autorise le donateur à exciper de la nullité de sa donation, au motif qu'il « ne peut venir contre son propre fait »[213]. Dans le même esprit, la jurisprudence des arrêts

---

[202] Pierre Guénois, *La conference des coustumes*, *op. cit.*, fol. 654.

[203] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre VII, Réponse LX, fol. 212v°-213.

[204] L'arrêt en question est l'arrêt Bouchavanes du 4 juin 1579.

[205] Louis Le Caron, *Coustumes de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 199 – arrêt du 19 décembre 1573.

[206] René Choppin, *Commentaires sur les coustumes de la prevosté et vicomté de Paris*, *op. cit.*, p. 178.

[207] *Supra* introduction. À ce sujet, on relèvera en outre cette remarque de Le Caron : « Toute donation n'est tenue pour remuneratoire qui porte pour les bons services, d'autant qu'une donation mesmement celle qu'on appelle simple, semper praesumitur fieri ob metirtum aliquod », *Responses*, *op. cit.*, Livre XI, Réponse LVIII, fol. 438v°.

[208] *Ibid.*, Livre VII, Réponse CXXIV, fol. 234v°.

[209] *Ibid.*, fol. 234v°-235.

[210] *Ibid.*, Livre IX, Réponse XVII, fol. 337v°-338.

[211] On peut citer ici une affaire rapportée par Le Caron dans laquelle le donateur avait omis de dire lors de la donation qu'il n'était propriétaire que d'une partie des biens donnés. Les juges ont estimé que le donateur « est tenu de faire tradition et delivrance au donataire de tout l'heritage ou des dommages et interests pour le regard des parts et portions qu'il ne luy pourra livrer », *ibid.*, Livre II, Réponse XL, fol. 33v°.

[212] D'après Le Caron, il y a là une jurisprudence bien établie qu'il présente dans ses *Responses*, *op. cit.*, Livre XIII, Réponse XXVI, fol. 497.

[213] *Ibid.*, Livre III, Réponse V, fol. 88v°. Louis Le Caron, *Pandectes*, *op. cit.*, p. 268. Commentant un arrêt du 16 juin 1571 rendu par le parlement de Paris en ce sens, Le Caron précise : « Mais aucuns ont escrit qu'au ressort du Parlement de Tholose apres le temps prefix pour insinuer par l'ordonnance de Moulins, la donation qui n'avoit esté insinuee, estoit reputee tellement nulle que le donateur n'y estoit plus sujet ains s'en pouvoit repentir et

encadre strictement l'exercice de la révocation pour ingratitude en limitant, tout d'abord, les titulaires d'une telle action : seul le donateur est recevable à agir, non ses héritiers[214]. Toutes les donations ne sont pas non plus sujettes à révocation pour ingratitude. Par un arrêt rendu le 11 juillet 1562 au profit d'un certain du Pré, le parlement de Paris en exclut les donations *propter nuptias*. Commentant cette décision, Le Caron approuve les juges et explique leur choix par le fait qu'une telle donation ne peut se révoquer pour ingratitude du donataire car « elle ne regarde seulement sa personne et sa faveur, ains aussi des enfans procedans dudict mariage »[215]. Quant aux cas d'ouverture de l'action, ils sont examinés avec circonspection. L'adultère, par exemple, peut justifier une révocation, mais pas lorsque les époux se sont réconciliés, avant même la donation[216]. En outre, l'injure faite au donateur doit être d'une certaine gravité : ce qui n'est pas le cas de propos « legerement proferez »[217] ; pas davantage, ne constitue une cause suffisante d'ingratitude la désapprobation manifestée par un fils au remariage de sa mère, même si celle-ci s'accompagne de quelques procès contre les nouveaux époux[218]. Pour ce qui est de la révocation pour survenance d'enfants, elle s'applique en respectant certains droits du donataire. Ainsi, les engagements que ce dernier a pris alors qu'il croyait pouvoir disposer des biens donnés sont maintenus à la charge du donateur qui recouvre son bien, sauf s'il est prouvé que le donataire a constitué des rentes, hypothèques ou autre assignation de dot en fraude du donateur, notamment lorsque de tels actes sont faits après le mariage et la naissance des enfants[219].

