

*Traité des peines des secondes nocces par feu Noble Louis Astruc,  
Professeur en Droit François de l'Université de Toulouse.  
Galembroun, 1752.*

Page de titre

Table des chapitres contenus dans ce Livre.

Discours préliminaire,	<b>1</b>
Chap. I. Des peines des Femmes qui se remarient, ou mal- versent dans l'an de deuil,	<b>3</b>
Chap. II. Des peines des secondes Nôces, ou de la malver- sation des Femmes, après l'an de deuil,	<b>122</b>
Chap. III. Des peines des Maris qui se remarient dans l'an, ou après l'an de deuil,	<b>202</b>

Table des matieres par Ordre Alphabétique. **215**



## T R A I T E'

D E S P E I N E S

D E S

S E C O N D E S N O C E S.

*Par feu Noble LOUIS ASTRUC,  
 Professeur en Droit Français de  
 l'Université de Toulouse.*



A G A L E M B R U N ,

Chez H E N R Y V V A U G E T H .

M D C C . L I I .







# T A B L E

## DES CHAPITRES.

Contenus dans ce Livre.

**D**iscours Préliminaire , Page 1.

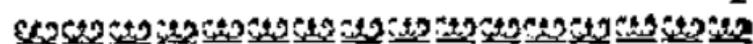
CHAP. I. *Des peines des Femmes qui se remarient , ou malversent dans l'an de deuil ,* 3

CHAP. II. *Des peines des secondes Noces , ou de la malversation des Femmes , après l'an de deuil ,*  
122

CHAP. III. *Des peines des Maris qui se remarient dans l'an , ou après l'an de deuil ,* 202

Fin de la Table des Chapitres.





## DISCOURS PRELIMINAIRE.

IL n'est pas des Questions plus fréquentes dans l'usage que celles qui s'élevent sur cette Matière : & ces Questions se décident dans tout le Royaume.

Premièrement par les dispositions des Loix Romaines renfermées sous la Rubrique de *secundis Nuptiis* au Code , & dans quelques Nouvelles d'ou l'on a extrait l'Authentique *eisdem pœnis* , & autres qui sont sous la même Rubrique.

En second lieu. Par l'Edit de François II. du mois de Juillet 1560.

En troisième lieu. Par la Jurisprudence des Arrêts.

Ces deux derniers objets sont principalement du ressort de notre Charge , & notre Ministère exige encore que nous en fassions la conférence avec le Droit Civil des Romains , duquel toutes les Décisions reçues en cette Matière sont à peu près émanées comme de leur source primitive.

Pour vous donner des idées claires & distinctes sur tout cela , j'ai cru qu'il falloit partager la Matière , & la distribuer en trois Sections ou Chapitres.

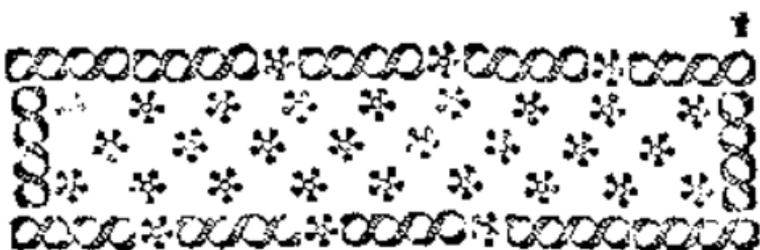
A

Dans le premier, je parlerai des peines des Femmes qui se remarient, ou malvettent dans l'an de deuil.

Dans le second, de celles des Femmes qui se remarient, ou malvettent après l'an.

Et dans le troisieme, de celles des Maris qui se remarient, soit dans l'an, soit après l'an.





# T R A I T É

## D E S P E I N E S

D E S

### SECONDES NOCES.



#### CHAPITRE PREMIER.

*Des peines des Femmes qui se rema-  
rient, ou malversent dans l'an de  
deuil.*

**L**es secondes Noces ne sont pas défen-  
duës ni par le Droit Canon, ni par le  
Droit Civil; mais ce dernier a décerné des  
peines contre les femmes qui convolent à  
des secondes, troisièmes ou quatrièmes  
Noces; & ces peines sont différentes sui-  
vant la date des Mariages, c'est-à-dire,

A ij

selon qu'ils sont, dans l'an, ou après l'an de deuil.

Dans le premier cas ces peines consistent dans l'infâmie, la perte des gains nuptiaux & autres liberalités du mari; l'incapacité de succéder & de recueillir dans divers cas qui seront ci après expliqués en détail.

Le Droit Canon a abrogé seulement la peine de l'infâmie que les Loix Civiles avoient attachée aux secondes Noces précipitées; c'est-à-dire, faites dans l'an de deuil; & cette abrogation a eu pour fondement ces paroles de l'Apôtre Saint Paul, dans la première Eptre aux Corinthiens, chap. 7. v. 39. *Mulier alligata est legi quanto tempore vir ejus vivit, quod si dormierit vir ejus, liberata est: cui autem vult nubat tantum in Domino.*

Beaucoup de personnes éclairées ont cru néanmoins que ces paroles de Saint Paul ne peuvent servir qu'à déclarer simplement les secondes Noces licites; sans toucher autrement aux peines legales & civiles que les Législateurs ont cru devoir décerner en ce cas, en respectant du reste la validité du lien. Mr. Maynard entre autres a discoursu doctement là-dessus au Li-

vre 3. de ses Questions Notables , chap.  
93.

Quoiqu'il en puisse être , il est certain que la peine d'infâmie pronouécée par le Droit Civil contre les femmes qui se remariaient *intra annum luctus* , est abrogée par le Droit Canon. Les Chapitres 4. & 5. *extra de secundis Nuptiis* sont exprès sur ce point.

On a même prétendu que ces Constitutions Canoniques portoient plus loin , & qu'elles avoient abrogé non-seulement la peine de l'infâmie , mais toutes les autres peines civiles dont on a déjà parlé en termes généraux , & dont le détail sera donné dans les suites.

Il est pourtant vrai que dans les Compilations modernes du Droit Canonique , on lit seulement ces paroles au dernier des Chapitres cités , *cum secundum Apostolum mulier mortuo viro suo ab ejus Lege sit soluta , & nubendi cui vult tantum in Domino liberam facultatem , non debet legalis infamie sustinere jacturam , qua licet post viri obitum , intra tempus luctus , scilicet unius anni spatium nubere : concessa sibi tamen ab Apostolo utitur potestate.*

Or il est clair que ces termes , *infamia jacturam* , ne se peuyent rapporter qu'à la

seule peine d'infâmie , que c'est conséquamment la seule qui est abrogée , & que les autres peines prononcées par les Loix Romaines , dans le cas dont il s'agit , demeurent en leur entier.

Ce qui a fait penser le contraire à plusieurs grands personnages , c'est que dans les anciennes Compilations des Décretalles , on trouve le Chapitre 3. & dernier , *extra de secundis Nuptiis* , augmentés des paroles suivantes , *cum igitur disponas ad secunda vota transire sciens quod melius est nubere quam uri ; tuum in Domino propositum comendamus & ne id tibi , vel ei qui te duxerit , in jacturam , vel infamiam ab aliquo imputetur , auctoritate presentium expressius inhibemus , cum concessam tibi ab Apostolo nubendi , tantum in Domino liberam habeas facultatem.*

Par ces termes *in jacturam vel infamiam* , supposé qu'ils soient véritablement du Texte , il est évident que les femmes qui se remarient dans l'an de deuil , sont affranchies de toutes peines civiles , tant d'infâmie qu'autres.

Des Auteurs célèbres , tels que Dumoulin & Rebuffe , ont cru que le Chapitre dernier étoit formé des deux parties qu'on vient de rapporter : & Rebuffe en a

conclu dans la Préface sur les Ordonnances Royaux, *pœnas festinationis matrimonii sublatas esse, & frustra disputari de pœnis secundo nubentium, quod nulla vel raro servantur in patriâ consuetudinariâ.* Et il est vrai que dans les Pais de Coutume, notamment dans le Ressort du Parlement de Paris, les peines des secondes Noces sont inconnues, soit qu'on ait déferé à l'autorité du Chapitre dernier, *extra de secundis Nuptiis*, tel qu'il se lit dans les auciennes Compilations, soit que sans s'en mettre en peine, les Parlemens des Pais Coutumiers ayent rejeté la disposition des Loix Romaines, lesquelles dans ces Tribunaux n'ont pas force de Loi comme parmi nous, mais seulement de raison écrite, à laquelle les Juges ne déferent, qu'autant, qu'ils le jugent à propos.

Au surplus, cette dispute sur la véritable étendue de la Décretale dernière, *extra de secundis Nuptiis*, ne s'est pas élevée simplement entre les Docteurs que nous appelons Praticiens, c'est-à-dire, qui ont considéré le droit par rapport à l'usage du Royaume, elle est encore parmi les Interprètes du Droit qui n'en ont traité que dans la simple théorie, & l'on en trouve les preuves dans le Commentaire de Joannes de

Ripa sur la Loi *Fœmina. Cod. de secundis Nuptiis*, en sa Note *adversus 2°. nubentes.*

Quels que puissent être le véritable sens & la véritable étendue du Chapitre dernier *extra de secundis Nuptiis*, il est du moins certain que dans les Parlemens du Droit Ecrit, on s'est contenté de regarder la peine d'infamie comme abrogée, & qu'on a laissé subsister toutes les autres, ainsi qu'on peut voir en divers lieux, & notamment dans Mr. Maynard Liv. 3. en ses Questions Notables, ch. 93. & dans M. de Cambolas au commencement de son Traité des peines des secondes Noces.

Il est pourtant nécessaire d'excepter de ce qui vient d'être dit, le Parlement de Bordeaux, dans lequel les peines des secondes Noces, n'ont pas lieu selon le témoignage de Bechet, ch. 2. & 15. & de Lapeyrere, let. N. num. 6. Ce dernier Auteur assure qu'on n'a retenu la disposition des Loix Romaines sur cette matière, dans le Parlement de Bordeaux qui est pourtant un des quatre Parlemens du Pais du Droit Ecrit, qu'en ce qui regarde les peines de la malversation arrivée dans l'an de deuil, & que tout le surplus est abrogé & hors d'usage.

Après ces premières notions, il faut en-

trer dans le détail des peines auxquelles les femmes qui se remarient, ou malversent dans l'an de deuil, sont assujetties par l'usage actuel du Parlement de Toulouse & des Parlemens de Provence & de Dauphiné.

Les femmes qui se remarient, ou qui malversent dans l'an de deuil, perdent leurs avantages nuptiaux, tant pour l'usufruit que pour la propriété. *Leg. 1. & Auth. eisdem pœnis, Cod. de secundis Nuptiis.* Mr. Laroche en ses Arrêts *in verbo* Mariage, Liv. 2. tit. 4. art. 23. Maynard, Liv. 3. ch. 90. Expilly, Plaidoyer 38. Du Vaic en ses Arrêts de Provence, art. 5.

Elles sont privées d'ailleurs de ce qui leur est laissé par le testament du mari défunt, soit à titre d'institution héréditaire, ou de legs, quand il ne seroit même que de certain usufruit; pareillement elles sont privées de toutes donations à elles faites par leur premier mari, soit dans leur Contrat de mariage ou autrement, suivant les Loix 1. & 2. *Cod. de secundis Nuptiis*, & la Nouvelle 22. ch. 22. ce qui est conforme à la Jurisprudence des Arrêts rapportés par Laroche, Liv. 3. *in verbo* Mariage, tit. 4. art. 1. & 23. Maynard, Liv. 3. ch.

88. & 92. Expilly & du Vair aux lieux ci-devant cités.

Dans le même cas elles sont privées du quart des biens qu'on leur adjuge lorsqu'elles sont pauvres, sur l'hérité du mari décedé riche suivant les nouvelles Constitutions de Justinien rapportées en abrégé dans l'Authentique *præterea*, *Cod. unde vir & uxor*.

Cette privation d'un quart, ou de la Quarte, n'est pas prononcée expressement par les Loix 1. & 2. *Cod. de secundis Nuptiis*, ni par aucun Texte du Droit Civil, mais elle l'est implicitement, en ce que les Loix privent les femmes qui se remarient, ou malversent *intra annum lucris*, de tous les avantages qu'elles pouvoient avoir du chef de leur mari, à quel titre que ce puisse être.

Les Docteurs ont reconnu que cette privation de la Quarte étoit inévitable dans le cas dont s'agit par voye de conséquence, & on en peut voir les preuves dans Joannes de Garonnibus, en son Traité de *secundis Nuptiis*, au Nombre 75. dans son Commentaire sur la Loi première, *Cod. de secundis Nuptiis*.

Il est vrai qu'après avoir reconnu la nécessité de cette conséquence, à raisonner

par les principes des Loix Civiles , cet Interpreté s'étoit fait illusion à lui-même en supposant que la peine dont s'agit , & toutes les autres avoient été prosrites par le Droit Canonique.

Le Parlement de Toulouse en a pensé tout différemment , ainsi qu'on l'a ci-devant observé ; & l'on y juge constamment aussi , que la femme qui se remarie , ou malverie dans l'an de deuil, est privée de la Quarte , qu'on lui avoit adjudgée sur les biens du mari défunt à cause de sa pauvreté. Mr. Maynard , Liv. 3. ch. 97. rapporte des Arrêts qui l'ont ainsi jugé.

On ne se contente pas même de priver les femmes dans les deux cas dont il s'agit , de tous les avantages & droits indiffinêtement qu'elles avoient sur les biens de leurs maris , la dot pourtant non comprise , mais on les oblige encore à rendre tout ce qu'elles avoient reçu desdits biens , avec restitution des fruits par elles perçus depuis le décès du mari. Maynard , Liv. 3. ch. 92. Laroche , Liv. 2. *in verbo* Mariage , tit. 4. art. 15. Expilly , Plaidoyer 38.

Rien n'est plus raisonnable que cette Jurisprudence : il n'étoit pas juste que des femmes qui deshonnorent la mémoire de leurs maris par des Noces précipitées ,

reçussent aucun avantage de leur chef & sur leurs biens ni directement ni par accessoire.

Il est remarquable au surplus que bien que par le Droit Romain ce que la veuve perdoit des biens de son premier mari, dans les deux cas du mariage & de la malversation *intra annum luctus*, ne fût dévolu qu'aux dix personnes comprises dans l'Édit du Prêtre, sçavoir aux ascendans, descendans, freres & sœurs du défunt, sans étendre ce droit aux autres collatéraux, & en défaut des dix personnes au Fils, *Leg. 1. Cod. de secundis Nuptiis, Novellâ 22. Cap. si quis verò 22.* on donne dans ce Royaume le même avantage aux autres parens du mari, bien qu'en degré plus éloigné que celui des freres, afin de les exciter par cet attrait à venger l'injure faite au mari à laquelle ils participent comme parens.

Ainsi par Arrêt du Parlement de Provence les avantages dont la femme fut privée furent adjudgés aux cousins germains du défunt, Du Vair, *Arrêt 5. & dernier.* Par Arrêt du Parlement de Grenoble, ils le furent à une nièce du mari défunt, Expilly, *Plaidoyer 38.* & en défaut de tous les parens du mari, on les donne au Fils, soit

soit au Roi, ou au Seigneur haut Justicier ; ainsi qu'il a été jugé au Parlement de Toulouse par deux Arrêts dont l'un est rapporté par Mr. Laroche, Livre premier, sous le mot *Confiscation*, art. 3. & l'autre par Mr. le Président Durantî dans ses Questions, quest. 57.

Les femmes qui se remarient dans l'an de deuil sont soumises à beaucoup d'autres peines : elles ne peuvent constituer au second mari à titre de dot, ni autrement lui laisser par testament plus de la troisième partie de leurs biens. *Præterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem non det, neque ei ex Testamento plusquam tertiam partem relinquat*, L. 1. Cod. de secundis Nuptiis, & lorsqu'elles passent cette mesure, l'excédent est adjugé à leurs successeurs *ab intestat.* Mr. May a dit, Liv. 3. ch. 89. Mr. Laroche, Liv. 2. *in verba* Mariage, tit. 4. art. 17. Mr. Dolive en ses Questions Notables, Liv. 3. ch. 11.

Ce dernier Auteur observe dans le Chapitre suivant ; que cette défense de donner semble une peine assez légère, & que le naturel avare des femmes s'en accommode assez volontiers. Il faut pourtant demeurer d'accord, & l'Auteur l'avoit lui-même reconnu dans le Chapitre précé-

dent , que l'interdiction que la Loi prononce en ce cas est vraiment pénale , parce que les femmes n'ayant pas la liberté d'avantager suffisamment le second mari , ne trouvent pas aussi aisément des partis qui leur soient agréables.

Le même Auteur observe judicieusement que la peine dont il s'agit est non seulement sévère , en ce qu'elle gêne la liberté des femmes dans la libre disposition de leurs biens , mais qu'elle est encore extraordinaire : car il en résulte que la femme instituant héritier son mari , tombe dans cet inconvénient que son institution ne peut sortir à effet que pour la troisième partie de ses biens , les autres deux tiers demeurant acquis à ses plus proches en degré de parentelle ; ainsi contre les règles du Droit , il arrive qu'une même personne décède partie avec testament & partie sans testament ; néanmoins , ajoute l'Auteur , cette précipitation inconsidérée offense si fort les bonnes mœurs , & traite après soi des inconvéniens si dangereux , & si pleins de scandale que cette punition que les Loix ont ordonnée pour arrêter ce dérèglement ne peut être condamnée d'injustice ; il rapporte des Arrêts qui l'ont ainsi décidé , &

Mes. Maynard & Laroche en rapportent aussi aux lieux préallégués

Au surplus ce qui vient d'être dit au sujet de cette dernière peine semble ne pouvoir s'entendre du cas où il y a des enfans du premier mariage ; car lorsqu'il y en a, le Droit offre un autre remède qui est celui de la Loi *hac edictali. Cod. de secundis Nuptiis*, dont il sera parlé en détail dans les suites, c'est à la page 163. & suivantes.

Les femmes qui se remariaient, ou malversent dans l'an de deuil, ne peuvent prendre par testament de quelque testateur que ce soit ; ni hérité, ni legs, ni fideicommiss ; & ce qui leur a été laissé à quelqu'un de ces titres, doit être baillé à leurs cohéritiers, ou autres successeurs du testateur. *Omnium præter hæc hereditatum, legatorum, fideicommissorum supremâ voluntate relictorum sit expers ; hæc namque omnia ab heredibus, vel coheredibus, aut ab intestato succedentibus vindicari jubemus, Leg. 1. Cod. de secundis Nuptiis, & Novel. 22. Cap. Si quis vero 22. vers. neque percipiat.*

Elles ne peuvent pas non plus recevoir par titre de donation à cause de mort de qui que ce puisse être, mais ce qui leur a été laissé appartient aux successeurs du don

nateur, *Dictâ Leg. 1.* qui ordonne expressement que la femme dans le cas dont il s'agit, *donationum causâ mortis sit expers.* Ce qui est encore confirmé par la Nouvelle 22. au Chapitre cité, laquelle semble même porter sur les donations entre-vifs faites par des personnes étrangères, par ces termes : *sed neque extrinsecus sentiet largitatem.*

Ce terme en effet, *largitas*, est générique, & semble renfermer toute sorte de libéralités & de donations, à quel titre & quelque cause qu'elles soient faites, soit entre-vifs, soit à cause de mort.

On apprend dans Mr. Cambolas, au Liv. 6. ch. 11. dans Mr. Dolive, au Liv. 3. ch. 12. que ç'a été autrefois le sujet d'une grande Dispute au Parlement de Toulouse, & que la Question n'y fut même résolüe qu'après partage. *La signification de ce mot, largitas, est si ample & si large*, dit ce dernier Auteur, *qu'elle doit comprendre généralement toute sorte de libéralités, soit entre vifs, ou à cause de mort.* Cela se trouve aidé par des argumens de comparaison sur cette matière. Car la Glose *ad Leg. 1. Cod. de secundis Nuptiis*, in verbo *Testamento*, & in verbo *Supremâ*, s'étendu en deux divers cas aux donations

entre-vifs , ce qui ne se trouve ordonné que pour les testamens .

En premier lieu , quoique la Loi qui défend aux femmes remariées dans l'an de d'uil , de gratifier leur mari par-dessus la troisième partie de leurs biens , ne parle que des dispositions testamentaires , néanmoins la Glose résout que cette disposition est reçûe pour les donations entre-vifs .

En second lieu , bien que la Loi ne prive la femme qui a violé la religion du d'uil , que de l'augment nuptial , & des choses à elle délaissées par le testament , ou donation à cause de mort de son premier mari , ce qu'on appelle dernières dispositions : toutefois la Glose tient que la même privation a lieu pour les libéralités & donations entre - vifs que ce mari lui avoit fait ; d'où l'on doit conclure naturellement , ce semble , que bien que la Loi première , *Cod de secundis Nuptiis* , & la Nouvelle 22. ne portent pas expressement, & par la lettre, sur l'article que nous traitons : il y a lieu néanmoins d'user en ce sujet de la même extension , & qu'il ne faut pas faire différence pour ce regard entre les dispositions de dernière volonté , & les dispositions entre-vifs ,

Ces considérations toutes spécieuses qu'elles paroissent, ont reçu des réponses qu'il seroit trop long de rapporter ici en détail. Une des plus satisfaisantes, c'est qu'en matière de peines, on ne fait point d'extension d'un cas à l'autre, & que selon les regles du Droit, *pœna Legum interpretatione prudentum potius emollienda quam exasperanda sunt.*

C'est sur ce principe, que Mr. Cujas *ad Novel. 22. cap. si qui verò 22.* n'a pas balancé à résoudre que les donations entrevifs de la part des étrangers n'étoient pas comprises dans l'ordre des peines prononcées par les Loix Civiles.

Telle est encore la résolution de la Glose sur ce point, quoiqu'elle se soit expliquée d'une manière modeste & presque douteuse. C'est sur la Loi première, *Cod. de secundis Nuptiis*, dont on a ci-devant rapporté les dispositions, *in verbo mortis causa donationum.*

Le Glosateur s'y explique ainsi. *Non idem fortè in ea que fit inter vivos.*

Enfin, ce qui tranche toutes les difficultés sur cette question, c'est que le Parlement de Toulouse a décidé nettement que la femme remariée *intra annum lucius* étoit capable de recevoir des mains des

étrangers à titre de donation entre-vifs. C'est le témoignage de M<sup>rs</sup>. Maynard & Dolive aux lieux précillegués.

Ce qui vient d'être dit des femmes mariées dans l'an de deuil doit s'entendre aussi des femmes qui ont malversé dans le même-tems ; car puisqu'elles sont sujettes aux mêmes peines , *Auth. eisdem pœnis* , *Cod. de secundis Nuptiis* , elles doivent participer aussi aux mêmes exceptions & limitations.

Les Loix Romaines ne se sont pas contentées de déclarer les femmes dans les deux cas dont il s'agit , incapables de toutes successions , legs , fideicommiss , ou autres libéralités déferées par testament ou donation à cause de mort , même de la part des personnes étrangères ; elles ont porté leur rigueur encore plus loin , & les ont exclus des successions *ab intestat* , de ceux de leurs parens qui sont hors du troisième degré : *eandem quoque mulierem hereditates ab intestato , vel legitimas , vel honorarias non ultra tertium gradum finimus vindicare*. Ce qui est encore confirmé par la Nouvelle 22. au Chapitre 22. §. *sed neque longius*.

Surquoi il faut observer. 1°. Que le compte des degrés doit être fait selon

l'ordre du Droit Civil, par lequel *Qualibet persona generata gradum facit*. Car nous avons retenu cette façon de calculer en matière de successions: quoiqu'en matière de mariage, & presque dans tous les autres cas on se soit conformé à la disposition du Droit Canonique selon lequel chaque génération ou chaque ligne en collatéral ne fait qu'un degré.

2°. Il ne faut pas croire que les femmes, dans les deux cas dont il s'agit, soient capables de recevoir de leurs parens hors du troisième degré à titre de testament ou donation à cause de mort, sous prétexte que les Loix ne déclarent nommément en cet endroit, leur incapacité qu'à l'égard des successions *ab intestat*; car elles n'en ont usé ainsi, que parce qu'elles avoient déjà pourvû par leur première disposition, à ce que les femmes qui se remarient, ou malversent dans l'an, ne pussent rien recueillir en vertu des dernières dispositions de la part de qui que ce pût être, ce qui renferme sans contredit les parens éloignés, c'est-à-dire, hors du troisième degré. Et comme on auroit pû en conclure qu'il n'y avoit pas d'exclusion contr'elles, quant aux successions *ab intestat*, soit par la maxime que *inclusio unius est exclusio alterius*, soit par

ce que les regles ne permettent pas qu'on étende les peines hors de leurs cas, les Loix sont allées au-devant de cette difficulté, en prononçant *in individuo* sur les successions *ab intestat* hors du troisième degré.

Ainsi l'on doit tenir pour constant, que les femmes dans les deux cas dont il s'agit, sont également privées des successions testamentaires & des successions *ab intestat* de leurs parens sous la modification dont on a déjà parlé. Et c'est ce que la Glose a fort bien reconnu sur les mots *ab intestata* de la Loi citée, en faisant cette Note *multò magis ex testamento ut supra, ead. Leg.*

Enfin, il faut observer que toutes les peines prononcées contre les femmes qui se remarient, ou qui malversent dans l'an de deuil, eu égard aux avantages qu'elles auroient pû recevoir des personnes étrangères, ou du chef de leurs parens éloignés, tournent au profit des cohéritiers ou autres successeurs légitimes des testateurs, ou des parens éloignés morts sans dispositions, sans que le Fils y puisse rien prétendre. L'Empereur Justinien en a donné une raison pleine de noblesse, & digne de la majesté de l'Empire dans la Loi pre-

mière , *Cod. de secund. Nupt. Ne in his in quibus correctionem mortem induximus, Fiscis videamur habere rationem.*

Toutes les peines dont on a parlé jusqu'ici ont lieu , bien qu'il n'y ait point d'enfans du mari défunt ; c'est la disposition expresse de la Loi. *Si qua mulier, Cod. ad Senatus - Consult. Trebell. & de la Nouvelle 22. chap. 22. versic. si enim non est seboles.* C'est la doctrine des Auteurs & la Jurisprudence des Arrêts , ainsi qu'on peut voir dans Cujas sur la Nouvelle citée , dans Laroche , Liv. 2. sous le mot *Mariage* , tit. 4. art. 2. dans Maynard , Liv. 3. ch. 86. 87. 89. 92. & 99. dans Dolive , Liv. 3. ch. 11. dans Expilly , Plaidoyer 38. dans Du Vair en ses Arrêts de Provence ; Arrêt 5. & dernier.

La raison de cette sévérité est que les Loix Romaines ont moins considéré dans cette occasion l'intérêt des enfans du premier mariage, que l'honnêteté publique qui est blessée par des Noces précipitées , & plus encore par une malversation honteuse. L'insure faite au mari entre encore dans les motifs de ces Loix , car elles supposent que le mari vit encore pendant cette première année , & que le mariage se continue : ce qui a servi d'origine aux pensions

viduelles , que l'usage a établies en faveur des femmes pendant la première année du deuil.

Cette fiction du mariage continué *intra annum luctus* , avoit même jeté quelques Docteurs dans un excès condamnable & réprouvé par nos mœurs. Paul de Castre sur la Loi *Sororem* , ff. de his que ut indignis auferuntur , & Joannes de Gratibus sur l'Authentique *eisdem panis* , Cod. de secund. Nupt. n°. 18. en avoient conclu , que les femmes qui malversent durant cet intervalle devoient perdre leur dot , de même que celles qui durant le mariage s'étoient portées à des conjonctions illicites ; comme si cette malversation commise en un tems auquel les Loix considèrent le défunt comme vivant , devoit passer réellement pour adultère dont l'effet est de priver la femme de la dot au profit du mari : or c'est sûrement une erreur.

Jusqu'ici nous avons parlé des peines auxquelles les femmes sont sujettes dans les deux cas dont il s'agit , en égard aux avantages qu'elles devoient recueillir du chef de leur mari , ou du chef des personnes étrangères parmi lesquelles on compte les parens qui sont hors du troisième degré ; & nous avons observé , que ces peines

avoient lieu lors même qu'elles n'avoient point d'enfans.

Il s'offre à présent à notre examen un troisième genre de peines, que les Loix & les Arrêts prononcent contre ces femmes foibles & fragiles, du chef de leurs enfans, & en égard à leurs biens.

Elles sont privées de la succession *ab intestat* de leurs enfans du premier lit, même de la légitime, tant en propriété qu'en usufruit, non-seulement au profit des autres enfans survivans du même mariage, mais encore dans le cas qu'il n'en reste aucun, au profit des parens paternels desdits enfans; ainsi qu'il est attesté par Mr. Maynard, Liv. 3. ch. 86. & 87. par Mr. La Roche, Liv. 2. tit. 4. *in verbo* Mariage, art. 2. 6. 8. 10. 14. 24. & *ibi*. Graverol, par Mr. de Cambolas, Liv. 3. ch. 45. & Liv. 5. ch. 31. & par Mr. de Catellan, Liv. 4. ch. 71. & 72. & *passim*.

Il faut demeurer d'accord, que la Jurisprudence des Arrêts du Parlement de Toulouse a aggravé en cette partie la rigueur des Loix Civiles, ainsi que Mr. Maynard l'a expressement reconnu au Liv. 3. de ses Questions Notables, ch. 86.

Il semble en effet, que par la disposition finale de la Loi première, *Cod. de secundis*

*candis Nuptiis.* Les femmes dans les deux cas dont s'agit pouvoient recueillir la succession *ab intestat* de leurs enfans du premier mariage ; car cette disposition n'en prononce l'incapacité que lorsqu'il s'agit des parens hors du troisième degré ; or il est évident que la mere est au premier degré à l'égard de ses enfans.

Cet argument qui s'offre d'abord naturellement perd beaucoup de sa force à cause de quelques Constitutions Impériales qui ont parlé nommément de la peine dont il s'agit : mais c'est ou dans des espèces différentes , ou sous différentes modifications , qui rendent cette matière assez embrouillée dans le droit. Et ce qu'il y a de plus fâcheux encore , c'est que cette obscurité s'est répandue aussi sur les Arrêts : lesquels auroient dû dissiper les incertitudes , & fixer l'usage d'une manière claire & incontestable.

Pour débrouiller cette portion de notre matière , & en donner les idées les plus distinctes que nous pourrons , nous avons eu devoir rapporter. 1°. Les différentes Loix des Romains que nous avons sur ce Point. 2°. Les différentes Contestations qui se sont élevées sur leur application & sur leur étendue. 3°. Les Arrêts qui les ont

décidées en donnant la préférence au plus grand nombre sur quelques Arrêts singuliers qui semblent ne pouvoir faire conséquence.

La Loi *Fœmina 2. Cod. de secund. Nuptiis*, porte, que si quelqu'un des enfans du premier lit, vient à déceder laissant à lui survivant la mere remariée, *Matre jam secundis Nuptiis funestasâ*, elle est privée de la succession testamentaire & légitime à l'avantage des enfans qui restent du premier lit.

Mais cette Loi lui en laisse l'usufruit pour le moins à concurrence de sa légitime, ce qui paroît marqué par ces termes : *in diem vite sue pro sibi debita portione solâ tantum possessione delatâ*.

Cette même Loi ajoute, que si tous les enfans du premier lit viennent à mourir alors, la femme reprend la propriété de toutes les successions *ab intestat*, & que leur intérêt ayant cessé elle acquiert le droit d'en disposer librement à son gré, *quod si natus native decesserint, omne quod quoquomodo perceperit pleno proprietatis jure obtineat, atque in his nanciscendi domini, & testandi circa quem voluerit, liberam habeat facultatem*. Ce sont les termes de la Loi.

Ces deux dernières dispositions concernant l'usufruit & la reprise de la propriété après la mort de tous les enfans du premier mariage sans avoir disposé, sont ouvertement contraires à l'usage reçu dans ce Ressort lorsqu'il s'agit des peines des secondes Noces *intra annum luctus*; mais il faut prendre garde aussi que la Loi *Fœmina*, est dans l'espèce d'une femme qui s'est remariée après l'an du deuil, *fœmina qua susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas post tempus luctus statutam transferim Nuptias*. C'est ainsi qu'elle parle.

La Loi *Alter* 5. *Cod. ad Senatus-Consult. Tertyll.* sans avoir égard à la différence des tems, & sans distinguer si les enfans de la succession desquels il s'agit, naissent avant ou après le second mariage contracté, décide que la mere remariée est privée de la succession tant testamentaire que légitime de ses enfans pour les biens qui leur sont advenus de leur pere, & qu'à cet égard elle n'a que le seul usufruit pour sa virile portion; mais qu'aux biens qui leur sont arrivés d'ailleurs, elle succede avec les autres freres & sœurs du défunt, tout ainsi que si elle ne s'étoit point remariée. *Sin vero alterius mariti conjugium elegerit: extrinsecus quidem quo-*

*sita filio filiae simili firmitate possideat ; c'est-à-dire , comme dans le cas qu'elle n'a point passé à des secondes Noces , dont il venoit d'être parlé dans la première disposition de cette Loi , rerum vero paternarum defuncti solo usufructu , humanitatis contemplatione potiatur , proprietatem & sororibus & fratribus transmissura defuncti.*

Cette Loi ne distingue pas les époques, c'est à-dire, les mariages contractés dans l'un d'avec ceux qui le sont après : elle semble donc faire un règlement général pour l'un & pour l'autre : mais à le supposer ainsi, la peine que nous examinons en ce lieu se trouve par le Droit Civil bien au-dessous de ce qu'elle est par la Jurisprudence des Arrêts dont la sévérité porte beaucoup plus loin, ainsi que nous l'avons déjà expliqué.

C'est une première observation à faire sur cette Loi : il y en a une autre qui n'est pas moins importante, parce qu'elle donne lieu à des contestations dont il sera parlé ci-après : c'est la distinction que fait la Loi, dont il s'agit, *inter res paternas filii filiae, & ea quae extrinsecus eisdem quae sita sunt.*

La mere bien que remariée succede pleno

frère ; c'est-à-dire , tant en propriété qu'en usufruit en cette dernière espèce de biens & son appelle dans l'usage *biens adventifs* ; & à l'égard des autres dénommés communément *profectifs* , elle n'a par cette même Loi que le seul usufruit.

La distinction de ces deux sortes de biens est reçue pareillement dans la Pratique actuelle sous différentes modifications dont il sera parlé ci-après. Mais la difficulté sera de fixer au juste la véritable nature des biens adventifs & profectifs ; & l'on verra dans les suites que les Arrêts ont jugé diversement les Questions qui se sont élevées sur ce point.

Les deux Loix dont on vient de faire l'analyse , sçavoir la Loi *Fœmina* & la Loi *Mater* sont , la première des Empereurs Gracien , Valentinien & Theodose ; & la seconde de Theodose & Valentinien le Jeune. L'Empereur Justinien se les étoit rendues propres en les insérant dans le Code appelé de son nom & publié de son autorité. Il les a cependant abrogées l'une & l'autre par une Constitution particulière : c'est la Nouvelle 2. ch. 3.

Ce Texte est une espèce de Plaidoyer très-ingénieux en faveur des secondes Noces : la mere remariée y est admise à la

succession de ses enfans du premier lit sans différence des tems ni distinction des biens.

Cette Nouvelle déclare expressément que n'y ayant point de Loi qui assujettisse les hommes à la peine dont il s'agit ( ce qui demandera explication dans les suites , ) il est juste conséquemment aussi , que les femmes en soient affranchies , *sicut enim patres si ad secundas veniant Nuptias , non fraudamus filiorum suorum successione ; nec qualibet est Lex aliquid tale dicens : sic neque matres privabimus filiorum successione , si matres ad virum veniant secundum , licet antè Nuptias secundas , aut post secundas filii moriantur.*

La Nouvelle 22. a revoqué la seconde & retabli le Droit ancien consigné dans la Loi *Fœmine 2. Cod. de secundis Nuptiis* , & dans la Loi *Mater 5. Cod. ad Senatus-Consult. Tertyll.*

Cette Nouvelle renouvelle dans le Chapitre *hinc nos 46.* la distinction des biens aveniris & profectifs , & les différentes regles prescrites à cet égard par la Loi *Mater 5. Cod. ad Senatus-Consult. Tertyll.* Mais du reste elle corrige au même endroit ce que cette Loi , & la Loi *Fœmine. Cod. de secundis Nuptiis* avoient dé-

aidé à l'égard de la succession testamentaire des enfans du premier lit ; car elles ne l'adjugeoient à la mere remariée que sous la distinction des biens proventifs & adventifs ; c'est-à-dire , en laissant l'usufruit seulement des premiers à la femme , & quant aux autres l'usufruit & la propriété. Cela est abrogé par la Nouvelle citée ; & la disposition testamentaire des enfans du premier lit en faveur de leur mere remariée doit sortir son plein & entier effet indistinctement pour toutes sortes de biens tant en propriété qu'en usufruit. C'est le 5. premier du Chapitre 46. déjà cité qui l'ordonne ainsi.

Il en donne pour raison que puisque les enfans du premier lit pouvoient disposer de leurs biens en faveur des étrangers , sans que leurs freres ou sœurs pussent y trouver à redire , on ne doit pas leur envier le même avantage ou la même liberté à l'égard de leur mere , *sicut enim licebat relinquere alicui extraneorum , & nihil heredi secunde mulieris nocebant Nuptia : ita & matri relinquens sive institutionem sive legatum , rectè relinquat , & dominium & usum , sive ex rebus que extrinsecus advenierunt , fuerit facultas , sive ex*

*paternis, nihil ex hoc fratribus contradicere valentibus.*

Cette dernière disposition concernant les successions testamentaires des enfans du premier lit a lieu constamment dans l'usage même en faveur des femmes remariées dans l'an, ainsi qu'il a été jugé par les Arrêts qu'on trouve dans Mr. de Cambolas, Liv. 3. ch. 6. lequel ne devoit pas s'en bien souvenir lors de son Traité des secondes Nôces ; puisqu'il y suppose au num. 15. que cela ne devoit avoir lieu que lorsque les secondes Nôces sont après l'an.

Ce qu'il y a de singulier, c'est qu'on a jugé suivant l'attestation de M. Maynard, Liv. 5. ch. 11. même à son Rapport, que la prétérition de la mere remariée ne pouvoit pas invalider le testament du fils du premier lit fait en faveur d'un étranger ; ce qui seroit insoutenable si en conformité des Loix civiles que l'on explique ici les femmes remariées dans l'an étoient capables de recueillir les successions *ab intestat* de leurs enfans sous la distinction néanmoins des biens adventifs & profectifs tout comme si elles ne s'étoient pas remariées.

Mais nous avons observé déjà que par

Nos mœurs les peines de la Loi étoient aggravées en cette partie; ainsi que M. Maynard & M. de Cambolas aux lieux qu'on vient de citer l'ont expressément reconnu: & puisque par notre usage la mere remariée *intra annum luctus* n'a rien à prétendre dans la succession *ab intest.* de son fils, ce n'est pas merveille que la préterition qu'il en fait dans son testament ne puisse pas y faire brèche, pour user des paroles de M. Maynard.

Ce qui néanmoins semble ne pouvoit être entendu que dans le cas auquel le fils qui a resté n'a que des biens profectifs; car s'il en avoit d'avenifs comme notre propre usage donne droit sur ceux-ci à la femme, même remariée *intra annum luctus*, il y auroit lieu d'en conclure que la préterition seroit un moyen de nullité.

La même conséquence auroit lieu dans le cas de la femme remariée après l'an; car comme elle succede alors dans tous les biens sous la distinction de l'usufruit & de la propriété en égard à la différente nature, la préterition seroit en ce cas un moyen de nullité à relever de sa part: ainsi l'Arrêt de M. Maynard conçu en termes généraux sans distinction des tems ni des biens doit être restreint par les limitations

L'analyse que nous avons faite jusqu'ici des Loix Romaines ne prouve d'aucune façon que les femmes remariées dans l'an de deuil doivent être privées des successions *ab intestat* de leurs enfans, tant en usufruit qu'en propriété; qui plus est, elles prouvent directement le contraire en donnant la propriété dans un cas & l'usufruit dans l'autre en égard à la différente nature des biens.

Quelle peut donc être l'origine de la Jurisprudence rigoureuse du Parlement de Toulouse en cette partie?

Quelques-uns se sont figurés qu'en défaut de preuves directes que les Loix Romaines ne fournissent pas, on pouvoit en prendre par induction de la Loi dernière au *Code de hered. instituend.* qui suppose, dit-on, que l'héritier de l'héritier est estimé l'héritier du défunt; et où l'on a conclu que la veuve remariée *intra annum luctus* devoit être privée de l'hérité *ab intestat* de son fils du premier lit; car autrement si elle succédoit à son fils elle se trouveroit héritière des biens de son mari auquel le fils avoit succédé: or ce seroit contraire à la Loi 1. & 2. *Cod. de secund. Nupt.* qui prive la femme dans le cas dont il s'agit de toute participation aux

biens du mari dont elle a offensé la mémoire par des Noces précipitées.

Il n'est pas mal aisé de reconnoître que l'induction dont nous venons de parler est plus ingénieuse que solide & raisonnable ; ainsi sans nous en occuper plus long-tems , nous devons tenir pour constant que le Parlement de Toulouse a introduit un nouveau genre de peines inconnues dans le Droit Civil, & nous ne pouvons pas être en doute sur ce point , puisque Mrs. Maynard & Cambolas, deux sçavans Magistrats de ce Parlement , l'ont eux-mêmes reconnu en assignant la cause de cette rigueur à la dépravation des mœurs de leur tems.

Du reste, ce que les Parlemens ont établi par une Jurisprudence constante & uniforme d'Arrêts acquiert incontestablement force de Loi, quoique ce soit outre ou contre le Droit *præter aut contra jus*. Les Loix civiles y sont elles-mêmes expresses. La Loi *10. ff. de legibus* l'a résolu en ces termes , *non ambigitur Senatum jus facere posse*. La Loi première au Code *qua sit longa consuetudo* l'a résolu aussi *Præses Provincia. probatis his que in Oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt , causâ cognitâ statuet*, & la Loi dernière du même titre s'explique encore plus énergiquement

sur la force des usages constans & uniformes *quod Officiis, Curias, Civitatibus, vel Collegiis præstitum fuisse cognoscitur, perpetue Legis vicem obtinere statuimus*; Et c'est ce que M. Cujas a illustré par beaucoup de preuves & d'exemples dans son Commentaire sur ce titre du Code.

Après avoir démontré que la Jurisprudence du Parlement de Toulouse est plus severe dans la partie que nous agissons que les Loix Romaines, il convient d'expliquer les Contestations qui se sont élevées sur une portion de ces Loix même que le Parlement de Toulouse a conservées dans l'usage en s'éloignant de leurs dispositions dans le surplus.

Cette portion conservée est la distinction *inter res paternas & ea quæ extrinsecus filio filicæve quasita sunt*. C'est à-dire, entre les biens profectifs & avencifs, la femme remariée dans l'an est privée en entier des premiers, mais elle peut succéder quant aux autres; c'est le temoignage de tous les Ecrivains de ce Parlement; telle est la décision en these; mais dans l'exécution il y a eu de grandes difficultés pour sçavoir au juste ce que c'est que les biens paternels, *res paternæ*.

A prendre ces expressions dans le sens  
étroit

étroit & littéral, il semble qu'on ne peut entendre par *res paternas*, que les biens qui passent immédiatement du pere au fils, & que le fils tient immédiatement de sa main: On a toutefois long-tems jugé que ce que les enfans du premier lit avoient recueilli de l'estoc & ligne paternelle devoit être compris dans les biens profectifs & que la femme remariée dans l'an n'y pouvoit rien prétendre.

Mr. Maynard, Liv. 3. ch. 86. rapporte deux Arrêts qui ont décidé que la veuve convolant à des secondes Noces dans l'an de deuil, étoit privée de la succession de ses enfans du premier lit; même à l'égard des biens dont le mari n'avoit eu que l'usufruit, la propriété en ayant été donnée à ses enfans par leur ayeul paternel à titre d'institution ou de legs: & dans le Livre 5. Chapitre 18. on trouve un autre Arrêt fondé sur ce même principe.

Il est même remarquable que dans les cas des deux premiers Arrêts la question fut ainsi jugée, bien qu'il n'y eût plus d'enfans survivans du premier mariage; ce qui est conforme à nos explications précédentes. On retrouve les mêmes principes dans Mr. de Cambolas, Liv. 4. chap. 17. & Liv. 5. chap. 45. L'Auteur y donne pour

maxime que tout ce qui vient du pere ou des ascendans paternels doit être regardé comme profectif eu égard à cette ligne ; & que pareillement tout ce qui provient du chef de la mere ou des ascendans de la mere est aussi profectif dans la ligne maternelle.

La même question a été pourtant revoquée en doute long-tems après , & jugée tout différemment : on en trouve l'espèce & les raisons dans le Recueil d'Arrêts de Mr. de Catellan, Liv. 4. chap. 13. Et comme c'est la dernière décision qu'on connoisse en cette matière , il importe d'expliquer un peu en détail les raisons des deux sentimens , singulièrement de celui qui a prévalu de nos jours.

Ceux qui soutenoient que les biens avirins devoient être considérés comme profectifs , se fondoient indépendamment de l'autorité de Mrs Maynard & Cambolas sur ce que tout ce qui vient au fils *ex re patris vel occasione patris* est regardé comme profectif selon le §. premier du titre des Institutes , *per quas personas cuique acquisitur* , qui confond même ces deux choses *ex re patris* , *vel occasione patris* , lorsqu'après avoir établi *patri acquiri* , si *quid filio ex re patris obvenerit* , ce §. ajoute *re qua enim invidia est quod ex patri occa-*

*sione profectum est , hoc ad eum reverti ;* d'où l'on conclusoit que les biens aviins venant au petit-fils , *ex occasione patris* , devoient être présumés lui venir *ex re patris* , par conséquent être regardés comme biens paternels ; & que par une autre conséquence la mere remariée *intra annum* n'y pouvoit succeder , ni en propriété , ni en usufruit.

D'autant plus que ce qui est donné en considération de quelqu'un est présumé donné à celui en considération de qui le don est fait , suivant la Loi 22. ff. *de usufruct.* & la Loi 10. §. *in adrogato* , ff. *de vulg. & pupill. substitut.* & qu'ainsi les biens de l'ayeul *ex parte* venant aux petits-fils *contemplatione & occasione patris* , doivent être présumés paternels & profectifs ; ce qui emporte contre la femme remariée dans l'an une exclusion entière & absolue.

On ajoutoit qu'à l'égard de la succession de cet ayeul , comme les petits-fils y représentent leur pere par une représentation naturelle , qui va jusqu'à l'infini dans la ligne des descendans , & qui paroît particulièrement , lorsque les petits - fils concourent avec leurs oncles , ou avec des enfans *ex filio præ mortuo* , ils doivent être

regardés comme ayant ces biens par leur pere, qu'ainfi ces biens doivent être considérés comme paternels & profectifs, outre que c'est une regle de Droit consignée dans la Loi 201. ff. de regulis juris que sous le nom de pere l'ayeul est compris : par où encore on concluoit que ce qu'on a de l'ayeul doit être regardé comme venant du pere.

Les raisons de l'opinion contraire étoient que les biens que les petits-fils ont eu par leur ayeul *ex patre defuncto* ne leur viennent pas *ex occasione, vel contemplatione patris*, dans une interprétation assez naturelle & assez propre de ces termes, pour pouvoir être regardés comme paternels.

Il est vrai que les petits-fils n'étant petits-fils de cet ayeul que par le pere; ils acquièrent en ce sens-là improprement par le moyen de leur pere; mais que sans considérer la personne du pere, l'affection de l'ayeul peut aller en droiture aux petits-fils, & par la pente naturelle que l'on dit que l'amour a pour descendre; & parce que les petits-fils portent plus loin cette espèce de durée que la vanité de l'homme le fait chercher à ce faire par sa descendance.

Aussi cette Loi 22. ff. de usufructu & la Loi 10. §. in adoptato, ff. de vulg. &

*puill. substit.* sont faites pour des cas tout-à-fait différens, comme il est aisé d'en juger par la lecture.

Que cette raison même iroit jusqu'à prouver que les meres perdroient par des secondes Noces le droit de succéder en propriété à leurs enfans pour les biens qu'il leur viendroient par leurs oncles, freres de leur pere, qu'on pourroit prétendre n'avoit donné à leurs neveux qu'en considération, & à l'occasion de leur frere.

Qu'à l'égard des successions *ab intestat* les petits-fils ne representent pas la personne, mais le degré de leur pere, & qu'en effet, s'il y a cinq petits-fils *ex filio unico pro mortuo*, ils auront la moitié des biens de cet ayeul pour leurs légitimes, quoique le pere n'en auroit eu que le tiers, & ils partagent même également cette moitié, quoique quelqu'un de ces petits-fils fût justement exhéredé par le pere, ou qu'ils fussent héritiers de leur pere en portions inégales.

Que nulle des Loix alleguées au contraire ne fait, des biens venus par l'ayeul paternel ou maternel aux petits-fils une espèce de bien paternel ou maternel, par rapport au droit des peres & des meres en la succession des biens avirins. mais seule-

ment pour l'intérêt de la conservation de ces biens en la main du pere , ou en faveur de la puissance paternelle toujours favorable & toujours favorisée par les Loix Romaines.

Qu'il est vrai que les secondes Noces ne le sont pas , comme il paroît par les peines auxquelles les Loix les ont assujetties , mais que cela même décide en faveur des femmes , parce que *odia sunt restringenda , favores ampliandi* ; d'où l'on concluoit que la peine , dont il s'agit devoit être restreinte à l'exclusion de la propriété des biens précisément & proprement paternels.

D'autant plus que la Nouvelle 22. corrigeant le droit antérieur contenu dans la Nouvelle 2. §. *ut igitur* qui donnoit à la mere remariée la succession *ab intestat* en propriété de tous les biens indistinctement de ses enfans du premier lit ; elle ne le corrige qu'à l'égard des biens paternels , *ex paternâ substantiâ , ex paterna successione* : Or les Loix non-seulement pénales , mais qui corrigent encore d'autres Loix , & par-là emportent un droit établi , doivent être , en ce qu'elles revoquent , entendues & restreintes dans le sens literal & propre , afin de donner le moins qu'il se

peut au changement, & pour laisser tout ce qu'on peut laisser à un droit commun qui faisoit une Loi établie.

Sans qu'il serve d'opposer à cet égard que par le Droit antérieur encore à la Nouvelle 2. contenu en la Loi 3. *Cod. de secundis Nuptiis*, la mere remariée devoit conserver à ses enfans du premier lit généralement, & sans exception ni distinction de biens, tout ce qu'elle avoit recueilli de la succession *ab intestat*, ou testamentaire d'un de ses enfans du premier lit; & qu'ainsi ce Droit étant plus ancien que celui de la Nouvelle 22. cette Nouvelle 22. qui ne fait que remettre les choses en partie au premier état, en les adoucissant même à l'égard des meres par rapport à ce premier état, merite un accueil favorable, & l'interprétation la plus étendue que ces paroles *ex paternâ substantiâ ex paternâ successione*, peuvent recevoir.

Car on répondoit à cela qu'il faut regarder les choses au point que les avoit trouvées la Nov. 22. de l'explication de laquelle il s'agit; & qu'alors la mere remariée étant par la Nouvelle 2. en possession du droit de succéder en propriété à tous les biens indistinctement de ses enfans du premier lit, & ce droit de propriété étant par la Nouvelle:

22. réduit aux biens autres que les paternels, *præter ea quæ ex paternâ substantiâ, & ex paternâ successione*, il faut extrêmement resserrer ces paroles-là, où elle revoke le droit immédiatement précédent, & contient ou rétablit une peine quoi qu'ancienne, & lui donner toute l'étendue là où elle laisse les choses telles qu'elles étoient auparavant, & dans l'adoucissement qu'elle conserve.

Ces raisons prévalurent, comme il paroît par l'Arrêt que M. de Catellan rapporte, & cet Arrêt est contraire à ceux de Mrs. Maynard & Cambolas. M. de Catellan n'en convient pas toutefois, du moins en égard à l'un des Arrêts cités par M. de Cambolas, au Liv. 4. c. 17. ce qu'on aura peut-être occasion d'examiner ailleurs.

Mais si cet Arrêt est contraire aux précédens, il faut reconnoître qu'il est conforme au sentiment de Boerius, Décision 192. n. 4. du Président Faber en son Code, Liv. 5. tit. 5. *de secundis Nuptiis, de fin. 2. n. 4. &c. de Benedictus ad caput Raynutius, & in verbo & uxorem nomine Ad-testam, n. 86.*

Il faut même reconnoître qu'il est conforme à la raison & aux règles, & que c'est ici le cas où un seul Arrêt post. sur peut

mériter la préférence sur divers Arrêts précédens. Voici sur quoi l'on se fonde.

Il n'y a point de Loi qui ait décidé nettement que par *res paternas* il faille entendre les biens qui viennent aux petits-fils du chef de l'aïeul, & il est clair que ces mots *res paternas* pris dans leur sens littéral ne portent pas au-delà des biens du pere.

D'autre côté, nous traitons ici d'une matiere pénale, & en cette matiere on ne prête rien à la lettre : on le doit d'autant moins que le Parlement de Toulouse a aggravé eu égard aux autres peines la rigueur des Loix civiles, ainsi que nous l'avons observé ; & puisqu'il a radouci la Jurisprudence sur cet article, cet adoucissement mérite d'être accueilli avec toute sorte de faveur. *Pœna Legum interpretatione prudentum potius emollienda quam exasperanda sunt.*

L'Auteur des Observations sur les Arrêts de M. de Carellan, au Chapitre cité, est pourtant d'un avis contraire : on peut voir dans l'Ouvrage même quelles sont ses raisons ; elles ont été même rapportées ci-devant à peu de chose près.

Comme l'Arrêt dont il s'agit les a condamnées, on croit qu'aujourd'hui il y a lieu de tenir pour constant que les biens

paternels , ceux que les enfans tiennent immédiatement de leur pere font les seuls profectifs , & que c'est de ceux-là seulement que la femme remariée dans l'an ne peut prétendre aucune propriété du chef de ses enfans à titre de succession *ab intestat*.

Il suit naturellement de là que la legitime & quarte que le fils grevé de vaudre par son pere a droit de retenir sur les biens, doivent être estimées substance du pere , biens profectifs sur lesquels la mere remariée dans l'an n'a rien à prétendre en propriété ni en usufruit.

Ce qu'il y a de singulier sur ce point , c'est que cette question ait été revocquée en doute dans le tems même de l'ancienne Jurisprudence, suivant laquelle on jugeoit que les biens de l'ayeul étoient censée profectifs ; c'est ce qui est arrivé néanmoins , ainsi qu'on l'apprend dans les Décisions notables de M. de Cambolas, Liv. 2. ch. 40. & dans son Traité des peines des secondes Noces au n. 18.

Il s'est élevé sur cette même matière une question curieuse , & qui semble d'abord difficile à résoudre ; c'est de sçavoir , si la femme remariée perd la portion qu'elle a dans la troisième partie des biens de son mari prévenu & condamné à mort.

Pour l'intelligence de cette question , il faut sçavoir que la femme & les enfans du condamné à mort avec confiscation des biens ont la troisième partie de ses biens par la Jurisprudence du Parlement de Toulouse attestée par Fernand sur la Loi *in quartam* , *Præfat.* 2. art. 4. n. 10. & par M. de Cambolas , Liv. 1. de ses Décisions notables , ch. 4. Jurisprudence dont on trouve l'original dans les Loix civiles & singulierement dans la Loi *Cum ratio ff. de bonis damnator.*

Cette troisième portion adjudgée à la femme , ou la virile sur cette portion lorsqu'il y a des enfans se perd - elle par les secondes Noces avant ou après l'an ; car M. de Cambolas qui élève cette question au lieu cité ne distingue pas.

Cet Auteur la résout par un Arrêt qui a décidé pour la négative , sçavoir que la femme remariée ne perdoit pas la portion dont s'agit , & cette décision est fondée en règle. La femme tient en effet de la Loi & non de la libéralité du mari , ( quoi- que ce soit de ses biens , ) le contingent dont est question , & l'on employe à ce sujet par argument la Loi *Quæsitum. ff. de sepulchro violato* , qui dans un autre espèce dit que *nihil ex defuncti capitur*

*voluntate, neque id capitur, quod in rei persecutione, sed in solâ vindictâ est constitutum.*

On trouve dans Mr. Maynard, Liv. 3. ch. 64. une autre décision pareille fondée sur les mêmes principes, quoique dans un cas très-différent; dans celui-ci le mari n'étoit point coupable, il avoit été au contraire assassiné; la veuve tant de son chef que comme tutrice de leurs enfans communs avoit poursuivi le meurtrier, & l'avoit fait condamner entre autres peines en deux mille livres de dommages & intérêts envers elle, tant en son nom que comme mere & légitime administreresse de ses enfans.

Cette femme ensuite se remarie; & l'Auteur ne distingue pas en quel tems, elle a des enfans du second mariage. Question dans les suites entre les enfans des deux mariages; pour sçavoir si le contingent de la femme sur cette indemnité étoit acquis aux enfans du premier lit comme procédant de leur pere, ou à l'occasion & contemplation d'icelui, suivant l'expression de l'Auteur: ou s'il étoit moins sujet au retranchement de la Loi *hac editâti*. Par l'Arrêt que Mr. Maynard rapporte, il fut jugé que cette portion d'indemnité n'étoit  
sujette

injetée ni au retranchement , ni à aucune autre des peines ordonnées par les Loix & par la Jurisprudence des Arrêts dans le cas des secondes Noces ; & les motifs de cette décision furent ceux de la précédente.

Après avoir expliqué les regles concernant les biens profectifs , fixé la nature de ces biens , & ramassé les Décisions qui peuvent y avoir quelque rapport : il reste à dire qu'à l'égard des biens vraiment adventifs , les femmes quoique remariées dans l'an succèdent pleinement à leurs enfans du premier lit , c'est la conséquence & même la disposition expresse des dernières Loix reçues en cette matière. C'est l'observation des Auteurs , notamment de Cambolas en son Traité des peines des secondes Noces au N°. 16. c'est la droite raison qui le veut ainsi , le convol à des secondes Noces dans l'an étant une injure faite à la mémoire du mari défunt , on venge cette injure en privant la femme de succéder à ses enfans quant aux biens qu'ils ont eu de leur pere , auquel l'injure a été faite ; mais cette raison cesse pour les biens advenus ausdits enfans d'ailleurs que de la substance paternelle , & conséquemment la privation doit cesser à cet égard.

Quoique cette décision soit conforme aux regles & à la raison, Mr. Dolive la combat néanmoins Liv. 3. de ses Arrêts, ch. 32. & suppose nettement, que dans le cas du mariage dans l'an, la femme est privée de succéder *ab intestat* à ses enfans du premier lit pour tous leurs biens indistinctement, tant aventifs que profectifs. Il reconnoit d'ailleurs que c'est contre le Droit, du moins eu égard aux aventifs; & comme son témoignage n'est autorisé par aucun Arrêt, nous croyons que sans s'y arrêter, on peut tenir pour constant à l'égard des biens aventifs, ce que nous en avons déjà dit.

Il semble qu'il faudroit résoudre la même chose à l'égard des femmes qui ont malversé dans l'an, puisque par le Droit elles ne sont soumises qu'aux mêmes peines de celles qui se sont remariées dans le même délai. Authentique *eisdem potius*, *Cod. de secundis Nuptiis*.

Cependant Mr. Maynard Liv. 3. c. 99. Mr. Lamoche, *in verbo* Mariage, Liv. 2. art. 24. rapportent un Arrêt solennel, par lequel il fut jugé que la femme qui avoit malversé, soit durant, ou après l'an de deuil (termes remarquables) étoit privée de la succession légitime de ses enfans

du premier lit, aux biens desquels elle ne devoit succéder, soit qu'ils leur fussent advenus du chef de leur pere, *cujus memoriam vidua tantam injuriam fecit*, soit qu'ils leur fussent acquis d'ailleurs : ce sont les propres paroles de Mr. Laroche.

Le même Arrêt jugea, que tout ainsi que la mere pour avoir malversé en viduité est privée des biens de ses enfans, soit qu'ils viennent ou procedent *ex successione patris aut aliunde*, aussi les parens d'elle en doivent être exclus encore qu'ils soient plus proches en degré de parenté des enfans, *de quorum successione agitur*, laquelle (on emprunte toujours les expressions de Mr. Laroche) doit être adjudgée aux parens des enfans *ex parte patris eorum*, bien qu'ils se trouvent en même degré que les maternels, ou même en degré plus éloigné *in gradu remotiori*, & ce dernier cas étoit celui de l'Arrêt.

Enfin par cet Arrêt on jugea que malgré l'indignité de la mere, & l'incapacité des parens maternels qui étoient les plus prochains en degré, la succession ne devoit pas être adjudgée au Fisc pour qui le Procureur Général du Roi la reclamoit ; mais aux parens paternels quoique éloignés *quia in his qua correptionem morum spectant*

Ces deux dernières dispositions de l'Arrêt n'ont rien qui ne soit commun au cas des secondes Noces dans l'an, & c'est ce qui paroît assez de nos observations précédentes; mais quant à la première qui prive la femme dans le cas de la malversation, tant des biens profecûts qu'aventifs des enfans du premier lit morts *ab intestat*, elle introduit une peine plus rigoureuse dans ce cas que dans l'autre: & c'est contre l'esprit & la lettre de l'Authentique *eisdem poenis. Cod. de secundis Nuptiis.*

Aussi trouve-t-on un Auteur souvent consulté, quoique rarement cité, qui insiste fortement pour l'opinion contraire, & soutient qu'il faut également dans les deux cas distinguer les biens aventifs d'avec les profecûts, & qu'il faut laisser le droit de succéder aux premiers, tant à la mere qui a malversé dans l'an, qu'à celle qui se remarie dans l'an; parce qu'à cet égard l'injure faite à la mémoire du mari ne peut fournir ni motif ni prétexte de privation.

C'est Despeisses qui parle ainsi, part. première du mariage sess. 5. n. 22. sur la fin. Il employe d'abord pour appuyer son avis des raisons générales, par exemple, que

selon le droit la mere infâme doit succeder *ab intestat* à ses enfans *si mulier sit famosa ad legitimam hereditatem liberorum admittitur* L. 3. §. 4. ff. *ad Senatus-Consult. Ter-tyll.* Or une femme qui a malversé dans l'un peut bien être regardée comme infâme *saltem infamia facti*, cette infâmie ne l'excluroit pas selon la Loi.

Despeisses observe encore que selon le Droit Romain la mere pouvoit succeder à son bâtard, le fruit de son incontinance, & qu'à plus forte raison elle doit succeder à son fils legitime, du moins quant aux biens qu'il ne tenoit pas des mains de son pere: à ces raisons un peu trop générales pour faire beaucoup d'impression, il fait succeder une preuve directe prise d'un Arrêt rendu par la Chambre de l'Edit en 1676: dans la cause de Saget & Plantiere qu'il assure avoir jugé en conformité de son avis.

Il se pourroit bien cependant que l'Auteur auroit pris cet Arrêt à contresens, puisqu'on voit qu'il prend à contresens dans ce même endroit l'Arrêt rapporté par Mr. Maynard au Livre 3. chap. 99. qui est le même que celui de Mr. Laroche, & qu'il suppose que cet Arrêt de Maynard favorise la distinction des biens *avenus* & *profec-tifs* dans le cas de la malversation, &c.

pendant c'est cet Arrêt même qui la condamne précisément.

Avant que de passer à d'autres questions, il importe de faire une observation sur celle que nous allons quitter : c'est qu'il y a divers Auteurs qui en parlant de la privation du droit de succéder *ab intestat* aux enfans du premier lit, dans le cas des secondes Noces *intra annum*, semblent limiter cette privation par l'âge, en disant toujours enfans impuberes, tel est *verbi gratia*, Maynard Liv. 3. chap. 86. & 87. comme si la peine dont il s'agit prenoit fin par la puberté : le contraire est néanmoins hors de doute. M. de Cambolas l'a remarqué au Traité des peines des secondes Noces n. 9. & l'a confirmé par un Arrêt exprès qu'on trouve dans le Livre 3. chap. 4. de ses Décisions Notables. C'est un point de Doctrine incontestable, l'on verra ci-après que la peine dont il s'agit ne prend fin par la puberté, que dans le cas du mariage contracté *post annum* par la femme qui le remarque sans avoir fait pourvoir de tuteur à ses enfans impuberes du premier lit, & c'est peut être la source de l'équivoque ou de l'erreur dans laquelle sont tombés quelques Auteurs sur notre cas bien que tout différent.

Après avoir épuisé, pour ainsi dire, tout

ce qu'il y avoit à observer concernant la succession des enfans du premier lit, il nous faut passer à une autre question importante, & qui se lie naturellement avec celle qui precede : c'est de sçavoir, si dans le cas que la mere remariée *intra annum* est privée de la succession *ab intestat* de ses enfans du premier lit, elle l'est encore de la legitime.

Nous l'avons déjà resolu pour l'affirmative en entrant dans cette matiere de privation; mais cette resolution donnée en thèse demande des explications tout comme l'article des successions que nous venons d'expliquer.

Celui de la legitime a ses difficultés & ses embarras : les Auteurs qui en ont traité ont embrouillé la matiere en confondant communement quatre cas differens. Le premier, celui des enfans du premier lit morts *ab intestat*. Le deuxième; celui dans lequel ils ont laissé des dispositions testamentaires. Le troisième, celui des secondes Noces de leur mere dans l'an. Le quatrième, celui des secondes Noces après l'an.

Commençons par le cas de la succession *ab intestat*.

La plupart des Docteurs ont observé, que selon les principes du Droit Civil la legitime tant des descendans que des as-

condans n'a lieu qu'en cas de testament ; qu'elle n'appartient qu'à ceux qui ont droit de prétendre à la succession légitime, ou *ab intestat* ; & que lorsque cette espèce de succession est ouverte, il est absurde d'admettre à la légitime ceux qui sont incapables ou indignes de la succession : telles sont les femmes qui ont convolé, ou malversé dans l'an ; & il faut convenir que c'est une difficulté notable à raisonner sur les principes. M. de Cambolas dans son Traité des peines des secondes Noces n. 11. & M. d'Olive en les Questions Notables Liv. 3. chap. 4. ont fait divers efforts pour prouver que même par le droit la légitime est quelquefois dûe *ab intestat* : & que ceux qui se trouvent exclus de la succession légitime ne sont pas toujours privés de prendre cette portion que la nature leur a assignée comme une dette favorable & privilégiée.

Le premier exemple allégué par Mr. d'Olive se voit, dit cet Auteur, en cette Loi célèbre qui a été faite pour venger le crime de leze - Majesté, où les filles du condamné à mort pour un crime si détestable, sont bien privées de la succession de leur pere : mais non pas de la légitime que

la Loi leur reserve par compassion de leur foibleſſe.

Mr. d'Olive eſt tombé dans cet endroit dans une équivoque qu'il faut démêler. Cette Loi célèbre qu'il indique en termes généraux, c'eſt la Loi *Quiſquis. Ad Legem Juliam Majeſtatis* : elle porte que tous les biens du coupable du crime de leze-Majeſté doivent être expliqués au Fiſc : c'eſt à-dire conſiſqués *bonis ejus omnibus Fiſco noſtra addictis* ; elle ajoute que les enfans mâles ſeront exclus de toutes les ſucceſſions de leur mere, de leurs ayeuls, de leurs collatéraux : même des étrangers *ut his perpetuâ egeſtate ſordentibus, ſit & mors ſolatium, & vita ſupplicium.*

Enfin elle ſe radoucit ſur le compte des filles du coupable, non pour les appeler à la legitime ſur les biens de leur pere, comme M. d'Olive l'a ſuppoſé : mais pour les déclarer capables de la recueillir ſur les biens de leur mere, ſoit à cauſe de la foibleſſe de leur ſexe, ſoit parce qu'on a moins à craindre qu'elles imitent les exemples paternels *ad filias ſane eorum*, c'eſt à dire, des coupables du crime de leze-Majeſté, *quotlibet numero fuerint, ſalcidiam tantum ex bonis matris, ſive teſtata, ſive inteſtata deceſſerit volumus*

*pervenire, ut habeant mediocrem potius filia alimoniam, quam integrum emolumentum, ac nomen heredis. Mitior enim circa eas debet esse sententia, quas pro infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus.*

Ainsi parle la Loi ramenée à sa véritable espèce ; elle fournit néanmoins la preuve qu'en vouloit extraire Mr. d'Olive : peut-être est-elle plus forte que dans le cas que M. d'Olive avoit supposé. Ce qui se prouve par ces mots *sive testa sive intestata decesserit mater* : ils font ouverture à la légitime dans le cas de la succession *ab intestat*, & de la succession laissée par une mere qui avoit droit de tester.

Le second exemple rapporté par M. d'Olive se trouve dans la premiere Nouvelle de Justinien, où le fils institué heritier par son pere ne satisfaisant point dans certains tems à sa volonté, est privé de la succession, à la reserve néanmoins de sa legitime.