Conciliants, les juges le sont donc dès lors que la fraude n'est pas à craindre. Pour cela, ils n'hésitent pas à aller très loin, quitte à céder aux sirènes de l'équité. Cette exigence d'équité est, c'est bien connu, un leitmotiv du discours de la magistrature[220], qui ne contredit en rien la soumission, par ailleurs, revendiquée des juges à l'égard de la loi. En effet, c'est toujours guidés par la loi que les juges s'autorisent à écarter certaines règles issues des ordonnances. Mais le royaume de la loi, qu'ils ne cessent d'appeler de leurs vœux, n'est pas seulement celui de la loi royale, c'est également et même, avant tout, celui d'une loi transcendante dont les lumières s'imposent à la conscience du juge[221]. Forts de cette conviction, les juges estiment pouvoir relâcher les rigueurs de la loi. *Summa jus, summa injuria*, disait Cicéron ; les juges doivent « dispenser et relever de la rigueur et subtilité du droit trop estroict, lequel souvent est tres grand'injure », traduit Le Caron[222]. Or une telle équité, « qui requiert en toutes loix et

---

disposer des choses donnees. [....] Toutesfois considerant les causes pour lesquelles l'insinuation a esté principalement introduicte, je n'estimerois le donateur recevable à l'empescher apres le temps porté par l'ordonnance, qui ne regarde que les creanciers et les heritiers ».

[214] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre IX, Réponse XIX, fol. 339r°-v°. Pour justifier cette solution, Le Caron écrit : « La raison de ceste maxime est que l'ingratitude est une espece d'injure que fait celuy qui offense la personne de laquelle il a receu quelque bienfaict et les Perses et les anciens peuples en donnoient action dont font foy quelques Declamations qui sont entre celles de Seneques et Quinctilian. Celuy donc qui meurt sans en avoir faict poursuitte est presumé avoir aboly l'injure à luy faicte par sa dissimulation et connivence. [...] Aussi par le droict romain l'action d'injures ne dure qu'un an et par le droict des Atheniens celuy qui avoit receu quelque tort, indignité ou injure, s'en devoit plaindre sur le champ, autrement n'estoit en apres recevable, tesmoin Lysias en ses oraisons [...] Celuy qui pour ingratitude revoque la donation par luy faicte, use d'une forme de vindicte, tellement que s'il ne l'a exercee de son vivant, il ne la peut transmettre à son heritier ains icelle est esteincte par sa mort ».

[215] Louis Le Caron, *Pandectes*, *op. cit.*, p. 269.

[216] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre VII, Réponse CXXXIV, fol. 241r°-v°.

[217] *Ibid.*, Livre IX, Réponse XIX, fol. 339.

[218] *Ibid.*, Livre VII, Réponse XXX, fol. 201r°-v°.

[219] *Ibid.*, Livre III, Réponse LXIII, fol. 69v°-70. Voir aussi Livre IV, Réponse VIII, fol. 89r°-v°.

[220] Voir Jacques Krynen, *op. cit.*, p. 139-190.

[221] Voir l'article de Marie-France Renoux-Zagamé précité.

[222] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre VI, Réponse LXXXVIII, fol. 190. Sur l'influence de Cicéron sur les juristes du XVI[e] siècle, voir Jean-Louis Thireau, « Cicéron et le droit naturel au XVI[e] siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°4, 1987, p. 55-85.