Le troisieme est contenu en la Nouvelle 123. où les enfans de celui qui meurt dans le monastere sans avoir disposé de ses biens, n'ont aucune part à la succession *ab intestat* de leur pere, qui demeure acquise au Convent ; & toutefois la legitime leur est adjudgée. Il est inutile d'observer que les deux derniers exemples ne sont point reçus dans l'usage.

On pourroit fortifier les trois exemples de Mr. Dolive par un quatrième dont nous avons déjà parlé à une autre occasion ; c'est celui du tiers que l'on distrait en faveur des enfans des condamnés à mort pour autres cas que celui de leze-Majesté . ce qu'on a fondé sur la Loi *Cum ratio ff. de bonis damnatorum*. Car quoique l'usage du Royaume ait établi que la distraction qu'il y avoit à faire en ce cas étoit du tiers : il est certain que la Loi ne parle que des légitimes , *aquissimum existimatum est , eo quoque casu quo propter pœnam parentis , aufert bona damnatio , rationem haberi liberorum : ne alieno admissio graviolem pœnam lucent , quos nulla contigeret culpa , interdum in summam egestatem devoluti quod cum aliqua moderatione definiri placuit , ut qui ad Universitatem venturi erant jure successio- nis , ex ea portiones concessas haberent.*

Ces termes, *portiones concessas*, sont évidemment les légitimes des enfans. Mr. de Cambolas au lieu cité , a ramassé aussi quelques exemples dans le Droit pour justifier que quelquefois on accorde la légitime à ceux qui ne peuvent succéder ; & tant lui que Mr. Dolive présentent beaucoup sur un autre exemple pris hors du Droit , mais autorisé par nos mœurs.

C'est celui de la mere, qui par la Coutume de Toulouse est excluë de la succession de ses enfans, laquelle est devoluë à leurs agnats, ou plus proches parens *ex parte patris*: & néanmoins les Arrêts de ce Parlement lui accordent incontestablement la légitime sur les biens regis par cette Coutume, qui n'excedent pas les limites de la Ville & Gardiage: sans préjudice de l'observation du Droit commun à l'égard des biens situés hors du district de la Coutume, ainsi qu'on peut voir dans Mr. Maynard, Liv. 2. ch. 84. Mr. Laroche *in verbo Successions ab intestat*, Liv. 3. tit. 6. Arrêt 3. & 4.

Après avoir aplani cette difficulté & démontré que la légitime peut être accordée à ceux qui n'ont pas droit de succéder *ab intestat*, les Auteurs entrent dans quelque détail des questions qui naissent de ce sujet

Mr. de Cambolas veut, par exemple, qu'on donne la légitime à la mere même remariée dans l'an: ce qui ne peut s'entendre que sur les biens adventifs, & si c'est après l'an qu'elle s'est remariée, elle a selon lui la légitime en usufruit sur les biens profectifs & en pleine propriété sur les adventifs: encore s'il faut l'en croire, la légitime

gème est-elle dûë en ce cas en pleine propriété sur les biens profectifs, si l'enfant du premier lit n'en a pas laissé d'un autre nature, ce qu'il autorise par l'avis de *Joannes de Ripa* sur le §. *illud* de la Loi *Fœmine*, *Cod. de secundis Nuptiis* & de *Faquinæus Lib. 3. controversiarum cap. 63.* Il rapporte cependant tout de suite un Arrêt rendu au Parlement de Toulouse le 30. Mars 1628. par lequel il fut jugé que le pere remarié n'avoit point de légitime sur les biens de ses enfans, parce que les enfans n'avoient que des biens profectifs, ou provenans de la dot de leur mere; lesquels furent adjugés en entier au fils survivant sans aucune distraction au profit des créanciers du pere pour la légitime sur les biens desdits enfans décedés. L'usufruit qui leur est accordé par la Nouvelle 118. au Chapitre 2. tenant lieu de propriété: *Joannes de Garonibus* dans son *Traité de secundis Nuptiis* est de cet avis.

Il faut observer en cet endroit, que le pere qui se remarie *quocumque tempore* n'est soumis qu'aux peines des femmes qui se remarient après l'an: ainsi qu'on le verra ci-après dans le troisième Chapitre de ce Traité. Ainsi l'Arrêt rapporté par Mr. de Cambolas peut être considéré comme

s'il eût été rendu contre une femme remariée après l'an.

Là-dessus on peut reconnoître que l'Auteur parle confusément du cas des secondes Noces dans l'an ou après l'an, & qu'il ne distingue pas si ce qu'il affirme au sujet de la légitime doit être entendu dans le cas de la succession testamentaire, ou de la succession *ab intestat*.

Quant à nous, en distinguant ces cas, il nous a paru que lorsqu'il s'agit d'une femme remariée dans l'an, dont les enfans du premier lit, ou quelqu'un d'eux sont morts *ab intestat*, il n'y a rien à prétendre pour elle sur leurs biens profectifs, ni à titre de succession, ni à titre de légitime. Mr. Maynard en rapporte des Arrêts très-exprès au Livre 3. ch. 87. & 88. Il fut même jugé par l'un de ces Arrêts, que quoique la substitution compendieuse qui renferme la pupillaire expresse, du moins en termes généraux, n'exclue pas la mere de la légitime, elle en demeureroit néanmoins exclue dans le cas des secondes Noces *intra annum luctus*.

Mr. de La Roche *in verbo* Mariage, Liv. 2. Tit. 4. Art. 6. rapporte un Arrêt tout pareil à ceux de Mr. Maynard; c'est même apparemment un des siens, & nous

Troyons cette doctrine incontestable dans le cas que nous traitons eu égard aux biens profectifs ; car quand aux biens adventifs , la question de sçavoir si la mere remariée *intra annum luctus* y a sa légitime lorsqu'il s'agit d'une succession *ab intestat* , est entièrement oiseuse : puisque ainsi que nous l'avons déjà dit , la femme peut succéder à cette espèce de biens , quoiqu'elle convole à des secondes Noces dans l'an.

Mr. Dolive au Livre 3. chap. 4. de ses Questions Notables rapporte le même Arrêt dont nous avons déjà parlé sur la foi de Mr. de Cambolas , par lequel il fut jugé que le pere remarié , ou les créanciers qui exerçoient les droits n'avoient point de légitime à prétendre sur les biens profectifs des enfans du premier lit décedés *ab intestat* ; & comme les peines des maris qui se remarient *quocumque tempore* , sont à cet égard les mêmes que celles des femmes remariées après l'an , ainsi que nous l'avons observé , il semble qu'on peut conclure de cet Arrêt , & des raisons sur lesquelles Mr. Dolive l'a docement appuyé , que la femme remariée après l'an n'a pas de légitime à prétendre non plus que celle qui s'est remariée dans l'an , sur les biens profectifs des enfans du

premier lit morts sans disposer. Et c'est aussi notre sentiment du moins, lorsque la femme remariée après l'an combat contre d'autres enfans, freres ou sœurs du défunt: circonstance qui est indifférente pour exclure les femmes qui ont convolé dans l'an de deuil, ainsi qu'il est suffisamment établi par nos observations précédentes.

Voilà donc trois des cas qui s'offrent en cette matière suffisamment fixés & déterminés, puisque nous avons vu que la femme remariée dans l'an, ni celle qui l'est après l'an, n'ont point de légitime à prétendre sur les biens profecifs de leurs enfans, lorsqu'il s'agit de leur succession *ab intestat*.

Il faut présentement examiner ce qu'il y a lieu de résoudre dans le quatrième cas; c'est-à-dire, lorsque les enfans du premier lit ont disposé de leur succession par Testament. Mr. Dolive a fort bien distingué cette espèce d'avec celle de la succession *ab intestat*; c'est au Livre 3. de ses Questions Notables, ch. 7. quoique du reste il n'ait pas distingué assez nettement si les femmes dont il parle l'étoient dans l'an ou après l'an. La question que l'Auteur propose est conçûe en ces termes. Si les meres remariées ont droit de légi-

ne sur les biens profectifs de leurs enfans du premier lit qui ont fait testament.

Il convient d'abord que les meres remariées ont sans difficulté droit de légitime sur les biens adventifs des enfans du premier lit dans le cas de la succession testamentaire. Et cette resolution est en regle ; car puisque les femmes remariées *quoquo tempore* ont droit de succeder *ab intestat* à leurs enfans du premier lit quant aux biens adventifs, ainsi que nous l'avons ci-devant prouvé, il est juste qu'elles aient leur légitime sur ces mêmes biens dans le cas de la succession testamentaire, & les privilèges des ascendans leur sont à cet égard incontestablement conservés.

Faut-il leur donner le même avantage sur les biens profectifs ? Les raisons qui s'y opposent semblent insurmontables. En effet si l'on jette les yeux sur la Loi *Fæmine 3. §. illud, Cod. de secundis Nuptiis*, & sur la Loi *Mater, Cod. ad Senatus-Consult. Tertull.* on trouve que les femmes remariées sont exclues non-seulement de la succession *ab intestat* de leurs enfans, du moins quant à la propriété des biens provenant du chef de leur pere : mais encore de leur succession testamentaire.

Il est vrai que l'Empereur Justinien par

la seconde de ses Nouvelles leur a ouvert la porte aux successions légitimes & testamentaires que les Loix leur avoient fermée : & de plus les a mises en droit d'impugner les testamens de leurs enfans , où elles se trouveroient omises , ou injustement exheredées.

Mais depuis par une Nouvelle postérieure qui est la vingt-deuxième se repentant de cette indulgence , il a repris la sévérité de l'ancien Droit qui les excluait de la succession *ab intestat* pour la propriété des biens profectifs ; & pour ce qui regarde la succession testamentaire relâchant quelque chose de l'ancienne rigueur . il leur a bien permis de recueillir lorsqu'elle leur est déférée par la volonté de leurs enfans : mais en leur confirmant cette grace qu'il leur avoit auparavant accordée contre les anciennes Loix , il ne passe pas au-delà & ne fait point mention de la faculté que la Nouvelle 2. leur avoit accordée de réclamer contre le testament de leurs enfans , en cas de préterition ; ainsi puisque la clause attributive de ce Droit ne se trouve point répétée dans la Nouvelle 22. il faut croire qu'elle a été omise à dessein pour priver les femmes de l'avantage qu'elle leur donnoit. On justifie ce semble que

Il n'a été le dessein du Législateur non-seulement par l'omission de cette clause qui étoit trop importante pour être négligée : mais encore des propres paroles du Texte en deux divers endroits.

Dans l'un, l'Empereur ramenant la raison pour laquelle il veut que les femmes remariées puissent être instituées héritières par leurs enfans : il est dit que c'est parce que son intention est que les volontés des mourans soient par tout observées & entretenues, *quia ubique custodire volumus morientium voluntates*. Ce n'est donc pas en considération des meres que cette faculté leur est accordée. Le motif de cette concession doit être rapporté à la faveur des testamens que les Loix ont eu toujours en singulière recommandation.

En l'autre endroit, Justinien parlant de cette succession testamentaire, dit que les meres peuvent être instituées héritières par leurs enfans *sicut quilibet extraneorum* : clause qui fait voir que les femmes ayant convolé à des secondes Noces ne sont considérées par l'Empereur dans les testamens de leurs enfans que comme des personnes étrangères qui conséquemment ne sont pas en droit de former aucune plainte contre les dernières dispositions.

A ces raisons pressantes, Mr. Dolive en a ajouté une autre qui servira à nous faire comprendre de quelles femmes remariées l'Arrêt qu'il rapporte doit être entendu ; car il ne s'est pas donné la peine de s'expliquer lui-même. Il paroît impossible, dit ce Magistrat, d'accorder aux meres remariées aucune légitime sur les biens profectifs de leurs enfans. Ce qui seul rendroit leur plainte sans fondement ; car la légitime se réglant suivant la succession *ab intestat*, & les meres remariées n'ayant que l'usufruit des biens profectifs en cette succession (ces termes doivent être observés,) il s'ensuit qu'en cas de testament elles ne pourroient avoir pour leurs légittimes qu'une portion de cet usufruit, ce qui ne sçauroit comparer avec la condition de ce droit de nature qui se prend de la substance du défunt, & non des fruits de l'héritié.

Nonobstant toutes ces considérations l'opinion contraire a prévalu, & l'on a jugé que la mere remariée avoit dans le cas de la succession testamentaire une légitime à prétendre sur les biens profectifs de ses enfans du premier lit, laquelle consiste en l'usufruit de la portion que les Loix accordent ; & l'on a jugé de plus que les meres

qui ont convolé peuvent en cas de préterition, ou d'exhérédacion injuste attaquer les dispositions des enfans de leur premier mariage. Mr. Doliye assure même que l'opinion autorisée par l'Arrêt est vraisemblable, il en donne diverses raisons : nous nous contenterons d'en rapporter deux.

La première, que la Nouvelle 2. qui adjuge à la mere remariée la légitime sur les biens profectifs de ses enfans du premier lit en cas de testament, & qui lui permet de l'impugner si son droit ne lui a pas été conservé, ne se trouve pas corrigée expressément en ce point par la Nouvelle 22. & qu'il est contre la regle qu'on en puisse induire la correction par argument & par conjectures : les corrections des Loix établies devant être expressees, singulièrement en matière pénale, & lorsqu'il s'agit d'emporter un droit de nature sous prétexte de secondes Noces, qui ne sont jamais aussi odieuses que la légitime est favorable.

La seconde raison est, que quoique la mere nonobstant le second mariage ne laisse pas de succeder à son fils *ab intestat* en usufruit des biens profectifs, il s'ensuit qu'en cas de testament, elle doit avoir quelque portion en cet usufruit qui lui tiens

lieu de légitime étant certain que ce droit de nupte se règle selon la succession *ab intestat*, vû qu'elle n'en est qu'une partie taxée par la Loi.

Cette reflexion & les termes précédens du Texte de l'Auteur que nous vous avons fait observer, prouvent nettement que la décision rapportée par Mr. Dolive, ne doit & ne peut être entendue que des femmes remariées après l'an, qui véritablement succèdent à leurs enfans du premier lit en leurs biens profectifs quant à l'usufruit seulement, au lieu que celles qui se sont remariées dans l'an sont privées à cet égard de toute succession tant en usufruit qu'en propriété : ainsi que nous l'avons prouvé ci-devant, & conséquemment elles n'ont point de légitime à prétendre selon les propres principes de l'Auteur, sur cette espèce de biens dans le cas de la succession testamentaire. S'il étoit permis de l'entendre autrement il en résulteroit cette absurdité, que la femme qui a convolé dans l'an acqueroit sans qu'il y eût rien de sa part, & par le seul fait d'autrui, on veut dire par le testament de ses enfans du premier lit, un droit qu'elle n'auroit pas eu si ces mêmes enfans étoient morts *ab intestat*.

Nous venons de voir que les meres préterites peuvent dans l'espèce préalléguée attaquer les dispositions de leurs enfans du premier lit : & M. d'Olive dans le Chap. 8. qui suit immédiatement le précédent, demande comment elles doivent les attaquer, si c'est par la voye de nullité ou par la querelle d'inosseiosité ? Il fait là-dessus divers raisonnemens qu'il est assez inutile de rapporter, parce que de son aveu ces deux moyens reviennent au même dans l'usage, & qu'il convient que par l'une & par l'autre le testament n'est déclaré nul que quant à l'institution, les autres dispositions demeurant en leur entier.

Encore faut-il observer avec ce Magistrat, que si le Testateur s'est servi de la clause codicillaire, l'institution elle-même quoique annullée *summo jure* se soutient obliquement & *jure fideicommissi*.

Ainsi, dit-il, la mere préterite fait bien casser le testament de son fils, quant à l'institution, mais en recevant son hérité d'une main comme la plus proche, elle est obligée de la rendre de l'autre à celui que son fils a voulu être son héritier, en retenant néanmoins devers soi la légitime sans distraction de Quarte-Trebellianique.

Ce qui a lieu, ajoute-t-il, quant à la propriété des biens profectifs pour les veuves, & quant au seul usufruit pour les femmes remariées : ce qu'il faut entendre *post annum*. Il le justifie par un Arrêt solennel, & l'on peut ajouter ce qu'il dit concernant la détraction de la légitime ou de la Quarte Trebellianique, car la mere auroit l'obtention de l'une de deux, par les observations qu'on trouve à ce sujet dans *Benedicti ad c. 17. Reynstius in verba eodem testamento*, n. 343. dans *Faber de erroribus pragmaticorum decad. 20. errore 8.* dans *Guipape & Ferriere*, quest. 513, & dans *Maynard*, Liv. 5. chap. 11.

Il faut remarquer au sujet de cette dernière citation qu'il y est attesté par *Mr. Maynard* que la préterition de la mere remariée ne fait point de brèche au testament du fils, & que la question fut ainsi jugée par un Arrêt qu'il rapporte. Nous en avons parlé ci-devant, & nous vous avons fait observer que cet Arrêt de préjugé ne devoit être entendu que des femmes remariées dans l'an, & dont les enfans ne laissoient que des biens profectifs. *M. d'Olive* dans le Chapitre 7. dont nous avons déjà parlé, trouvant que cet Arrêt étoit contraire à la doctrine qu'il venoit

Ne rapporter, a dit qu'on ne devoit pas s'y arrêter, & que la Jurisprudence étoit contraire; mais cette contrariété apparente s'évanouit en renfermant l'Arrêt de M<sup>r</sup> Maynard dans sa véritable espece.

Nous voilà donc fixés dans les cas dans lesquels les meres peuvent prétendre la legitime sur les biens de leurs enfans; & sur les voyes qu'elles ont à prendre en cas de préterition; mais quelle doit être la quotité de cette legitime? C'est une grande difficulté parmi les Docteurs de l'Ecole, & c'en a été une seconde autrefois dans les Tribunaux.

M. d'Olive, qui donne toutes les lumières sur ce point important de Jurisprudence au Livre 3. de ses Questions Notables, ch. 9. observe qu'une des Questions qui a le plus agité les Docteurs en cette matiere, est celle de la quotité de la legitime due à la mere, soit qu'elle ait resté veuve ou qu'elle ait passé à des secondes Noces après l'an. Balde a crû qu'elle étoit un troisième de tous & chacuns les biens de son fils *tertia totius*. Et Barthole au contraire que c'étoit un troisième de la portion qu'elle auroit eue *ab intestat*. *Tertia tertia*.

Les raisons de l'un & de l'autre paroissent également spécieuses; il seroit trop

long de les rapporter ici : on peut les voir dans le Livre même. M. d'Olive, après les avoir expliquées avec beaucoup de force & de netteté, ajoute que sur le conflit des opinions de ces Grands Maîtres de l'Ecole qui avoient partagé & engagé dans leur querelle l'autorité des plus célèbres Jurisconsultes, le Parlement de Toulouse avoit introduit une distinction prise des sources de l'équité.

Cette distinction porte que si le défunt n'a pas laissé des frères ou des sœurs, ou si en ayant laissé il les a abandonnés pour apporter son héritage à des personnes étrangères, en ce cas parce que la faveur de la mère qui est fort considérée dans le Droit, n'est pas contrebalancée par l'intérêt de ses enfans, auxquels au contraire il importe de grossir les droits d'une personne qui leur est si chère, & de qui les biens leur doivent vraisemblablement échoir un jour, selon le vœu de la nature, en ce cas, dis-je, la légitime de la mère est déclarée être la troisième partie de tous les biens suivant l'opinion de Balde.

Mais si les frères ou l'un d'eux, ce qu'il faut entendre également des sœurs, se trouvent institués par le défunt en cette rencontre, où il s'agit véritablement de l'intérêt

Des enfans qui sont extrêmement favorables; le légitime de la mere n'est que de la troisième partie de ce qu'elle auroit recueilli *ab intestat*, suivant l'opinion de Bartole, c'est-à-dire *tertia tertia*. L'Auteur rapporte divers Arrêts confirmatifs de cette distinction dans l'un & dans l'autre cas.

Ce sujet n'est pas épuisé, M. d'Olive se continuë au Chapitre 10. du même Livre sur la quotité de la legitime qui appartient à la mere; il se presente, dit-il, un nouveau cas tout different de celui qui precede, quoique les Interprètes le confondent: qui est lorsque le fils qui a été institué heritier par le pere est chargé de substitution, en cas de décès sans enfans, ce qui caractérise la substitution compendieuse, vient à mourir en pupillarité, laissant à lui sa mere survivante.

Comment doit être réglée dans cette espece la legitime que les Arrêts adjugent à la mere malgré la force de la substitution compendieuse qui comprend la pupillaire expresse en termes généraux? Sera ce la troisième partie de tous les biens du Testateur, ou la troisième des biens propres de pupille qui ne consistent, s'il n'a des biens adventifs, qu'en sa legitime, & par conséquent en la troisième partie des biens

de son père. En un mot, pour parler avec les Docteurs, la demande dans cette espece se resout à ce point : sçavoir *an legitima matris, sit tertia totius, vel tertia tertia.*

Il y a des raisons de part & d'autre, & sans les rapporter ici il suffit d'observer que la question dont s'agit a trouvé sa resolution tout comme la précédente dans les sentimens de l'équité naturelle, qui faisant différence des enfans & des étrangers a grossi ou diminué la legitime de la mere, suivant la qualité des substitués.

Car lorsque le substitué est des descendans de celui qui a fait la substitution compendieuse à son fils impubere, en ce cas, vu la faveur des enfans qui a toujours été de très-grande recommandation dans le Droit, la legitime de la mere n'est qu'un tiers de la troisième, *tertia tertia*; mais si le substitué est étranger, alors cessant la faveur des enfans, la legitime de la mere est le tiers de tous les biens du défunt testateur. Et non-seulement la mere a cet avantage dans le cas dont s'agit; mais de plus elle prend du chef de son fils la Trebellianique, comme s'il s'agissoit d'un fideicommiss à tous les biens adventifs, s'il en a laissé.

M. d'Olive assure à ce sujet que le Parlement de Toulouse touché de compassion

Des soins & travaux maternels que les Loix, suivant les mouvemens de la nature, ont toujours fort considerez, a usé d'un grand passe-droit en faveur des meres ayant en leur consideration fléchi & recourbé par une benigne interpretation une substitution directe, & fait passer en maxime parmi nous, que *substitutio compendiosa, matre in medio existente, omni tempore est sicut commissa quando substitutus non est ex liberis*. Ce qui a été ainsi jugé par les Arrêts, & doit avoir lieu selon le témoignage de l'Auteur, encore que la mere ait passé à des secondes Noces: ce qu'il faut entendre quand ç'a été après l'an.

Il nous reste à présent à parler d'une dernière peine que les Arrêts ont introduit contre femmes qui se remarient dans l'an; c'est qu'elles sont privées du droit d'être entre leurs enfans, celui qui doit recueillir les biens de leur pere, suivant le pouvoir que le défunt leur avoit donné. C'est M. de Catellan qui l'atteste au Livre 4. chap. 14. de ses Arrêts.

Il y a des raisons qui semblent s'opposer à cette décision: le droit d'élection dont il s'agit est conservé, par exemple, par le deportat, & par le bannissement *L. cum pater §. hereditatem ff. de legatis. 2. L. ex factis*

*ff. ad Trebell.* ce qui semble conclure à *fortiori* pour la femme remariée dans l'an; cependant le contraire a prévalu, & c'est une nouvelle preuve de la severité du Parlement de Toulouse en cette matiere.

Du reste, cette décision ne s'étend pas aux femmes remariées après l'an, & celles-ci conservent, sans contredit, malgré leurs secondes Nôces la faculté d'élire. M. de Carellan l'atteste au même endroit, & cette résolution est en regle; car puisque la femme qui n'a convolé qu'après l'an, conserve l'usufruit de tout ce qu'elle tient par la disposition de son mari, ainsi que nous l'expliquerons plus amplement dans le Chapitre suivant, elle doit conséquemment avoir la jouissance du droit d'élire que son mari lui a laissé.

Le même Auteur observe que la condition de viduité apposée à l'institution de la femme ne la prive pas, quoique remariée; c'est-à-dire *post annum*, du droit d'élection à elle donné par le mari défunt; parce que cette condition ne tombe que sur l'institution & non pas sur l'élection.

Mais ces peines ont-elles lieu quoique la femme ne se remarie qu'après les neuf ou dix mois, ou même bien avant dans le onzième; & faut-il pour les faire cesser que

Les douze mois à compter du jour de la mort du mari, c'est-à-dire l'an entier soit accompli, *naturaliter*, & *de momento ad momentum* avant les secondes Noces ?

Cette question n'est pas sans difficulté ; elle a partagé les Docteurs & les Arrêts. Nous allons expliquer ce qu'on allegue de part & d'autre, & marquer quel est actuellement l'usage le plus constant & le plus assuré.

Ceux qui n'exigent pas que l'année soit complete, & revolüe pour affranchir les femmes des peines des secondes Noces *intra annum*, représentent que les Loix les ont principalement introduites *propter metum turbationis sanguinis* ; car si une femme pouvoit se remarier impunement quelques jours, ou même un mois ou deux après la mort de son mari, & qu'elle vînt à s'accoucher au neuvième ou dixième mois qui sont les termes ordinaires de la grossesse, on seroit en peine à quels des deux maris il faudroit assigner le nouveau né, & cela jetteroit un désordre inconcevable dans les successions. Or il est évident que cette raison cesse lorsque la femme ne se remarie qu'après le neuvième mois, ou du moins après le dixième, &

beaucoup plus encore quand c'est dans le onzième.

O, fortifie cette considération en observant que l'année n'étoit autrefois que de dix mois, que Romulus l'avoit fixée à ce terme, & que c'étoit aussi le terme de deux des mois. Ovide le témoigne dans les Fastes.

..... *Romulus anno*

*Constituit menses quinque bis esse suos*

Il est vrai que Numa augmenta cette année de deux mois. mais le deuil des femmes demeura toujours malgré cette augmentation fixé à son ancien terme; & l'on en trouve diverses preuves dans les Auteurs, notamment dans Plinè & dans Senèque.

Cette façon de penser se trouve autoi-  
sée par un Arrêt rendu après partage, &  
rapporté par M. Maynard Liv. 3. ch. 93.  
selon lequel une femme qui se trouva re-  
mariée onze jours avant les douze mois  
accomplis fut affranchie des peines des se-  
condes Nôces *intra annum*. M. d'Olive a  
applaudi à cette décision au Livre 3. chap.  
32. sur la fin, & M. de Cambolas l'a aussi

applaudit dans son Traité des secondes Noces.

Les raisons de l'avis contraire paroissent supérieures ; on convient de l'ancienne durée de l'année , & que le deuil n'étoit autrefois que de dix mois ; mais aussi il faut convenir que ce terme a été prorogé à douze qui est l'accomplissement de l'année entière , par les Empereurs Chrétiens. Ce point de fait est prouvé par la Loi 2. *Cod. de secundis Nuptiis* qui est des Empereurs Valentinien, Gracien & Theodose. *Parvum enim tempus, disent-ils, post decem menses, servandum adjicimus*, c'est le temps de deux mois ajouté à celui de dix ; & puisque la Loi le trouve si peu considérable , il est évident qu'elle veut qu'on l'accomplisse à la rigueur.

Car ce n'est pas en cette matière qu'on peut s'aider de la maxime employée par les partisans du premier avis, que *annus incarpus pro completo habetur* ; cette maxime n'ayant lieu que dans les choses favorables & non dans les odieuses , telles que sont les secondes Noces.

Ce n'est pas aussi par la seule crainte de *turbationis sanguinis* que les Législateurs se sont déterminés à infliger des peines dans le cas des secondes Noces *intra annum* ;

c'est principalement par la considération de l'honnêteté publique & des bonnes mœurs qui ne scauroient autoriser des Noces si précipitées, & si suspectes d'incontinence, ce qui fait tomber la principale raison des défenseurs du premier avis.

Enfin l'Arrêt de M. Maynard est unique, rendu après partage, & au très-grand regret de la plupart des Juges, ainsi que l'Auteur le témoigne lui-même; au lieu que l'opinion contraire conforme à la Loi & aux regles est autorisée par trois Arrêts très-expres: les deux premiers sont rapportés par M. Laroche Liv. 2. *in verbo Marriage*, tit. 14. art. 11. & art. 27.

L'un est dans le cas d'un second mariage contracté après les dix mois passés, & par conséquent hors de la crainte *impedimentis sanguinis*. Par l'autre il fut jugé que la femme qui s'étoit remariée un jour seulement avant l'an revolu & expiré étoit sujette aux peines des secondes Noces *intra annum*.

Enfin M. de Catellan Liv. 4. ch. 71. en rapporte un troisième plus moderne, qui a jugé la même chose dans le cas d'un second mariage anticipé de deux jours seulement, & telle est la bonne & saine Jurisprudence, telle qu'on l'observe à Challos-

ment, & sur laquelle on ne scauroit aujourd'hui élever aucune difficulté après ces décisions réitérées.

S'il falloit des nouvelles preuves sur ce point, les décisions qui suivent les fourniroient. On juge, par exemple, que les peines dont il s'agit ont lieu bien que la veuve qui s'est remariée dans l'an n'ait point d'enfans & n'en ait jamais eu, & qu'elle soit si avancée en âge qu'elle soit hors d'espérance d'en avoir aucun. Expilly, Plaidoyer 38. On n'a pourtant pas à craindre dans ce cas la confusion & le mélange du sang, sur quoi on peut s'aider encore de l'Arrêt de Provence rapporté par du Vair. Nous en avons parlé ci-devant; c'est le cinquième & dernier.

Les mêmes peines ont lieu pareillement contre la femme qui se remarie dans l'an, bien que ce soit après avoir accouché depuis la mort de son mari, ce qui fait cesser *omnem metum turbationis sanguinis*. Cujas *ad Novel.* 22. *Gregorius Tolosanus in sintag. Juris Universi* Liv. 9. chap. 16. n. 19. Mr. de Cambolas dans son Traité des peines des secondes Noces n. 13.

Quoique cette résolution soit certaine, il y a divers Auteurs contraires, & ce n'est pas merveille; il en arrive presque autans

sur tous les points ; mais ce qu'il y a de plus fort, c'est que la Loi elle-même paroît l'être. *Pomponius*, *eam que intra tempus legitimum partum ediderit, putat, statim posse se Nuptiis collocare.* Ainsi parle la Loi *liberorum. l. 1. §. 2. ff. de his qui notantur infamia.* Mais on élude communément ce Texte en supposant qu'il ne doit avoir lieu que lorsque le mari est tel qu'il ne doit pas être pleuré. Ce que nous expliquerons ci-après ; & il faut convenir que se trouvant placé entre deux Paragraphes qui parlent de cette sorte de maris, on peut présumer sans peine que l'intermédiaire tombe sur la même matière ; quoiqu'il en puisse être la décision qu'on a rapportée est du moins sûre & constante.

On en usoit autrement à Rome dans le tems du divorce : & lorsqu'il étoit permis de resoudre par ce moyen les liens du mariage, la femme repudiée pouvoit se remariet l'instant après, pourveu qu'elle ne fût point enceinte. *Cujas Lib. 6. obser. cap. 32.* & si elle l'étoit, elle le pouvoit d'abord après ses couches. *Cujas ad Nov. 32.*

La raison de la différence du cas de la repudiation d'avec celui de la resolution du mariage par mort se présente naturellement

ment,

ntent. Dans l'un & dans l'autre cas il faut éviter le péril de la confusion du sang ; mais dans celui du divorce la femme remariée n'est pas obligée d'honorer par un si long veuvage la mémoire du premier mari vivant qui n'a pas voulu d'elle ; au lieu qu'elle le doit dans l'autre , puisque c'est la mort & non la volonté du mari qui a brisé les liens du mariage.

Ce que l'on vient de dire au sujet du divorce ne sauroit être d'aucun usage parmi nous , quant au divorce même , parce qu'il est abrogé comme contraire à l'Évangile. Mais il fournit des argumens de comparaison pour le cas où le mariage est déclaré non valablement contracté, soit pour cause d'impuissance , ou à raison de quelque autre empêchement porté par les Constitutions Canoniques , ou par les Ordonnances de nos Rois ; car il est évident que dans ce cas la femme qui cesse d'être mariée peut convoler à des Noces plus effectives ou plus régulières , de la même manière que dans le cas du divorce , & sous les mêmes distinctions que l'on a fait sur ce cas.

Les peines dont il s'agit ont lieu non pas contre les femmes qui fiancent dans l'an par paroles de futur : mais bien com-

tre celles qui fiancent dans l'an par paroles de présent, parce que c'est un vrai mariage.

Le premier cas est résolu par les Loix 9. & 10. ff. de his qui notantur infamia. *Sponsi nullus luctus est. Qua virum eluges intra id tempus, sponsam fuisse non nocet.* Maynard Liv. 3. ch. 96.

Le second qui est celui des fiançailles par parole de présent est décidé par différens Auteurs, & notamment par Mr. Maynard au lieu qui vient d'être cité, & par Mr. d'Olive, Liv. 3. ch. 5. & l'on en a dit la raison: c'est un mariage.

Cette espèce de mariage qui approche bien fort de celui que nous appellons clandestin étoit très-ordinaire avec l'Ordonnance de Blois qui en ordonnant la publication des Bans a rendu les mariages publics, & les preuves des mariages aisées, celles des fiançailles par parole de présent ne l'étant pas Mr. Maynard témoigne Livre 3. Chap. 96. qu'on permettoit de les justifier par témoins; on le permettoit encore quant aux mariages clandestins, car c'est à peu près la même chose. Mais aujourd'hui sans s'embarrasser s'il y a eu mariage ou non, on demanderoit d'être reçu à la preuve de la malversation; ce qu'on

accorde non-seulement aux parens collatéraux du mari, mais encore aux enfans du premier lit qui peuvent l'opposer à leur mere *excipiendo*. Graverol sur Laroche *in verbo Succession ab intestat*, art. premier.

Les peines dont il s'agit ont lieu bien que le mariage contracté dans l'an *per verba de presenti*, ou autrement d'une manière plus solennelle, n'ait pas été consommé; ce qui le prouve, c'est que la veuve en ce cas est obligée de pleurer son mari; c'est-à-dire, de s'abstenir d'un nouveau mariage pendant le tems légal; c'est la Loi 6. ff. *de ritu Nuptiarum* qui fournit cette décision. *Denique Cinna scribit*, dit-elle, *eum qui absentem accipit uxorem: deinde rediens ad cenam juxta taberim perisset, ab uxore legendum responsum est*. Et la raison en est que *nuptias non concubitus, sed consensus facit*. Ainsi que l'apprend la regle de Droit: ce qui est confirmé par Mr. Maynard au lieu ci-dessus cité.

Les résolutions ou décisions qu'on vient de rapporter reçoivent leur exécution, bien que la femme avant que de se marier eût traité des peines dont s'agit avec les plus proches parens de son mari; car nonobstant

ce traité lesdites peines ont lieu au profit des parens du mari autres que ceux qui ont transgred.

Il en seroit de même quand le pere du premier mari eût permis à sa veuve de se remarier dans l'an de deuil ; qui plus est quand le mari eût permis à sa femme de se remarier quand elle voudroit , qu'il lui eût fait un legs pour qu'elle trouvât un parti plus avantageux , ce qui a lieu pareillement quand le mari eût permis nommément à sa femme de se remarier dans l'année de deuil.

On peut voir sur toutes ces questions & qui approchent si fort les unes des autres , Boërius décision 185. n. 26. Grassus §. *Successio ab intestato* question 17. n. 26. Barry de *successionib.* Liv. 18. ch. 1. n. 14. Benedictus sur le Chap. *Reynut. in verbo qui cum alia.* n. 194. Maynard Liv. 3. ch. 95. & Liv. 6. ch. 17. Charondas en ses Réponses , Liv. 5. ch. 164. Cambolas Traité des peines des secondes Noces n. 84. & Dolive Liv. 3. ch. 16.

La raison de toutes ces décisions est que le second mariage contracté précipitamment *intra legales inducias*, n'offense pas seulement la mémoire du défunt , & de tous les parens , ce qui fait qu'ils ne peu-

ent se préjudicier l'un à l'autre , mais qu'elle blesse encore l'honnêteté publique & les bonnes mœurs. Or des particuliers ne peuvent jamais remettre cette dernière offense : *quia jus publicum privatorum pacis mutari , seu ladi non potest. Leg. jus publicum. 38. ff. de pactis.*

Les peines dont est question ne sont pas remises , quoique la femme qui s'est remariée *intra annum* fût mineure , & qu'elle eût pris des Lettres à fin de restitution entier ; la raison est toute simple : c'est que *in delictis minores non restituntur*. Maynard Liv. 3. ch. 91. Duranty question 57. Laroche Liv. 6. *in verbo* Dot , tit. 41. art. 4. Liv. 2. *in verbo* Mariage , tit. 4. art. 11. lequel devient contraire à lui-même dans l'art. 28. du même titre : ainsi que Graverol l'a observé.

Mais il ne faut point se mettre en peine de cette contradiction , ou de cette inadvertance , & la résolution qu'on a rapportée est constante & certaine.

Mais il est également certain que la femme qui se remarie *post annum* : mais sans avoir fait pourvoir de tuteur à ses enfans ( ce qui la met de niveau avec la femme remariée *intra annum* ) est restituée en entier , si elle étoit mineure , & elle est déchargée :

des peines des secondes Nôces dans l'an ,  
celles d'après l'an demeurant dans leur en-  
tier.

Cette décision est expresse dans la Loi  
2. Cod. *si adversus delictum. Licet in de-  
lictis a tate neminem excusari constet : ma-  
ximi tamen qua filiis tutorem a tatis lubrica  
lapsa non petit , eorum minimè denegari  
successionem convenit.*

Cette décision est autorisée par les Ar-  
rêts ainsi que les Compilateurs l'ont ob-  
servé , Maynard , Liv. 3. ch. 91. Cambor-  
las , Traité des secondes Nôces , n. 10. &  
dans ses Décisions Notables , Liv. 6. ch.  
43. & Laroche , Liv. 2. *verbo* Mineur , tit.  
9. art. 2.

Cependant ce cas ci & celui du second  
mariage contracté dans l'an par la femme  
mineure paroissent à peu près les mêmes ;  
d'où vient donc que la décision est si dif-  
férente ?

Mr. Maynard en a donné la raison , Liv.  
3. ch. 91. C'est que la femme mineure  
qui se remarie après l'an , *non petitis tuto-  
ribus* , ne fait qu'une faute d'omission , au  
lieu que celle qui se remarie dans l'an  
fait une faute de commission. Le premier  
cas , dit-il , est un délit *in omittendo* ; &  
le second , est un délit *in committendo* &

*quidem turpiter , & contra bonos mores.*  
Voilà le motif de toutes les décisions pré-  
alleguées.

On tient communément , & c'est la  
bonne doctrine que les mêmes peines ont  
lieu , bien que la femme remariée dans l'an  
fût non-seulement moindre : mais qu'elle  
fût d'ailleurs sous la puissance de son pere ,  
& que par-là elle puisse s'excuser non-seu-  
lement sur son âge , mais encore sur l'o-  
béissance qu'elle devoit à son pere qui  
avoit voulu précipiter ce second engage-  
ment.

Ce qui semble faire contre cet avis  
qui n'est autorisé d'ailleurs par aucun Ar-  
rêt formel ; c'est que par la Loi pre-  
mière de *his qui notantur infamiâ* , le  
pere seul qui avoit sa fille en sa puissance  
étoit noté d'infâmie pour l'avoir rema-  
riée dans l'an du deuil : la fille n'y étoit  
pour rien , parce que l'obéissance qu'elle  
rendoit à son pere lui fournissoit une ex-  
cuse que le Droit a approuvé. *Leg. qui  
jussu ff. eod.*

Néanmoins on estime que la Loi ne la  
déchargeant que de l'infâmie qui est mé-  
me présentement hors d'usage : cette fem-  
me remariée par le pere , *intra annum* , de-  
meure sujete aux autres peines reçues en

ce cas. La puissance paternelle ne pouvant pas excuser la fille de la faute qu'elle commet en offensant, par des secondes Noces précipitées, la mémoire de son mari défunt, les bonnes mœurs & l'honnêteté publique.

Nous avons parlé ci-devant des maris qui ne doivent point être pleurés, & nous devons développer dans cet endroit quels ils sont, & ce que le Droit ordonne en cette partie eu égard aux secondes Noces de leurs veuves. La Loi 11. ff. de his qui notantur infamiâ. Au §. 3. parle en ces termes. *Non solent autem lugeri, ut Neratius ait, hostes ceux qui se sont rendus ennemis de l'Etat; vel perduellionis damnati les condamnés pour crime de lèze-Majesté ou de trahison, nec suspendiosi ceux qui se sont étranglés eux-mêmes, nec qui manus sibi intulerunt non tadio vita, sed malâ conscientiâ, ni ceux qui se sont autrement défaits eux-mêmes non par ennui de la vie, mais par la crainte des peines que meritoient leurs forfaits. Ce sont les exemples de la Loi: & l'on peut ce semble rapporter sa décision à tous ceux qui ont subi le dernier supplice par l'autorité des Magistrats.*

Qu'est-ce que le Droit ordonne eu-

Égard à leurs veuves ? La même Loi apprend au §. 1. *Et si talis sit maritus quem majorum more , lugeri non oportet , non posse eam nuptiam intra legitimum tempus collocari , Prætor enim ad id tempus se retulit quo vir elugeretur , qui solet eligeri propter turbationem sanguinis.*

Pour bien entendre cette Loi , il faut connoître la valeur des termes *lugere* & *elugere* dont elle se sert ; car la signification en est différente : on trouve cette explication en divers lieux & notamment dans Godefroi sur la Loi même , dont il s'agit.

*Lugetur* , dit-il , *maritus lugubribus ; Leg. 8. ff. eodem.* On pleure les maris en portant des habits de deuil : & les femmes sont dispensées de ces marques de douleur à l'égard de ceux dont nous avons parlé qui se sont deshonorés par leurs crimes. *Elugetur maritus* , continuë Godefroy , *etiam sine lugubribus , ob sanguinis turbationem.*

Nous n'avons pas d'expression Françoisise pour rendre ce verbe Latin , *elugere*. En usant de circonlocution il signifie que la femme sans porter le deuil du mari criminel , s'abstient des secondes Noces pendant le tems légitime , à cause du danger de la confusion de sang.

Mais le Paragraphe placé au milieu des deux qu'on vient de transcrire & d'expliquer , décide que celle qui a accouché dans le tems légitime , dans l'an , peut se remarier d'abord après sans attendre qu'il soit revolu ; c'est-à-dire , que hors de ce cas dans lequel la crainte *turbationis sanguinis* cesse évidemment , il y a lieu de dire avec la Loi que les veuves de ceux qui ne doivent pas être pleurés , sont pourtant dans l'obligation de s'abstenir des secondes Noces dans l'an , si elles veulent éviter les peines.

C'est naturellement tout ce qui résulte de la Loi. Mr. Cujas au Livre 6. de ses Observations , ch. 32. lui donne pourtant plus d'effet , & prétend que les veuves de ceux qui ne doivent pas être pleurés , peuvent se marier impunément d'abord après leur mort , pourvu qu'il conste qu'elles ne sont pas enceintes. C'est-à-dire , qu'il rend le cas tout pareil à celui du divorce. Sur quoi l'on a la liberté de se déterminer entre l'autorité de la Loi & celle de Mr. Cujas. Il semble qu'il y a lieu de préférer la décision de la Loi quelque respectable que soit d'ailleurs celle de ce grand Jurisconsulte.

Au surplus , l'année de deuil commence

Il court du jour du décès du mari, quoique la femme n'en ait rien sçû : en sorte que si elle ne l'apprend qu'après l'an, elle prend & quitte le même jour ses habits de deuil & satisfait par-là à toutes ses obligations en cette partie ; c'est la décision de la Loi 8. ff. de his qui notantur infamia. *Cum tempus luctus continuum est*, dit-elle, *merito & ignoranti creditur ex die mortis mariti, & ideo si post legitimum tempus cognovit, labeo ait, ipsa die, & sumere eam lugubria & deponere.*

D'où l'on peut raisonnablement conclure qu'une femme, qui se seroit remariée après avoir appris que son mari étoit mort depuis assez long-tems : mais sans en sçavoir l'époque précise ne seroit pas tenuë des peines dont s'agit, pourveu que par événement il fut démontré que le second mariage n'avoit été célébré qu'après l'an : Bien qu'elle n'eût pas fait la vaine cérémonie de prendre, & de quitter les habits de deuil dans un seul & même jour ; & c'est ce qui semble ne recevoir aucun doute raisonnable : puisqu'à l'égard même de la femme qui a été bien instruite de la mort de son mari, le défaut d'avoir porté les habits de deuil ne lui est pas à présent imputé, pourveu que d'ailleurs

elle ait abstenu des secondes Noces pendant toute l'année ; c'est ce qui est expressément décidé par la Loi 15. au Code *ex quibus causis infamia irrogatur.*

Toutes les peines dont nous venons de parler cessent lorsque la femme qui s'est remariée dans l'an ne l'a fait que par permission du Prince, suivant la Loi 10. ff. *de his qui notantur infamia. Solet à Principe imperari, ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat.* C'est tout ce que nous apprend le Droit du Digeste ; mais les Loix du Code & les Nouvelles y ont ajouté des dispositions onéreuses pour la femme qui veut se remarier dans l'an lorsqu'elle a des enfans du premier mariage.

La Loi *Si qua mulier* 4. Cod. *ad Senatus-Consult. Tertull.* & la Nouvelle 22. au Chapitre 22. *si qui vero* §. 1. veulent qu'en ce cas elle ne puisse obtenir le rescrit du Prince, & s'affranchir par ce moyen des peines des secondes Noces dans l'an, qu'à la charge de donner aux enfans du premier lit sans condition & sans réserve d'usufruit, la moitié des biens qu'elle a lors de son second mariage, pour être également divisée entr'eux ; & si ces enfans ont des enfans, ils leur en transmettent leur portion s'ils en laissent aucun. Leur portion

Don est recueillie *ex aquo* par les freres & sœurs survivans, sans que la mere y puisse rien prétendre ; & enfin s'ils viennent tous à mourir avant leur mere sans posterité : alors elle reprend cette moitié donnée de ses biens, bien entendu neanmoins que les enfans soient morts *ab intestat*, & n'en aient pas disposé par testament, ou entre-vifs.

M. Cujas qui a traité de cette matiere au Livre 6. de ses Observations, Observation 32. & dans son Commentaire sur la Nouvelle 22. a étendu ce que disent les Loix de la permission du Pajce à celle du Senat ou du Parlement, chacun dans son Ressort. Il ajoute que cette permission ne doit pourtant pas être accordée à la femme qui est actuellement enccieure de son premier mari, ce qu'il appuye de l'exemple d'un Empereur, lequel au rapport de Dion, *cum publica latitia causa luctus cohibuisset, viduis permisit nubere intra legitimum tempus, sub hac exceptione nisi pregnantes essent.*

Il faut convenir que cette permission ou indulgence, sous les conditions qui y étoient attachées lorsqu'il y avoit des enfans du premier lit, étoit plûôt oneruse qu'avantageuse aux femmes, & difficile.

ment les peines des secondes Noces précipitées pouvoient-elles être plus facheuses à supporter que la perte actuelle de la moitié de ses biens ; & de là vient apparemment que ces permissions du Prince, ou du Senat, *abierunt in desuetudinem*. Car nous n'en connoissons aucun exemple ni dans les Livres, ni par tradition. Godefroi a fait même une Note de cet oubli ou de ce non-usage sur la Loi *Non solent. ff. de his qui notantur infamiâ. Hoc negligitur apud Gallos*, dit-il, en parlant de ces Rescrits portant permission de se marier *intra legitimum tempus*.

Nous avons actuellement à parler des femmes qui se remarient dans le tems permis ; c'est-à-dire, après l'an, mais qui étant tutrices de leurs enfans négligent de leur faire pourvoir d'autre tuteur, de rendre compte de leur administration, & de payer le reliquat avant de passer à des secondes Noces. On les compare communement aux femmes qui se sont remariées dans l'an, on les suppose en thèse soumises aux mêmes peines : cependant il s'en faut de beaucoup que la chose soit claire & bien établie. Pour développer avec méthode & netteté cette portion de notre matière qui est importante, il faut distinguer par ordre

de tems les différentes Loix qu'il y a eu ; & les différens Arrêts qui ont été rendus en cette matière.

Par l'ancien Droit les femmes ne pouvoient pas être tutrices de leurs enfans , parce que la tutelle est régulièrement *officium civile* l'emploi & la charge des hommes.

Les Constitutions des Empereurs permirent aux meres contre les regles du Droit ancien de prendre la tutelle de leurs enfans. Les Empereurs Valentinien & Theodose & Arcadius accorderent les premiers aux meres cette charge civile , sous cette condition qu'elles s'obligeoient par serment de se contenir dans le veuvage ; & craignant que ce frein ne fût insuffisant , ils chercherent à détourner ceux qui pourroient les rechercher en mariage en déclaraux leurs biens affectés tout comme ceux de leurs femmes tutrices pour le reliquat de leur administration : c'est ainsi que le décide la Loi 2. *Cod. quando mulier tutela officio fungi potest.*

Depuis , Theodose le Jeune & Valentinien & Arcadius par une Constitution qu'on trouve sous deux Rubriques du Code en la Loi 2. *Cod. quando mulier tutela officio fungi potest* , & dans la Loi

*Si mater 6. Cod. ex quibus causis pigmus ; vel hypotheca tacite contrahitur*, confirmerent cette hypothèque tacite & légale sur les biens des seconds maris, & déclarerent de plus la mere qui convoloit a des seconds Nôces sans faire pourvoir de tuteur aux pupilles, sans rendre compte de son administration, & sans payer le reliquat, déchuë non-seulement de la succession de ses enfans décedés en pupillarité, mais aussi du fruit de la substitution pupillaire apposée à son profit au testament du mari défunt : ce qu'ils ajoutèrent par une nouvelle rigueur à l'Ordonnance de l'Empereur Sévère renfermée dans la Loi dernière 6. *leg. autem. Verf. si maritus. ff. que p. et tutores*, laquelle n'excluoit point la mere des substitutions & fideicommiss procédans de la disposition du mari.

L'Empereur Justinien en recherissant sévérité sur sévérité, & détestant l'impicité des femmes qui juroient en cette occasion la religion du serment, les soumit par la Nouvelle 22. au Chapitre 40. à toutes les peines ordonnées par les Loix contre les femmes qui se remariaient dans l'an de deuil. C'est de cette Nouvelle qu'on a extrait l'Authentique *eisdem penis*. Les dispositions de la Nouvelle 22. sont dans ces termes abrégés

*Eisæm pœnis*; c'est-à-dire, à celles des secondes Noces dans l'an, *Subjicitur, & item ea que susceptâ liberorum tutelâ, contra sacramentum secundo nubit, non prius tutorem petens, & rationem reddens; & exsolvens omne quod debet.* L'Authentique ajoute *sed hoc die, posteriore jure sacramentum ab eâ non exigitur, sed contractis Nuptiis à tutela repellitur.*

On indique par ces derniers termes la Nouvelle 94. chap. 2. qui a abrogé dans le cas dont s'agit la nécessité du serment; & c'est de cette Nouvelle qu'a été formée l'Authentique *Sacramentum. Cod. quando mulier tutelæ officio fungi potest.* Mais pour tout le surplus de notre Question quant au fonds, les dispositions de la Nouvelle 22. au Chapitre 40. ont demeuré en leur entier.

A les suivre littéralement comme il semble qu'il le faudroit en Pais de Droit Ecrit, il est évident que la femme remariée sans avoir fait pourvoir de tuteur, rendu compte & payé son reliquat, devoit être soumise aux peines des femmes qui se remariaient dans l'an.

Mr. Dolive, Liv. 3. de ses Questions Notables, ch. 6. assure néanmoins que cette Nouvelle 22. ch. 40. a paru si sévère que le Parlement de Toulouse a cherché à l'adou-

cir, & qu'il a estimé que les meres qui se portoient à des secondes Noces sans faire pourvoir de tuteur au pupille, rendre compte & payer le reliquat de leur administration, étoient punies suffisamment de leur négligence par la privation de la succession légitime de leurs enfans, & de la substitution pupillaire faite à leur profit; comme aussi qu'il étoit suffisamment pourvû à l'indemnité des pupilles par la déclaration d'hypothèque de tous & chacuns les biens des nouveaux mariés, qui s'étoient témérairement engagés à cette conjonction.

Il rapporte en conséquence un Arrêt du 10. Octobre 1635. par lequel il fut jugé que la femme qui sans avoir rendu compte de son administration & payé le reliquat avoit contracté un second mariage, n'étoit pas pour cela privée de l'usufruit de son augment, qui est néanmoins une des peines établies comme les femmes qui se remarient dans l'an de deuil.

Cet Arrêt paroît très-juste à l'Auteur: il suppose que la Nouvelle 22. d'où l'on a tiré l'Authentique *eisdem poenis*, est fondée principalement sur l'infraction du serment; & que n'étant plus en usage aujourd'hui, les peines qu'on avoit attachées à son infraction doivent s'évanouir par voye

de consequence.

Il ne scauroit d'ailleurs approuver le parallele que fait cette Nouvelle 22. des femmes qui sans rendre compte de leur administration se remarient en un tems permis & licite, avec celles qui offensant les bonnes mœurs & l'honnêteté publique troublent le sang du défunt en violant la religion du deuil, & consacrent aux plaisirs un tems que les Loix & la pudeur ont consacré aux regrets & aux larmes.

Voilà donc un point de Jurisprudence qui paroît fixé, & l'on est bien étonné de trouver dans le même Mr. Dolive à la distance de quelques Chapitres, puisque c'est au trente-unième du même Livre, un Arrêt postérieur au précédent, car il est du mois de Juillet 1639. & qui lui est directement opposé : car il fut jugé par ce dernier que la mere qui se remarie sans avoir fait pourvoir de tuteur à ses enfans, & leur avoir rendu compte de son administration, n'encourt pas seulement la privation de leur succession, mais elle est privée encore des fruits & interêts des légats que son mari lui a fait ; c'est-à-dire, des legs en entier, puisque le second mariage *quacumque tempore* en fait perdre la propriété du moins lorsqu'il y a des enfans.

L'Auteur ajoute que par un autre Arrêt postérieur encore puisqu'il est du 22. Decembre 1639. il fut jugé après partage, que la femme, qui sans avoir rendu compte de la tutelle de ses enfans avoit convolé à des secondes Noces, étoit privée de l'usufruit de son argement; de même que celle qui s'est remariée dans l'an de deuil, quoique ses enfans fussent morts après la pupillarité: en quoi se voit, dit Mr. Dolive, que ceux là se trompent qui estiment que les peines extraordinaires ordonnées contre les femmes, qui se remarient sans rendre compte finissent par la puberté des enfans, parce que cette opinion n'est recevable, dit il, que pour la peine qui concerne la privation de leur succession.

Voilà donc les choses ramenées, ce semble, aux termes de l'Authentique *et sedem pœnis*: & rien ne seroit plus à désirer pour avoir des points de Jurisprudence fixes. Mr. Dolive assure pourtant qu'il y a toujours quelques différences assez essentielles entre les femmes qui se remarient dans l'an de deuil, & celles qui se remarient après l'an sans faire pourveu de tuteur à leurs enfans, ou rendre compte de son administration. Il réduit ces différences à trois.

En premier lieu, l'indignité que la fem-

me contracté dans le dernier cas ne passe pas aux enfans du second lit *matre primor-tua*, lorsqu'il s'agit de la succession des enfans du premier lit ; ce qui est autorisé par un Arrêt que l'Auteur rapporte dans les Additions sur le Chapitre 6. Livre 3. dont nous avons parlé ci-devant, & par un autre Arrêt qu'on trouve dans Mr. de Catellan, Liv. 4. ch. 72. surquoi on peut encore voir Mr. de Cambolas, Liv. 5. ch. 31. au lieu que l'indignité contractée par les secondes Noces *intra annum* passe irrevocablement de la mere aux enfans du second lit, & à tous les parens de son côté & ligne ; ainsi que nous l'avons ci-devant observé.

En second lieu, la minorité relevée de la peine qu'on encourt pour l'omission, dont s'agit, laquelle n'a pas le même effet pour les Noces précipitées.

En troisième lieu, toutes les peines ordonnées contre les Noces dans l'an, dont nous vous avons ci-devant fait un détail exact, ne sont pas exercées contre celles qui ont omis de faire pourvoir de tuteur, ou de rendre compte avant de se remarier ; elles se réduisent par les derniers Arrêts de Mr. Dolive à trois. Sçavoir la privation de la succession des enfans décedés en pupillarité. La privation des fruits, ou des intérêts.

des choses léguées par le mari. Et la déchéance des intérêts de l'augment, outre la déclaration d'hipoteque sur les biens du second mari que la Loi punit par-là comme complice de la faute.

Le conflit des Arrêts donne lieu aux contestations, & chacune des Parties intéressées prétend que l'Arrêt qui lui est favorable doit être préféré ; c'est ce qui est arrivé sur notre Question suivant le témoignage de M. de Catellan, Liv. 4. ch. 21. Ce Magistrat assure qu'on donna la préférence aux derniers Arrêts de M. d'Olive; & par celui qu'il rapporte en date du 14. Août 1698. la mere qui s'étoit remariée sans avoir fait pourvoir de tuteur à sa fille; fut privée de l'usufruit des libéralités de son premier mari. On trouve dans ce même Chapitre une réfutation exacte & judicieuse des raisons qui avoient servi de motif au premier des Arrêts de M. d'Olive.

L'Auteur des Observations sur M. de Catellan au Chapitre cité assure qu'on est allé encore plus loin; & que par Arrêt du 30. Avril 1716. rendu après partage, on a jugé que la femme qui se remarie *non peritis intoribus*, étoit privée non seulement de la succession de ses enfans du premier lit mort, & puis le conyol, mais encore de

son augment dotal, & de tous les legs & avantages qu'elle pouvoit avoir reçu de son premier mari, quoiqu'il l'eût dispensée par son testament des peines des secondes Noces.

Cet Ecrivain observe qu'il fut jugé par le même Arrêt que la mete n'étoit pas privable dans le cas dont s'agit de la succession de ceux de ses enfans decedés avant les secondes Noces: & c'est une quatrième différence d'avec le cas du mariage dans l'an qu'il faut ajouter aux trois que M. d'Olive a remarquées.

Le même Auteur atteste qu'il fut encore jugé par cet Arrêt que le second mari n'étoit pas tenu de rendre compte conjointement avec la femme, de l'administration par elle faite pendant le second mariage, demeurant néanmoins ses biens hipotequés *in subsidium* pour le payement du reliquat. On avoit jugé ci-devant la question de la même façon, suivant le témoignage de M. de Cambolas, Liv. 6. ch. 46. Et par un Arrêt intermédiaire dont parle M. de Castellau, Liv. 4. ch. 24. on avoit décidé au contraire que le recours contre le mari étoit principal, tout comme contre la femme; & c'est ce que sembloient marquer ces termes de la Loi *Matres 2. Cod. quando*

*mulier tutela officio fungi potest.* que nous avons ci-devant rapportés. *Bona ejus primitus in obligationem venire.* On est cependant revenu depuis, ainsi que M. de Catellan l'affirme au même endroit, au préjudice de M. de Cambolas; & il fut jugé par Arrêt du 23. Mars 1688. que le recours contre le mari n'étoit que subsidiaire, & qu'il falloit que la discussion des biens de la mere précédât avant de venir aux siens. Et quant à ce mot *primitus* qui semble indiquer une action principale, on eut qu'il devoit être rapporté au commencement & à l'origine de l'administration tutelaire pour en rendre le mari subsidiairement responsable, bien que son mariage fût postérieur; & telle est la Jurisprudence actuelle de ce Parlement.

Dans le Chapitre suivant M. de Catellan propose une Question qui se lie avec la précédente, sçavoir, si la déclaration de la femme qui s'est remariée sans rendre compte de son administration tutelaire aux enfans du premier lit, qu'elle a trouvé dans l'hérédité de son premier mari certaine somme au-delà du contenu en l'inventaire, peut obliger le second mari auquel elle assure l'avoir baillée. Il fut décidé que non; quoique la déclaration fût faite par

Cette femme dans son testament & peu de jours avant la mort.

La raison de l'Arrêt fut que ces sortes de déclarations faites dans des testamens, par lesquelles on se declare debiteur de quelqu'un, peuvent passer pour des libéralités déguisées qui ne préjudicient pas à un tiers; que celles même que l'on fait expressement pour la decharge de sa conscience, quoique plus considerables, ne peuvent, suivant l'avis du President Durantii en la Question 26. avoir lieu que contre l'heritier de celui qui les a faites, & ne peuvent nuire ni à ses creanciers, ni à ses enfans qui demandent leur legitime, ni même obliger un tiers quel qu'il soit. Il y a beaucoup d'exemples dans nos Livres du peu de cas que les Loix ont fait de ces aveux pour établir une dette qui n'est pas prouvée d'ailleurs. On peut les voir dans la Loi *Lucius-Titius §. quisquis ff. de leg. 2.* & dans la Loi *Veteris, Cod. arbitrium tutelæ.*

Ce que nous avons dit jusqu'ici ne regarde que les femmes qui étant elles-mêmes tutrices de se remarier dans le tems permis sans avoir fait pourvoir d'un autre tuteur à leurs enfans du premier lit, sans leur avoir rendu compte de leur administration,

& sans leur avoir payé le reliquat. Mais il s'éleve des questions sur un autre cas assez approchant, & qu'il faut pourtant se garder de confondre : c'est lorsque la femme n'étant point elle-même tutrice negligé, même sans se remarier de faire donner des tuteurs à ses enfans. Il y a des peines à raison de cette negligé ; & quelles sont ces peines ? C'est ce qu'il nous faut expliquer méthodiquement.

Il est certain que cette negligé est punie dans le cas que nous traitons par la privation de la succession de ses enfans, lorsqu'ils meurent impuberes, & que cette privation va non-seulement au profit des freres & des soeurs du défunt s'il y en a, mais encore aux plus proches parens de l'estoc & ligne paternelle à leur défaut. M. d'Olive, Liv. 3. ch. 5.

Cette peine qui prive les meres de la succession de leurs enfans impuberes, pour n'avoir pas eu le soin de pourvoir à leur tutelle, elles y sont sujettes encore qu'elles ne se remarient pas. C'est une punition de leur negligé qui leur est commune avec les plus proches parens des pupilles lorsqu'ils se trouvent sans mere qui leur puisse rendre cet office *L. Sciant. Cod. de legitimis herede*.

L'introduction de cette juste rigueur est dûe à l'Empereur Severe qui ayant des attentions particulieres pour le bien des pupilles ajouta cette exception au *Senatus-Consult. Tertyll.* fait sous le regne d'Antonin le Pieux son prédecesseur. Sçavoir que la mere qui omettoit de faire donner des tuteurs à des enfans seroit déchûe du benefice du *Senatus-Consult.* qui l'appelloit à la succession des enfans legitimes contre les regles du Droit ancien. *Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo. Et ideo que mater, vel non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis, rejectisve, non confestim aliorum nomina dederit: jus non habeat vindicandorum sibi honorum intestatorum filiorum.* Ainsi parle la Loi 2. §. *quæ autem, ff. qui petant tutores vel curatores* & *ibi petantur*, à laquelle on peut ajouter la Loi 2. §. *si mater.* 22. & suivans, *ff. ad Senatus-Consult. Tertyll.*

Il faut convenir en effet que la pieté maternelle met les femmes dans l'obligation de faire pour voir de défenseur à leurs enfans que la foiblesse de leur âge a mis hors de toute défense : & que lorsqu'elles négligent cette obligation, elles se rendent

indignes de recueillir les biens de ceux envers lesquels elles ont été si peu officieuses. *Mater enim expellitur à legitima filii hereditate, quasi existens indigna accipere hereditatem legitimam negligens ei confitui tutorem.* Ainsi parle la Loi 2. §. *alii*, ff. *qui petant tut.* & la Loi 2. au §. 28. & 32. ff. *ad Senatus-Consult. Tertyll.*

Cette disposition pénale n'avoit été d'abord établie que contre la mere ; mais elle fut ensuite étendue aux proches parens des pupilles, qui lorsque la mere n'existe plus contractent les mêmes obligations, & sont punis par la même peine s'ils tombent dans la même négligence. C'est ce qui est porté par la Loi *Sciant. Cod. de legitimis hered.* dont on a déjà parlé. Les Empereurs Theodose & Valentinien auteurs de cette Constitution, ajouterent à la privation de la succession legitime, celle de la substitution pupillaire qui n'étoit pas comprise dans les Loix antérieures.

La disposition du Droit est claire sur tous ces points, & l'observation en est sûre dans l'usage du moins à présent ; car on voit dans M. Maynard, Liv. 6. ch. 19. & dans M. Laroche, Liv. 4. ch. 9. *in verbo* Tuteur, article premier, que de leur tems ces peines qu'on a expliquées n'avoient pas

lieu dans le cas , dont s'agit , & qu'on se contenoit de punir la mere ou les parens de leur négligence par des amendes pecuniaires , eu égard à leurs biens & à l'intérêt & dommage que pouvoient recevoir les pupilles par telle faute. C'est ainsi que s'explique Mr. Laroche sur cette Question. La Jurisprudence est actuellement contraire. Mr. Dolive l'atteste au Livre 3. ch. 6. & beaucoup d'Arrêts postérieurs le confirment.

La Jurisprudence est fixée sur ce point , il faut en connoître les exceptions.

1°. Elle n'a pas lieu lorsque y ayant plusieurs tuteurs , l'un d'eux est mort ou s'est excusé avec succès : car bien que ceux qui restent , ne puissent pas administrer aussi commodement les biens des pupilles , néanmoins la mere n'est pas punie pour n'en avoir pas fait décerner un autre : ce qui fait conséquence pour les parens dans leur cas.

*Sin autem idoneis datis tutoribus pluribus , unus eorum vel decessit vel temporalem excusationem accepit ; mater , que propterea in loco illius , alium non petit , quin numerus reliquorum , administrationi tutelæ sufficiebat : incidit qui in verba constitutionis , sed sententia excusatur.* Ainsi parle la Loi dernière §. premier. *Sin autem , ff. qui*

*petant tut. vel curatores, & ubi petantur.*

2°. La mere n'est pas punie non plus de ce quelle n'a pas fait déclarer le tuteur suspect suivant le §. 4. de la Loi citée. *Quae autem tutorem susceptum non fecit: nec verbis nec sententia constitutionis in poenam incidit. Quod ejusmodi facta dijudicare & aestimare virilis animi est. Et potest etiam delicta ignorare mater.* Mais si sans son fait ce tuteur étoit déclaré d'ailleurs suspect, alors la mere seroit tenue de faire pourvoir d'un autre tuteur sous les peines, dont on a parlé, *Leg. 2. §. 2. ff. si tit.*

Bien plus, si sur l'accusation *suspecti tutoris* faite par autre que par la mere, le Juge, sans rejeter les tuteurs avoit ordonné simplement qu'on leur adjoindroit des co-tuteurs, & que la mere n'eût pas agi pour les faire nommer, elle deviendroit en ce cas sujette aux peines, dont est question. C'est la disposition de la Loi 4. au §. 2. *ff. eod. sed, si suspecto tutore pupilli accusato, decretum erit ei adjungi alios: mater eos quoque petere debet. Et si non petit incidet in sententiam constitutionis.* Il est aisé de comprendre que les deux dernières dispositions dont on vient de parler portent sur les proches parens dont les devoirs, *matre deficiente*, sont les mêmes que

ceux de la mere , à cause que comme elle ils recueillent la succession des pupilles.

Mais l'exception favorable que fait la Loi en faveur des meres qui n'ont pas fait déclarer le tuteur suspect , profite-telle aux proches parens , lorsque le cas y échoit ?

C'est ce qui peut être revoqué en doute. D'un côté , la Loi ne fait cette exception en faveur des meres, que eu égard à la foiblesse & à l'ignorance de leur sexe. *Quod ejusmodi facta dijudicare est estimare virilis animi est.* Raison qui ne milite pas pour les proches parens.

D'autre côté , il paroîtroit bien étrange que les proches parens qui tiennent aux pupilles , par des liens bien moins étroits que la mere , fussent soumis à des obligations plus étendues : & nous ne le croyons pas en effet. Toutefois comme ce point n'est pas expressément décidé par la Loi , ni même par aucun Arrêt que je connoisse, ce peut être matière à contestation.