constitutions une plus humaine interpretation »[223], traduit souvent une indulgence des juges à l'égard des libéralités, puisqu'il s'agit d'écarter des dispositions légales qui, si elles étaient rigoureusement appliquées, ruineraient l'effet du geste libéral. C'est ainsi que le défaut d'acceptation, censé anéantir la force juridique du don, peut être couvert par l'autorité des juges. Dans un arrêt célèbre du parlement de Paris, appelé l'arrêt de Crozet, la cour déclare valable une donation faite à un enfant bien qu'il ne l'ait pas expressément acceptée. « La rigueur de l'ordonnance, qui est la loy de la France est contre luy », commente Le Caron mais « l'équité le favorise »[224]. La même faveur d'équité permet également au mineur d'être relevé de l'omission d'insinuation[225] et cela, « combien qu'elle soit estimée estre de l'essence de la donation et que la rigueur de l'ordonnance y resiste »[226]. Cette faveur de l'enfant joue aussi au bénéfice de la femme, dont l'incapacité fondée sur son *imbecillitas sexus* est grandissante au XVI[e] siècle. Comme les mineurs, les femmes sont facilement relevées par le juge du défaut d'insinuation. Louis Le Caron constate ainsi qu'en « consideration de l'infirmité du sexe de la femme estans sous la puissance de son mary, la Cour en quelques causes a relasché et moderé de la rigueur de l'ordonnance », comme lorsque le parlement de Paris, dans un arrêt du 14 juillet 1586, admet la validité de l'insinuation alors même qu'elle n'a été faite auprès de toutes les juridictions dont dépendent les biens donnés[227]. De même, René Choppin, soulignant la dépendance de l'épouse incapable, note que « la nonchalance d'un mary ne doit prejudicier à sa femme »[228].

Au-delà des personnes, certaines situations appellent la mansuétude des juges. Dès lors que l'économie générale de la libéralité est suffisamment équilibrée, les magistrats peuvent se montrer plus souples à l'égard de certaines formalités légales. La jurisprudence des arrêts admet ainsi une acceptation par procureur spécial même si les procurations en question ne sont pas insérées dans l'acte de donation, mais seulement mentionnées[229]. À propos de l'insinuation, les juges se contentent d'une application réduite de la loi : il n'est pas question d'une quelconque rétroactivité [230] ; il n'est pas question non plus d'imposer aux deux parties de se présenter au greffe, la diligence d'un seul suffit malgré le caractère bilatéral du contrat de donation[231]. Plus tolérants encore, les juges laissent aisément de côté les exigences de délais

---

[223] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre VI, Réponse LXXXVIII, fol. 190r°-v°.

[224] *Ibid.*, fol. 190. Le Caron rapporte également d'autres décisions du Parlement : dans son commentaire de la coutume de Paris, il évoque un arrêt rendu pour un nommé Gilbert le 27 avril 1555 « par lequel l'acceptation faicte par un tuteur pour son mineur a esté jugée valable au profit dudit mineur », *op. cit.*, p. 194 et aux *Pandectes*, il cite un autre arrêt rendu le 8 mars 1605, par lequel il a été jugé, nous dit Le Caron, « que la signature du donataire apposee au contract de la donation vaut acceptation, encores que le contract ne porte present et acceptant », *op. cit.*, p. 268.

[225] On peut citer en ce sens des arrêts rendus le 30 avril 1575 ou encore le 9 janvier 1576 et rapportés par Le Caron, dans ses *Pandectes*, *op. cit.*, p. 268 et son commentaire de la coutume de Paris, *op. cit.*, p. 195.

[226] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre VI, Réponse LXXXVIII, fol. 190.

[227] Louis Le Caron, *Pandectes*, *op. cit.*, p. 268. Le Caron cite également un autre arrêt, toujours du parlement de Paris, du 12 mai 1581, dans lequel « pour la mesme cause la donation faite à la femme par contract de mariage a esté declaree bonne et valable contre les heritiers du mary, nonobstant qu'elle n'eust esté insinuee » et il conclut : « aussi elle peut estre facilement relevee du defaut d'insinuation ou de la solennité d'icelle ».

[228] René Choppin, *Commentaires sur la coustume d'Anjou*, *op. cit.*, p. 233.

[229] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre VII, Réponse LIX, fol. 212.

[230] C'est ce que rappelle la cinquième chambre des enquêtes du parlement de Paris du 14 février 1570 au profit d'Olivier de Haisy, cité par Pierre Guénois dans *La grande conference des ordonnances et edicts royaux*, *op. cit.*, t. 1, p. 754. On se souviendra que d'autres règles intéressant les donations et elles aussi reprises du droit romain avaient été étendues aux situations passées, comme l'édit des secondes noces. Mais on a pu également dire que cette jurisprudence avait finalement fait l'objet d'un revirement (voir note 159). Par ailleurs, la rédaction de l'article 132 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts est plus explicite que le texte de juillet 1560. Il est dit expressément que l'insinuation s'impose pour les donations faites « cy apres ».

[231] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre II, Réponse LXXXVIII, fol. 43v°. Voir aussi ce qu'en dit Gilles Bourdin dans sa Paraphrase de l'ordonnance de 1539 : « Car ne pouvant la donation quant à sa parfaite forme estre celebree que du mutuel consentement des parties, le mesme sembloit devoir estre necessairement ordonné en

imposés par l'article 58 de l'ordonnance de Moulins. Ainsi une donation consentie par un mari à sa femme recevra son plein effet même si l'insinuation en est faite six ans plus tard[232]. Les héritiers du donateur ne peuvent invoquer ce manque de promptitude au motif selon lequel, si l'insinuation est de l'essence de la donation, « le temps n'est de l'essence du contract ». Par là même, les juges considèrent « qu'il suffisoit pour le regard des héritiers que l'insinuation fust faicte du vivant du donateur suyvant les anciennes ordonnances »[233], mais pas les nouvelles. Et sur ce point, la situation des héritiers est moins favorable que celle des créanciers à l'égard desquels le défaut d'insinuation dans les délais de l'ordonnance joue à plein[234]. Mais le temps de l'héritage arrive bien assez tôt, tandis que l'assiette de la créance risque de s'amenuiser beaucoup plus vite. Parmi les équilibres qui justifient également une atteinte aux règles de droit, on peut citer le cas de la libéralité qui ne fait qu'avancer les effets de l'héritage. Prenons le cas d'une femme qui donne à son neveu la moitié d'une terre et seigneurie lui appartenant et promet de lui donner l'autre tout en se réservant l'usufruit pour le tout. Le neveu, pressé de voir se réaliser cette dernière promesse, harcèle sa bonne tante, qui perd patience et souhaite revenir sur sa libéralité. Devant les juges, elle invoque la nullité de la donation car faite par une femme non autorisée par son mari et non acceptée par le donataire absent. Moyennant quelques deniers, le neveu négocie avec son oncle une autorisation a posteriori. Mais la tante ne cède toujours pas et obtient même des lettres de justice visant à révoquer pour ingratitude la donation faite. « La dispute fut grande », assure Le Caron et finalement, la donation, malgré ses nombreux vices, fut validée par la Cour dans un arrêt fondé davantage en fait qu'en droit. Ce sont, en effet, les circonstances particulières de l'affaire qui semblent avoir autorisé les juges à négliger le droit : en l'espèce, la tante n'avait pas d'enfant, n'avait plus l'âge d'en avoir et son neveu, donataire, était son plus proche héritier. Par conséquent, cette donation pouvait apparaître comme un avancement d'hoirie[235].

Les recueils d'arrêts regorgent d'autres procès qui témoignent de la chicane qui entoure la libéralité. On ne saurait tous les évoquer, mais l'examen des quelques cas retenus par Le

---

l'insinuation, puis qu'elle est necessaire à la forme et perfection de la donation et qu'elle ne peut estre revestue de ceste forme et perfection que par le moyen de l'insinuation. Toutesfois je sçay qu'il a esté dict par arrest que la presence du donateur n'y est requise et qu'il suffit que le contract soit registré auquel l'intention et volonté du donateur est exprimee », *op. cit.*, p. 312.