3°. Les peines, dont il s'agit, n'ont pas lieu lorsque la mere ou les parens n'ont pas fait pourvoir de tuteur au pupille pauvre, & presque sans fortune. C'est la disposition du Droit en la Loi 2. §. *quod si penitus*, §. *ego 45.* & §. *et si forte 46. ff. ad Senatus. Cons. Tertyll. Ego*, dit le Jurisconsulte, *etiamse*

*mater ei qui solvendo non erit, non petit tutorem; puto ignoscendum. Consulit enim ei, ut minus inquietetur, quasi in defensus.*

Au reste, nous avons vû ci-devant que la mere & les proches parens ; c'est-à-dire, ceux qui succederoient *ab intestat* aux pupilles, *mater deficiente*, étoient privés par leur négligence d'avoir demandé de tuteur, & satisfait aux autres conditions de la Loi, non-seulement de la succession des pupilles lorsqu'ils mouroient dans cet âge ; mais encore du profit des substitutions pupillaires qui les regardoient, c'est à-dire la mere ou les parens : & cependant ils ne sont privés ni les uns ni les autres par cette négligence, des legs ou fideicommiss, dont le pupille étoit chargé en leur faveur par le testament de son pere. *Hec autem mater, c'est-à-dire, celle qui a négligé de demander de tuteur, ab omni quidem bonorum vindicatione repellitur. Si vero maritus ei fideicommissum à filio reliquerit, cui mulier non petit tutorem, si sire liberis decefferit, vel sub hac conditione, si intestatus mortuus erit fideicommissi petitio qua ex alieno iudicio descendit non est perempta.* Ce sont les paroles de la Loi dernière, §. *hec autem* 3. ff. *qui petant tut.*

Pourquoi cette différence entre la subs-

titution pupillaire & la substitution fideicommissaire, & qu'elle en peut être la raison ? La voici ; elle est très-subtile, mais elle dérive pourtant de la Loi même. C'est dit-on, que les légataires ou fideicommissaires prennent les legs ou fideicommissis, non comme successeurs du pupille & de son chef, mais en vertu du testament de son pere : & c'est ce qu'indiquent ces paroles au §. cité *ex alieno judicio* ; au lieu qu'ils ne peuvent prendre la succession légitime du pupille, ou celle qui leur est déférée par la substitution pupillaire, que comme héritiers & successeurs du pupille : la substitution pupillaire étant considérée dans le Droit, comme le testament même du pupille.

Avant de finir cette première Section de notre Traité, je dois vous parler d'un cas particulier des secondes Noces, soit dans l'an ou après l'an, où toutes les peines des Loix Civiles & de la Jurisprudence des Arrêts sont extrêmement aggravées. C'est lorsque les femmes veuves se remariaient *quocumque tempore* à des personnes indignes de leur qualité, comme à leurs valets, & autres personnes abjectes. Et comme les regles en ce cas se prennent toutes de l'article 182. de l'Ordonnance

de Blois qui a fait une Loi expresse sur ce point, il n'est rien de mieux que de le rapporter ici en entier, & d'y attacher ensuite les réflexions nécessaires.

« D'autant que plusieurs femmes, même  
 » ayant enfans d'autre mariage, se rema-  
 » rient à personnes indignes de leur qualité;  
 » & qui pis est aucunes à leurs valets: dé-  
 » clarons tous dons & avantages, qui par  
 » lesdites veuves ayant enfans de leur pre-  
 » mier mariage seront faits à telles person-  
 » nes sous couleur de donation, vendition,  
 » association à leur communauté, ou autres  
 » quelconques, nuls & de nul effet & va-  
 » leur; & icelles femmes dès-lors de la  
 » convention de leur mariage avons mis &  
 » mettons en interdiction de leurs biens,  
 » leur défendant les vendre, ou autrement  
 » aliéner en quelque sorte que ce soit; &  
 » à toutes personnes d'en acheter, ou  
 » faire avec elles autres Contrats par les-  
 » quels leurs biens puissent être diminués;  
 » déclarant lesdits Contrats nuls, & de nul  
 » effet & valeur. Ce sont les propres ter-  
 » mes de l'article.

Chenu dans sa Question 16. Tournet; Jette M. som. 30. & Ricard, Traité des Donations, tom. 1. part. 3. ch. 9. ont observé que ce qui donna lieu à cet article de

l'Ordonnance de Blois, fut un Plaidoyer fait en l'année 1578. au Parlement de Paris par Mr. le Président Brisson, alors Avocat Général, au sujet du mariage de la veuve d'un grand personnage avec un de ses domestiques.

Ce Magistrat avoit conclu à ce qu'elle fût interdite de l'aliénation de ses biens meubles & immeubles, & privée de son douaire & de la propriété des acquets faits durant le premier mariage; même condamnée avec son second mari en la somme de quatre cens écus d'amende envers le Roi, pour réparation du scandale public causé par son second mariage. Mais n'y ayant de Loi expresse qui eût établi ces peines, le Parlement de Paris fit difficulté de prononcer suivant ces Conclusions: ce qui donna lieu à l'appointement de la Cause, & l'année suivante à l'article 182. de l'Ordonnance de Blois. On peut voir dans ce Plaidoyer, qui est rapporté par Chenu & par Tilleau toujours sur la même question 16. dans le Traité des Mariages clandestins de Mr. Leprêtre au Chapitre I. qui traite de l'inegalité des personnes, & dans la Bibliothèque de Boucher *in verbo* Mariage, article de *Nuptiis imparibus*; plusieurs Autorités, preuves & traits d'érudition contre

On ne s'est pas contenté dans la Province de Bretagne d'observer à la rigueur l'Ordonnance de Blois en l'article, dont il s'agit, en jugeant, comme le Parlement de Rennes a fait par Arrêt remarqué par Fraïn, ch. 43. & par Belloudeau en ses Observations, Liv. 2. part. 7. art. 4. que la femme qui s'étoit remariée avec son valet étoit interdite *ipso jure* sans jugement déclaratoire; & en conséquence les Contrats par elle faits nuls: mais on est passé encore plus avant en faisant de cette disposition de l'Ordonnance une Loi particulière du Pais; ce fut lors de la réformation de la Coutume de cette Province qui fut faite l'année d'après l'Ordonnance de Blois; & c'est en l'article 54. lequel est conçu en ces termes.

*Femme veuve qui se remarie avec son domestique ordinaire perd son douaire; & en cas qu'elle auroit des enfans d'autre mariage, & se remarieroit follement à personne indigne de sa qualité, seront tous dons & avantages par elle faits à de telles personnes, nuls & de nul effet & valeur, & demeurera ladite femme dès-lors de la convention de tel mariage, interdite de tous ses biens. C'est à peu près & quasi mot pour mot la disposition*

tion

Non de l'article 182. de l'Ordonnance de Blois.

Le Parlement de Toulouse semble avoir étendu aux simples fiançailles la disposition de cet article : c'est du moins ce que Ricard en a cru, tom. 1. part. 3. ch. 9. gl. 9. Il est vrai que ce Parlement par un Arrêt prononcé en robes rouges en 1597. déclara nul le legs de six cens écus fait par Marie Carbonniere, veuve de Jean d'Abadie, Conseiller au Sénéchal de Tarbes, & qui avoit deux enfans de lui, au profit de Sales Soldat Anpessade qui avoit été Chauffetier, & avec lequel s'étoit fiancée peu de tems auparavant la mort & son testament.

Cet Arrêt est rapporté par Mr. de Cambolas, Liv. 2. de ses Décisions Notables, ch. 38. Mais on doit observer dans son espèce, que la veuve étant tombée malade le fiancé l'avoit retirée chez lui & l'avoit secourue en sa maladie, & que c'étoit chez lui qu'elle avoit testé, ce qui pouvoit faire présumer quelque captation. Quoiqu'il en soit, on estime qu'il y auroit quelque danger à induire de cet Arrêt particulier une Jurisprudence générale contre les simples fiancés.

Le Parlement de Paris n'a pas témoigné dans cette occasion moins de zèle que les



autres pour le maintien des bonnes mœurs ; & de l'honneur des familles. Mornac en rapporte un Arrêt sur la Loi unique au Code de *inoff. dotib.* par lequel une femme âgée de cinquante ans qui avoit quatre filles de son premier mariage, fut interdite de l'administration de ses biens pour s'être remariée avec un jeune homme de trente ans, & lui avoir donné dans son Contrat de mariage la plus grande partie des conquers de la première communauté : encore que la naissance & les biens de ce second mari ne fussent pas fort au-dessous de ceux de la femme. *Quamvis, seu per claritatem natalium, seu per divitias, band tam indignus esset e, usque modi vetulâ que ex facto eum ad se pellexerat, cum ambiret iile, appeteretque minorem filiam: tamen in odium libidinosa istius matris, &c.*

Cet Arrêt n'est donc pas bien encore dans le cas de l'article 132. il est plus rigoureux que l'Ordonnance elle-même ; mais il n'en faut pas être surpris. Dans les principes de ce Parlement, l'intérêt des enfans est extrêmement précieux, & les dispositions des peres & des meres le sont bien peu, dès qu'elles leur font ou peuvent leur devenir funestes. Les Compilations publiques en fournissent beaucoup de preu-

res, dont le détail meneroit trop loin.

Il faut au surplus se bien garder de croire que l'article 182. de l'Ordonnance de Blois porte sur toutes les veuves qui se sont remariées à leurs valets; car cela ne doit s'entendre que de celles qui par naissance, ou par état sont extrêmement au-dessus d'eux. Les veuves qui sont à-peu-près d'une condition égale, n'encourent en se remariant avec leurs valets que les peines ordinaires des secondes Noces, suivant la distinction des tems. Ainsi la veuve d'un paysan, d'un artisan, d'un hôte, épousera son valet, son compagnon, son cuisinier sans tomber en contravention à l'article 182. de l'Ordonnance de Blois; & l'on voit manifestement que ce n'est pas pour ces cas-là qu'elle a été faite.

Nous remarquerons avant de passer à la seconde Section, que cette Ordonnance, dans la disposition dont s'agit, a été formée par imitation des Loix Romaines selon le *Senatus Consulte Claudien*, dont il est fait mention aux *Institutes*, Liv. 3. Titre de *successionibus sublatiis que fiébant per bonorum venditionem* & *ex Senatus-Consulto Claudiano*. Selon ce *Senatus-Consulte* nous disons-nous, *libera mulier que amore habebata, se alieno seruo junxerat domino ser*

*vi cum bonis omnibus addicebatur*, elle perdoit son bien & la liberté

C'étoit une peine terrible ; elle fut abrogée par l'Empereur Justinien, & sa Constitution est rapportée tout au long dans la Loi Unique, *Cod. de Senatus - Consult. Claudiano tollendo*. Les femmes dans le cas dont s'agit ne perdirent plus, ni leur liberté, ni leur fortune : mais les maîtres des esclaves, dont elles s'étoient éprises, eurent la liberté de les arracher d'auprès d'elles, & de les châtier d'une manière convenable. *Castigatione competente corrigere & abstrahere à muliere tali, habere liberam potestatem dominum servi.*

Ces différentes Constitutions ne tombent que sur le cas où ces femmes se lieroient aux esclaves d'autrui ; mais c'étoit bien autre chose quand une intempérance effrenée leur faisoit rechercher leurs propres esclaves. La Loi Unique au Code de *mulieribus qua propriis servis se junxerunt* décide que ces femmes, *libidine furentes*, doivent être punies du dernier supplice, & les esclaves brûlés tout vifs : les enfans nés de ces sortes de conjonctions odieuses, sont déclarés incapables de toute sorte de dignité, incapables de toute succession du chef de leur père & de leur mère. Les fils

légitimes de celles ci, si elles en ont, sont appellés à recueillir ces successions : & enfin les fruits malheureux du déreglement de ces femmes ne conservent par la Loi que le seul avantage de la liberté, *in nuda manent libertate.*

On usoit alors de cette rigueur excessive, & sur le compte du pere & de la mere & des enfans ; parce que suivant les Loix Romaines, il ne pouvoit pas y avoir de mariage entre les personnes libres & les esclaves, *non erat connubium sed contubernium, Leg. 3. Cod. de incestis & inutilibus Nuptiis.*

Les Loix du Christianisme adoucirent insensiblement cette sévérité ; & comme selon l'Evangile, nous sommes tous égaux aux yeux de Dieu, les riches, les pauvres, les nobles, les roturiers, les maîtres, les esclaves, & que nous n'avons qu'un même Pere & qu'une même Loi, les Constitutions Canoniques ont décidé que le mariage tient entre la personne libre & l'esclave.

*Omnia nobis unus est Pater in Caelis ; & unusquisque dives & pauper, liber & servus, aequaliter pro se & pro animabuz eorum rationem reddituri sunt, quapropter omnes cujuscumque conditionis sint, unum*

*Legem ( quantum ad Deum ) habere nō dubitanus : si autem omnes unam Legem habeant : ergō sicut ingenuus dimitti nō potest , sic nec servus conjugio copulatus ulterius dimitti poterit. Can. omnibus , causa 29. quest. 2.* Ces derniers termes qu'on a rapportés font allusion à la Constitution de Justinien rapportée dans la Loi Urlique , *Cod. de Senatus-Consult. Claud. tollendo.*

Cette Loi n'est plus par elle-même d'aucun usage dans le Royaume , ni même dans le reste de la Chrétienté ; parce que la servitude y est entièrement abolie ; mais elle peut donner lieu à des réflexions utiles pour le cas même que nous traitons. Sçavoir que les Canons n'exercent plus leur puissance que pour la validité du lien du Sacrement de Mariage ; & que ce qu'ils en décident n'empêche pas que les Souverains ne puissent aussi exercer leur autorité, eu égard aux effets civils , aux peines civiles qui sont véritablement de leur ressort. C'est ce que fit aussi Henri III. aux Etats de Blois par son Ordonnance en l'Article 182. ne déclarant pas nuls les mariages dont il y est parlé , ni les enfans qui en naîtroient illegitimes ; mais décrétant simplement des peines capables d'ar-

êter le cours de cette licence, ou d'en rendre du moins les effets moins funestes pour les enfans nés du premier mariage. Cette Observation est de Thevenau dans son Commentaire sur les Ordonnances, Livre 3. Titre 3. des secondes Noces article 6.

---

## CHAPITRE II.

*Des peines des secondes Noces, ou de la malversation des Femmes, après l'an de deuil.*

LES Auteurs se sont divisez sur l'usage de ce terme *des secondes Noces* : les uns soutiennent que lors qu'il est employé *absolument* & sans addition, on doit l'entendre dans l'an. De-là vient qu'Argout, Bretonnier ont avancé qu'au Parlement de Paris, & aux autres Parlemens des Pais Coûtumiers, même au Parlement de Bordeaux qui est du Droit Ecrit, les peines des secondes Noces étoient hors d'usage. Ce qu'il faut entendre non-seulement des peines propres & particulieres aux seconds

mariages contractés dans l'an; parce qu'en effet dans ces Tribunaux on ne distingue pas quant aux peines, entre les secondes Nôces dans l'an, ou après l'an, & qu'elles sont les mêmes dans l'un & dans l'autre; c'est-à-dire, qu'on n'y connoît que ce que nous appellons les peines d'après l'an. Car pour celles-ci elles sont reçues dans tous les Tribunaux, & même à cet égard la Jurisprudence des Compagnies est peu différente.

D'autres Ecritures au contraire ont prétendu que par *secondes Nôces* on ne devoit entendre que celles qui se contractoient après l'an, *post legitimam tempus*, comme disent les Loix, parce que c'étoient les seules vraiment licites & permises, & les seules conséquemment dignes de ce nom honorable.

Il importe fort peu de s'occuper de ces vaines disputes; il suffit de s'entendre, & de sçavoir que dans le Ressort de ce Parlement, & même de ceux de Provence & de Dauphiné, il y a des peines propres & particulières aux secondes Nôces contractées dans l'an, & qu'il y a d'ailleurs des peines plus mitigées pour les Nôces d'après l'an, qui a peu de diversité près sont reçues par tous les Parlemens.

Il est essentiel d'observer que les peines des seconds mariages dans les deux époques, ne sont pas si parfaitement distinctes entre elles qu'il n'y en aye de bien importantes qui sont communes aux deux cas. Nous nous sommes réservés d'en parler dans cette Section, soit pour ne pas trop surcharger la précédente qui n'étoit déjà que trop longue, soit pour éviter une répétition qui autrement étoit inévitable. Et lorsqu'il s'agira de ces peines communes aux deux espèces, nous prendrons soin de vous en avertir.

Il importe encore de vous faire observer, que lorsqu'il s'agit des secondes Noces contractées précipitamment & avec scandale dans l'an de deuil, les Loix & les Magistrats s'occupent moins de l'intérêt des enfans que de l'offense faite à la mémoire du mari, aux bonnes mœurs & à l'honnêteté publique : & de là vient que toutes les peines qu'ils pronoucent en ces cas sont tournées du côté de ces grands objets, & qu'elles ont lieu, soit qu'il y ait des enfans ou non du premier mariage : les plus proches parens de l'estoc & ligne paternelle, & le Fils même, du Roi, & des Seigneurs Haut Justiciers étant appelés à leur défaut, ainsi que nous l'avons ci-de-

vant remarqué. Au lieu que dans ce nouvel ordre de peines qui s'offrent à notre Explication, vous verrez qu'il n'est presque jamais question que de l'intérêt des enfans : & dès que cet intérêt cesse les peines cessent aussi. Il est très-nécessaire de se bien remplir de l'esprit des Loix & des Arrêts, eu égard à ces deux cas différens ; car c'est comme le principe général duquel émanent toutes les décisions particulières dans l'une & dans l'autre espèce.

Après ces observations préliminaires, j'entre dans le détail. La femme majeure ou mineure qui se remarie en secondes Noces après l'an, perd la propriété des biens qu'elle a eu de son premier mari, & n'en retient que l'usufruit pendant sa vie ; bien entendu qu'il y ait des enfans. C'est la disposition de la Loi *Fœmine 3. Cod. de secundis Nuptiis*, & de l'Edit de François II. du mois de Juillet 1560.

Par conséquent la femme est obligée en ce cas de conserver à ses enfans du premier mariage, les avantages nuptiaux qu'elle avoit acquis par le prédécès de son premier mari. Maynard Liv. 3. ch. 90. les bagues & joyaux que son mari lui avoit donnés. Guipape Consultation 120. n. 1. Taisand sur la Coutume de Bourgogne,

titre 6. article 1. n. 7.

Il en est de même des biens qui avoient été laissés à la femme, soit par donation à cause de mort à elle faite par son premier mari, ou par son testament, soit à titre d'hérité ou de legs, ou de fideicommiss *D. L. Fœmina. Nov. 22. cap. si veie expectet 23.* lesquels biens elle est obligée de conserver aux enfans du premier mariage sans en faire aucune distraction.

On a jugé la même chose à l'égard des biens que la femme avoit recueillis du chef de son premier mari, en vertu d'une donation mutuelle faite entre les mariés. Charondas en ses Réponses, Liv. 3. ch. 88. rapporte un Arrêt du Parlement de Paris qui l'a ainsi décidé. Il observe que ce qui faisoit la difficulté, c'est que cette donation mutuelle ne peut passer pour gratuite & vraie libéralité: mais plutôt pour échange, ou permutation mise au hazard d'un événement aussi incertain qu'est le décès de l'un des conjoints plutôt que de l'autre.

Aussi *Gregorius Tolosanus* qui a touché cette Question *in sintag. juris Universi, Lib. 9. cap. 26. n. 50.* est-il d'un avis entièrement opposé. *De donationibus reciprocis inter conjuges excipiendum est,*

dit-il, en parlant des peines des secondes Noces ; *ut pote qua compensationis, non lucri nomine potius censeantur, & permutationis, & cela paroît assez raisonnable.*

Ce que l'Auteur ajoute tout de suite l'est moins, *itidem & in remuneratoriis donationibus ut pro lucris non habeantur.* Car le motif de la récompense des services vrais ou faux, est devenu si fort de stile dans toutes les donations, que s'il ne falloit que trouver cette expression dans celles que les maris font à leurs femmes pour les mettre hors du cas des peines des secondes Noces, il faudroit les en affranchir toutes.

Que si la femme remariée a aliéné les biens qu'elle avoit reçus de la libéralité de son mari défunt, les enfans de ce mariage les pourront revendiquer, s'ils sont encore en nature, même entre les mains de l'acquéreur. *Extantes ab omni possessore liberi vindicabunt. Leg. Generaliter 5. Cod. de secundis Nuptiis, & Novell. 22. cap. sed quod sancitum 24.* Et s'ils sont consommés ou perdus, lesdits enfans auront leur recours contre les héritiers de la femme qui les a aliénés ou dissipés, au lieu de les conserver comme elle devoit. *Consumptas verò ab heredibus ejus exigent qui eas servare debuerant, Leg. Generaliter &*

*Fœmina. Cod. de secundis Nuptiis.* Et à raison de cette aliénation lesdits enfans ont hypothèque non du jour de la consommation ou aliénation, mais du jour que lesdites choses étoient parvenues à la femme qui les a aliénées ou consommées, *L. Hac edictali §. omnibus 2. & L. Si quis 8. §. ult. Cod. de secundis Nuptiis.*

Les femmes remariées *post annum* sont privées de la succession *ab intestat* de leurs enfans du premier lit, quant à la propriété, lorsqu'il y en a d'autres survivans; mais elles ont l'usufruit de la portion qui les concerne pendant leur vie. *L. Fœmina, 3. Cod. de secundis Nuptiis.*

L'Edit des secondes Noces de François II. ne parle point de cette peine, & sa disposition paroît se borner au retranchement de la *L. Hac edictali*, & à la conservation des dons & libéralités du premier mari aux enfans de son mariage.

Argout, dans ses Institutes au Droit Français, tom. 2. Liv. 3. chap. 18. des secondes Noces a observé, comme nous, que l'Edit n'excluoit pas les peres & les meres qui se remarioient de succéder en propriété à leurs enfans: & selon lui, c'est une omission faite à dessein, parce que les Coûtumes y avoient suffisamment pourvu,

ayant affecté les propres paternels & maternels à la ligne dont ils sont venus, & en ayant exclu les peres & les meres.

Il reste pourtant une difficulté que l'Auteur s'est fait lui-même. Sçavoir que le conjoint précédé peut laisser des meubles à ses enfans auxquels le pere ou la mere succèdent bien que remariés, par la Jurisprudence des Pais Coutumiers. Il y répond, en disant qu'on n'a pas jugé que ces successions mobilières fussent assez considérables pour les en priver, d'autant même qu'ils n'ont aucune part aux propres, non pas même en usufruit. Quoiqu'il en puisse être aux Pais de Coutume, car ce n'est pas notre principal objet; il est du moins certain qu'en Pais de Droit Ecrit, les femmes remariées *post annum* ne succèdent qu'en usufruit à leurs enfans morts *ab intestat, aliis liberis ejusdem matrimonii superstintibus*: du moins pour les biens profectifs dont nous avons ci devant expliqué la nature.

Elles ne recueillent même en égard cette sorte de biens leur légitime qu'en usufruit dans les cas des dispositions testamentaires de leurs enfans du premier lit; ainsi que nous l'avons ci-devant expliqué dans la première Section.

Les femmes dans le cas dont s'agit sont

Obligées, non-seulement de conserver aux enfans du premier lit les biens qui leur sont parvenus immédiatement du chef de leur premier mari, comme nous l'avons déjà dit; mais encore ceux que le défunt avoit laissés à ses enfans, & qui sont parvenus à leur mere par la mort desdits enfans; c'est-à-dire la portion de succession *ab intestat*, ou la légitime dans le cas de la succession testamentaire. C'est la disposition de la Loi *Fœmine. §. illud etiam. Cod. de secundis Nuptiis.* & de la Nouvelle 22. ch. 46. §. *si autem.* d'où l'on a extrait l'Authentique *ex testamento.* insérée sous le Titre cité. C'est encore la Jurisprudence des Arrêts; ainsi qu'on peut voir Maynard, Liv. 9. chap. 30. & dans Latroche en ses Arrêts, Liv. 2. sous le mot *Mariage*, tit. 4. art. 5. en y ajoutant l'explication de Graverol.

Ce que nous avons dit de la mere remariée en égard à la succession de ses enfans, se doit entendre pareillement de la grand mere remariée en égard à ses petits enfans, si les enfans du premier degré étoient morts. *Benedic. in cap. Raynut. in verbo & uxorem,* décision 5. n. 88. & 89. Cambolas, Traité des peines des secondes Noces, n. 32. & dernier.

La propriété de ce que la femme remariée perd appartient aux enfans du premier lit, bien qu'ils ne soient pas héritiers du mari défunt ni dans les suites de la femme survivante, ou qu'ils ne le soient ni de l'un ni de l'autre : ou que les uns soient héritiers & les autres non. *L. Generaliter 5. §. in his autem. 1. L. Hac edictali 6. §. 3. in fine. L. Si quis prioris 8. §. talem 3. Cod. de secundis Nuptiis & Nov. 22. cap. quoniam 26.* d'où l'on extrait l'Authentique *ha res placée sous le Titre cité. Ha res lucro cedunt liberis, licet non sint heredes patris, aut matris.* La raison de ces Loix, c'est que l'enfant est intéressé par le second mariage de sa mere, non comme héritier du Défunt, mais comme son enfant.

Le profit des privations dont s'agit appartient en entier aux enfans du premier lit, à l'exclusion de ceux du second : & ainsi de suite s'il y a eu d'autres mariages subsequens ; ce qui s'évire de la Loi *Fœmina. Cod. de secundis Nuptiis*, & a été ainsi jugé par Arrêt du Parlement de Dijon que Bouvot rapporte, tom. 1. part. 1. sous le mot *secondes Noces*, question premiere.

Si l'un des enfans du premier lit ayant des enfans lui-même vient à mourir, soit

Avant le second mariage de la mere, soit après, la portion qu'il eût eu des propriétés que la mere perd n'appartient pas à ses freres & sœurs, mais aux enfans, ou descendans qu'il a laissé en quelque degré qu'ils soient *L. 7. & 8. Cod. de secundis Nuptiis. Leg. 4. Cod. de bonis qua liberis. Nov. 2. cap. 1. & Nov. 22. cap. 25.* Et si le pere ou ascendant défunt a élu quelqu'un de ses enfans, celui-là seul aura cette portion à l'exclusion des autres *D. L. 7. Cod. de secundis Nuptiis.*

Non-seulement la femme qui s'est remariée *post annum* doit laisser à ses enfans du premier lit, les biens qu'elle a reçus immédiatement de son premier mari, tels que l'augment, ou autres liberalités, mais elle n'a pas la liberté de choisir un d'entr'eux pour les lui remettre; & ces biens doivent être également divisés entre tous. Les Loix *Fœmina 3. Generaliter 5. In quibus casibus 7. Cod. de secundis Nuptiis*, qui défétoient ce droit d'élection après l'au ayant été corrigés car la Nouvelle 2. ch. 2. & par la Nouvelle 22. ch. 25. d'où l'on a tiré l'Authentique *lucrum hoc* placée sous le même Titre du Code, qui porte que *lucrum hoc equaliter inter liberos lege distribuitur, non arbitrio parentis permittitur.*

Les Arrêts du Parlement de Toulouse sont conformes. *Doiive*, Liv. 3. ch. 16.

Beaucoup d'Auteurs ont cru qu'il en devoit être autrement lorsque le droit d'élire en l'augment avoit été accordé expressément à la femme par le Contrat de mariage, ou par le testament du mari défunt. Mais Mr. de Catellan, Liv. 4. ch. 64. rapporte un Arrêt qui a décidé nettement le contraire, & selon lui cette faculté est inutile toute seule. Il faudroit que le mari eût encore remis les peines des secondes Noces.

Du reste, cette décision de Mr. de Catellan, en égard au droit d'élire quant à l'augment, qui est un genre de bien tout singulier, ne porte pas du moins sur la faculté d'élire accordée par le mari à la femme instituée héritière à la charge de rendre à celui des enfans qu'elle voudra; car il est constant qu'il n'y a que la femme remariée dans l'an qui perde celle-ci; & que celle qui n'a convoié qu'après l'an la conserve, ainsi que Mr. de Catellan l'atteste en un autre lieu, comme nous l'avons observé dans la première Section.

On voit dans Mr. Maynard, Liv. 6. ch. 9. que le Parlement de Toulouse avoit jugé autrefois, que cette faculté d'élire en

restituant l'héredité se perdoit par le second mariage, même du pere; qu'ensuite on se relâcha de cette severité en sa faveur. Ce qui est confirmé par un Arrêt exprès rapporté par le même Auteur au Livre 3. ch. 80. Mais il n'y a point d'Arrêt ancien en faveur de la mere; & bien que Fernand ait resolu dans son *Traité de successione conventionali*, cap. 9. n. 10. que ce qui avoit été jugé pour le pere devoit faire conséquence pour la mere remariée *post annum*, le sieur Maynard malgré la haute opinion qu'il avoit de cet illustre Professeur soutient le contraire au Chapitre dernier du Livre 3. de ses Questions Notables, & parle même d'une Sentence arbitrale par lui renduë en conformité de son avis. Cependant comme cet avis est condamné par les derniers Arrêts, il est destitué d'autorité: il semble même combattre la raison; car le choix que fait la femme dans cette occasion est moins *ex propria ipsius voluntate, quam ex judicio defuncti*. On ne balance pas à croire malgré la contradiction de Mr. Maynard que la femme remariée *post annum*, conserve la faculté d'élire a elle donnée par contrat, ou par testament, lorsqu'il s'agit de la restitution d'une héredité.

Afin que les biens provenans du chef du mari, tels que l'augment & autres libéralités dont la femme perd toute propriété par son second mariage, soient assurés aux enfans du premier lit, & pour en prévenir l'alienation ou dissipation, les Loix ordonnent que la mere remariée cautionnera de leur restitution, lorsque ces choses consistent en deniers, meubles, ou effets mobiliers. *L. Hac edictali §. his illud 1. Cod. de secundis Nuptiis, & Novell. 2. cap. illud verò 40.* Et si la mere ne veut, ou ne peut cautionner, on laisse ces libéralités en la main des enfans, à la charge de donner eux-mêmes caution d'en payer annuellement les intérêts à leur mere. C'est encore la disposition de deux Textes cités, desquels il résulte de plus que ce cautionnement des enfans doit porter qu'en cas ils viendroient à mourir sans enfans, ou leurs enfans sans enfans du vivant de leur mere, les biens dont s'agit seroient rendus à leur mere pour en jouir en pleine propriété. Enfin si la mere ni les enfans ne veulent ou ne peuvent cautionner, on laisse les libéralités dont s'agit entre les mains de la mere, durant tout le tems qu'elle vit. *D. §. his illud.*

Voilà la disposition du Droit en ce point.

On trouve dans Mr. Larroche en ses Arrêts, Liv. 2. *in verbo* Mariage, Arrêt 43. un Arrêt conforme. Mr. de Cambolas qui a traité cette Question dans son Ouvrage des peines des secondes Noces, & dans ses Arrêts, Liv. 4. ch. 48. après avoir remarqué que le pere n'est pas tenu de ce cautionnement en pareil cas, a du penchant à résoudre la même chose en faveur de la mere remariée, ou pour le moins à rendre son cautionnement à peu de chose, c'est-à-dire, *ad nudam promissionem, seu securitatem sine fidejussione*. Mr. Maynard à Liv. 9. ch. 11. ne paroît pas si favorable aux meres remariées; mais quant aux peres il convient de l'exception, & censure un Arrêt du Parlement de Bordeaux qui avoit jugé le contraire selon lui, & quelques autres Auteurs. La décision du Parlement de Bordeaux ne doit avoir lieu que lorsque c'est un dissipateur; ce qu'on autorise par la Loi *Imperator*.

Sur tout cela il est aisé de comprendre que la Question, dont il s'agit, n'est pas bien nette dans l'usage quant à la mere; mais les contestations sur ce point ne doivent pas avoir été fort fréquentes, puisqu'on ne trouve si peu de chose dans nos Livres: la raison en est probablement, que

l'augment ou autres liberalités du premier mari ne consistent presque jamais en vrais meubles, mais en quelque somme de deniers. La femme laisse cette somme en l'héritage de son premier mari, & s'en fait payer l'interêt, par où elle n'a pas de cautionnement à donner, & n'en exige pas non plus de ses enfans, parce que l'héritage de leur pere fait sa sûreté; ainsi cette manière de cautionnement n'est presque plus d'aucun usage dans la Pratique actuelle.

Nous avons dit ci-devant que les gains nuptiaux faits par la femme, qui ayant convolé à des secondes Noces en a eu des enfans, appartiennent aux seuls enfans du premier lit. Il en est de même des gains nuptiaux du second mariage, ils sont acquis *in solidum* aux enfans du second, sans que ceux du premier y aient rien à prétendre; & c'est une regle générale que dans tous les mariages, quelque progression qu'il y ait, les gains nuptiaux, que nous appellons vulgairement augment, sont acquis aux enfans de chacun desdits mariages, sans que ceux des autres y puissent participer: bien même que la femme ait demeuré dans le veuvage, en égard au dernier mari, & qu'ainsi à l'égard du der-

mier mariage, elle n'ait pas encouru les peines des secondes Noces *post annum*, qui la privent de la propriété de l'augment au profit des enfans.

C'est ainsi que l'a ordonné la Loi 4. *Cum aliis. Cod. de secundis Nuptiis. Itaque si habens filios ad secundas Nuptias fortasse transferit: sponsaliciam largitat em quam vir secundus contulit in uxorem, tantummodo filii, qui ex secundo matrimonio suscepti, pro soliditate possideant, nec proster liberis ex priore susceptis matrimonio, quod mulier ad tertia minimè vota migraverit.* Ce qui est repeté dans la Nov. 22. au Ch. *Nec illud 29. ante nuptialem verò donationem*, y est-il dit, *utraque soboles proprii accipiet patris.*

Sur quoi il faut remarquer que les enfans du premier mariage n'ont même rien à prétendre sur la portion virile de l'augment du second, que les Loix laissent à la femme, lorsqu'elle ne passe pas à des nouveaux engagements. C'est M. d'Olive qui fait cette observation au Liv. 3. ch. 19. de ses Questions Notables, soit que la femme en ait disposé nommément en faveur des enfans du second mariage, ou qu'elle n'en ait point disposé; ainsi qu'il a été jugé par un Arrêt solennel rappor-

té par M. de Catellan, Liv. 4. ch. 74. dans une espece curieuse, où il s'agissoit d'une femme remariée trois fois. Cela paroît d'abord singulier par la propriété de cette portion virile une fois acquise à la mere, & confonduë avec ses autres biens; il semble que les enfans, soit du premier lit, soit du second lit, qui ont également à prétendre dans le cas de la succession testamentaire, y ont tous également la legitime à prétendre; & cela seroit même vrai si l'institution étoit au profit d'un étranger.

Pourquoi donc ne pas suivre dans le cas dont s'agit la regle du Droit commun, telle qu'on la trouve dans la Loi 4. *Cod. ad Senatus - Consult. Terryll.* qui porte, *matris intestata defuncta hereditatem ad omnes ejus liberos pertinere: etiamsi diversis matrimoniis nati fuerint?* Ce qui conclut pour la legitime dans le cas de la succession testamentaire. En voici la raison.

La Nouvelle 127. au Chapitre 3. retranchant quelque chose de l'indigence du Droit ancien qui accordoit à la veuve la propriété de tous les gains nuptiaux, & moderant la rigueur du nouveau qui les en privoit entièrement pour ne leur en  
laisser

laisser que l'usufruit, ordonna, à la charge de garder viduité, qu'outre l'usufruit elles auroient part à la propriété pour leur portion virile; c'est-à-dire, autant qu'un de leurs enfans. Ce qui se regle eu égard au nombre des enfans existans lors de la mort de leur pere.

Mais cette propriété que la Loi donne à la veuve est fort irregulière; & la confusion qui se fait par cette acquisition est si imparfaite qu'il reste toujours en la portion, dont il s'agit quelque marque de son origine qui la distingue des autres biens qui n'ont pas la même source. C'est pourquoi lorsque Justinien parle de cette propriété, & de ce mélange en la Nouvelle 22. cap. 20. §. *ex soluto*, il se sert de la particule *Penè*, qui est une marque d'impropriété, pour nous faire entendre que ce n'est pas proprement & parfaitement que ce fait cette acquisition & confusion; *percipiunt*, dit-il, *conjuges lucra, & erunt eis propria, nihil penè ab aliâ eorum differentia possessione*; car il faut suivre pour la propriété de cette portion les mêmes regles & modifications qui étoient établies auparavant pour le tout; puisque Justinien par la Nouvelle postérieure qui est la cent vingt-septième n'a pas touché à ce regle-

ment, & qu'on doit faire le même Jugement tant de la partie que du tout.

Or cette distinction qui fait différer la portion dont s'agit des autres biens de la femme, & qui en modifie la propriété est remarquable en plusieurs points. Car il est permis à la femme veuve d'aliéner, vendre, donner, obliger même, pourveu que ce soit à titre spécial & non général, ce qui lui compéte du gain nuptial; c'est-à-dire la portion virile; elle peut la transporter à des personnes étrangères par testament à titre de legs ou d'institution héritière; il lui est libre d'en gratifier un de ses enfans, pourveu que ce soit nommément à l'exclusion des autres. Voilà des effets de la propriété, & des marques de la confusion des biens.

Mais d'autre part, si la femme n'a pas disposé de cette portion expressément entre-vifs, ou à cause de mort, les enfans sont en droit de la revendiquer; & bien qu'ils ne soient pas ses héritiers, ou bien qu'il n'y ait qu'un d'eux qui le soit, ils recueillent par égales portions, cet avantage nuptial.

L'institution générale ne comprend pas ce gain que la Loi défère aux enfans, *bonore proprio & veluti quoddam premium.*

Novelle 22. ch. 29. En un mot, ces enfans ; qui n'ont de part aux biens de leur mere qu'à concurrence de la légitime, à moins qu'ils soient les héritiers, recueillent pourtant sans l'être la portion dont s'agit si le *re* mere n'en a expressément disposé. Les étrangers recueillent les biens de la femme qui les a institués, & néanmoins n'ont point de part à cette portion virile sans une disposition spéciale : les enfans institués héritiers par leur mere recueillent les biens suivant leur portion héréditaire ; & néanmoins quant à cette portion virile, ils la recueillent également, & par tête.

Voilà bien de marques d'une propriété mutilée, imparfaite, & singulière : & c'est à raison de la singularité de cette nature de bien, que nos Auteurs appellent *tertium genus bonorum*, que les enfans du premier lit qui succèdent *ab intestat* avec les enfans du second, aux biens de la mere remariée en secondes Noces ; & en cas de testament, prennent sur ses biens la légitime telle que de droit, ne prennent point de part ; comme nous l'avons dit, à la virile de l'augment de leur mere, quoiqu'elle n'ait point passé à des troisièmes Noces, & que pour le regard du second mari, elle soit considérée comme veuve pour avoir la propriété

Toutes ces décisions que nous avons rapportées incidamment au sujet de l'augment, & de la portion virile, sont appuyées sur les Nouvelles 22. 98. & 127. sur les Arrêts de Mr. de Cambolas, Liv. 2. ch. 44 Liv. 5. chap. 38. & Liv. 6. ch. 16. & 18. sur les Observations de Mr. Dolive, Liv. 3. ch. 19. & sur celles de Mr. de Catellan, accompagnées de divers Arrêts : c'est au Liv. 4. ch. 28. & 48.

Les questions que nous avons traitées par occasion nous ont éloignés de la question principale concernant les droits des enfans de chaque mariage sur les augmens qui en dérivent, & l'on a vû que cette question se tranche en ce peu de mots, *utraque soboꝝ les donationem accipit proprii parentis.*

Voilà qui est clairement résolu & décidé pour l'augment de la femme remariée en secondes ou troisièmes Nôces, qui a survécu à son dernier conjoint, & n'est pas passée à d'autres engagements. Mais la décision est elle la même à l'égard des autres libéralités que la femme a reçues de ce second ou troisième conjoint, sans passer depuis à des Nôces plus éloignées ? Les enfans du premier lit exclus dans ce cas de tout droit sur l'augment & portion virile de l'augment

du dernier mariage , en sont-ils exclus encore sur les autres libéralités ?

Il semble qu'il faudroit répondre qu'oui, & l'on n'entrevoit pas d'abord des raisons de diversité d'un cas à l'autre. La décision est pourtant différente : & l'on juge que si la femme a disposé de ces libéralités & autres biens en instituant un autre héritier , comme elle le peut , *L. 4. Cod. de secundis Nuptiis Nov. 22 cap. nec illud 29.* les enfans du premier lit ont en ce cas leur légitime comme ceux du second & troisième , & que si elle n'a pas disposé ; & que sa succession *ab intestat* soit ouverte , les enfans de tous les mariages prennent également leur part de ces libéralités & autres biens de la défunte. Mr. Dolive , *Liv. 3. de ses Questions Notables* , ch. 19. rapporte les Arrêts qui l'ont ainsi jugé.

Cette décision est même en règle & à la Loi pour garant ; car la Nouvelle 22. chap. 29. *nec illud* après avoir prononcé sur le cas de l'augment de la façon que nous l'avons déjà vû , établit, quant aux autres libéralités , la différence qui a donné lieu aux Arrêts. C'est au §. dernier en ces termes.

*Reliqua verò quacumque in talibus hereditatis est pater , aut mater ex secundis Nuptiis aut per legatum forsitan , sine fideicommissis*

*missum, non tamen ad tertias venerunt Nuptias; hac commixta eorum substantia, & à tertiis non mutilata matrimoniis, maneat apud eos immota: & ad eorum, velut propria, successiones perveniant, aut etiam à superstitis quo volunt disponatur modo.*

On peut défendre cette différence indépendamment de l'autorité de la Loi par quelques raisons assez spécieuses, celles-ci entre autres, sçavoir, que l'augment est acquis à la femme, comme femme; en conséquence du mariage, & en vûe des enfans qui en naîtront; au lieu que les legs, fidéicommiss, &c. lui sont acquis *ut cuiuslibet* comme à une personne étrangère.

Il reste pourtant dans la décision qui vient d'être rapportée, & qui est sûre dans l'usage, cette double difficulté.

1°. Que les enfans du premier mariage, sans communiquer à ceux du second les libéralités de feu leur pere, dont la veuve avoit perdu la propriété à leur profit par son convol, participent néanmoins aux libéralités du second mari; ce qui semble être injuste.

2°. Qu'il y auroit à gagner dans la partie dont s'agit pour les enfans du second mariage, que leur mere passât à un troisième, parce qu'elle perdrait la propriété des li-

beralités du second mari, comme celles du premier : & qu'ainsi eux enfans du second lit conserveroient toutes les liberalités de leur pere , comme les enfans du premier conservent celles du leur.

Quelle que soit l'attention des Loix & des Magistrats pour l'interêt des enfans dans le cas des secondes Noces : il est pourtant certain que la femme ne perd pas par son convol , la propriété de ce que son mari eût gagné sur ses biens , s'il lui eût survécu , par exemple , la femme qui s'est remariée , n'est pas obligée de laisser à ses enfans du premier lit aucune portion de la dot qu'elle avoit apportée à son premier mari , & qu'elle lui avoit donnée en cas de prédecès ; sauf néanmoins le droit de légitime acquis ausdits enfans. *L. Si liberis 18. & Authent. eo decursum. V. Pater. Cod. de donat. antè Nuptias.*

Nous avons dit plusieurs fois ci-devant , que la femme qui se remarie après l'an , ne perd que la propriété des liberalités du mari défunt , & qu'elle en conserve l'usufruit pendant sa vie. Mais si les liberalités ne sont elles-mêmes qu'en usufruit, conservera-t-elle cette jouissance malgré les secondes Noces ? Et si elle les conserve , ne sera-t-il pas vrai de dire que dans cette

espece , la femme ne court du moins à cet égard aucune peine malgré son convol :

La difficulté est solide : & il est certain qu'autrefois on en avoit été frappé. Cela paroît de la Loi Unique au Code, *si secundo nupserit mulier , cui maritus usufructum reliquit*, suivant laquelle la femme remariée *post annum* étoit privée de tels legs d'usufruit.

Mais il est également certain que cette Loi a été corrigée par la Nouvelle 22. *cap. si verò* 32. dont on a extrait l'Authentique *hoc locum*, placée sous le Titre du Code déjà cité. Les termes en sont très-clairs, *hoc locum habet*, dit-elle, *si datus vel relictus fuerit usufructus, ea lege ut secundis Nuptiis interiret : alioquin perseverat sive relictus esset, sive donatus quibus casibus licuit*. C'est-à dire, que le don, legs, ou libéralité faite en usufruit, ne perit pas par les secondes Nôces, à moins qu'elle ne fût faite sous la condition expresse qu'elle s'éteindroit, le cas échéant. Il n'y a donc pas de regle particulière pour la libéralité en usufruit, la jouissance demeure à la femme lorsqu'elle convole, tout comme lorsqu'on a laissé la propriété, sauf le cas de la condition dont on a parlé.

Encore faut-il prendre garde que cette

condition n'opere rien , si l'usufruit étoit d'ailleurs acquis à la femme malgré le convol , comme il arrive souvent en cette matiere ou par pacte exprès inséré au Contrat de mariage , ou par statut : car en ce cas elle n'en seroit pas privée , bien que le mari défunt eût expressément ordonné par son testament qu'elle le fût en cas des secondes Noces. C'est ce que porte la seconde disposition de l'Authentique *hoc locum* , déjà citée. *Sed ususfructus in dote , sive ante Nuptias donatione lege permissus non potest à testatore derogari.* Ce que la Nouvelle 22. au Chapitre *si autem.* 33. exprime dans des termes bien forts. *Licet decies millies contrarium aliquid velint morientes ; quod enim ex lege datum est lucrum privatus auferre modis omnibus non valebit.* C'est ainsi qu'elle parle.

La femme n'est pas privée par des secondes Noces de la propriété de ce qui lui avoit été donné en contemplation de son défunt conjoint. Brodeau sur Louët , lettre N. Somm. 3. Barry *de successionib.* Liv 18. tit. 1. n. 14. Expilly , Plaidoyer 19. Ainsi la femme ne perd pas par ses secondes Noces , ce qui lui avoit été donné par le frere de son mari. Ranchin *ad cap. Reymut. in verbo. Qui cum aliâ muliere. n.*

64. Il y a toutefois dans Maynard, Liv. 5. ch. 18. un Arrêt qui paroît contraire : il est vrai qu'à le bien prendre , il semble qu'on corrigea plutôt l'erreur d'un Notaire qu'on ne fit une décision contraire à celle qui vient d'être rapportée qui au reste paroît en règle , car les Loix ne parlent que des libéralités faites par les maris à leur femme , & non pas de celles que leur font les parens , ou amis du mari. Il n'y a pas lieu d'étendre les peines sur ces dernières, parce qu'il est de principe, ainsi que je l'ai dit souvent, *pœna legum interpretatione prudentum, potius emollienda quam exasperanda sunt.*

La femme remariée après l'an n'est pas privée de la succession *ab intestat* des enfans du premier lit, quant aux biens adventifs , elle n'est pas privée non plus de leur succession testamentaire , elle recueille en conséquence tous les biens indistinctement. Enfin elle n'est pas privée de son contingent sur la troisième partie des biens de son mari condamné à mort , qui lui est adjudgée conjointement avec les enfans du premier lit ; & puisque ces peines n'ont pas lieu à l'égard des femmes remariées dans l'an , ainsi que nous l'avons prouvé dans la précédente Section , il est aisé de

comprendre qu'on n'y scauroit assujettir celles qui ne sont remariées qu'après l'an.

Comme les peines dont nous avons parlé dans ce Chapitre n'ont été introduites qu'en faveur des enfans du premier lit, & pour leur intérêt seulement, il en résulte qu'elles n'ont pas lieu lorsque la femme qui se remarie *post annum* n'a point des enfans de son premier mariage. *L. Fœmina 3. in fin. Cod. de secundis Nuptiis, Nov. 22. cap. 22. & 23.* Ainsi la femme qui se remarie en ce cas, gagne en plein son augment, & les autres liberalités de feu son mari. Durancy, question 126. Maynard Liv. 3. ch. 9. quand même elle auroit convolé avec l'ennemi capital de son premier mari, du moins s'il faut s'en rapporter à un Arrêt unique qui est rapporté dans Maynard, Liv. 4. ch. 85. & dans Laroche, Liv. 2. *in verbo* Mariage, art. 20. Ce même Arrêt est encore rapporté par M. de Cambolas Liv. 1. ch. 2. ce qui paroît véritablement un peu fort.

Ce qui vient d'être dit a lieu non-seulement lorsque la femme n'a jamais eu des enfans de son premier mariage, mais lorsqu'elle en a eu qui lui sont tous précédés, soit que ce soit avant, ou après le second mariage. *Quod si nullam ex priore mari-*

monio successionem habuerit, vel natus nativè decesserit : omne quod quoquo modo perceperit, pleno proprietatis jure obtineat, atque in his nanciscendi dominium ; & testandi circa quem voluerit, libertatem habeat facultatem. Ainsi qu'il est dit dans la Loi *Fœmina*. 3. *Cod. de secundis Nuptiis* : ce qui est encore repeté dans la Loi *Hac edit.* 6. §. 1. *Cod. eod.* & cela a lieu, soit que les enfans n'ayent pas disposé de leur bien, soit qu'ils en ayent disposé ; car dans l'un & dans l'autre cas l'augment, & autres liberalités, dont la femme avoit perdu la propriété, même les portions de succession d'aucuns dedsdits enfans ci devant morts, reviennent à la mere *tanquam luctuosum lucrum* librement & sans aucune charge : c'est-à-dire, sans que les créanciers des enfans précedés y puissent rien prétendre, quand même lesdits enfans n'auroient pas laissé des biens suffisamment.

On peut voir sur tout cela *Benedict. ad cap. Raynut. in verbo & uxorem, decis. 5. n. 85.* Duranty, quest. 15. Maynard, Liv. 3. ch. 98. & Liv. 9. ch. 30. Dolive, Liv. 3. chap. 20. Cambolas, Liv. 6. ch. 4. & Traité des secondes Nôces, n. 24. & 25. Catellan, Liv. 4. ch. 54. & ch. 59. Gravetol sur Larroche, Liv. 6. tit. 41. Arrêt 3<sup>e</sup>

Ces décisions au surplus sûres dans notre usage sont contraires à la Jurisprudence du Parlement de Paris, où l'on juge que les privations encourues par le convol de la femme après l'an, sont sans retour, & sans espoir de les regagner par le predecès même *ab intestat* de tous ses enfans du premier lit. C'est ce qu'on apprend dans le Journal du Palais, tom. 1. p. 312. dans Henris tom 1. Liv. 4. chap. 4. quest. 13. & Liv. 5. ch. 4, quest. 46. sur quoi Bretonier a fait des Notes utiles & curieuses.

Il est certain, comme nous venons de le voir, que par la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, la mere veuve qui passe à des secondes Noces *post annum*, soit avant, soit après la mort de ses enfans du premier lit, reprend non-seulement les propriétés qu'elle avoit perduës s'ils meurent tous avant elle, mais qu'elle leur succede encore en ce cas, & en usufruit & en propriété. C'est un point de Droit assuré *nul- lis aliis superstilibus liberis*.

Mais en est-il de même, bien qu'il y ait des enfans d'un autre mariage, qui par là sont freres ou sœurs consanguins des enfans du premier lit predecédés, comme, par exemple, dans cette espee. Titius est mort laissant deux enfans sur vivans, Mœvius

de son premier mariage, & Caius de Semproniana sa seconde femme ; Caius meurt, Semproniana sa mere passe à des secondes Noces après l'an, & veut succeder à son fils : Mœvia s'y oppose, & prétend qu'elle ne peut succeder à son fils, du moins en la propriété des biens qui venoient du côté du pere, suivant l'Authentique *ex testamento. Cod. de secundis Nuptiis*, qui dit que la mere succede *ab intestat* à ses enfans du premier lit s'ils meurent tous avant elle; mais ajoûte en même-tems. *Sed ab intestato eorum solum usufructum percipit quæ ex paternâ substantiâ pervenerunt.*

Mœvia ajoûte, que suivant la Loi *Mater. Cod. ad Senatus-Conf. Tertyll.* la mere ne succede en propriété à ses enfans du premier lit que quant aux biens avectifs; & que pour les profectifs, il est dit qu'après en avoir jouï pendant sa vie, elle en transmettra la propriété aux freres & sœurs du défunt, *proprietas, & fratribus, & sororibus transmissura defuncti.* Termes généraux qui semblent comprendre tant les freres consanguins que les germains; cela paroît plausible, & l'opinion favorable aux freres & sœurs qui n'ont que le simple lien a été adoptée aussi par des Docteurs de reputation.

L'opinion contraire est cependant la plus vraie. En effet, la Loi *Fœmina. §. illud. Cod. de secundis Nuptiis* qui prive la femme remariée *post annum* de la succession de ses enfans du premier lit quant à la propriété, ne le fait qu'en faveur des autres enfans du même mariage, *aliis ex eodem matrimonio progenitis liberis supersitibus*, mais elle n'a point d'égard aux enfans d'un autre lit.

D'ailleurs, puisque la mere est appelée à la succession de ses enfans avec les freres & sœurs germains qui ont le double lien, *Auth. defuncto Cod. ad Senat. Cons. Tertyll.* à l'exclusion de ceux qui ne sont conjoints que d'un côté, il ne se peut faire qu'elle soit privée de cette propriété par des freres ou des sœurs qui ne sçauroient succeder *ab intestat.* Et la Loi *Mater ad Senat. Consult. Tertyll.* qui parle des freres & des sœurs en termes generaux; ne peut être entendue que suivant l'ordre du Droit, c'est à-dire, que de ceux qui ont le double lien: ainsi l'on juge au Parlement de Toulouse, que l'existence des enfans d'un autre mariage n'empêche pas la mere, dans le cas dont il s'agit, de recueillir la succession de ses enfans du premier lit en pleine propriété, & pour tous les biens indistinctement. Cette Jurisprudence est attestée par M. Duranty en la

quest. 15. & par Maynard, Liv. 9. ch. 30; V. M. d'Olive sur la préférence des freres uterins du second mariage aux oncles paternels dans le cas qu'il rapporte. C'est au Livre 3. ch. 6. aux Additions. V. Cambolas, Liv. 5. ch. 31.

Si les enfans du premier lit sont entrés en religion, soit avant ou après le second mariage de leur mere *post annum*, dans ce cas la mere gagne la propriété des gains nuptiaux, & autres qui eussent été acquis ausdits enfans, s'ils eussent vécu dans le monde. La raison en est que les Religieux Profés sont regardés comme morts, & conséquemment incapables de tous effets civils; ce qui a lieu aussi dans les questions du Retranchement introduit par la Loi *Hac ed. ét.* dont il sera parlé ci-après. C'est ce qu'on apprend dans Maynard, Liv. 3. de ses Questions Notables, ch. 98.

Pareillement les enfans ingrats envers leur mere remariée sont tenus pour morts, & perdent le droit de lui succéder en ce qui pouvoit leur appartenir à l'occasion des secondes Noces, comme gains nuptiaux, & autres libéralités, & retranchement de la Loi *Hac ed. ét.* & en un mot à tous les autres biens propres à cette mere qu'ils ont maltraitée.

Mais cela s'entend pourvû que l'exhérédation ait été prononcée par la mere ; qu'il y ait véritablement une des causes légitimes d'exherédation qui sont aprouvées par le Droit : car il ne faut pas croire qu'un sujet léger de plainte, quelques mauvais procédés, & autres choses semblables, puissent donner lieu à cette privation. Il seroit dangereux en effet, que des femmes qui ont donné leur affection à des enfans du second lit, ne se portassent avec trop de facilité à maltraiter ceux du premier par une peine aussi rigoureuse. Tout cela est décidé par la Loi *Cum apertissimè* 10. *Cod. de secundis Nuptiis*, & par les Authentiques *ex testamento & bare*, qui sont sous ce même Titre.

Il faut observer ici, que bien qu'il n'y ait pas des enfans du premier lit, la privation des liberalitez du premier mari a lieu dans un cas ; sçavoir lorsqu'il a legué quelque chose à la femme sous la condition de ne se remarier pas ; car si la femme contrevient à cette condition, bien que ce soit après l'an, bien qu'il n'y ait pas d'enfans existans de son premier mariage, bien qu'il n'y en ait jamais eu, elle est déchuë de son legs en propriété & en usufruit. C'est la disposition de la Nouvelle 22. ch. 40. d'où

Y'on a extrait l'Authentique *cui relictum*, Cod. de *indicta viduitate*, & *Lege Julia Miscellâ tollendâ*, laquelle a corrigé le Droit ancien qui en avoit tout autrement ordonné. *Vide* Mornac qui rapporte deux Arrêts conformes à cette Nouvelle. C'est sur le Titre du Code de *indicta viduitate*, & Graverol sur Laroche, Liv. 2. *in verbo* Mariage, art. 15.

Dans le cas dont il s'agit, la privation n'est pas une peine des secondes Noces : car la Loi n'en inflige point lorsqu'il n'y a pas des enfans du défunt. La peine descend du Testateur lui-même, qui ayant pû ne pas faire le legs à sa femme, a pû aussi le lui ôter dans le cas qu'elle contreviendrait à sa volonté en se remariant. Et ce qui prouve invinciblement que la peine dont il s'agit est une peine de l'homme & non de la Loi, & qu'on ne scauroit la mettre dans le rang de celles des secondes Noces, c'est que la condition de viduité avec les mêmes effets peut être apposé, non-seulement par le mari à son legs, mais encore par une personne étrangere au sien; ainsi qu'il est porté par l'Authentique *cui relictum*. *Cui relictum quid fuerit à conjugē, vel à qualibet personâ ne secundas ineat Nuptias, &c.*

Nous avons vû dans la premiere Section; que les peines des secondes Noces dans l'an ne pouvoient être remises ni par le mari, ni par les enfans, ni par les enfans collateraux, & nous en avons rapporté la raison : mais nous devons observer ici, que cette décision n'a pas lieu à l'égard des secondes Noces après l'an : & la raison de disparité est évidente, c'est que celles-ci ne choquent ni l'honnéteté publique, ni les bonnes mœurs.

Toute cette matiere est fort bien traitée selon la Jurisprudence de ce Parlement dans d'Olive, Liv. 3. ch. 16. 17. & 18. & dans Cambolas, Traité des peines des secondes Noces, n. 14. & dans les Décisions Notables, Liv. 4. ch. 17.

Ils observent d'abord que le mari a le pouvoir de remettre les peines des secondes Noces par la disposition même de la Loi; en effet la Nouvelle 22. ch. 2. paroît assez expresse sur ce point; & toute la difficulté consiste à sçavoir, si le relâchement, ou le consentement exprès est nécessaire, ou si le tacite suffit. Les Docteurs se sont partagés là-dessus; & sans en faire ici une énumération ennuyeuse, c'est assez d'observer que Balde, *ad L. 1. Cod. de secundis Nuptiis* est à la tête de ceux qui se conten-

rent du consentement tacite, & que la Glose a servi de fondement & d'appui à ceux qui sont de l'opinion contraire: la resolution est claire en effet sur la Nouvelle citée, les termes en sont remarquables. *Ut si dicat vir volo quod uxor mea non amittat proprietatem eorum qua lucratur à me, licet conuollet ad secundas Nuptias; aliàs perderet nisi hæc dicantur.*

Le Parlement de Toulouse s'est déterminé en faveur de la Glose, & l'on y demande un consentement ou relâchement des peines très-exprès de la part du mari. C'est ce qu'on a jugé dans les espèces suivantes.

Un mari institué sa femme pour jouir de ses biens sans être tenuë de rendre compte, vivant viduellement, & à la charge de rendre l'héritié à ses enfans: & en cas qu'elle viendroit à se remarier lui legue la somme de mille livres.

La femme se remarie *post annum*; elle perd la jouissance des biens à cause de la condition de viduité expressément apposée dans ce cas. Mais que faudra-t-il refoudre à l'égard de la somme de mille livres à elle nommément leguée dans le cas qu'elle se remarie? Il a été jugé qu'elle en perdoit la propriété comme

dans les secondes Noces ordinaires, parce que le défunt n'avoit pas expressement dispensé des peines qu'elles oprent, lesquelles étant introduites en faveur des enfans, sont plus favorables qu'odieuses: & ne sont nullement de la nature de celles qui doivent être adoucies, restrainctes & temperées.

Autre espèce, dans laquelle on a jugé de la même façon. *Titius* se mariant avec *Sempronia* lui donne par le Contrat de mariage la somme de cinq mille livres d'augment pour en disposer à ses plaisirs & volontés demeurant veuve, ou étant remariée. Cela sembloit passer le tacite, & néanmoins on décida que par le second mariage, la femme avoit perdu la propriété de cette somme de cinq mille livres. *M. Dolive* rapporte un Arrêt semblable dans une espèce à peu près pareille à la première.

Il est aisé de conclure de ces Arrêts, que puisque la peine des secondes Noces a lieu, eu égard même au legs fait pour ce cas, les autres peines quant à l'augment & autres liberalités, succession des enfans du premier lit, &c. subsistent en leur entier.

Comme les peres peuvent remettre les peines des secondes Noces, encore que l'injure du second mariage touche les en-

fans, il est pareillement au pouvoir des enfans de remettre les mêmes peines, bien que le défunt ne foit pas fans quelque intérêt dans cette offense. La Loi n'est pas expresse sur ce dernier point; mais le principe général suffit. *Volenti non fit injuria, & cuilibet renunciare licet, eis qua pro se introducta sunt.*

Il faut prendre garde sur cette question à deux choses. La première, que le consentement des enfans doit être exprès & non tacite, bien que beaucoup d'Auteurs de réputation ayent cru que ce dernier suffisoit; car non-seulement on ne scauroit trouver de raison pour ne pas juger à l'égard des enfans ce que l'on juge à l'égard du pere, mais il y a de plus supériorité de raison pour le premier cas à cause de l'ascendant qu'ont les peres & meres sur leurs enfans, & de la facilité qu'il y auroit à les engager à des démarches tacites, sans qu'ils osassent s'en défendre.

La seconde chose à observer, c'est que les enfans qui donnent le consentement, ou qui relâchent expressément à leur mere les peines des secondes Nôces doivent être majeurs; car s'ils étoient mineurs ils seroient relevés de ce consentement à cause de la lésion qu'ils en recevroient, & pour-

voient demander d'être restitués jusqu'à la trente-cinquième année de leur âge.

On peut ajouter une troisième observation qui résulte pourtant assez naturellement de ce que nous avons dit; sçavoir que pour effacer les peines des secondes Noces, il faut que tous les enfans des premières les remettent également à leur mere; car s'il y en avoit qui les remissent, & que les autres ne le fissent pas, en ce cas les premiers seroient véritablement exclus du profit de ces peines, mais les seconds les recueilliroient en entier par une espèce d'accroissement; & conséquemment la condition de la mere remariée se trouveroit toujours la même.

Enfin il faut bien se donner de garde de confondre le cas ordinaire dont nous venons de parler avec le cas particulier dans lequel le mari a fait sa femme héritière, ou lui a laissé quelque legs avec substitution au profit de ses enfans, ou des personnes étrangères, supposé qu'elle vint à se remarier: car dans cette espèce il n'est pas au pouvoir des substitués de la décharger de cette condition; & quelque consentement qu'ils donnent à un second mariage, quelque renonciation qu'ils fassent au fideicommiss, demeure privés des libéralités

de son premier mari : parce qu'il n'a pas été libre aux substitués ni à la femme , de mépriser les dernières volontés du défunt , la condition de viduité par lui expressément apposée. *Est enim novissimi sceleris despiciere voluntatem defuncti* : & c'est le cas de l'Authentique *cui relictum* , dont nous vous avons ci-devant entretenu.

Mr. Dolive rapporte un Arrêt, qui dans cette espèce priva la femme de l'héritage de son premier mari nonobstant le consentement , la renonciation du substitué par laquelle elle se défendoit.

Mais au profit de qui ira ce que la Loi ôte à la femme dans le cas dont il s'agit ? Sera-ce au profit du Fisc ou du substitué qui a consenti , ou du co-héritier s'il y en a , ou du prochain lignager ?

Mr. Dolive agite cette question dans l'un des Chapitres cités. Il résout d'abord , que la privation dont s'agit ne va pas au profit du Fisc par une raison prise de la Loi même , *ne in quibus morum correctionem inditimus Fisci videamur habere rationem*

Le substitué ne peut pas non plus recueillir le profit à cause du consentement par lui prêté aux secondes Nôces , contre la volonté du défunt qui l'avoit choisi pour être le vengeur de l'injure qu'il pouvoit recevoir  
d'un

D'un second mariage : cette prévarication le rend indigne des bienfaits du premier mari.

Mr. Dolive refout donc sous la garantie d'un Arrêt exprès, que c'est au profit du co héritier de la femme ; parce qu'il y en avoit un dans l'espèce qu'il rapporte, lequel on jugea préférable au plus prochain lignager : mais on doute fort qu'il le fût aux enfans du défunt, s'il y en avoit.

Mais s'il n'y avoit ni enfans ni co-héritiers, qu'est-ce qu'il faudroit refoudre ? L'indignité du substitué qui auroit consenti au second mariage, seroit-elle effacée en ce cas, & ne pourroit-il rentrer dans son premier droit au fideicommiss ? Il y a lieu de répondre que non, & que la privation iroit alors aux plus proches parens du côté du mari ; cela résulte tout naturellement de l'Authentique *qui velictum*, & peut être même aidé par une Note de Gaverol sur Laroche *in verbo* Mariage, Liv. 2. art. 15.

Dans les peines que nous avons vû jusqu'ici ; la femme qui a convolé est privée de la libre disposition des biens qu'elle avoit reçus de son premier mari, ou de ceux qu'elle devoit recueillir du chef de ses enfans du premier lit. Voici un troisième genre de peines, selon lequel elle ne peut

disposer pleinement de ses biens propres, ne lui étant pas libre de laisser à son conjoint plus qu'à celui de ses enfans du premier lit qu'elle a le moins bien partagé. C'est ce qu'on appelle le retranchement de la fameuse Loi *Hac edictali. Cod. de secundis Nuptiis* : peine qui est commune, non-seulement au pere remarié *quocumque tempore* ; mais encore à la femme remariée *intra annum luctus* ; & celle-ci est d'ailleurs soumise lorsqu'il n'y a pas des enfans, à une autre peine, qui est de ne pouvoir constituer en dot, ni laisser à son mari par aucun autre titre, au-delà de la troisième partie de ses biens ; ainsi qu'il est porté par la Loi 1. *Cod. de secundis Nuptiis* ; ainsi que nous l'avons expliqué ci-devant en la première Section.

Comme les peines que je vai mettre devant vos yeux descendent toutes implicitement ou explicitement de la Loi *Hac edictali*, & que l'Edit de François II. du mois de Juillet 1560. n'en est qu'une tradition, il n'est rien de mieux, ce me semble, que de transcrire ici la Loi même par portions détachées ; & d'arracher à chacune de ces portions, les éclaircissemens & les réflexions nécessaires. Voici la première disposition de cette Loi.

*Hac edictali Lege in perpetuum valitura sancimus, si ex priore matrimonio procreatus liberis, pater, materve ad secunda, vel tertia, aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit: non sit ei licitum, noverca, vel vitrico, testamento, vel sine scriptura, seu codicillis, hereditatis pure, sive legati, sive fideicommissi titulo, plus relinquere, nec dotis, aut ante Nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione, conferre, nec inter vivos conscribendis donationibus (que etsi const. ante matrimonio, civili jure interdicta sint, morte tamen donatoris, ex certis causis confirmari solent) quam filio vel filie si unus, vel una extiterit.*

Voilà le premier cas, lorsqu'il n'y a qu'un fils ou une fille du premier mariage.

Voici le second cas de la Loi; sçavoir, lorsqu'il y a plusieurs enfans à qui le pere ou la mere remariés ont laissé leurs biens par portions égales. *Quod si plures liberi fuerint. singulis aequas partes habentibus, minimaè plusquam ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum licet vitricum novercave transferri.* Rien n'est plus clair & plus simple que cette disposition.

Le troisième cas de la Loi, c'est lorsque ces enfans ont été inégalement partagés. *Sin autem non aequis portionibus ad eos dero-*

*liberos memorata transferint facultates: tunc quoque non liceat plus eorum nec verca vel vitrico, testamento relinquere, vel donare seu dotis, vel ante Nuptias dotationis titulo conferre, quam filius, vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate derelicta vel data fuerit aut donata: ita tamen ut quarta pars quæ eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuaturs; nisi ex his causis quæ de inoficioso excludunt quærelam. C'est-à-dire, sauf le cas d'une exheredation juste & légitime.*

Cette disposition est très-claire, & néanmoins on verra dans les suites que ces termes *cui minor portio*, &c. ont donné lieu à des grandes difficultés.

Dans la quatrième disposition, la Loi prévoit le cas où il n'y auroit point d'enfans existans du premier degré, mais seulement des petits enfans descendans d'eux & déclare que ce qui avoit été ordonné à l'égard des premiers auroit lieu à l'égard des seconds. *Quam observationem in personis etiam avi, vel avia, proavi, vel proavia, nepotum vel neptium, item pronepotum, vel proneptium, sive in potestate, sive emancipati emancipatae sint, ex paterna, vel maternâ linea venientibus, custodiri censetur.*

Cette disposition bien que très-claire peut donner lieu néanmoins aux questions suivantes. Il y a plusieurs petits-fils, mais descendans du même fils en premier degré, lequel étoit unique, suffira-t-il de laisser à tous ces petits-fils ensemble autant qu'au second conjoint? Le fils du premier degré ne peut prétendre que cela, & il semble que par sa mort la condition de l'ayeul ou de l'ayeule remariés ne doit pas être devenue pire.

On décide pourtant le contraire, parce que dans l'espèce que je viens de proposer, les petits-fils viennent de leur chef, & succèdent par têtes & non par souches; d'où il s'ensuit que l'ayeul ou ayeule défunt n'ont pu laisser à leur second conjoint plus qu'à celui des petits enfans, qui est le moins bien partagé. *Ranchin ad Cap. Raynurt. in verbo qui cum alia muliere, n. 73.* Bouvot, tom. 1. part. 1. sous le mot *secondes Noces*, quest. 2.