[232] Louis Le Caron, *Responses*, *op. cit.*, Livre III, Réponse XXVII, fol. 60 et Livre XIII, Réponse XVIII, fol. 494v°. En l'espèce, un mari avait donné, à l'occasion de son mariage, à sa femme, une rente de 500 livres à prendre sur ses biens, terres et seigneuries. Cette donation n'est pas insinuée et au bout de six ans, la santé de monsieur déclinant, madame s'inquiète de sa donation et obtient de son mari qu'il la confirme par un nouvel acte, lui dûment insinué. À la mort du mari, ses héritiers contestent la validité de la donation disant qu'elle ne vaut par défaut d'insinuation, le second acte, intervenu depuis, devant être considéré comme une nouvelle donation, qui n'est pas plus valable que la première car faite pendant le mariage et donc prohibée. Les juges ne retiennent pas cette analyse et considèrent que le second acte n'est que confirmatif du premier, il ne tombe donc pas sous le coup de l'interdiction des donations entre époux et valide, par l'insinuation, la donation initiale.

[233] *Ibid.*, Livre IV, Réponse V, fol. 88. Voir aussi Livre III, Réponse LXXXII, fol. 75.

[234] *Ibid.*, fol. 88. Voir aussi Livre X, Réponse LXXXVII, fol. 412 où il est précisé à nouveau que la jurisprudence du parlement (à Paris comme à Toulouse) distingue le cas des héritiers et des créanciers à propos du défaut d'insinuation qui peut « estre allegé par les creanciers contre la donation faite par contract de mariage encores qu'elle soit valable pour le regard des heritiers du donateur ». De même au Livre XIII, Réponse XVIII, où une donation faite par contrat de mariage non insinuée dans les quatre mois de l'ordonnance n'a pu empêcher la constitution d'hypothèques consenties à un tiers, par le donateur, sur les biens donnés. Ces hypothèques ont été considérées comme valides bien que postérieures à la donation, fol. 495.

[235] *Ibid.*, Livre II, Réponse XLVII, fol. 35r°-v°. Le pragmatisme de cette décision apparaît d'autant plus à la lecture de la réponse qui suit. Le Caron rapporte, en effet, une affaire plus classique où la donation consentie par une femme à sa fille à l'occasion de son mariage est annulée comme non autorisée par le mari, celui-ci ayant donné son accord alors qu'il était atteint de troubles mentaux et par là même incapable de contracter – Livre II, Réponse XLVIII, fol. 35v°.

Caron montre bien que la méfiance des juristes à l'égard des libéralités ne se dément pas dans la pratique judiciaire. La générosité des donateurs reste une menace redoutée pour la stabilité des patrimoines familiaux. Cependant, d'autres considérations comme la faveur pour le mariage, l'intérêt des enfants, la préservation des droits des héritiers et des créanciers viennent parfois modifier les tracés trop rigides des prescriptions normatives.

BIBLIOGRAPHIE

Œuvres

BOUCHEL Laurent, *La Bibliotheque ou thresor du droict françois*, Paris, 1629.

BOURDIN Gilles, *Paraphrase sur l'ordonnance de l'an mil cinq cent trente neuf, traduite en françois par A. Fontanon et illustré par le traducteur de nouvelles additions sur chacun article*, Paris, Jean Huzé, 1606.

BRODEAU Julien, *La vie de maistre Charles du Molin*, dans *Molinaei Opera*, Paris, 1681.

CHOPPIN René, *Commentaires sur la coustume d'Anjou*, Paris, Charles du Mesnil, 1657.

CHOPPIN René, *Commentaires sur les coustumes de la prevosté et vicomté de Paris*, Charles du Mesnil, 1657.

COQUILLE Guy, *Œuvres*, Paris, Antoine de Cay, 1646.

DOMAT Jean, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Pierre Aubouin et Pierre Emery, 1697.

GUÉNOIS Pierre, *La conference des coustumes tant generales que locales et particulieres du Royaume de France*, Paris, Guillaume Chaudiere, 1596.

GUÉNOIS Pierre, *La grande conference des ordonnances et edicts royaux*, Paris, Estienne Richer, 1636.