Que si les petits-fils concourent avec leurs oncles ou tantes enfans du premier degré du défunt, comme alors ils ne succèdent que par souche ils ne représentent aussi qu'un seul enfant; & le défunt aura pu laisser valablement à son second conjoint autant qu'à tous lesdits petits-fils ensemble

descendans d'un même enfant du premier degré.

Enfin s'il n'y a que des petits enfans de divers enfans du premier degré, comme dans ce cas, encore la succession ne procède que par souche, ainsi que je l'ai observé ci-devant en une autre occasion : le défunt pourra laisser valablement à son second conjoint autant qu'à celle de ces nouvelles familles, ou generations collective qu'il aura le moins bien partagée. *Cui minor portio relicta fuerit*; ces trois cas sont décidés par Ranchin au lieu ci-devant cité, & cette décision est conforme aux regles generales.

La cinquième disposition de la Loi *Hac edictali* pourvoit à l'exécution des précédentes, en ordonnant le retranchement effectif de tout ce qui excède le *cui minus* laissé à un des enfans. *Sin vero plusquam statutum est, aliquid noverce, vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerit: tanquam non scriptum neque derelictum, vel donatum aut datum sit, ad personas defuncti liberorum* (ce qu'il faut entendre des enfans du premier mariage) & *inter eos dividi jubemus: omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante.*

Voilà toutes les dispositions de la Loi

*Hac edictali* qui tombent sur la matiere que nous traitons en ce lieu ; car cette Loi contient divers autres reglemens sur des points tous differens , & nous en avons fait ci-devant usage dans l'occasion.

On trouve nombre d'Auteurs qui ont traité de la Loi *Hac edictali* , & des questions de retranchement qu'elle decide. Ils sont même assez communement uniformes. Mais il est bon de vous faire observer qu'on a jugé que la donation mutuelle entre les maris, en cas de survivance, étoit sujete au retranchement. Chenu, Cent. 1. quest. 165. Montalon en ses Arrêts, ch. 42. ce qu'on auroit pû revoquer en doute à cause de l'incertitude de l'événement, & de l'égalité de l'esperance.

Encore il est important de remarquer , que non-seulement les donations, ou autres liberalités en propriété, sont sujettes au retranchement, mais que celles qui le sont en usufruit y sont également sujettes. Laroche en ses Arrêts, Liv. 2. sous le mot *Mariage*, tit. 4. art. 3. Mayn. en ses Questions Notables, Liv. 3. ch. 85. Etienne Bertrandis sur la Loi *Hac edict.* n. 4. Carellan, Liv. 4. ch. 60. On en fait à ces fins l'évaluation en propriété eu égard à l'âge de la personae à qui l'usufruit a été laissé. La

Loi *Computationi*, ff. ad Leg. *Falcidianam* donne des regles pour cela ; mais il faut convenir qu'elles sont assez obscures ; & Mornac sur la Loi 11. ff. de usufructu accrescendo, ainsi que Boniface, tom. 5. pag. 223. & 224. affirme que cette estimation dépend de l'arbitre du Juge.

Au surplus, pour juger si les donations ou autres liberalités sont, ou ne sont pas excessives, il faut les considerer eu égard au tems de la mort du donateur, & au nombre des enfans du premier lit qui existent alors ; car telle donation peut avoir été excessive dans son principe qui ne le sera pas au tems que les questions de retranchement seront ouvertes, & *contra* ; telle donation pourra avoir été légitime, & mesurée *inspecto initio* qui par la diminution des facultés paroîtra ensuite excessive, ce qui est conforme à la Nouvelle 22. cap. *quia verò* 28. *scribunt itaque homines, dit-elle, & horum que habent amplius : scribunt autem & minus evententes autem fortune, contrarios eventus sepius operantur.* C'est aussi la doctrine des Auteurs & des Arrêts, Louet & Brodeau lettre N. som. 2. Duranti, quest. 126. & *passim.*

Le conjoint remarié peut charger son

second conjoint d'un fidéicommiss en faveur des enfans du second mariage , & ce fidéicommiss n'est point sujet au retranchement de la Loi *Hac edictali* ni pour la propriété , ni pour l'usufruit qui demeure acquis au pere ou à la mere , jusqu'au tems de la restitution. Maynard , Liv. 3. chap. 75. & 76. Laroche , Liv. 2. tit. 4. *in verbo* Mariage , Arr. 13. Cambolas , Liv. 1. chap. 21. Dolive , Liv. 3. ch. 13. aux Additions. Catellan , Liv. 4. ch. 61.

Cependant si le mari , ou la femme remariée avoit chargé le conjoint de pareil fidéicommiss dans le tems qu'il n'y avoit point d'enfant , le fidéicommiss seroit censé frauduleux , & sujet à la peine du retranchement : mais la survenance des enfans du second mariage , la feroit évanouir. Elle s'évanouiroit pareillement quand bien même il ne surviendroit pas des enfans du second lit , pourveu que tous ceux du premier précédassent sans enfans , à celui des conjoints qui auroit donné ou institué sous la charge du fidéicommiss , dont s'agit. Duranty , quest. 41. & *ibid.* Ferriere.

Nous avons observé qu'on ne pouvoit juger de la juste mesure ou de l'excès des donations , ou autres liberalités en cette matière que eu égard au tems de la mort

du donateur ; ainsi on ne s'arrête pas à l'excès qui survient après son décès ; & ce n'est pas un titre pour prétendre de retranchement : par exemple , si le mari avoit institué sa seconde femme à la charge de rendre à un de ses enfans du second lit , ce qui est permis , ainsi que nous venons de le voir , & que cet enfant fidéicommissaire ou substitué vint ensuite à mourir avant sa mere , il est clair qu'en ce cas la femme étant déchargée du fidéicommiss , se trouveroit plus avantagée que les enfans du premier lit , & néanmoins dans ce cas le retranchement n'auroit pas lieu : tant parce que l'excès seroit survenu depuis la mort du donateur , soit parce que c'eût été contre son intention & son espérance ; car en substituant l'enfant à la mere , il avoit cru que suivant l'ordre de la nature le fils lui survivroit & recueilliroit son hérité. On fonde cette décision par argument de parité sur la Loi. *Si patrimonium , §. si ex bonis , ff. de bonis liber.*

Voilà quelles sont les regles à l'égard des substitutions ou fidéicommiss dont les peres ou meres sont chargés en faveur des enfans du second lit ; & comme ces enfans ne sont pas l'objet des rigueurs de la Loi *hac edictali* , on en use à cet égard d'une

manière très favorable.

On n'use pas de la même benignité dans le cas contraire ; & l'on juge que la substitution faite aux enfans du second lit en faveur du second mari , ou de la seconde femme , est sujette , lorsque le cas y étoit , au retranchement de la Loi *Hæc edictali* , ce qui a lieu non-seulement pour la substitution fidéicommissaire , mais pour la pupillaire même , bien que ce soit le testament du fils , & que la mere puisse ce semble recueillir la succession toute entière de son fils en vertu de son testament , sans craindre de retranchement.

Cette Jurisprudence paroît d'autant plus rigoureuse que le pere ou la mere n'avoient pas besoin de substitution pour recueillir la succession de leurs enfans : celle que nous appellons *ab intestat* leur étoit ouverte. Cependant ils ne peuvent point s'y réduire en négligeant les substitutions une fois faites , & il faut qu'ils souffrent le retranchement ; c'est la Jurisprudence actuelle du Parlement de Toulouse. Doliye , Liv. 3. ch. 14. Catellan , Liv. 4. ch. 57. Elle étoit autrefois directement contraire : ainsi qu'on l'apprend dans Mr. Duranty , question 41 dans Laroche , Liv. 2. *in verbo* , Mariage , article 9. & dans

Il est important d'observer, que comme celui qui se remarie ne peut donner à son second conjoint plus qu'à celui de ses enfans du premier mariage *cui minus relicsum est* : pareillement il ne peut pas donner à l'un des enfans du premier mariage de son second conjoint : pere ou mere dudit second conjoint, ou autres personnes, plus qu'à l'un des enfans du premier mariage, toujours sous la condition du *cui minus*. C'est l'effet que l'on donne à ces termes de la Loi *Hac edictali. Omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante*. On trouve des Arrêts sur ce point dans Laroche, Liv. 2. in verbo Mariage, art. 9. dans Expilly en ses Arrêts, ch. 177. & dans Charondas, en ses Réponses, Liv. 2. ch. 62.

Ce que l'un des mariés a donné à l'autre *ultra legitimum modum* lui est retranché & acquis aux enfans du premier lit du donateur ou de la donatrice *D. L. Hac edict. Authentique ad eos solos. Cod. de secundis Nuptiis*, & ce retranchement se divise également entre lesdits enfans, & non eu égard au contingent des biens qu'ils ont eu de

leur pere ou mere , *Novell. 22. cap. optimo 27.*

Les enfans justement exhéredés n'ont aucune part au retranchement *L. cum aperitissime. Cod. de secundis Nuptiis , Novel. 22. cap. optimo vers. hoc autem.* Le second mari , ou la seconde femme au préjudice desquels se fait le retranchement n'y ont aucune part non plus , suivant le propre Texte de la Loi *Hac edictali* , qui ordonne la division de ce qui seroit retranché , entre les enfans du premier lit , sans appeller d'autres portionnaires , & l'Authentique *ad eos solos* qui y appelle les enfans du premier lit , par ces termes *ad eos solos* : par où la Loi *Quoniam Cod. de secundis Nuptiis* , qui déferoit ce retranchement aux enfans des deux mariages a été corrigée. Ce point de Droit favorable aux enfans du premier lit n'est aujourd'hui susceptible d'aucun doute , bien qu'il arrive par-là , ce qui semble être contre l'esprit de la Loi même , que le second conjoint qui souffre le retranchement , sans y participer , ait moins que celui des enfans , *cui minus relictum est.* C'est une peine de son avarice , & de la transgression des Loix.

Ce qui vient d'être dit a lieu des enfans

du premier lit au second conjoint, de père ou mère, & encore de ces enfans à ceux du second lit. Mais s'il y a des enfans du troisième mariage, & qu'il s'agisse de retrancher les libéralités faites au troisième conjoint, que faudra-t-il résoudre ? Est ce que les enfans des deux premiers mariages ne participeront pas au retranchement, & n'y participeront-ils pas d'une manière égale ?

Il faut avec Dolive, Liv. 3. ch. 15. décider pour l'affirmative ; & cette décision, loin de combattre la précédente, n'en est que l'exécution & l'appui. Les enfans, tant du premier que du second mariage, sont également offensés par le troisième : & conséquemment il est juste qu'ils aient part aux avantages introduits par la Loi pour la satisfaction de cette injure, de cet abandon, ou si l'on veut, de ce préjudice. *Ut quos sequuntur incommoda, eosdem & commoda sequantur.* Dolive au lieu cité en rapporte un Arrêt exprès, & l'on retrouve ce même Arrêt dans Mr. de Cambolas, Liv. 4. ch. 18. n. 2.

Il importe d'observer, que bien que le donateur, ou la donatrice depuis la donation faite à son second conjoint ait contracté des dettes passives, néanmoins le

rétranchement qui se fait de la donation excessive, est au profit des seuls enfans du premier lit, à l'exclusion des créanciers postérieurs à la donation, auxquels le conjoint seroit lui-même préféré. Faber *in Cod. Liv. 5. tit. de secundis Nuptiis de fin. 11.* La raison en est que ce rétranchement est introduit au profit des seuls enfans du premier lit, & qu'ils peuvent s'aider contre les créanciers de la maxime *si vinco vincam te, à fortiori vincam te.* V. Cambolas, liv. 2. ch. 66. n. 2. qui décide la même chose.

Pour sçavoir si l'on a donné plus au second conjoint qu'à l'un des enfans du premier lit, *cui minus relietum fuerit*, on n'a pas seulement égard à ce qui a été laissé à cet enfant par testament, mais encore à ce que le défunt lui avoit laissé entre-vifs. Ranchia *ad Cap. Rymut. in verba cui cum alia muliere n. 77.* ce qui s'évince même de ces termes de la Loi *Huc ed. est. cui minor portio ultimâ voluntate à. relicta, vel data fuerit; aut donata.* Car on n'a pas égard au titre, mais à la quantité de ce qui peut avoir été laissé au fils des biens du pere, ou de la mere remariés.

On a prétendu autrefois, que le *cui minus* de la Loi *Huc ed. est.* ne devoit être enten-

du que de ce que l'enfant a par-dessus sa légitime ; & que la légitime étant plutôt une dette qu'une libéralité du père , il falloit la distraire au profit des enfans , & en mettre le niveau entre eux & le second conjoint que pour ce qui excéderoit. Mais cette opinion est erronée , & a été rejetée comme telle en ce Parlement. Maynard Liv. 3. ch. 79.

Mais si l'enfant a eu moins que sa légitime, le second conjoint sera-t-il obligé de réduire la donation à la valeur de ce qui a été laissé audit enfant , ou pourra-t-il la conserver à concurrence du vrai montant de sa légitime , puisqu'il ne tient qu'à cet enfant de se la faire adjuger toute entière.

Les termes suivans de la Loi *Hac edit.* ont fait la difficulté, *non licet plus relinquere quam filius, vel filia habet cui minor portio ultimâ voluntate derelicta ; vel data fuerit, vel donata.* Cela semble réduire les seconds conjoints à ce qui a été laissé réellement à l'enfant du premier lit le moins bien traité , que ce soit sa légitime ou non.

Mais les termes subséquens limitent cette résolution. *Ita tamen ut quarta pars qua eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuat.* Il en résulte que le *quart*

*minus* ne peut porter aucune atteinte à la légitime, & qu'on suppose au contraire qu'elle y est renfermée.

Ceux qui sont opposés à l'intérêt des seconds conjoints, répliquent, que ces termes, *ita tamen ut quarta pars*, &c. ne sont mis là que pour l'intérêt des enfans, & afin qu'ils puissent se faire faire raison de la légitime entière: mais qu'ils sont décisifs quant aux seconds conjoints, lesquels ne peuvent jamais conserver des libéralités des défunts qu'à concurrence du *cui minus*, quel qu'il puisse être, & soit que la légitime s'y trouve ou non.

Cet avis est adopté par des Auteurs célèbres, & autorisé par des Arrêts: ainsi qu'on peut voir dans Cujas sur la Loi *Hæc edict.* dans M. Duranty, quest. 16. & dans les Centuries de Chenu, quest. 65. & 66. dans M. Maynard, Liv. 9. chap. 31. L'opinion contraire a néanmoins prévalu, ainsi qu'on l'apprend dans M. de Cambolas, Liv. 4. ch. 18. dans Ferrière sur la quest. 16. de Duranty; même dans ceux des ouvrages de Maynard qui ont paru avant sa mort. C'est au Liv. 3. chap. 74. dans Laroche, Liv. 2. *in verbo* Mariage, art. 4.

Nul ne s'explique si bien là-dessus que

d'Olive au Liv. 3. chap. 12. en ses Additions , & il importe de rapporter ses propres paroles : elles fixent nettement l'état de la question & de la décision.

Le *est minus* de la Loi *Hoc edict.* dit ce Magistrat , a été pris diversément par nos Auteurs ; les uns l'ont rapporté *ad factum* , c'est-à-dire , au moindre des legats fait à l'un des enfans du premier lit ; les autres *ad jus* , c'est-à-dire , à ce que le Droit adjuge à chacun des enfans , qui est la légitime ; mais la plus commune opinion , ajoute-t-il , & celle qui est incontestablement suivie par nos Jugemens , règle cette portion par le Droit. Ainsi le mari ou la femme ne sont pas obligés à se réduire au moindre legat qui a été fait à l'un des enfans du premier mariage , s'il est soutenu que ce legs soit moindre que la légitime. Auquel cas la Cour ordonne l'estimation des biens du défunt , pour adjuger à la femme , ou au mari , une légitime , tout ainsi qu'à un des enfans. Ce sont les termes de M. d'Olive , desquels pourtant il ne faudroit pas conclure que les seconds conjoints , considérés en cette partie comme l'un des enfans du premier lit ne puissent jamais avoir au-delà du montant d'une légitime.

Il leur est permis en effet d'en avoir davantage; & pourvû que chacun des enfans ait autant que l'un d'eux, la Loi ni les Arrêts n'empêchent pas que les libéralités qu'ils reçoivent ne puissent excéder ce droit. Nous nous en sommes déjà expliqués suffisamment, & nous allons vous rendre sensible ce qui en est par un exemple: une femme qui a dix mille écus & n'a qu'un enfant de son premier mariage, en peut donner cinq mille à son mari, & autant à son fils unique. Cela est incontestable tant que les choses demeurent au même état: mais cette donation par événement pourroit devenir sujete au retranchement, par exemple, si du second mariage il provenoit des enfans; parce que ceux-ci devant avoir leur légitime, ils diminueroient le droit de leur frere uterin, & par contre-coup celui de leur pere.

Ce que nous avons dit jusques ici tombe sur le cas de la disposition testamentaire du pere ou de la mere remariés, dans lequel il est aisé de connoître le *cui minus* de la Loi *Hac edict.* Mais si ce second conjoint est mort *ab intestat*, après avoir fait des avantages par le Contrat de mariage à son second conjoint, qu'est ce qu'il faudra décider?

M. de Catellan, Liv. 4. ch. 60. agit sur cette question dans l'espece suivante. Une femme ayant un fils du premier lit, & la somme de trois mille livres pour tous biens; constitué à son second mari cette somme de trois mille livres, avec pacte qu'en cas de prédecès, il gagneroit la dot. Après la mort de cette femme sans enfans du second lit, & *ab intestat*, le fils du premier lit demande le retranchement de cette dot: on demande comment doit être fait ce retranchement, s'il faut priver le mari de l'entiere somme de trois mille livres, ou d'une partie seulement, & de quelle partie?

Le fils du premier lit soutenoit qu'il y avoit lieu de retrancher l'entiere somme de trois mille livres, d'autant que par la Loi *Hac edict.* par la Loi *Quoniam*, *Cod. de secundis Nuptiis*, & par la Nouvelle 22. ch. 27. le pere ou la mere qui se remarie ne peut donner au second conjoint que ce qu'il a donné à un des enfans du premier lit *cui minus reliquerit*; de sorte que le don fait au fils du premier lit étant la regle de ce qui peut être donné au second mari; ou à la seconde femme, il s'ensuivroit que si la mere ne lui avoit rien donné, elle n'auroit pu rien donner à son second mari.

Le mari prétendoit au contraire qu'il devoit gagner l'entière somme de trois mille livres à lui constituée, & qu'il n'en falloit rien retrancher, parce que la décision des Loix citées n'est qu'au cas que la femme a donné certaine somme à son fils du premier lit, & qu'ici elle ne lui avoit rien donné.

Qu'en tout cas n'y ayant pas de don ou de legs certain fait au fils du premier lit, qui pût servir de regle pour le rattachement, il étoit naturel de diviser cette somme de trois mille livres, qui faisoit tout le patrimoine de la femme entre lui & le fils du premier lit, puisque par les Loix susdites le second conjoint peut avoir autant que le fils du premier lit.

Aucune de ces prétentions n'est légitime selon M. de Carellan : il estime, & l'on croit que c'est avec raison, qu'il faut laisser au mari sur cette somme de 3000. liv. autant que monte la légitime du fils du premier lit, qui est 1000. liv. parce que ce doit être *ce cui minus* présumé ; comme lorsque le pere ou la mere remariés n'ont laissé qu'un legs modique au fils du premier lit, on présume qu'ils lui ont laissé la légitime entière, pour faire subsister les libéralités faites au second conjoint jusques & à concurrence de cette légitime, sui-

vant la Jurisprudence actuelle du Palais.

Voilà donc dans l'espèce, dont il s'agit, 1000. liv. pour la légitime, 1000. liv. pour le mari qui peut avoir autant que la valeur d'une légitime, & 1000. liv. pour le retranchement, qui sont acquises en entier au fils du premier lit, sans aucune imputation sur la légitime qui est toujours distraite dans ces sortes de cas par préalable; ainsi que nous l'avons déjà expliqué & qu'on l'apprend dans Maynard au Livre 3. de ses Questions Notables ch. 73.

Le même Mr. de Catellan, & dans le même endroit, propose une autre question de retranchement qui est encore plus difficile, toujours dans le même cas du défaut de disposition testamentaire.

Une femme ayant 3000. liv. pour tous biens & deux fils du premier mariage, donne à son fils aîné la somme de 2500. liv. & puis se remariant constituë en dot à son second mari la somme de 500. l. Voilà tout son patrimoine épuisé; il ne reste rien pour un des fils du premier lit.

Cette femme meurt avant le second mari, & sans enfans de ce mariage: on demande comment doit être fait le retranchement de 500. liv. en faveur du second fils du premier lit?

Le mari prétend qu'il faut lui laisser l'entière somme de 500. liv. & qu'il n'en faut rien retrancher, parce que la constitution à lui faite n'excede pas la légitime d'un des enfans du premier lit, qui sur le pied des 3000. liv. dont est composé le patrimoine de la femme monte 500. liv. & que le cadet du premier lit doit agir pour le retranchement de la donation inofficiuse de la somme de 2500. liv. faite au fils aîné, & ne pas inquiéter un mari qu'il faut regarder comme créancier, & qui auroit payé un augment à concurrence de cette dot, si la femme lui eût survécu; qu'en tout cas, comme cette somme de 500. liv. à quoi monte la légitime de ce cadet revient à un sixième de tous les biens de cette femme y compris les 2500. liv. de la donation faite à l'aîné, il falloit retrancher un sixième à chacun, ou tout au plus que la dot de 500. liv. à lui faite ne pût être retranchée que pour la moitié, puisque la femme n'ayant lors de son second mariage qu'un fils à qui elle dût une légitime, l'aîné étant plus que surpayé par la donation, elle avoit pû constituer à son second mari 250. liv. en réservant pareille somme pour son cadet du premier lit, & qu'il en falloit raisonner comme si la chose eût été ainsi faite.

Le second fils du premier lit souvient au contraire qu'il faut ôter l'entière somme de 500. liv. au mari pour la lui donner pour sa légitime, d'autant que sa mere qui lors de son second mariage n'avoit que la somme de 500. l. ayant donné antérieurement 2500. liv. à son fils aîné, & les 500. liv. étant nécessaires pour la légitime du cadet, elle n'avoit pû les porter à son second mari, parce que par la Loi *Hac edict.* la légitime des enfans du premier lit ne peut être diminuée ni par la dot, ni par les autres libéralités, *ita tamen, ut quarta pars que nisdem liberis debetur ex legibus nullo modo minuat.*

L'Auteur estime qu'il faut prendre un milieu entre ces deux prétentions si directement opposées. Il seroit trop rude, selon lui d'ôter l'entière somme de 500. liv. au second mari; & l'on doit considérer cette femme en égard au second mari, comme si elle n'avoit eu que 500. liv. lors de son second mariage, puisque les 2500. liv. qu'elle avoit donné à son fils aîné étoient *extra causam bonorum.* Ainsi il y a lieu de régler la légitime du cadet en éga d au second mari sur le pied de 500. l. seulement, revenant à 83. liv. 6. s. 8. d. d'autant que n'y ayant que deux enfans les légimes montent

estontent à un tiers , ce qui fait un sixième pour chacun ; & quoique l'aîné ait plus que sa légitime , il ne laisse pas que d'être compté *et partem facit*.

Selon cet ordre , on ne doit laisser au second mari que 83. liv. 6. s. 8. d. qui est le montant d'une légitime , & le surplus revenant à 416. liv. 13. s. 4. d. doit être retranché , & ôté à ce second mari pour être donné , sçavoir , au cadet en seul pareille somme de 83. liv. 6. s. 8. d. & le restant qui est 333. liv. 6. s. 8. d. doit être divisé également entre le cadet & son aîné , sauf au cadet d'agir contre l'aîné en retranchement de la donation de 2500. liv. pour ce qui manquera à son entière légitime sur le pied de 3000. liv. c'est-à-dire , pour son sixième de 2500. liv. donné.

Il y en a qui croyent que par une opération bien plus simple , on doit laisser au second fils du premier lit l'entière somme de 416. liv. 13. s. 4. d. retranchée au second mari ; & que l'aîné lui doit parfaire de sa donation ce qui lui manque pour remplir la somme de 500. l. à quoi revient sa légitime sur le pied de 3000. liv.

Enfin le troisième cas proposé par M. de Catellan est celui-ci. Une femme ayant deux enfans du premier mariage & 15000

liv. de biens, se remarie & constitue en dot à son second mari 10000. liv. elle meurt *ab intestat*; ses deux enfans du premier lit demandent le retranchement de la constitution, disant qu'elle doit être réduite à 2500. liv. puisque chacun d'eux par la succession *ab intestat* de leur mere ne recueilloit que 2500. liv. & que c'étoit ce que leur mere devoit être présumée leur laisser ne faisant pas testament. d'autant même que c'étoit précisément le montant de leur légitime, en égard au total de son patrimoine qui étoit de 15000. liv.

Le mari prétend au contraire, que n'y ayant pas de chose certaine laissée aux enfans du premier lit expressément, il faut partager également les 15000. l. entre lui & les deux enfans du premier lit, en sorte que chacun d'eux trois ait 5000. l. puisque la Loi *Hac edit.* ne parle que de la femme qui donne plus au second mari qu'elle ne donne à un des enfans du premier lit: il n'est pas juste que les Loix pénales soient étenduës au-delà de leur cas précis; & c'est donc assez que dans le cas présent l'égalité gardée le mari n'ait pas plus que chacun des enfans.

L'Auteur rapporte qu'il y eut Arrêt sur cette question; que par cet Arrêt les enfans

gagnerent leur cause, & qu'on ne laissa au mari de la constitution que la somme de 2500. liv. c'est-à-dire le montant d'une légitime : c'est toujours la même chose, & les décisions sont conformes entre elles.

Nous avons vû que dans les exceptions employées par les seconds maris pour éviter le retranchement des constitutions à eux faites, ils employent communément celle-ci, qu'ils auroient payé, le cas y échéant, l'augment de ces constitutions à concurrence. Sçachons donc s'il est bien vrai qu'en effet l'entier augment des sommes constituées est dû dans ces sortes de cas.

Mr. de Catellan propose la question & la resout Liv. 4. ch. 62. Dans cette espèce, une femme ayant une fille d'un premier mariage constitue à son premier mari tous ses biens, & paye ensuite 700. l. en quoi consistent tous ses biens.

Le second mari étant mort, & n'y ayant point eu des enfans de ce second mariage, elle demande 350 liv. pour l'augment de 700. liv. ( ce devoit être des personnes de Toulouse où par la Coutume l'augment est réglé à la moitié de la dot. ) Les héritiers du mari prétendoient qu'il faut qu'il y ait une parfaite égalité à proportion pour les gains de la dot & de l'augment entre le

mari & la femme ; & que par conséquent la femme ne pouvoit dans ce cas avoir gagné l'augment qu'à proportion de ce que son f. coind mari auroit gagné de la dot si elle avoit précédé , ce qui eût été le montant d'une légitime.

Il fut cependant jugé pour cette femme contre les héritiers du mari , qu'elle avoit gagné l'augment de l'entière somme de 1700. liv. c'est-à-dire 350. liv. Et la raison décisive de l'Arrêt fut que les peines du retranchement n'ont été introduites qu'en faveur des enfans du premier lit , & qu'ici c'étoit l'intérêt de la fille du premier lit que sa mere gagnât l'augment de l'entière dot , n'y ayant point d'enfans du second lit qui pussent l'empêcher d'en profiter du chef de sa mere , le cas y échéant.

Puisque nous parlons ici de l'augment, il est à propos d'examiner une question importante à ce sujet que plusieurs de nos Auteurs ont traitée , & notamment Mr. Dolive , Liv. 3. ch. 13. L'augment conventionnel assigné par le pere remarié sur ses biens, est sans contredit sujet au retranchement : c'est une des libéralités sur lesquelles porte la Loi *Hac editali* ; mais l'augment coutumier l'est-il aussi ? Et puisqu'il ne dérive pas de la libéralité du mari, mais

du bénéfice de la Loi, ou du Statut; ne devoit-on pas l'affranchir de cette réduction ?

Plusieurs Docteurs touchés de cette considération ont décidé pour l'affirmative, & le Parlement de Paris a embrassé cette opinion : ainsi qu'on voit dans les Arrêts rapportés par Louët & Brodeau, lettre N. Somm. 3.

Le Parlement de Toulouse a adopté l'opinion contraire, & a soumis au retranchement de la Loi *Flac edict.* tant l'augment coutumier que le conventionnel, soit qu'il y ait des enfans du second mariage ou non. Dollive au Livre cité rapporte des Arrêts qui l'ont décidé ainsi ; & les raisons de la décision sont, que si le gain coutumier ne tire point son origine de la convention expresse des contractans, il doit néanmoins son existence à leur convention tacite ; parce qu'étant en leur pouvoir de ne point se soumettre à la Coutume, leur soumission volontaire aux Statuts tient lieu de pacte, & donne lieu au retranchement. En effet, toutes les fois qu'il est au pouvoir des hommes de faire cesser par leur convention l'ordonnance de la Loi, on attribue à leur disposition ce qui descend de la Loi à laquelle ils se sont librement conformés,

On trouve dans Mr. Maynard, Liv. 8. ch. 11. une décision singulière, mais vraie sur cette matière de retranchement ; sçavoir, que quoique le mari gagne l'entière dot par l'adultère de sa femme, néanmoins si cette femme a des enfans du premier lit, il ne gagnera sur la dot qu'autant que monte la légitime d'un de ces enfans du premier lit. C'est aussi la décision de Boerius, quest. 338. La raison en est, que si on ne peut par convention empêcher l'effet du retranchement le cas y echeant, on le peut encore moins par délit, ou par malefice.

Avant de finir sur cette matière de retranchement, il convient de faire observer certains cas où la peine dont s'agit n'a pas lieu, bien qu'on l'ait quelquefois prétendu sans aucun fondement légitime.

En premier lieu, la donation à cause de mort que le fils du premier lit fait à sa mère du consentement de son père des biens éventifs qu'il avoit, n'est pas sujette au retranchement. Laroche, Liv. 2. *in verbo* Donation, art. 6. Maynard, Liv. 3. ch. 84. Il est vrai que la Loi *Hac edict.* ne tombe pas sur ce cas; il est bon cependant de vous avertir qu'une pareille Donation pouvoit être exposée à quelque chose de

plus qu'un retranchement, & qu'elle seroit cassée en entier pour peu qu'on pût entrevoir que le pere avoit abusé de son autorité pour contraindre son fils du premier lit à donner à sa marâtre, sur tout s'il y avoit d'autres enfans du même lit.

En second lieu, les avantages que le pere ou la mere remariés font à leurs enfans du second lit, ne sont pas non plus sujets au retranchement de la Loi *Hac edictali* qui ne tombe pas sur ce cas; & il est incontestable que le pere ou la mere peuvent préférer ceux-ci aux enfans du premier lit, en laissant néanmoins à ceux du premier lit la légitime: *Nov. 22. §. illud quoque* qui est le dernier.

En troisième lieu, l'amende adjudgée à la veuve pour réparation du meurtre de son mari n'est pas sujette au retranchement, Maynard Liv. 3. ch. 77. parce que cette amende n'est pas de l'héritage du défunt, & la femme la tient non de sa volonté, mais du bénéfice de la Loi.

En quatrième lieu, les sociétés & les affairemens faits par les mariés au Contrat de leur mariage, ne sont pas sujets non plus au retranchement, Maynard Liv. 3. ch. 28. & Liv. 6. ch. 39. pourveu que les facultés de chacun d'eux soient égales.

ou qu'étant inégales l'industrie de l'un puisse les mettre de niveau ; car autrement le retranchement auroit lieu à concurrence de l'inégalité. Maynard, Liv. 3, ch. 38. déjà cité.

Enfin les fruits que le second conjoint a percus de la chose donnée sans excès, & *juxta legitimum modum*, ne sont pas sujets au retranchement, parce qu'on ne les impute pas en la quantité de la chose donnée dont ils ne sont que des accessoires qui ne l'augmentent pas, & ne peuvent pas servir conséquemment pour faire retrancher le principal.

Avant de finir cette Section, il nous reste à parler des peines des femmes qui malversent après l'an de deuil.

Les Loix Romaines n'en ont déterminé aucunes du moins littéralement pour cette époque, & la Nouvelle 39. ch. 2. qui parle de la malversation & en détermine les peines ne le fait que en égard à la première époque, c'est-à-dire lorsque la malversation a été commise dans l'an *circa terminum anni*.

Il est cependant certain qu'il y a par notre usage des peines pour la malversation dans les deux tems, & les termes propres du Texte cité semblent mener là, 298

*enim amplius aliquid habebit castitate luxuria.* Il y'auroit en effet de l'incongruité que la femme qui se seroit abandonnée après l'an aux irrutions du tempérament demeurât imposable, tandis qu'on soumettroit à des peines celle qui se seroit remariée dans le même-tems.

Mais il seroit à desirer qu'on eût mis à niveau les peines de la malversation & des secondes Noces, soit qu'elles soient avant l'an, ou après l'an, comme les termes de la Nov. *non enim aliquid amplius, &c.* semblent l'indiquer. La Jurisprudence en seroit plus assurée & plus simple; cependant la chose ne va pas ainsi, & les Parlemens du Droit écrit, notamment celui de Toulouse, punissent plus severement la malversation que les secondes Noces, dans l'un & dans l'autre tems.

Par exemple, la femme qui a malversé dans l'an est privée de la succession *ab intestat* de ses enfans du premier lit, tant en usufruit qu'en propriété, & sans distinction des biens profectifs & adventifs; au lieu que cette distinction est reçue à l'égard des femmes qui se remarient dans l'an, ainsi que nous l'avons ci devant expliqué dans la premiere Section.

Ce point a été décidé par un Arrêt so-

Jemmel qui est rapporté par Mr. Laroche, Liv. 2. tit. 4. *in verbo* Mariage, & des femmes remariées, art. 24. Il a même été jugé suivant l'Auteur, qu'il en étoit de même, soit que la malversation eût été commise dans l'an ou après l'an; mais dans ce dernier cas la décision nous paroît trop rigoureuse.

Eu égard à la malversation après l'an les Arrêts ont assez varié; & actuellement il est mal aisé de fixer la Jurisprudence sur ce point: on peut s'instruire de l'ancien dans Maynard, Liv. 3. ch. 99. Liv. 4. ch. 2. & Liv. 8. ch. 10. & 12. & dans Mr. Laroche, Liv. 2. tit. 4. du Mariage, notamment aux art. 24. & 25. *in verbo* Succession *ab intestat*; dans Cambolas, Liv. 3. ch. 45. & Traité des secondes Noces, N°. 31. & dans Henrys, Liv. 4. ch. 6. quest. 66.

On verra par tout, que la malversation après l'an est punie plus rigoureusement que les secondes Noces après ce même terme.

On retrouve des traits de cette même rigueur dans la Jurisprudence moderne. Voici ce que je puis vous dire de plus certain.

M. de Catellan Liv. 4. ch. 72. rapporte

Un Arrêt du 21. Février 1666. rendu après Partage, par lequel Antoinette Monier, veuve de Jacques Lafont fut privée de son augment, & de la succession de ses enfans du premier lit, pour avoir malversé après l'an dans la maison de ce premier mari: ce qui est suivant M. de Cambolas une circonstance aggravante, quoiqu'elle eût épousé dans la suite celui avec qui elle avoit malversé. Et la raison qu'en donne l'Auteur est qu'un Acte postérieur ne peut pas faire que le crime ne soit commis & la peine encourue. *L. 65. ff. de furtis.*

Tout de suite le même Auteur rapporte un Arrêt qui jugea au contraire, que la malversation après l'an de deuil ne privoit pas la femme de l'augment, ni de la succession *ab intestat* des enfans du premier lit. Il est vrai que dans cette espee la malversation étoit arrivée, ainsi que M. de Catellan l'observe, après le second Contrat de mariage avec celui que cette femme avoit épousé depuis. Cette circonstance fournit quelque excuse à la malversation, & sert d'ailleurs à concilier deux Arrêts qui paroissent si contraires.

Depuis les Arrêts de M. de Catellan au lieu cité, il en a été rendu cinq autres en cette maniere. Le Sr. Vedel, dans les Obser-

vations sur le même lieu en indique quatre, mais sans avoir été instruit suffisamment de leur espèce & de leurs motifs. J'ai eu occasion d'avoir une connoissance particulière de quatre de ces Arrêts ; & voici ce que j'en puis rapporter avec certitude.

Dans le procès de Rose Gironne, Bertrand Biscaye de Bellegarde, on agitoit si la malversation arrivée après l'an de deuil privoit la femme de la succession de ses enfans qu'elle avoit auparavant recueillie, & de ses avantages nuptiaux.

Il y eut Partage sur cette question à la Grand'Chambre en 1712. Rapporteur M. de Bojat, Comparateur M. de Butta, le Partage tint à la première, & ayant été porté à la seconde, il fut vuide en faveur de la femme, encore même qu'elle eût malversé *in demo marito*, & on n'eut aucun égard à cette circonstance dont M. de Castellan fait cas.

L'Arrêt est du 13. Juillet 1712. Il n'y eut que trois voix pour l'opinion contraire; c'est-à-dire, pour celle qui alloit à priver la femme.

Parmi les Juges qui formerent l'Arrêt, les uns se fondèrent sur ce que le Droit n'avoit établi des peines, du moins littéralement, que contre la malversation *intra*

~~annam lucus~~, & cela est vrai, nous l'avons observé ci-devant.

Les autres s'appuyèrent sur ce qu'il ne s'agissoit que d'une succession échue avant la malversation, acquise par conséquent, ainsi que l'augment, en tems innocent, & libre sans qu'il y eût d'autres enfans survivans; & c'est là en effet le point essentiel & décisif.

Et les autres, enfin, sur ce que la femme avoit épousé celui qui l'avoit rendue enceinte, ce qui est considérable encore, & qu'on rapportoit des articles de mariage qui precedoient la malversation: mais c'étoient des articles privés qui n'étoient d'aucune utilité *propter suspicionem repetita diei*. Suivant la Doctrine de Mornac, *ad Leg. 4. ff. de pignoriis & hipotecis*.

Il y a un second Arrêt conforme rendu à la troisième des Enquêtes au Rapport de M. de Lauriere, entre Antoine Brunel, Marie Martin & Antoine Corle le 22. août 1720.

Le troisième Arrêt conforme fut rendu le 26. Août 1723. à la troisième des Enquêtes en faveur d'Anne Lagarde & Bastide, contre Goudal & autres parens du défunt mari.

Ces trois Arrêts doivent former ce sem

ble une Jurisprudence uniforme & certaine sur cette question en faveur des femmes, & leur assurer la succession de leurs enfans, & les gains nuptiaux, lorsque ces trois conditions concourent. 1°. Que la malversation est après l'an. 2°. Après la mort encore de tous les enfans du premier lit. 3°. Que la femme qui a malversé épouse ensuite celui dont elle avoit accouché ou dont elle est actuellement enceinte. Voilà les trois conditions nécessaires pour affranchir les femmes des peines de la malversation après l'an, & l'on ne s'occupe plus aujourd'hui si la malversation a été commise ou non dans la maison du défunt mari, s'il y a eu, ou s'il n'y a pas eu de Contrat de mariage qui ait précédé la malversation.

Mais quand ces trois conditions ne concourent pas, notamment si la malversation a commencé pendant la vie des enfans du premier mariage, à raison de quoi on est reçu à la preuve par témoins, alors les femmes sont privées sans difficulté de la succession de ces enfans, en propriété & usufruit. C'est ce qui a été jugé par un Arrêt célèbre rendu au Rapport de M. de Comere, le 18. Juin 1728. en faveur de Demoiselle Marie . . . . sœur

du premier mari défunt, contre la Demoiselle . . . . & le sieur . . . . son second mari, tous Habitans de . . . . . Cet Arrêt avoit été attaqué par Requête Civile; j'y devois défendre, & j'en étois prêt; mais depuis la Requête Civile a été abandonnée; c'est un des cinq Arrêts dont j'avois parlé.

Il est remarquable que par cet Arrêt la peine de la malversation tourna au profit d'une sœur du premier mari défunt; & c'est la règle en faveur des collatéraux, toutes les fois que les malversations doivent être punies: ces collatéraux, quoique plus éloignés, sont même préférés aux parens maternels, bien que plus proches en degré, l'exclusion de la femme se transmettant jusqu'à eux. M. de Catellan, Liv. 4. ch. 72. rapporte un Arrêt qui le jugea ainsi. Sur quoi on peut voir encore Maynard, Liv. 3. ch. 99. & Cambolas, Liv. 5. ch. 31.

Tout ce qui vient d'être dit est plus rigoureux que ce qu'on pratique dans le cas des secondes Noces après l'an non précédées de malversation; en ce dernier cas, les peines prennent fin par le prédécès de tous les enfans du premier lit. Lors même qu'elles ont lieu, les femmes rema-

riées ne perdent pas l'usufruit de leur portion de succession de leurs enfans du premier lit, au lieu que dans la malversation la perte est entière & absolue.

Mais comment en use-t-on pour l'augment dans le cas de la malversation *post nuptia*, la femme doit-elle en être privée? Les anciens Arrêts sont pour la privation. Le premier même de ceux que M. de Catellan rapporte l'est aussi. Cependant l'Arrêt rendu contre la Demoiselle . . . . . au Rapport de M. de Comere, lui conserva ses gains nuptiaux, en la privant de la succession de sa fille au profit d'une tante paternelle. Mais Vedel dans le cas préallegué rapporte un Arrêt; c'est le cinquième de ceux que nous avons promis, bien plus fort s'il n'y a pas eu quelque mécompte de sa part; car par cet Arrêt, tel qu'il le rapporte, sous date du 3. ou 5. ou 7. Juin 1728. Anne. . . . . qui avoit malversé dans l'an fut relaxée de la demande que faisoit Malet fils du mari défunt, en déchéance de l'augment & autres gains nuptiaux.

S'il n'y a pas de mécompte dans le recit de cet Arrêt, ou que le Malet fils, dont il est parlé, ne fût pas né de quelque mariage antérieur de feu Malet avec autre qu'

Anne . . . . . il faut convenir que la décision est étrange, & que selon cette décision *habet aliquid amplius castitate luxuria* contre le Texte de la Nouvelle 39. ch. 2. car la femme remariée après l'an ne conserve que l'usufruit de l'augment lorsqu'il y a des enfans du premier lit.

Il est vrai que cette Nouvelle ne punit par la lettre la malversation que lorsqu'elle est commise *intra annum* ; mais son esprit va à lui rendre communes les peines des secondes Noces dans les deux époques : & l'on ne peut pas dire qu'elle soit muette sur la déchéance des gains nuptiaux, car elle porte au contraire en parlant de la femme qui a malversé, *modis omnibus eam privari ante nuptiali donatione secundum proprietatem & secundum usum*. Je tiens donc qu'on doit se défier de l'Arrêt dont s'agit, ou supposé qu'il n'y ait pas eu d'équivoque, on peut le regarder comme un Arrêt singulier, & qui ne doit pas tirer à conséquence puisqu'il est unique.

Il ne faut pas douter que les peines de la malversation établies contre la mere au profit de ses enfans n'eussent lieu aussi contre l'ayeule. L'on peut d'autant moins le revoquer en doute que nous avons vu

que ces peines ont lieu au profit des paterens collatéraux du chef paternel , à moins que les trois conditions préalléguées ne concourent.

---

## CHAPITRE III.

*Des peines des Maris qui se remarient dans l'an , ou après l'an de deuil.*

**L**E Titre de ce Chapitre n'est que des peines des maris qui se remarient , parce qu'il n'y en a point pour leur malversation.

Ce même Titre confond les maris qui se remarient dans l'an , ou après l'an ; parce qu'en effet il n'y a pas distinction de tems à leur égard , & que les peines sont les mêmes dans l'une & dans l'autre. Au lieu qu'il en est tout autrement à l'égard des femmes.

Les raisons de cette différence consistent en ce que par les Loix les maris ne sont pas obligés de pleurer leurs femmes ; c'est à dire d'en faire le deuil. *Uxores viri*

*Iugere non compelluntur. Leg. 9. ff. de his qui notantur infamia.* En ce que la crainte turbationis sanguinis cesse en eux, & que le respect de l'honnêteté publique est peu considérable à leur égard.

Il y a des Docteurs qui ont cru que le Droit Ecrit n'avoit établi aucune peine contre les maris qui passent à des secondes Noces; mais ils se trompent: il y en a du moins deux Textes bien exprés; l'un est la Nouvelle 2. *cap. hoc autem 2. §. quia: verò.* & la Nouvelle 22. *cap. si verò expectet 23.*

Le premier de ces Textes parle ainsi: *Quia verò contra binubos, pœna communes & viri sunt & mulieris: ille quidem in dote ad secundas veniens Nuptias periculum sustinebit: hæc autem in ante nuptiali, semper propter Nuptias donatione.*

Les paroles du second Texte ne sont pas moins claires, & *hæc communis mulieris & viri mulctæ sit posita; nam si ille filios habens secundam eis superinduxerit uxorem non ex dote fruetur lucris secundam proprietatem.*

Enfin quand le Droit Civil ne s'en seroit pas expliqué aussi clairement, il n'en seroit pas moins certain que les maris sont assujettis aux peines des secondes Noces par

la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, V. Dolive, Liv. 3. chap. 4. Cambolas, Traité des peines des secondes Noces, N<sup>o</sup>. dernier.

Mais quelles sont ces peines contre les maris qui passent à des secondes Noces? Celles des femmes qui se remariaient après l'an : l'intérêt des enfans du premier lit, qui souffrent toujours de ces seconds engagements a donné lieu à l'établissement de ces peines plutôt qu'aucun intérêt public.

Mais quoique les enfans aient plus à craindre du second mariage de leur pere, parce que les peres ont plus d'autorité sur eux que les meres, & qu'il n'arrive que trop souvent que *novercalibus instigati delinimentis maligna circa sanguinem suum inferant*; néanmoins les peines des maris qui convolent, non-seulement ne sont pas plus sévères que celles des femmes, mais elles sont au contraire plus mitigées, & c'est une espèce de préciput ou de prééminence pour la dignité du sexe viril.

Il n'est donc pas question de vous instruire en détail de ces peines; je vous ai dit qu'en thèse ce sont celles des femmes qui se remarient après l'an; & il suffit de vous indiquer les adoucitemens introduits en faveur des peres.

1°. Ils ne cautionnent pas de rendre après leur décès l'augment, dont ils ont perdu la propriété par leur second mariage, au lieu qu'en règle la femme est assujettie à ce cautionnement. Je vous ai observé cela dans le second Chapitre, V. Cambolas Liv. 4. ch. 48. n. 3.

2°. Ils ne perdent pas l'administration des biens de leurs enfans du premier lit, ni l'usufruit qui leur est acquis sur tous leurs biens par droit de puissance paternelle : les Loix leur conservent expressement l'un & l'autre, *Leg. 4. Cod. de bonis maternis & Novell. 22. cap. 34.* au lieu que la femme qui convole *etiam post amum* est exclue de la tutelle, même de la tutelle commencée.

3°. Le pere remarié peut exiger valablement sans permission de justice les sommes dûes à ses enfans du premier lit, ainsi qu'il a été jugé par divers Arrêts sur ce fondement, que *administratio patris debet esse penitus impunita*, comme il est dit en la Loi *Cum oportet*, *Cod. de bonis que liberis.*

Non-seulement la mere remariée n'a pas ce pouvoir, quand même malgré son convol elle auroit contre les regles retenus la tutelle ; mais les tuteurs même les plus

légitimes n'ont pas ce droit , & ils ne peuvent procurer une libération valable aux débiteurs qu'autant qu'ils ont poursuivi une Sentence légitime du Juge qui les condamne au payement , ainsi qu'il est requis par la Loi *Sancimus* , & par la Loi *Constitutionem* , *Cod. de administratione tutorum* , & par le Paragraphe dernier du Titre *Quibus alienare licet vel non* aux Institutes.

Ces trois différences , & celle de n'être soumis à aucune peine pour la malversation , & en égard aux secondes Noces de n'être sujets qu'aux peines après l'an , sont à peu près tout ce qu'il y a de particulier en cette matière pour les maris qui convolent *quocumque tempore* , & conséquemment ce doit être le terme du troisième Chapitre & la fin de la Dissertation,

**F I N.**



# T A B L E

## D E S M A T I E R E S

Par Ordre Alphabetique.

### A

**A** *ABSENT.* L'an de Deuil court à bon compte, quoique la femme ignore la mort de son mari absent, *Pag.* 94 & 95

*Accroissement.* Les portions de ceux qui ont remis les peines des secondes Noces accroissent à ceux qui ne les ont pas remises, 167

*An.* Faut-il pour faire cesser les peines des secondes Noces dans l'an que l'an soit accompli *naturaliter*, *de momento ad momentum?* 82

*Avantages Nuptiaux.* Voyez *Deuil. V.*

*Noces. V. Enfant*

*Augment.* Cas dans lequel l'augment est dû en entier d'une dot sujette au retranchement , 195 & 196

L'augment coutumier est-il sujet au retranchement ! 190

*Aventifs.* ( Biens ) Ce que l'on doit entendre par ces termes 36

Les femmes remariées même dans l'an succèdent à ces sortes de biens. *Secus* dans le cas de la malversation , 50. & *suiv.*

## B

*Bagues & Joyaux.* La femme remariée après l'an perd la propriété des bagues & joyaux , 139

## C

*Cautiën.* Dans quel cas la mère qui s'est remariée après l'an est-elle obligée de donner caution à ses enfans du premier lit ? 140. & *suiv.*

*Choix ou Election.* La femme qui se remarie dans l'an perd le droit d'élection .

Il n'en est pas de même de celle qui ne se remarie  
77

## DES MATIERES. 217

- remarié qu'après l'an, 78 138 & 139  
 Lorsqu'un enfant du premier lit vient à dé-  
 ceder laissant des enfans, il peut choisir  
 un d'entre eux pour recueillir cette por-  
 tion de propriété, dont est privée leur  
 ayeule remariée après l'an, 136 & 137  
 La mere n'a pas le même droit, 138  
 Quand même ce droit lui eût été ac-  
 cordé par son mari défunt dans son Con-  
 trat de mariage, *ibid.*  
*Cujas.* Ce que l'on doit penser de tous nos  
 prétendus Cujas, 94

## D

- Déclaration.* faite par la femme remariée,  
 dans son Testament. Voyez *Mari.*  
*Deuil.* Peines de l'an de deuil ou des se-  
 condes Noces dans l'an, 3 & 4  
 Ces peines ont moins pour objet l'intérêt  
 des enfans que l'honnêteté publique, à  
 la différence des secondes Noces après  
 l'an, 26 & 27  
 Elles ont lieu quoiqu'il n'y ait pas des en-  
 fans du premier lit, 22  
 Elles sont observées dans les Parlemens  
 du Droit Ecrit, à l'exception du Parle-  
 ment de Bordeaux, 8 & 9

## T

- Elles ne sont observées dans ce dernier Parlement que dans le cas de la malversation de la veuve dans l'an , *ibid.*
- Ces peines ne sont plus aujourd'hui remises par Rescrit du Prince , 97 & 98
- Elles ont lieu bien que la femme avant de se remarier eût traité avec les plus proches parens du mari , 87 & 88
- Et quoique le pere du mari , ou le mari lui-même lui eût permis de se remarier dans l'an , 88
- Bien que la femme fût mineure , 89
- Elles ne finissent point par la puberté des enfans du premier lit , 54
- Premiere peine de l'an de deuil. Voyez Infamie*
- Seconde peine de l'an de deuil.* Les femmes qui se remarient dans ce tems ne peuvent constituer à leur second mari à titre de dot , ni autrement lui laisser par Testament plus de la troisième partie de leurs biens , 13
- Troisième peine de l'an de deuil.* Les femmes sont incapables de recevoir par donation à cause de mort , ou par testament , de quelque testateur que ce soit , sauf de leurs enfans , 31
- Quid juris des donations entre-vifs ,* 18
- Quatrième peine de l'an de deuil.* La femme

DES MATIÈRES. 219

est privée de toutes les donations & libéralités, & avantages nuptiaux du défunt mari, 9 & 10

Et du quart des biens qu'on lui adjuge lorsqu'elle se trouve pauvre, sur l'héritié de son mari, 10 & 11

Elle est obligée de rendre tout ce qu'elle avoit déjà reçu, avec restitution des fruits, 11

*Cinquième peine.* La femme remariée est incapable de recueillir aucunes hérités *ab intestat* hors du troisième degré, 19

Comment se comptent les degrés, *ibid.*

Dans le Parlement de Toulouse, elle est privée de la succession *ab intestat* de ses enfans du premier lit, lorsqu'elle ne consiste qu'en biens profectifs, 24. & 45

Et cette indignité passe à ses enfans du second lit, 105

Si la mere est sujette aux peines de l'an de deuil pour n'avoir pas fait pourvoir de tuteur à ses enfans du premier lit. Voyez *Tuteur.*

*Divorce.* Différence entre le divorce & la résolution du mariage par mort, & les conséquences qu'on en tire par rapport au cas d'impuissance, & autres empêchemens dirimens, 84 & 85

*Donation à cause de mort faite par le fils*

- du consentement du pere à la marâtre ,  
n'est point sujette au retranchement, 198
- Moyen de la renverser , 199
- Donation mutuelle.* Si elle est sujette au retranchement. Voyez *Retranchement.*
- Dot.* Si la femme perd sa dot par le convol dans l'an , 22 & 23
- Quoique le second conjoint gagne la dot par l'adultère de sa femme : cependant si cette femme a des enfans du premier lit , il ne gagnera sur la dot qu'autant que monte la légitime d'un de ces enfans , 199

## E

- Edit* de François II. du mois de Juillet 1560. n'est qu'une traduction de la Loi *Hac edictali* , 170 & 171
- Enfans.* Les peines des secondes Noces dans l'an , & de la malversation ont lieu quoiqu'il n'y ait pas des enfans du premier lit , 23 & 24
- Ce que la mere perd par son convol appartient aux enfans du premier lit , quoiqu'ils ne soient pas héritiers de leur pere ni de leur mere , 136
- Elle n'a pas droit d'élire un d'entre eux pour recueillir ce qu'elle perd , 140.

*Enfans.* Les enfans du premier lit ne font pas obligés de partager avec ceux du second lit les liberalités de feu leur pere dont leur mere a perdu la propriété,

136 137 & 150

Ils participent néanmoins dans le cas que leur mere n'a pas passé à des troisièmes Nôces, aux liberalités de son second mari,

150

Exception à l'égard de la portion virile de l'augment, *ibid.*

*Enfans ingrats* ou *morts civilement* ne donnent point lieu aux peines des secondes Nôces après l'an,

160

Qu'est-ce qu'on doit entendre par ingratitude? *ibid.*

*Excuses* touchant les peines de l'an de deuil. Voyez *Deuil.*

*Excuses* touchant les secondes Nôces après l'an. Voyez *secondes Nôces.*

## F

*Femme.* Est-ce une peine pour une femme qui se remarie dans l'an de deuil de ne pouvoir donner à son second conjoint au-delà de la troisième partie de ses biens?

13 & 14<sup>r</sup>

T.iii.

*Femme* qui se remarie se jouë du *partim test. partim intest.* &c. des Docteurs ,

15

*Femmes.* Quelles peines encourent les femmes qui se remarient à des personnes indignes de leur qualité ? 117. & *suiv.*

*Fiançailles dans l'an.* Si elles donnent lieu aux peines de l'an de deuil. Distinction à cet égard. 86. & *suiv.*

## H

*Habits de deuil.* Une femme veuve ne tombe pas dans le cas des peines des secondes Nôces pour ne porter pas des habits de deuil , 95

## I

*Indemnité* dûë à la veuve pour meurtre de son mari n'est pas comprise dans les peines des secondes Nôces , 46 & 47

*Infamie* , celle que la femme qui se remarie dans l'an de deuil encouroit , est abrogée par le Droit Canon. 4

*Ingratitude* : quelle doit-elle être pour que la mere remariée puisse se plaindre ? Voyez *Enfans.*

*Interposition* des personnes qui rendent les donations sujettes au retranchement, comme si elles étoient faites au second conjoint, 180

## L

*Legitime.* La femme qui se remarie dans l'an de deuil a-t elle droit de legitime sur les biens de ses enfans du premier lit? 46 60 & 61

*La legitime*, & la quarte que le fils grevé par son pere a droit de retenir sont regardées comme biens profectifs, *ibid.*

*Legitime.* Cas dans lesquels on adjuge une legitime à ceux qui ne peuvent succéder *ab intestat*, 53 & suiv.

Jurisprudence du Parlement de Toulouse à l'égard des biens regis par la Coutume de cette Ville, 60

*Legitime.* Une mere remariée après l'an a sa legitime en usufruit sur les biens profectifs, 65

*Legitime*: quelle en doit être la quotité lorsqu'il en est dûc une à la mere remariée après l'an, 72 73 & suiv.

Et dans le cas de la substitution compendieuse, 76.

## M

- Malversation.* Le Parlement de Toulouse a aggravé les peines de l'an de deuil, & des secondes Noces après l'an à l'égard de la malversation, 200 & 201
- La femme qui a malversé est privée de la succession *ab intestat* de ses enfans du premier lit quant aux biens profectifs & biens aveniris, 201
- Quelles sont les trois conditions nécessaires pour affranchir des peines de la malversation après l'an, 206
- A défaut de ces conditions la femme est-elle privée de ses gains nuptiaux, 208
- Les enfans peuvent-ils opposer la malversation à leur mere? 86 & 87
- Mari*: la portion qu'a la femme sur les biens de son mari condamné à mort, n'est pas sujette aux peines des secondes Noces, 48 & 49
- Mari* n'est sujet aux peines de l'an de deuil, ni à celles de la malversation, 210
- Mari*: un mari est-il obligé de pleurer sa femme? 211
- Mari* est sujet aux peines des secondes Noces après l'an, 212

Restriction cet égard, *ibid.* & suiv.

*Mari* : qui sont les maris qui ne doivent pas être pleurés ? 92

*Mari* : le recours contre le mari dont la femme n'a pas fait pourvoir de tuteur à ses enfans, rendu compte, & payé le reliquat, est-il principal ou subsidiaire, 107 & 108

*Mari* : la déclaration de la femme qu'elle a trouvé dans l'héritage de son premier mari une somme au-delà du contenu en l'inventaire, peut-elle obliger le second mari auquel cette femme assure avoit baillé ladite somme ? 108 & 109

Ces déclarations passent pour des libéralités déguisées, 109

*Mariage* : quoique le mariage dans l'air de deuil n'ait pas été consommé, les peines des secondes Noces dans l'air n'ont pas moins lieu, 87 & 83

*Mariage* : Veuve qui se remarie à personne indigne de sa qualité, à quelle peine est-elle assujettie ? 120 & 121

*Mariage* : qu'est-ce qu'on entend par mariage clandestin, 86

Notre Jurisprudence à cet égard, *ibid.*

*Mere* remariée ne peut exiger valablement sans permission de Justice les sommes dues à son fils du premier lit dont elle

- auroit retenu contre les règles la tutelle,  
 le, 213 & 214  
*Mineur* : une femme mineure qui se remarie dans l'an n'est point relevée des peines qu'elle a encourues, 89  
*Secus*, de celle qui se remarie après l'an sans avoir fait pourvoir de tuteur à ses enfans, *ibid.*

## N

- Noces* ( secondes ) dans l'an. Voyez *Deuil*.  
*Noces* ( secondes ) après l'an qu'elles en font les peines, 130  
 Elles ont pour objet l'intérêt des enfans du premier lit, elles cessent quand il n'y en a pas, la femme eût-elle convolé avec l'ennemi du défunt; 155  
*Noces* ( par les secondes ) après l'an la femme perd la propriété de tous les avantages qu'elle a reçu du défunt mari, à quel titre qu'ils ayent été laissés : même par Donation mutuelle, 129 & 130  
 Elle est privée de la succession *ab intestat* de ses enfans du premier lit quant à la propriété des biens profectifs dont elle ne retient que l'usufruit, ce qui doit

s'entend.e aussi de la légitime dans le cas de la disposition testamentaire : mais elle succede aux aventifs en pleine propriété , 134

Ce qui se dit de la mere doit également s'entendre de la grand'mere , 135

La femme qui s'est remariée après l'an ne perd point la propriété de ce que son mari eût gagné sur ses biens s'il lui eût survécu , 151

Elle ne perd point ce qui lui a été laissé en contemplation de son défunt conjoint , 153

Par le prédecès de ses enfans du premier lit elle reprend la propriété de tout ce qu'elle avoit perdu par son convol , franc , libre de toute hipothèque des créanciers des enfans sur les portions de cette propriété. *Secus* au Parlement de Paris , 156

Et au préjudice des freres consanguins , 157 & 158

Et ce qui a lieu quand les enfans du premier lit sont entrés en Religion , 160

Ou sont tombés dans quelque cause d'ingratitude , *ibid.*

Les peines des secondes Noces après l'an peuvent être remises tant par les enfans

- que par le premier mari , 163  
 Mais il faut un consentement exprès , *ibid.*  
 Les enfans doivent être majeurs , 166  
 Le substitué ne peut les remettre , il se  
 rend indigne par-là de la substitution ,  
 167 & 168  
 Au profit de qui ira ce que la Loi ôte à  
 La femme dans ce dernier cas ? 169

## P

- Peines* des secondes Noces dans l'an. *Voyez*  
*Denil.* Après l'an. *Voyez Noces.*  
*Pension* : d'où vient l'usage des pensions  
 viduelles , 22 & 23  
*Pere* : les peines des secondes Noces ont  
 lieu , quoique le mariage ait été con-  
 tracté par obéissance paternelle , 91 &  
 92  
*Pere* : le pere remarié peut exiger vala-  
 blement , sans permission de Justice les  
 sommes dûes à ses enfans du premier  
 lit , 213  
*Profectifs* ( biens ) ce que l'on doit en-  
 tendre par ces termes , 46  
 Celle qui se remarie dans l'an n'a rien à  
 prétendre sur cette sorte de bien , 62  
 Il en est autrement si c'est après l'an elle a  
 une légitime en usufruit , 68  
*Papille* :

**Pupille** : les parens ne font pas obligés de faire pourvoir de tuteur au pupille pauvre, 115 & 116

## R

**Rapport** des donations, ou liberalités faites aux enfans du premier lit pour ſçavoir ſ'il y a lieu au rétranchement contre le ſecond conjoint, 183 & 184

**Rétranchement**, lorsque la femme remariée n'a qu'un ſeul enfant, & qu'elle a donné à ſon ſecond conjoint plus qu'à cet enfant, on réduit cete donation ou liberalité à ce qu'a eu cet enfant, 171

**Si** il y a pluſieurs enfans également partagés ou réduit la donation à une portion d'enfant, *ibid.*

**Si** les enfans ſont inégalement partagés, on réduit la donation à la portion de celui *cui minus relictum eſt*, *ibid.* &

172

**Comment** le rétranchement doit il ſe faire lorsqu'il n'y a que des petits fils? 173

**Doit-on** compter par têtes, ou par ſouche pour regler les portions? S'il n'y a que de petits fils, on compte par têtes, quand il y a des fils & des petits fils on compte par ſouche, *ibid.*

## V

- On compte de même par souche quand il n'y a que de petits fils de divers fils, *ibid.*
- Alors l'aïeul aura pu laisser à son second conjoint autant qu'il aura laissé à une de ces familles qu'il aura le moins bien partagée, *ibid.*
- Le retranchement appartient aux enfans du premier lit privativement, 175
- Les donations mutuelles sont sujettes au retranchement, *ibid.*
- Celles en usufruit le sont aussi, *ibid.*
- On fait l'évaluation de ces dernières en propriété pour pouvoir procéder au retranchement, *ibid. & 176*
- Pour juger s'il y a lieu au retranchement, il faut considérer les donations au tems de la mort du Donateur, *ibid.*
- Le fideicommiss dont est chargé le second conjoint en faveur d'un enfant du second lit, n'est point sujet au retranchement, 177
- L'enfant substitué vint-il à décéder avant ce second conjoint depuis la mort du Testateur, 178
- Il en est autrement si c'étoit le conjoint qui fût substitué, même *pupillariter*, 179
- Dans ce cas le second conjoint ne peut re-

DES MATIÈRES. 231

Noncer à la substitution pour se réduire  
à la succession *ab intestat* de cet enfant,

*ibid.*

Le retranchement se divise également en-  
tre les enfans du premier lit, 180

Les enfans exhéredés n'ont aucune part au  
retranchement, 181

Le second conjoint n'a aucune part au re-  
tranchement *ibid.*

Si l y a retranchement contre un troisié-  
me conjoint tous les enfans des deux  
précédens mariages se partagent ledit  
retranchement, 183

Les créanciers du Donateur ou Donatrice  
postérieurs à la Donation, n'ont aucun  
droit sur le retranchement, *ibid.*

Si le *cui minus* doit s'entendre de ce que  
l'enfant a par-dessus sa légitime, 184

Le second conjoint doit-il être réduit au  
*cui minus de facto* ou de *jure*? 185. &

*suivant,*

Comment se fait le retranchement dans le  
cas qu'une mere n'a rien laissé à son fils  
unique du premier lit, & a tout donné  
par son Contrat de mariage à son se-  
cond conjoint, 191 & 192

Comment se fait-il dans le cas que la me-  
re a tout donné à un fils du premier lit  
& à son second conjoint, & n'a rien

- laissé à un second fils du même lit ,  
192
- Comment se fait-il lorsqu'elle a donné  
les deux tiers de son bien à son second  
conjoint , & qu'elle est morte *ab in-*  
*testat* , laissant deux enfans du premier  
lit , 194
- La donation à cause de mort faite par le  
fils du premier lit à sa marâtre est-elle  
sujette au retranchement ? 198
- Les avantages que la mere remariée fait  
aux enfans du second lit , ne sont pas  
sujets au retranchement , 199
- L'amende adjudgée à la veuve pour repa-  
ration du meurtre de son mari , n'y est  
pas sujette , *ibid.*
- Les sociétés faites par les maris y sont-  
elles sujettes ? *ibid.*
- Les fruits que le second conjoint a perçus  
de la chose , sans excès , n'y sont pas  
sujets , 200

## S

- Substitution.* Si la Substitution compen-  
dicuse exclud la mere de la légitime ,  
62
- Substitution.* Dans quel cas la Substitution  
directe devient fideicommissaire en fa-  
veur de la mere , 76 & 77

DES MATIERES. 233

*Substitution.* Différence entre la Substitution fideicommissaire & la pupillaire dans l'ordre des peines. Voyez *Tuteur*  
*Succession testamentaire & ab intestat*  
 Voyez *Deuil & secondes Noces.*

T

- Tuteur.* Quelles sont les peines des femmes qui se remarient après l'an sans avoir fait pourvoir de tuteur à leurs enfans, rendu compte de leur administration, & payé le reliquat, 104 & *suiv.*
- Différences entre ce cas & les secondes Noces dans l'an de deuil, 105 & 106
- Une mere qui sans se remarier néglige de faire pourvoir de tuteur à ses enfans, est-elle privée de leur succession légitime? 111 & 112.
- Différence entre la Substitution fideicommissaire, & la pupillaire à cet égard, 116 & 117
- Les Parens qui, *matre deficiente*, tombent dans la même faute, sont-ils sujets à la même peine, 112
- Cette peine n'a pas lieu, lorsqu'il y a plusieurs tuteurs, & que l'un d'eux s'est excusé avec succès, 113
- Elle n'a pas lieu non plus contre la mere.

**C 3 4**      T A B L E

pour n'avoir pas fait déclarer le tuteur suspect ,	114
En peut-on dire autant des proches parens ,	115
<i>Quid juris.</i> Si sans le fait de la mere le tuteur avoit été déclaré suspect , <i>ibid.</i>	
<i>Tuteurs.</i> ( les ) Les plus légitimes ne peuvent valablement , sans permission de Justice exiger les sommes dûes à leurs pupilles ,	214

**V**

<i>Viduité.</i> Effet de la condition de viduité apposée dans un Testament ,	162
<i>Usage.</i> Ce que l'usage a établi acquiert force de Loi ,	35
<i>Usufruit.</i> D'où vient la rigueur du Parlement de Toulouse qui prive la femme qui se remarie dans l'an de deuil de l'usufruit de la portion que la Loi lui défère sur la succession <i>ab intestat</i> , de ses enfans du premier lit ,	34
<i>Usufruit.</i> Si les liberalités faites par le mari ne consistent qu'en usufruit , la femme qui se remarie après l'an conserve en entier cet usufruit ,	152
Il faudroit pour le lui faire perdre qu'il	

**DES MATIERES.** 235

fût laissé à la charge de ne pas passer à  
des secondes Noces, & qu'il ne fût  
point dû ni par pacte exprès inséré au  
Contrat de mariage, ou par Statut, 49  
& 50

*Fin de la Table des Matières.*



Imprimé à  
Toulouse chez  
Hénauld, imprimeur

Le lieu d'impression & le nom  
du libraire, sont de  
pure imagination!

Jalambert, petit hameau  
en villoy. de Lava  
canton de Grenade. H. 5<sup>no</sup>

Les vignettes sortent de  
l'imprimerie de Hénauld  
& on les retrouve sous les  
ouvrages qui sortent de  
ses presses. —

Pourquoi, ce lieu et  
ce nom de libraire ??