LE CARON Louis, *Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris ou droict civil parisien avec les commentaires de L. Charondas Le Caron*, Paris, Estienne Richer, 1637, p. 193.

LE CARON Louis, *Responses ou decisions du droict françois confirmees par arrests des cours souveraines de ce royaume et autres*, Paris, Nicolas du Fossé, 1605.

LE CARON Louis, *Pandectes ou Digestes du droict françois*, Paris, Estienne Richer, 1637.

LE CARON Louis, *Questions et Responses sur toutes les Coustumes de France*, dans *Œuvres*, Paris, Antoine de Cay, 1646.

LOISEL Antoine, *Institutes coustumieres ou manuel de plusieurs et diverses Reigles, Sentences et Proverbes tant anciens que modernes du Droict Coustumier et plus ordinaire de la France.* Nouvelle édition avec les variantes des éditions antérieures, une table de concordance et des tables analytiques par Michel Reulos, Paris, 1935.

MAYNARD Géraud de, *Notables et singulieres questions du droict escrit decidees et jugees par arrests memorables de la cour souveraine du parlement de Tholose*. Paris, 1638.

PAPON Jean, *Premier Tome des trois notaires*, Lyon, Jean de Tournes, 1568.

POTHIER Robert-Joseph, *Traité des donations entre mari et femme*. *Œuvres* publiées par M. Dupin, Paris, 1824-1825.

RICARD Jean-Marie, *Traité des donations entre-vifs et testamentaires*, Paris, Jean et Michel Guignard, 1707.

Textes critiques

BONIN Pierre, « La coutume entre pluralisme juridique, souveraineté étatique et projections historiographiques : les dictionnaires de l'Époque moderne », *Normes et normativité. Études d'histoire du droit en l'honneur d'Albert Rigaudière*, Paris, Economica, 2009, p. 255-280.

CAILLEMER Exupère, « Des résistances que les parlements opposèrent à la fin du XVI[e] siècle à quelques essais d'unification du droit civil », *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, Paris, 1904.

CARBASSE Jean-Marie et DEPAMBOUR-TARRIDE Laurence (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999.

Catalogue des actes de François II, publié par Marie-Thérèse de Martel, Paris, Édition du CNRS, 1991.

DESRAYAUD Alain, *Les Secondes noces dans l'ancien droit français (XIII[e]-XVIII[e] siècles)*, Thèse droit, dactyl., Paris XII, 1984.

FILHOL René, « L'application de l'édit des secondes noces en pays coutumier », dans *Mélanges R. Aubenas*, RSHDE, 1974.

FONTANON Antoine, *La pratique de Masuer, ancien jurisconsulte et practicien de France mise en François par Antoine Fontanon*, 7[ème] édition, Paris, Sébastien Nivelle, 1597.

LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, Précis, 2002.

KRYNEN Jacques, *L'État de justice (XIII[e]-XX[e] siècle). I. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009.

RENOUX-ZAGAMÉ Marie-France, « "Royaume de la loi" : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Histoire de la Justice*, n° 11, 1998, p. 35-60.

ROUSSELET-PIMONT Anne, *Le chancelier et la loi au XVI[e] siècle*, Paris, De Boccard, 2005.

ROUSSELET-PIMONT Anne, « Une générosité suspecte : les libéralités aux proches parents des conjoints d'après la jurisprudence du parlement de Paris aux XVI[e]-XVII[e] siècles », *Revue Historique du Droit français et étranger*, 2005, n° 2, p. 183-213.

THIREAU Jean-Louis, *Charles Du Moulin (1500-1566). Étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980.

THIREAU Jean-Louis, « Cicéron et le droit naturel au XVI[e] siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°4, 1987, p. 55-85.

THIREAU Jean-Louis, « Le jurisconsulte », *Droits*, n° 20, Doctrine et recherche en droit, 1994.

ZEMON DAVIS Nathalie, *Essai sur le don dans la France du XVI[e] siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 2003.